

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* - MESTRADO EM DIREITO
PEDRO HENRIQUE GOBBI MACHADO

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO –
ANÁLISE DOS PROCESSOS AJUIZADOS COM BASE NA LEI 11.101/2005.**

**THE PRESERVATION OF THE COMPANY IN THE PROCESS OF
RESTRUCTURING - ANALYSIS OF CASES TO INTERPOSE BASED ON LAW
11.101/2005.**

CURITIBA
2009

PEDRO HENRIQUE GOBBI MACHADO

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO –
ANÁLISE DOS PROCESSOS AJUIZADOS COM BASE NA LEI 11.101/2005.**

**THE PRESERVATION OF THE COMPANY IN THE PROCESS OF
RESTRUCTURING - ANALYSIS OF CASES TO INTERPOSE BASED ON LAW
11.101/2005.**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito Empresarial e
Cidadania do Centro Universitário Curitiba,
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Fábio Tokars.

**CURITIBA
2009**

PEDRO HENRIQUE GOBBI MACHADO

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO –
ANÁLISE DOS PROCESSOS AJUIZADOS COM BASE NA LEI 11.101/2005.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

Professor Doutor Fábio Leandro Tokars

Professor Doutor Eduardo Biacchi Gomes (MEMBRO EXTERNO)

Professor Doutor Francisco Cardozo Oliveira (MEMBRO INTERNO)

Curitiba, 30 de outubro de 2009.

DEDICATÓRIA

Para Ana Lúcia Ribas.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, que tem me proporcionado momentos tão plenos que jamais pensei alcançar. Em especial, agradeço a Ana Lúcia Ribas por me fazer enxergar aquilo que meus olhos não mais vêem, pois você, meu pequeno anjo, torna minha vida mais doce. Não menos especial, agradeço a minha mãe Rosane Gobbi, por me ensinar que sem valores e sem as coisas simples da vida, qualquer aporte intelectual é inócuo. Na mesma intensidade, agradeço ao Professor Doutor Fábio Tokars, pela paciência e pelos ensinamentos que me tornaram, acima de tudo, um profissional mais completo e crítico. Também aproveito a oportunidade para agradecer a Professora Doutora Gisela Bester, pelos incentivos recebidos à época do projeto inicial bem como por toda a força durante o curso. Agradeço também a todos aqueles que de uma forma ou outra tornaram possível não apenas o ingresso no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba, mas a sua conclusão.

*Para conhecermos os amigos é necessário passar pelo sucesso e pela desgraça.
No sucesso, verificamos a quantidade e, na desgraça, a qualidade.
Confúcio, filósofo chinês (551 a.C. - 479 a.C.)*

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS.....	8
RESUMO.....	9
INTRODUÇÃO.....	11
1 FUNÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL.....	14
1.1 ESTÍMULO AO EMPREENDEDORISMO.....	17
1.2 O CONCEITO DE EMPRESA E SUA DIVISÃO CONFORME A MODALIDADE ADOTADA NA SUA CONSTITUIÇÃO.....	22
1.2.1 A superação da teoria dos atos do comércio pela teoria da empresa.....	23
1.2.2 Empresário individual e sociedade empresária.....	29
1.3 TRANSFERÊNCIA DO RISCO EMPRESARIAL À SOCIEDADE.....	32
1.4 A FUNÇÃO DA LEI 11.101/2005 COMO MECANISMO PARA A TUTELA DO CRÉDITO.....	43
2 A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA MEDIANTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	49
2.1 DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	49
2.2 O DIREITO PROCESSUAL COMO ENTRAVE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS EMPRESAS.....	56
2.2.1 Do acesso à Justiça e do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.....	57
2.2.2 O princípio da isonomia.....	64
2.3 PRINCIPAIS FASES DO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	69
2.4 REGULARIDADE FISCAL.....	73
2.5 RECUPERAÇÃO JUDICIAL ESPECIAL.....	75
2.6. TUTELA (E REDUÇÃO DO CUSTO) DO CRÉDITO E SOLUÇÃO DE MERCADO.....	81

	7
2.6.1 A crise empresarial e o estado de insolvência.....	81
2.6.2 Solução de mercado e recuperação da empresa em crise.....	88
2.7 A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL.....	92
3 ANÁLISE DOS PROCESSOS AJUIZADOS COM BASE NA LEI 11.101/2005.....	97
3.1 CONSIDERAÇÕES.....	97
3.2 METODOLOGIA.....	97
3.3 O ACESSO AOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O (DES) CUMPRIMENTO DO DISPOSITIVO 196 DA LEI 11.101/2005.....	98
3.4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL - REQUERIMENTOS EM NÚMEROS ABSOLUTOS ENTRE OS ANOS DE 2005/2008.....	102
3.5 RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE A REQUERERAM.....	104
3.6 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PROCESSAMENTOS DEFERIDOS ENTRE OS ANOS DE 2005/2008.....	106
3.7 RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE TIVERAM O PROCESSAMENTO DEFERIDO.....	108
3.8 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONCESSÃO DO DIREITO DE SOERGUMENTO DA EMPRESA ENTRE OS ANOS DE 2005/2008.....	111
3.9 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ANÁLISE DAS MICRO EMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
REFERÊNCIAS.....	124
DOCUMENTOS CONSULTADOS.....	134
ANEXOS.....	136

LISTA DE SIGLAS

ART	- Artigo
CC/02	- Código Civil promulgado em 2002
CC	- Código Civil brasileiro
EPP	- Empresas de Pequeno Porte
LRE	- Lei de Recuperação de Empresas
ME	- Microempresas
PAR.	- Parágrafo
PIB	- Produto Interno Bruto

RESUMO

Com o advento da Lei 11.101/2005, veio a lume um novo procedimento para preservação de empresas, em substituição à concordata. Trata-se da recuperação de empresas, que se divide em recuperação judicial, recuperação judicial especial, dirigida às microempresas e empresas de pequeno porte, e recuperação extrajudicial. O objetivo desse instituto jurídico é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira temporária da empresa, permitindo-lhe cumprir seu interesse social. Passados 4 anos da entrada em vigor da recuperação judicial, pretende-se, neste estudo, com pesquisa de campo, promover a verificação dos processos ajuizados, analisando-se a eficiência da Lei. Com a pesquisa, constataram-se muitas incorreções, especialmente quanto ao modelo adotado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Sob outro viés, apurou-se que da forma como o processo de recuperação foi posto, a grande maioria das empresas não deverá reunir condições para arcar com os custos do processo, tornando-o ineficaz, a medida que se restringe sua utilização às empresas de grande porte.

Palavras-chave: Recuperação Judicial – Processos Judiciais – Sustentabilidade – Interesse Social da Empresa

ABSTRACT

With the advent of Law 11101/2005, came to light a new procedure to preserve the company, replacing composition. This is the business recovery, which is divided into receivership, reorganization particular, it addresses the micro and small businesses and court reorganization. The objective of this body of law is possible to overcome the economic crisis, temporary financial company, allowing them to fulfill their social interest. After 4 years of entry into force of the reorganization, it was intended in this study, through field research promote the verification of lawsuits brought, analyzing the economic efficiency of the Law Through research, we found many inaccuracies, especially regarding the model adopted for micro-enterprises and small businesses. From another angle, it was found that the way the recovery process has been laid, the vast majority of companies do not meet conditions to afford the process, making it ineffective to the extent that it restricts its use to large companies.

Keywords: Judicial Restructuring – Lawsuits – Sustainability – Interest of Social Corporation

INTRODUÇÃO

Em 09 de fevereiro de 2005 foi sancionada a Lei 11.101, que regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Em síntese, o diploma legal pode ser entendido com um conjunto de medidas jurídicas, econômicas, administrativas e organizacionais propensas a reestruturar e a recuperar a empresa em crise, possibilitando a manutenção da fonte de produção, do estímulo à atividade econômica, do emprego, interesses dos credores e garantindo, assim, a preservação dos fins sociais a que as empresas se destinam.

Em razão disso, analisaram-se, na presente pesquisa, os pontos positivos e os aspectos criticáveis dessa norma jurídica, e se o instituto da recuperação judicial das empresas está apto para solucionar a insolvência temporária das empresas viáveis.

A legislação, que retratou uma norma principiológica e que objetiva a manutenção da unidade produtiva e do emprego, demonstra a preocupação do Estado frente às dificuldades financeiras enfrentadas pelas empresas, em sintonia com as disposições da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

Tem-se que a moderna legislação falimentar, em especial as disposições referentes a Recuperação Judicial, objeto desta pesquisa, tem toda a sua formulação voltada à sustentabilidade empresarial, com escopo na noção social da empresa e naquilo que esses entes jurídicos representam para a sociedade.

Partindo dessas premissas, a preservação da empresa pressupõe segurança jurídica, econômica e institucional, a medida que o Estado funciona como intermediador da solução de conflitos patrimoniais e financeiros.

Por isso, é pertinente avaliar a recuperação judicial partindo-se de uma construção acerca do Direito Empresarial do século XXI, eminentemente voltado ao mercado.

Em relação aos aspectos específicos da Lei 11.101/2005, chegados no segundo capítulo, ressalta-se que a sustentabilidade das empresas significa, em análise preliminar, a sustentação da geração de empregos, no país, cumprindo uma das diretrizes principiológicas determinada às empresas pela Carta Política de 1988.

Não é demais frisar que o regular exercício da empresa não está adstrito a sua finalidade mediata, o lucro. Esse regular exercício da atividade empresarial mediante o cumprimento de suas obrigações e deveres com o objetivo de lucro, apesar de verdadeiro, está aquém da nova sistemática adotada pelo ordenamento jurídico relativo à empresa.

As práticas de cunho social rompem o padrão, por vezes ainda cultivado, em que se visa somente o lucro. Esta evolução, que contém elementos que semeiam a sustentabilidade e um novo sistema corporativo de governança, com parcerias entre o público e o privado, visando reformas estruturais, proporcionará mais lucros às empresas, além de alterar o padrão social.

Por estas razões, a identificação dos fatores negativos do instituto da recuperação judicial não pode ser observado sobre o enfoque da imprestabilidade do procedimento posto, mas como um aperfeiçoamento inerente ao próprio Direito e às relações interempresariais, pois a medida é remédio processual na luta contra o fechamento das empresas brasileiras.

O aprimoramento da Lei de Recuperação Judicial decorre, entre outros fatores, da interdisciplinaridade que envolve a medida, mesmo que se faça uma análise restritiva da empresa, que, dentre seus objetivos, visa ao lucro, o inverso é plenamente aceitável e inerente à prática empresarial.

A insolvência é, portanto, fator cogente no exercício da atividade, evidenciando-se no momento que a empresa atinge determinado estado patrimonial onde suas dívidas superam seus créditos e se torna importante para a presente pesquisa, pois precede à medida judicial, objeto deste estudo, sendo a origem de tal insuficiência financeira imprescindível para determinar os fatores que remetem à empresa a situação de crise econômico-financeira.

Sob outro enfoque, será dispensada atenção à recuperação judicial especial, destinada às micro e pequenas empresas, pois possuem regulamentação própria. Levar-se-á em consideração que a parte ora tratada não dispensou o mesmo zelo das demais a essas empresas regularmente constituídas, no Brasil, pois reeditou o engessamento verificado na concordata.

Após as conceituações e localizada a Lei 11.101/2005, no tempo e no espaço, conforme se explicita no terceiro capítulo, a pesquisa apresenta, numericamente, interpretação às reações que, em quatro anos de existência, a Lei trouxe a realidade do país.

A presente pesquisa opera no sentido de diagnosticar os dados processuais após a vigência da Lei até o ano de 2008, procurando se avaliar os benefícios proporcionados por ela e apontar as falhas ainda não supridas pelo processo judicial de recuperação de empresas.

1 FUNÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL

O ordenamento jurídico privado brasileiro foi significativamente alterado com a promulgação do Código Civil de 2002, englobando, em um mesmo diploma legal, as disposições referentes ao Direito Civil e ao Direito Empresarial.

Cuidou a doutrina em, detidamente, analisar os aspectos formais referentes ao novel instituto, mediante os conceitos de empresário, estabelecimento empresarial, transposição da teoria dos atos de comércio ao direito de empresa, dicotomia entre o Direito Civil e Direito Empresarial, autonomia deste, dentre outros.

É evidente que os conceitos acerca desse ramo autônomo do Direito são importantes, entretanto, tem-se descuidado de buscar a razão da existência do Direito Empresarial, a função do Direito Empresarial¹.

A empresa é um ente jurídico abstrato – destaque-se - que não se apresenta como sujeito ou objeto de direito, tendo o Direito a função de regular sua atividade. Segundo REQUIÃO, *a empresa apresenta-se como um elemento abstrato, sendo fruto da ação intencional do seu titular, o empresário, em promover o exercício da atividade econômica organizada.*²

Distingue-se a empresa do empresário e do estabelecimento empresarial. NEGRÃO assevera que *relacionam-se o empresário, o estabelecimento e a empresa de forma íntima: o sujeito de direito que exercita (empresário), através do objeto de direito (estabelecimento) e os atos jurídicos decorrentes (empresa)*³.

¹ A ciência jurídica continua acastelada, mesmo após a indicação da necessidade de interdisciplinaridade por parte de muitos e renomados juristas e cientistas sociais. Fechamos em um discurso hermético, dominado pelo tecnicismo e pelo viés instrumental do direito. Colocamo-nos à parte do universo das ciências sociais. E, pior: não evoluímos como os outros campos de aplicação das ciências sociais. (TOKARS, Fábio. **O isolamento científico do direito**. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/58108/?postagem=O+ISOLAMENTO+CIENTIFICO+DO+DIREITO>> Acesso em: 10 dez. 2009. 21:00 horas.

² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 59.

³ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Manual de direito comercial**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 77.

O Direito Empresarial não existe simplesmente para classificá-los, pois a sua cátedra é mais ampla, regulando a própria atividade.

Destaca BULGARELLI:

Já se viu como o direito comercial, nos dias que correm, transmudou-se de mero regulador dos comerciantes e dos atos de comércio, passando a atender à atividade, sob a forma de empresas que é o atual fulcro do direito comercial. Regula ele, portanto, a série coordenada de atos destinados a um fim determinado no setor econômico, e que pressupõe uma organização, chamada empresa⁴.

A empresa não é um ente estático, porquanto inserida na sociedade. Seu exercício consiste nos relacionamentos que mantém com outras empresas, com consumidores, trabalhadores, instituições financeiras, dentre outros, e esse caráter dinâmico revela a finalidade do Direito Empresarial.

FORGIONI, por sua vez, lembra:

Ignora-se que a empresa não existe sozinha, mas somente na relação com outras empresas e com os adquirentes de seus produtos e serviços. Enfim, *despreza-se o mercado e o papel central de suas disposições jurídicas*. A releitura dos principais autores dos anos 1950 e 1960 demonstra que a compreensão da empresa aponta-a “para dentro”, mesmo porque gravita em torno do *empresário*. Debruçar-se sobre sua interação com outros agentes econômicos, sobre suas *relações*, sobre os condicionamentos que sofre durante sua *ação* – isto é, considerar a empresa como *mercado* – volta-a “para fora”, em direção à realidade. *Repise-se*: o exame centrado no *empresário* “fecha” o espectro da análise, dobrando a empresa sobre si mesma; o deslocamento do estudo para o mercado “abre” o campo de investigação⁵.

Ao renovar-se o estudo da empresa, visando a assegurar a sua preservação e partindo-se de uma visão multidisciplinar que engloba noções de economia⁶, administração, sustentabilidade, tecnologia e globalização, é possível identificar os elementos que modernamente caracterizam a empresa como a *fonte da eterna sobrevivência humana*⁷.

⁴ BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. São Paulo: Atlas, 2001. 16. ed. p. 19.

⁵ FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 99.

⁶ Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada. Essa visão, que a confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento do mercado, reduzindo impropriamente a análise. (FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 128.)

⁷ VIVEIROS, Luciano. *In* OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 100.

COMPARATO condensa:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa⁸.

Superadas estas definições - que o direito empresarial não se presta a somente conceituar seus agentes e fornecer técnicas para solução dos conflitos empresariais -, evidencia-se que a empresa deva ser abordada como ente jurídico dotado de capacidades específicas para promover renda e desenvolvimento.

A empresa, nas palavras de TOKARS, abrange *todos os elementos, materiais e imateriais, jurídicos e metajurídicos, que o empresário deve organizar para o eficaz desenvolvimento de sua atividade*⁹.

A função do Direito Empresarial é, portanto, ao executar sua atividade econômica, identificar a empresa como promotora dos fins socioeconômicos previstos na Constituição Federal.

A principiologia do Direito Empresarial está na sua função econômica, fundada no *incentivo ao empreendedorismo* e na *máxima tutela do crédito*, sendo o Direito Empresarial, essencialmente, um instrumento de política econômica e não apenas mero regulamentador da atividade¹⁰.

TOKARS alerta:

Advogados e juízes muitas vezes partem para a solução de litígios sem a compreensão completa dos conteúdos envolvidos. Esquecem-se de que a função do direito de empresa não é a de simplesmente regular a forma de realização de assembleias sociais, ou de determinar os requisitos formais para o arquivamento de um documento frente à Junta Comercial. Muito mais importante do que esta função de regulação da atividade empresarial é a de estímulo ao desenvolvimento do empreendedorismo. Se hoje é evidente que o desenvolvimento sócio-econômico de uma nação depende de um ambiente de geração de empregos e de desenvolvimento tecnológico, parece claro que tais objetivos somente podem ser alcançados se o estado oferecer aos empreendedores um aparato normativo que gere condições objetivas de viabilidade dos projetos empresariais.

Dentro desta premissa, colhem-se na mais atual doutrina do direito de empresa dois princípios, de natureza funcional, que confirmam a

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa. Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3.

⁹ TOKARS, Fábio. **Primeiros Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: LTr, 2007. p. 22.

¹⁰ Idem. p. 16.

autonomia material deste ramo do direito: o incentivo ao empreendedorismo e a máxima tutela ao crédito¹¹.

A visão moderna do Direito Empresarial exterioriza a empresa, e a classifica como agente de mercado pela universalidade de fatores externos que se coadunam em seu entorno, objetivando a persecução de fins socioeconômicos, como a geração de empregos e distribuição da riqueza, preservando-se o princípio maior: da dignidade da pessoa humana.

OLIVEIRA adverte:

Existe, portanto, um compromisso ético-social da empresa com a comunidade que precisa ser mensurado pela contabilidade e trazido nas taxas de lucros esperado pelos investidores. Este compromisso ético-social, na linha dos interesses não-proprietários envolve diretamente consumidores e trabalhadores e, de forma mais ampla, os membros da comunidade em geral¹².

Os estudos relacionados ao Direito Empresarial abrangem as questões formais, não há como fugir. No entanto, considera-se mais adequado direcionar o foco ao mercado, sendo possível à compreensão da empresa como instrumento de pacificação social. A empresa é, portanto, o cerne do Direito Empresarial, que pouco sentido tem sem sua existência.

1.1 ESTÍMULO AO EMPREENDEDORISMO

A empresa é um conglomerado de fatores que, em harmonia, visa à distribuição de riqueza e à geração de empregos (inclusão social), tendo evidentes fins socioeconômicos.

Não é demasiado afirmar que o objetivo central da empresa, o lucro, ainda que lícito, é insuficiente para caracterizar seu papel na sociedade moderna, tecnológica, ágil e fragmentada.

¹¹ TOKARS, Fábio. **Para que serve o direito empresarial?** Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/55136/?postagem=PARA+QUE+SERVE+O+DIREITO+EMPRESARIAL>> Acesso em: 10 dez. 2009. 21:00 horas.

¹² OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. *In* GEVAERD, J.; TONIM, M. M. **Direito Empresarial & Cidadania: questões contemporâneas.** Curitiba: Juruá, 2004. p. 122..

CLARO explica:

Seu objetivo primeiro é o lucro. Falar-se em inclusão social e função social é no mínimo delicado e, talvez, um tanto quanto dissonante da realidade pretendida pela empresa, especialmente no tocante ao segundo tema, e se se encontrar essa mesma empresa mergulhada em profunda e não raras vezes interminável crise¹³.

Por outro lado, embora seja certo que o desenvolvimento social é precipuamente uma função do Estado, a empresa é um instrumento importante para tal objetivo, pois a extração de riquezas, desde que estimulada, compartilha os benefícios oriundos da atividade.

Destaca TOKARS:

[...] a empresa gera interesse social, ainda que não esteja obrigada ao cumprimento da alegada função social. O fato de existir a empresa gera benefícios à sociedade: empregos são criados, tributos são recolhidos, incentiva-se a inovação, incrementa-se a concorrência (e a consequência busca pela eficiência). Benefícios que são obtidos independentemente da motivação do empresário¹⁴.

É plausível que se afirme que em regra o Brasil não oferece condições adequadas para o desenvolvimento empresarial, na medida em que regula sobremaneira a sua atuação, seja por meios fiscais, burocráticos e legais.

Assevera GASTALDI:

O Estado emanado do liberalismo econômico do século XIX, indiferente à sorte dos economicamente mais fracos ante o crescente poderio do sistema capitalista, estava a merecer profundas correções, assumindo intervenção reguladora e ordenatória, com vistas ao bem comum. Mas, ao contrapor-se à calamitosa situação das classes assalariadas e aos rígidos princípios do socialismo a encontrar terreno fértil para suas idéias germinarem, mercê da insatisfação social gerada pela injusta repartição da riqueza social, também o Estado impregnado de racionalismo econômico extravasou dos limites de sua intervenção supletiva. Na maioria das nações, o Estado agigantou-se, passando a uma crescente intervenção na economia, absorvendo e substituindo ponderável parcela da iniciativa privada, retirando do indivíduo e da empresa seu próprio livre-arbítrio econômico. Tal como ocorreu com o Estado brasileiro, ao olvidar-se de que a nação é não apenas um organismo econômico e financeiro,

¹³ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTR, 2009. p. 54.

¹⁴ TOKARS, Fábio. **Função (ou interesse?) social da empresa**. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/59358/?postagem=FUNCAO+OU+INTERESSE+SOCIAL+DA+EMPRESA>> Acesso em: 11 dez. 2009. 23:00 horas.

mas também, e principalmente, entidade social e cultural, além de política na acepção ampla do termo¹⁵.

Destaca FORBES, sobre o desenvolvimento empresarial:

A internacionalização da produção vem acarretando profundas mudanças na estrutura da economia mundial. As velhas regiões industrializadas da história – nordeste dos EUA e da Grã-Bretanha, por exemplo – estão se desindustrializando, o que provoca sérios problemas de desemprego e de subdesenvolvimento regional. Ao mesmo tempo, os países ditos subdesenvolvidos (Brasil, Coréia do Sul, Cingapura) já são citados como “novos países industriais” (NPI), sendo lendária a súbita reviravolta das economias dos países mais ricos da OPEP, desde o surto dos preços do petróleo, há cerca de uma década. As questões mais importantes que se colocam são as seguintes: isto invalida a preocupação com o problema do subdesenvolvimento? Pode-se continuar a falar de norte “desenvolvido” e de um sul “subdesenvolvido”, de um centro e de uma periferia, de um “Terceiro Mundo”?¹⁶

Veja-se que, embora o Brasil se apresente como país em desenvolvimento, classificado como emergente, sua atuação é contraditória, ainda que se afirme ter, na última década, o desenvolvimento empresarial se acentuado, em grande parte em função das empresas multinacionais que aqui se instalaram por visualizarem um nicho de mercado inexplorado -, ainda não há incentivos estatais sólidos para haver a consolidação da economia brasileira, pois as políticas econômicas e fiscais adotadas inibem maiores investimento no exercício da atividade empresarial.

Mesmo com a constitucionalização dos direitos sociais e com a evolução do sistema capitalista e das economias de mercado, o Brasil mantém arraigado políticas restritivas ao desenvolvimento empresarial, sejam jurídicas, econômicas, de infraestrutura, entre outras, já que intimamente atreladas ao incentivo ao empreendedorismo, temperado no país.

FORBES indica:

[...] as regras e a forma como elas são aplicadas deveriam mitigar o risco da atividade econômica, criando condições para a realização de negócios arriscados que muitas vezes também são produtivos – por exemplo, as atividades de Pesquisa & Desenvolvimento. Em especial, as instituições devem dar às pessoas e às empresas a

¹⁵ GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de Economia Política**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 453.

¹⁶ FORBES, D. K. **The Geography of Underdevelopment**. Tradução de João Alves dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S/A. 1989. p. 41.

segurança de que os contratos serão respeitados e seus direitos de propriedade protegidos¹⁷.

O desenvolvimento empresarial não será atingido tão somente com o rompimento de paradigmas no campo ideológico acerca da empresa¹⁸, de políticas públicas sociais, ainda que necessárias.

Somente é plausível tal desenvolvimento com a adoção de políticas governamentais sérias e efetivas no campo político. Para tanto, é primordial que o Estado promova, além da sua desburocratização¹⁹, a efetiva desregulamentação da economia, desonere as empresas da significativa e excessiva carga tributária e flexibilize as Leis trabalhistas.

Alerta PINHEIRO:

Há, porém, graus variados de ineficiência, e parece haver um consenso de que o sistema tributário brasileiro penaliza a economia mais do que o necessário, pela intensidade com que distorce preços relativos, eleva os custos de cobrança e recolhimento, incentiva o desvio de recursos para atividades de *rent seeking* e planejamento tributário, desestimula o investimento, carece de progressividade etc.²⁰.

O Estado permanece pouco operante, na medida em que não promove políticas sérias para que as empresas o auxiliem no desenvolvimento

¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar e GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 156.

¹⁸ Um preconceito comum entre os aplicadores do direito é imaginar o empresário como alguém que merece uma tutela jurídica mais rigorosa do que outras categorias. Sendo o agente mais visível de uma estrutura capitalista que carrega o peso da culpa pelas mazelas sociais, o empresário tende a ser considerado o vilão da história. De qualquer história. (TOKARS, Fábio. **Quem é o empresário brasileiro?** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/53183/?postagem=QUEM+E+O+EMPRESARIO+BRASILEIRO>> Acesso em: 11 dez. 2009. 19h00.

¹⁹ A primeira dimensão avaliada é a facilidade para a abertura de empresas. Aqui, o Brasil está em 122º lugar. Consumimos 152 dias com 18 procedimentos diferentes. A realização de reformas para melhorar este indicador geraria evidentes resultados econômicos. O relatório cita o caso do México, que, em 2005, implantou uma série de alterações legais que fizeram com que o tempo consumido para a abertura de uma empresa fosse reduzido de 58 para 27 dias. Resultados: “o número de empresas registradas aumentou quase 6%, o índice de emprego subiu 2,6% e os preços caíram 1% em razão da concorrência das novas empresas. (TOKARS, Fábio. **Doing Business – um dossiê para ser lido**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/57791/?postagem=DOING+BUSINESS+UM+DOSSIE+PARA+SER+LIDO>> Acesso em: 11 dez. 2009. 17h30.

²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar e GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 157.

socioeconômico do Brasil, não fornecendo segurança fiscal, econômica, estrutural²¹ e jurídica para tanto.

Embora tenha havido tímido desenvolvimento, desde o final do século XX, carecem transformações políticas, superando as diretrizes estabelecidas na metade do século passado, onde a realidade econômica brasileira e mundial era outra.

PINHEIRO lembra:

Um dos traços característicos do desenvolvimento atual é a lenta absorção da mão-de-obra, o que se traduz em desemprego crônico e em pressão para a baixa de salários da mão-de-obra especializada. [...] Um sistema econômico nacional não é outra coisa senão a prevalência de critérios políticos que permitem superar a rigidez da lógica econômica na busca do bem-estar coletivo. [...] O rápido crescimento da economia brasileira entre os anos 30 e 70 apoiou-se em boa medida em transferências inter-regionais de recursos e em concentração social de renda facilitada pela mobilidade geográfica da população. Se houvesse obstáculos institucionais à mobilidade da mão-de-obra, os salários reais ter-se-iam elevado de forma bem mais acentuada nas regiões em rápida industrialização do Sul do país²².

Os indicadores pífios de desenvolvimento humano, decorrentes da falta de investimento nas pessoas, nos cidadãos, na infraestrutura, refletem essa característica brasileira, conforme nos indica STIGLITZ:

Hoje, quase todo mundo concorda que o governo precisa se envolver no fornecimento de educação básica, estruturas legais, infraestrutura e de alguns elementos de uma rede de proteção social, e na regulamentação da competição, dos bancos e dos impactos ambientais. [...] O desenvolvimento diz respeito a transformar a vida das pessoas, não apenas as economias. As políticas de educação ou de empregos precisam ser vistas através dessa dupla lente: como elas promovem o crescimento e como afetam os indivíduos diretamente. Os economistas falam de educação como capital humano: o investimento nas pessoas produz retorno, do mesmo modo como o investimento em máquinas. Mas a educação faz mais do que isso. Ela abre as cabeças para a noção de que a mudança é possível e que há outras maneiras de organizar a produção, na medida em que ensina os princípios básicos da ciência moderna e os elementos do raciocínio analítico, aumentando a capacidade de aprender²³.

²¹ “Portanto, o ritmo lento de expansão da infra-estrutura, além de suas conseqüências diretas sobre o nível de atividade desses setores, gera uma perda de bem-estar para os consumidores e reduz a produtividade e a lucratividade das empresas, com impactos negativos sobre o investimento e o crescimento” (Idem. p. 199.).

²² PINHEIRO, Armando Castelar e GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.. p. 30.

²³ STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Tradução: Pedro Maia Soares. – São Paulo: Companhia das Letras, 2007. pp. 123/124.

Permanecem vigentes os piores índices quanto à facilidade em constituir um negócio²⁴, aliado ao fato da insegurança jurídica e das precárias condições estruturais do país, sendo evidente que reformas políticas precisam ser adotadas, pois inequívoca a necessidade de se empreender esforços para que haja maior estímulo ao empreendedorismo. Em outras palavras, sem que haja as reformas narradas, inevitavelmente a empresa se distancia da sua finalidade essencial, que transcende a busca do lucro ao atingir o interesse social oriundo do pleno exercício da atividade.

1.2 O CONCEITO DE EMPRESA E SUA DIVISÃO CONFORME A MODALIDADE ADOTADA NA SUA CONSTITUIÇÃO

O exercício organizado das atividades de produção e/ou circulação de bens, ou, ainda, a prestação organizada de serviços, doutrinariamente conceituado como empresa, visão lucro.

Embora adiante seja destinada a atenção que o tema merece, preliminarmente, emprestar-se-á a definição de Sérgio Campinho, no que se refere à empresa:

Manifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva. Nasce a empresa a partir do início da atividade economicamente organizada, sob o comando do empresário. Ela será exercida através do fundo de empresa (estabelecimento). A empresa, portanto, não é detentora de personalidade jurídica. Não concebe o Direito brasileiro a personificação da empresa, sendo, pois, objeto de direito. O empresário, titular da empresa, é quem ostenta a condição de sujeito de direito²⁵.

²⁴ Doing Bussines 2009. Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/Documents/doing_business_in_brazil_portuguese.pdf> Acesso em: 15 jun 2009. 23h30.

²⁵ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 10 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 11.

Deste modo, embora já se tenha descrito que o objetivo central do exercício da atividade empresarial seja a percepção de lucro, o sujeito titular desse direito não possui qualquer garantia de sucesso e de ganho pecuniário.

Ao contrário, são inerentes à própria atividade os riscos de insucesso, sendo crível ter o ordenamento jurídico mecanismos para minimizar, tanto quanto possível, as consequências oriundas da malograda atividade empresarial.

SZTAJN diz-nos:

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 dela²⁶.

É evidente, por consequência, não ser o lucro oriundo do exercício da atividade empresarial repartido, o prejuízo também não o pode ser, contendo o ordenamento jurídico substratos para evitar que o infortúnio empresarial desencadeie implicações prejudiciais à ordem econômica.

Conforme se afirmou, o estímulo ao empreendedorismo pressupõe a redução de riscos do empreendedor, razão pela qual a limitação da responsabilidade se torna latente. Neste sentido, passar-se-á a abordar a empresa tal como insculpida no Código Civil de 2002 e a forma como se deu a transformação da sua base legal bem como a forma como o ordenamento jurídico brasileiro propõe para que se exerça a atividade empresarial: de forma individual ou coletiva.

1.2.1 A superação da teoria dos atos do comércio pela teoria da empresa

Assim, tem-se por definição da própria Lei ser empresário²⁷ a pessoa que exerce atividade econômica²⁸, destinada tanto para a produção quanto

²⁶ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 159.

²⁷ Art. 966, do Código Civil: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

²⁸ "Atividade: Se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços. [...] "Econômica: A atividade empresarial é econômica no sentido de que busca gerar lucro para

para a circulação de bens ou de serviços, conforme disposto no artigo 966 do Código Civil de 2002.

NEGRÃO lembra:

O critério adotado enfoca o empresário como aquela pessoa (natural ou jurídica) que, profissionalmente, isto é, não ocasionalmente, assume, em nome próprio, os riscos de sua empresa, organizando-a, técnica e economicamente. Não será considerado empresário aquele que a exercer a custa de outrem, ou sob o risco desse; nem o será quem exerce simples profissão, de forma autônoma²⁹.

O novo conceito de empresário decorre da transformação inserida no ordenamento jurídico privado, ao adotar-se a teoria da empresa, que transformou o antigo Direito Comercial em Empresarial³⁰, com escopo no Código Civil de 2002.

O Direito Privado, antes positivado em ordenamentos jurídicos distintos (Código Civil e Código Comercial), cedeu espaço a uma nova legislação, reunindo o Direito Civil e o antigo Direito Comercial, hoje Direito Empresarial³¹.

Enfatiza-se não ter essa mudança se prestado a mera unificação da legislação, mas à adoção de um novo regime, de uma nova ótica da regulamentação da empresa, contextualizada com a Constituição Federal de

quem a explora". (COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 3. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 7/8)

²⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1. p. 47.

³⁰ "A empresa: novo instituto jurídico", por Jorge Lobo (RT 795/81).

³¹ "Classicamente definia-se o Direito Comercial como sendo o direito dos comerciantes e dos atos do comércio. Erigia-se como o ramo do direito privado que regulava as relações resultantes da atividade do comerciante no exercício direto ou indireto da sua profissão, além daqueles atos reputados pela lei como comerciais, mesmo que praticados por não comerciantes. Não se restringiu o Direito Comercial a disciplinar mera intermediação de produtos entre produtor e consumidor. Ele contemplou outras atividades conexas, para impor seu campo de incidência a alcançar atividades industriais, de transporte, securitárias, de banco, dentro outras relações de cunho econômico que viessem a integrar a intitulada matéria de comércio, isto é, definidas como comerciais pela lei. Modernamente, a doutrina já vinha pugnano pela consideração do Direito Comercial como Direito de Empresa, o que, com o substrato legal trazido pelo Código Civil de 2002, passou a ser realidade consolidada. Definitivamente incorporou-se à legislação codificada a teoria da empresa que já se desenhava em algumas legislações esparsas, como na Lei nº 8.245/91 (Lei de Locações), na parte relativa à renovação compulsória da locação, e na Lei nº 8.934/94 (Lei de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins). O modelo do novo Código Civil brasileiro inspira-se no perfil do Código Civil italiano de 1942, reunindo numa única lei as regras do direito privado (regras civis e mercantis), como reforço à superação da idéia do Direito Comercial como direito dos comerciantes e dos atos de comércio, passando o seu núcleo ser a empresa. O que releva é disciplinar as relações decorrentes das atividades privadas, implementadas com o escopo de produção ou circulação de bens ou serviços destinados ao mercado. A regulamentação da atividade econômica sintetiza-se na teoria da empresa". (CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 4)

1988 em decorrência da universalidade de fatores externos que gravitam em sua esfera, devidamente adequada à realidade socioeconômica.

Conforme exposto, a primeira alteração trazida pela Lei 10.406 de 10/01/2002 quanto a esse ramo do Direito se refere ao referencial teórico adotado (de atos do comércio para a teoria da empresa).

Ressalta-se que o diploma revogado – Código Comercial de 1850 – teve origem na França napoleônica – Código Comercial Francês, de 1807, pós revolução francesa. Este marco histórico influenciou sobremaneira a legislação comercial, ao romper com a tradição que via no Direito Comercial um direito de classes e, mediante sua difusão, inspirou a codificação comercial em diversos países, inclusive o Brasil.

Em decorrência da referida genealogia, o referencial teórico do diploma revogado era baseado na teoria dos atos do comércio, onde o comerciante tinha sua profissão definida por lei – caráter objetivo, cuja caracterização se dava pela prática da atividade expressamente estabelecida em lei.

Hodiernamente, goza-se de uma legislação com norma aberta, alargando-se, com isso, a aplicação das regras do Direito Empresarial, facilitando a troca de mercadorias, elemento relevante, pois a partir dela é que surge a economia e o direito para regulá-la.

Essa visão, implantada primeiramente na Itália em meados do século XX – Código Civil italiano de 1942 e adotada pelo Brasil com a edição do Código Civil de 2002, transformou o comerciante em empresário³².

Segundo GUSMÃO:

Como visto, antes da revogação da primeira parte do Código comercial pelo Código Civil, o comerciante era a pessoa física (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária) que, em caráter habitual e profissional, praticava atos de comércio, visando lucro. Os atos de comércio – definidos pelo Regulamento nº 737, de 1859*, e não pelo Código Comercial – eram todos os praticados com habitualidade, profissionalidade e intuito de lucro pelos comerciantes e não-comerciantes, assim considerados por força de lei. Unificando, em parte, o direito civil e o comercial o Código Civil considera empresário todo aquele que, em caráter profissional, habitual e com

³² Por hora, utiliza-se o termo ‘empresário’ para designar o sujeito de direito que exerce a atividade econômica. Em momento oportuno haverá às distinções relativas ao empresário individual e a sociedade empresária.

* Erroneamente consta tal data no livro de Mônica Gusmão.

intuito de lucro exerce atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços³³.

A substituição do Direito Comercial – classificado por César Vivante como “a parte do Direito Privado que tem principalmente por objeto regular as relações jurídicas que surgem do exercício do comércio³⁴” – pelo Direito Empresarial, cuja atual codificação foi unificada ao Direito Civil, não retirou a singularidade, especialidade e particularidade da matéria, permanecendo como ciência independente, destinada a regular as atividades empresariais.

Como fenômeno natural do desenvolvimento da sociedade, houve modificações na estrutura econômica mundial, com a preponderância da realidade socioeconômica.

Em vista das permanentes mutações que caracterizam as relações econômicas empresariais, tanto a independência como o progresso do Direito Empresarial é necessário, sob pena de tornar inócuo esse ramo do Direito.

NEGRÃO assevera:

O conceito de empresa decorre da visão moderna de empresário, com origem na legislação italiana. Se, por um lado, o estudo dos atos de comércio decorre do conceito francês de se definir comerciante – sistema de comercialidade -, por outro, o conceito de empresa é construção italiana – sistema de empresarialidade -, ao estabelecer regras próprias não mais àquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio, mas a algumas atividades definidas em lei como empresariais³⁵.

A teoria da empresa visa, portanto, a abrir a norma jurídica para que qualquer atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços revista-se de caráter empresarial, sendo suficiente que a pessoa (física ou jurídica) se emoldure no enunciado legal de empresário e não figure nas exceções previstas³⁶.

³³ GUSMÃO, Mônica. **Curso de Direito Comercial**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007. p. 9.

³⁴ VIVANTE, César. **Tratado de Derecho Mercantil**, trad. de Ricardo Espejo de Hinojosa. Madri, 1932. vol. I. p. 1.

³⁵ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Manual de direito comercial**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 73.

³⁶ Para estes casos específicos (par. único do art. 966 e art. 971 do CC), o ordenamento jurídico possui regulamentação própria, distanciando-se do objeto da presente pesquisa, ao passo que não estão sujeitos a Recuperação nos parâmetros da Lei 11.101/2005.

Repise-se que, com a adoção da teoria da empresa, não houve mera substituição do comerciante pelo empresário, pois o comerciante antigo foi absorvido pela categoria empresário. Observa-se, por outro lado, que o empresário comercial corresponde, de certa forma, ao antigo comerciante e não ao empresário comercial geral. Existe correspondência entre eles, no que se refere a ambos exercerem atividade econômica organizada de intermediação, e há diferença, pois aquele que hoje é considerado empresário, além de intermediador, é também agente de produção de bens e serviços.

A respeito, MARTINS revela:

Entende-se por *comerciante* a pessoa, natural ou jurídica, que, profissionalmente, exercita atos de intermediação ou prestação de serviços com intuito de lucro. Os atos praticados pelos comerciantes, no exercício de sua profissão, são denominados *atos de comércio por natureza* ou *subjetivos*. A lei reconhece como comerciais outros atos, mesmo praticados por não-comerciantes. Esses são atos de comércio *objetivos* ou decorrentes da vontade do legislador. A pessoa que os pratica não é considerada comerciante porque, no caso, é o ato em si que tem a natureza comercial. Com a evolução da importância das empresas no exercício das atividades comerciais, os comerciantes são considerados *empresários*, isto é, os chefes das empresas (Código Civil italiano, de 1942, art. 2.086). Tendo-se em conta que é considerado *empresário* "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a *produção* ou circulação de bens ou de serviços" (Código Civil – art. 966), vê-se que o campo de ação do comerciante foi ampliado com o conceito de empresário, pois se no Direito tradicional o comerciante era um simples *intermediário*, no novo Direito as atividades da empresa podem ser também de *produção*³⁷.

Partindo-se destas definições, permite-se afirmar que o exercício da atividade empresarial tanto cria, modifica, insere e disponibiliza determinados bens de consumo ou serviços, como também adquire esses bens ou serviços para promover sua circulação. Pondera GONÇALVES NETO:

Do conjunto das disposições do Código Civil verifica-se, ainda, que o empresário definido no seu art. 966, é a *pessoa natural* que faz do exercício da atividade econômica sua profissão. Realmente, as previsões do Título I, do direito de empresa, dirigem-se ao *empresário individual* ou singular. Ao empresário coletivo, melhor dizendo, à *sociedade empresária* estão reservadas as regras contidas no Título II (arts. 981 e ss.). O Código Civil, por sinal, insiste em deixar clara essa distinção; separa propositadamente as figuras

³⁷ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 41. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 83.

do empresário e da sociedade empresária, a ponto de se referir meticulosamente às duas nas normas e são a ambas aplicáveis³⁸.

Quanto à aplicação dessas novas regras no processo falimentar e recuperacional, observa-se que Ricardo Negrão antecipou uma definição que, na prática, ocorreu com o advento do Código Civil de 2002, pois sua aplicação na Lei de Recuperação Judicial de Empresas demonstra que alguns sujeitos, anteriormente eram impelidos a adimplir suas obrigações mediante a execução concursal, hoje não mais o podem, enquanto outros, que estavam excluídos do rol de pessoas sujeitas a execução falimentar, atualmente, podem sofrer a falência ou requerer sua recuperação.

NEGRÃO observa:

Acrescente-se, entretanto, adotado o novo conceito de empresarialidade, mas mantida a distinção no campo obrigacional, sobretudo no que se refere à ocorrência do estado falimentar, teremos, com o novo Código Civil, mudança no campo da sujeição ao estado falimentar: se a este se sujeitarem os empresários, estarão fora do alcance muitos dos que hoje correspondem ao conceito de comerciante, por praticarem atos de comércio com habitualidade e profissionalidade, mas não desenvolvem atividade qualificada como organizada e voltada para o mercado, e, por outro lado, se sujeitarão a execução falimentar pessoas que hoje não se subsumem ao conceito de comerciante³⁹.

Por fim, destaca-se que essa nova realidade jurídica não passou despercebida pela doutrina, que sopesou essa mudança em seus principais aspectos, desde a adoção dessa nova forma de positivizar as relações empresariais em sua origem, o Direito italiano. Veja-se BULGARELLI ao definir a superação da teoria dos atos do comércio pela teoria da empresa:

Concorda de maneira geral a doutrina italiana em que não houve mera substituição do comerciante pelo empresário e sim a adoção de um sistema dando preeminência a este e assim igualando os agentes das atividades econômicas da produção de bens ou serviços, sob a rubrica de empresário, mas, note-se, concebido este não como especulador, porém como responsável pela produção; desta forma, o comerciante antigo foi absorvido pela categoria empresário, como titular da atividade intermediária. Há que se atentar, pois, por outro lado, que o empresário comercial corresponde de certa forma ao antigo comerciante e não ao empresário comercial geral, ou seja, há

³⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

³⁹ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Manual de direito comercial**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 74.

correspondência entre os dois, no que se refere ao fato de que ambos exercem uma atividade econômica organizada de intermediação, e há diferença, no fato de que é considerado empresário porque é agente de produção e não mero especulador⁴⁰.

Tanto na origem – Código Civil italiano de 1942 -, como na vigente Lei 10.146/2002 – Novo Código Civil brasileiro -, vê-se ter havido profundas transformações no ordenamento jurídico ao se adotar a teoria da empresa, tanto pela consagração da autonomia da vontade como pela persecução dos princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, sem contudo se esquivar de contemplar mecanismos que aproximam a empresa da atual realidade socioeconômica do mundo.

1.2.2 Empresário individual e sociedades empresárias

Importante destacar poder ser o empresário tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, sendo denominado empresário individual⁴¹ e sociedade empresária, respectivamente.

No tocante ao tema, TEIXEIRA conceitua:

A atividade empresarial pode ser exercida pelo empresário individual ou pela sociedade empresarial. O empresário individual é o profissional que exerce a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços e não se confunde com os sócios de uma sociedade empresarial, que podem ser chamados de empreendedores ou investidores⁴².

Tendo o ordenamento jurídico separado o agente que individualmente constitui empresa daqueles que o fazem em conjunto, as regras aplicáveis são distintas, notadamente, embora haja distinção nas pessoas que constituem a

⁴⁰ BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 59.

⁴¹ A empresa – atividade exercida pelo empresário – não pressupõe a existência de uma sociedade, na medida em que esta atividade pode ser exercida por uma única pessoa física e não por um conjunto de pessoas reunidas em sociedade. (BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: RT, 2001. p. 56.)

⁴² DOS SANTOS, Elisabete Teixeira Vido. **Direito comercial**. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004. p.18.

empresa, seja individual seja coletivamente, tanto uma como a outra são empresárias.

Enquanto aquela pessoa física que exerce a atividade empresarial é reconhecida como empresário individual, nas sociedades, o foco é outro, pois é a sociedade formada pelos sócios que é empresária. Em outras palavras, os sócios que formam a sociedade não são empresários, pois empresária é a sociedade constituída entre eles.

Veja-se que tal afirmação decorre do contido no próprio texto legal:

CC/2002 – Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens e serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Sobre a sociedade empresária, GONÇALVES NETO esclarece:

Ao se aludir à produção de um **novo sujeito de direito**, traz-se à tona a particularidade mais marcante da sociedade, que a isola de todos os demais negócios jurídicos, principalmente daqueles outros que, sem obter tal resultado, buscam, como a sociedade, a reunião de recursos ou de esforços para a realização de empreendimento comum. Essa figura assim criada – pode-se dizer, essa nova entidade, esse novo ente -, tanto pode ser uma pessoa jurídica como um centro de imputação de interesses a que o direito confere capacidade, ampla ou restrita, para figurar como sujeito de direito em quaisquer relações jurídicas⁴³ (grifos nosso).

[...] assim, por comerciante ou empresário deve-se entender tanto a pessoa natural que exerce individual e profissionalmente a mercancia, como a sociedade comercial, isto é, a pessoa jurídica que tem por objeto (que se propõe a) exercê-la⁴⁴ [...]

Repisem-se as ponderações de CAMPINHO:

Não há que se confundir o empresário individual com o sócio de uma sociedade empresária. O sócio, com efeito, não é empresário, mas sim integrante de uma sociedade empresária. O empresário poderá ser pessoa física, que explore individualmente a empresa (empresário individual), do qual estamos agora tratando, ou uma pessoa jurídica, a qual, detentora de personalidade jurídica própria,

⁴³ GOLÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 2003. 2. ed. p. 108-109.

⁴⁴ Idem. p. 94-95.

distinta da de seus membros, exerce diretamente a atividade econômica organizada (sociedade empresária)⁴⁵.

Ainda, ULHOA COELHO:

Sociedade empresária é a pessoa jurídica que explora uma empresa. Atente-se que o adjetivo “empresária” conota ser a própria sociedade (e não os seus sócios) a titular da atividade econômica. Não se trata, com efeito, de sociedade empresarial, correspondente à sociedade de empresários, mas de identificação da pessoa jurídica como o agente econômico organizador da empresa. Essa sutileza terminológica, na verdade, justifica-se para o direito societário, em razão do princípio da autonomia da pessoa jurídica, o seu mais importante fundamento. Empresário, para todos os efeitos de direito, é a sociedade, e não os seus sócios. É incorreto considerar os integrantes da sociedade empresária como os titulares da empresa, porque essa qualidade é da pessoa jurídica, e não dos seus membros⁴⁶.

Conforme destacado, o ordenamento jurídico prevê dar-se a redução de riscos para o exercício da atividade empresarial pela criação de uma nova pessoa, que, mediante a reunião de esforços dos seus titulares, exerce a atividade empresarial: a sociedade empresaria.

Frise-se desde logo que a criação de uma pessoa jurídica para assumir as responsabilidades pelo risco da atividade empresarial se caracteriza pelo estímulo ao empreendedorismo, não para fraude de credores, por exemplo. Há uma nítida opção em desenvolver o exercício da empresa com mitigação de riscos ou transferência de parte destes riscos à sociedade brasileira (sociedade relacionada à universalidade, comunidade. Distingue-se da transferência de risco à sociedade empresária) que ao eventualmente assumir este encargo se beneficia – ainda que indiretamente – dos propósitos socioeconômicos decorrentes da atividade empresarial.

⁴⁵ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 12.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. II. p. 5.

1.3 TRANSFERÊNCIA DO RISCO EMPRESARIAL À SOCIEDADE

A distinção entre empresários individuais e sociedades empresárias, eminentemente as sociedades limitadas e as anônimas, pressupõe diferentes formas de adimplemento das obrigações sociais, pois a responsabilidade sobre estas decorre da forma adotada para constituição da empresa.

Antes de se abordarem as questões jurídicas relativas à responsabilidade social, é importante destacar que a limitação da responsabilidade dos sócios, que, pela autonomia da sua vontade, constituem sociedade empresária, tem cunho econômico, porém, com reflexos sociais.

Conforme já se afirmou, o exercício da atividade empresarial pressupõe risco. Este fator é conhecido desde as remotas transações comerciais em épocas em que o devedor insolvente era submetido, inclusive, a sanções corporais.

Posteriormente, no século XIX, tais práticas foram abolidas, passando-se a adotar austeras medidas de cunho financeiro ao empresário inadimplente, por suas obrigações mercantis.

Tal política afastou *a pessoa que desejava desenvolver atividade empresarial, tendo recursos iniciais suficientes*⁴⁷, pelo elevado risco em exercer alguma atividade empresarial. A isto se acrescenta que, após a Revolução Industrial⁴⁸, o Estado não mais tinha condições econômicas de garantir as conquistas sociais obtidas pela Revolução Francesa⁴⁹, tornando imperiosa a necessidade de estimular o desenvolvimento da atividade econômica privada.

⁴⁷ TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 449.

⁴⁸ “Por Revolução Industrial convencionou-se designar o processo de transformações econômicas e sociais, caracterizadas pela aceleração do processo produtivo e pela consolidação da produção capitalista. Tal processo assinala, ainda, a passagem em definitivo da produção baseada em relações feudais para a produção em que o capital e o trabalho estão definitivamente separados, isto é, a produção capitalista. A introdução do sistema de fábricas e a crescente mecanização das forças produtivas iniciou-se na Inglaterra, em fins do século XVIII, espelhando-se, posteriormente, ao longo dos séculos XIX e XX por vários outros países” (FARIA, Ricardo de Moura. **A Revolução Industrial e a nova Sociedade do Trabalho**. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1997. p. 187).

⁴⁹ O século XVIII, “século das luzes”, foi berço de mudanças em diversos ramos da sociedade, alterando as circunstâncias econômicas, políticas, jurídicas, sociais e culturais. Em virtude disso, o Liberalismo expressou igualdade jurídica, porém não proporcionou igualdade econômica, concluindo-se na inevitável intervenção estatal para proteção dos cidadãos.

Surge a igualdade jurídica de maneira formal quando da intervenção do Estado, em razão das necessidades dos indivíduos, não somente no cumprimento das necessidades básicas, mas também das condições de respeito a que qualquer ser humano tem direito.

Para que fossem mantidos os ideais iluministas, o Estado viu-se obrigado a aplicar regras que limitassem a responsabilidade dos empreendedores – tal qual, à época, era aplicado às grandes empresas constituídas sob a forma de sociedades anônimas - para canalizar o aporte de recursos na atividade empresarial, gerando maior oferta de empregos e garantir, assim, melhor qualidade de vida aos seus cidadãos, como também transferir parte dos seus privilégios ao Terceiro Estado⁵⁰.

Aduz SIEYÉS:

Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros⁵¹.

⁵⁰ Por Terceiro Estado, aqui, devidamente cotejado a Empresa, faz-se referência a todos os trabalhos particulares e no conceito de Sieyés, divide-se em quatro classes: “1ª) como a água e a terra fornecem a matéria-prima das necessidades do homem, a primeira classe, na ordem das idéias, são todas as famílias ligadas aos trabalhos do campo; 2ª) a partir da venda das matérias-primas até seu consumo ou sua utilização uma nova mão-de-obra multiplica e acrescenta a estas matérias um segundo valor, mais ou menos composto: a indústria humana. Ela consegue aperfeiçoar os benefícios da natureza, e o produto bruto dobra, decuplica, centuplica seu valor. Estes são os trabalhos da segunda classe; 3ª) entre a produção e o consumo, assim como entre os diferentes graus de produção, se estabelece uma multidão de agentes intermediários, úteis, tanto aos produtores como aos consumidores são os comerciantes e os negociantes. Os negociantes que, o tempo todo, comparam as necessidades ocasionais, especulam com o depósito e o transporte. São os comerciantes que se encarregam, em última análise, da venda, no atacado e no varejo. Esse tipo de atividade caracteriza a terceira classe; 4ª) além dessas três classes de cidadãos trabalhadores e úteis, que se ocupam do objeto próprio do consumo e do uso, é preciso ainda que haja em uma sociedade um grande número de trabalhos particulares e de serviços diretamente úteis ou necessários para o indivíduo. Essa quarta classe inclui desde as profissões científicas e liberais mais consideradas, até os serviços domésticos menos valorizados. Estes são os trabalhos que sustentam a sociedade. E sobre quem recaem? Sobre o Terceiro Estado”. (SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu`est-ce que Le Tiers État?** Trad: AZEVEDO, Norma. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001. pp. 1-2.

⁵¹ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu`est-ce que Le Tiers État?** Trad: AZEVEDO, Norma. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001. pp. 4.

Por ser certo que o estímulo à atividade empresarial relativiza efeitos sociais negativos pela geração de emprego e renda e inclusão social⁵², o Estado se viu obrigado a repartir parte dos seus privilégios ao limitar sua força impositiva, evidenciando a necessidade de fortalecimento da economia.

Além de reduzir a severa carga tributária, adotou a responsabilidade limitada como regra para o exercício da atividade econômica executada por sociedades empresárias, num claro incentivo à empresariedade, conforme ensina ISFER:

A limitação de responsabilidade no exercício do comércio está vinculada a disposições legais que vêm, ao longo dos anos, avançando, tendo sido criados modelos jurídicos que afastam a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais (é o que acontece nas sociedades anônimas e nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada)⁵³.

Afirmou-se, anteriormente, que, enquanto as sociedades empresárias, via de regra – pois existem exceções⁵⁴ – são constituídas por dois ou mais sócios, a empresa individual é formada por uma única pessoa física.

Por oportuno, destaca-se que não se analisam detidamente, aqui, as formas societárias, pelo que se aplicará, como regra geral para o presente estudo, a sociedade limitada, porque, além de ser o tipo societário mais adotado no Brasil, é suficiente para demonstrar como se dá a responsabilidade coletiva, na maioria dos casos de insolvência, sem se descuidar de abordar esses efeitos no Direito concursal.

⁵² “Não podemos escapar à evidencia de que a civilização criada pela Revolução Industrial aponta de forma inexorável para grandes calamidades. Ela concentra riqueza em benefício de uma minoria cujo estilo de vida requer um dispêndio crescente de recursos não-renováveis e que somente se mantém porque a grande maioria da humanidade se submete a diversas formas de penúria, principalmente à fome. Uma minoria dispõe dos recursos não-renováveis do planeta sem se preocupar com as conseqüências para as gerações futuras do desperdício que hoje se realiza” (FURTADO, Celso. **Brasil, a construção interrompida**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 76).

⁵³ ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 103.

⁵⁴ São duas as hipóteses de uma sociedade empresária ser formada por um único sócio. Uma se refere a autorização contida no artigo 251 da Lei nº 6.407/76 para que uma sociedade brasileira seja a única acionista de uma S/A. A segunda consolida-se no sentido de possibilitar a redução temporária da sociedade. Veja-se: “A sociedade reduzida a um sócio (unipessoal derivada) encontra-se nas hipóteses em que a sociedade, porquanto tenha se constituído mediante a pluralidade de sócios, em face de causas de dissolução parcial tenha seu quadro reduzido a um único sócio. É o caso, e. g., da sociedade composta por dois sócios, em que um deles vem a falecer”. (TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 470).

Nas sociedades empresárias, prevalece a autonomia patrimonial⁵⁵ e, conseqüentemente, a limitação da responsabilidade dos sócios, diametralmente aos empresários individuais, pois, naquela forma de exercício empresarial, as obrigações limitam-se de acordo com a porcentagem que cada sócio detém da sociedade. Destaca TOKARS que *a forma de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é a razão principal para a criação da sociedade limitada*⁵⁶.

Embora o exercício da atividade empresarial sempre pressuponha a assunção de riscos, os sócios não respondem pela integralidade das dívidas da sociedade empresarial, ao passo que os empresários individuais respondem integralmente pelas dívidas e obrigações sociais assumidas no exercício profissional da atividade econômica, ante a inexistência de autonomia patrimonial. CALIXTO SALOMÃO destaca que *a responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador*⁵⁷.

O posicionamento imperativo do ordenamento jurídico pressupõe a indivisibilidade dos bens da pessoa física⁵⁸ que individualmente constitui uma empresa, de tal modo que todas as suas propriedades e seus créditos serão disponíveis uma vez que o legislador não ponderou a origem dos débitos do empresário individual⁵⁹ - se foram ou não contraídas para e durante o exercício da respectiva atividade empresarial.

GOMES destaca:

Só as pessoas, naturais ou jurídicas, podem ter patrimônio; toda pessoa tem necessariamente um patrimônio; cada pessoa só pode ter um patrimônio; o patrimônio é inseparável da pessoa⁶⁰.

⁵⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 54.

⁵⁶ TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 153.

⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 209.

⁵⁸ Teoria da Unidade do Patrimônio do Indivíduo.

⁵⁹ "É oportuno esclarecer que o empresário individual não é figura em extinção, ou de reduzido interesse, como alguns costumam asseverar. É só lembrar que, na estatística do Departamento Nacional de Registro do Comércio, relativa à Constituição de Empresas por Tipo Jurídico no período compreendido entre 1985 e 2005, foram criadas mais empresas individuais do que limitadas. Do total de 8.915.890 empresas constituídas, 4.569.288 foram empresas individuais, 4.300.257 sociedades limitadas, 20.080 sociedades anônimas, 21.731 sociedades cooperativas e 4.534 referentes a outros tipos societários. Os dados estão no sítio do DNRC, disponível em www.dnrc.gov.br." (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.)

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 227.

Diferentemente da limitação de responsabilidade dos sócios, é imputado ao empresário individual a integralidade das dívidas decorrentes do exercício da atividade empresarial, inclusive, com seu patrimônio pessoal – ou seja, distinto do patrimônio empreendido na empresa – em decorrência da opção do legislador, à época da edição do Código Civil de 2002, em não contemplar no ordenamento jurídico as sociedades unipessoais.

Alerta ISFER:

Como esta limitação de responsabilidade só é existente em sociedades, o comerciante individual é obrigado a, desejando limitar a sua responsabilidade, constituir sociedades de favor ou sociedades fictas. Essas são as únicas soluções em termos de direito brasileiro constituído, para que o comerciante individual não tenha o seu patrimônio vinculado às obrigações assumidas no exercício de sua atividade profissional⁶¹.

Não há previsão legal no sentido de conferir ao empresário individual personalidade jurídica própria, sendo esta, no caso das empresas individuais, a própria personalidade física do titular da empresa.

Optou-se por inserir no ordenamento jurídico tão somente permissão para que individualmente fosse possível, às pessoas físicas, exercerem atividade exclusiva de sociedades empresárias.

Ainda que tenha havido progresso, neste campo, com a adoção do regime - ao conferir que pessoas físicas unilateralmente exerçam a atividade empresarial, com consequências positivas à economia pela geração de riquezas, dividendos e empregos mediante a produção e circulação de bens e serviços - que tem *status* de direito fundamental, na atual carta magna brasileira.

Evidencia-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana mediante o acesso dos empregados à moradia, à alimentação, à saúde e à educação, contribuindo ainda com sua inclusão social, subsiste o risco da atividade com reflexos na saúde financeira pessoal – aqui se entenda o patrimônio não aplicado ao exercício da atividade empresarial – do empreendedor.

⁶¹ ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 103.

Nota-se ter faltado sensibilidade ao legislador em não inovar o ordenamento jurídico de modo contemplar no artigo 44 do Código Civil⁶², personalidade jurídica própria para aquele que individualmente exerce atividade empresarial, adotando a teoria das sociedades unipessoais⁶³.

TOKARS escreve sobre essa acepção:

Embora a limitação da responsabilidade do empresário individual se mostre como um passo necessário na evolução do direito empresarial, a sua implementação em nível normativo não é possível sem a superação de alguns problemas de ordem doutrinária. A primeira questão que se coloca é a possibilidade de criação de patrimônio separado pelo empresário, para que seja logicamente viável a limitação de responsabilidade. De fato, para tanto mostra-se necessária a identificação de esferas patrimoniais distintas, dirigindo-se uma à garantia de obrigações pessoais do empresário enquanto que a outra volta-se a responder pelas obrigações de natureza empresarial⁶⁴.

Por outro lado, mesmo sendo crível facilitar a autonomia patrimonial do empresário individual a adoção de práticas não ortodoxas, notadamente a confusão patrimonial, o ordenamento jurídico possui meios eficientes de coibir as tentativas de fraude contra credores, porque o Código Civil de 2002 normatizou⁶⁵ mecanismos visando coibir abusos de direitos cometidos sob o manto da distinção patrimonial, adotando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como meio hábil para tornar sem efeito atos ilícitos praticados, com o objetivo de desviar a finalidade da sociedade empresária.

Perfilhados estes conceitos, embora tal compreensão soe de difícil aceitação doutrinária, a limitação de afetação ao patrimônio físico do empreendedor individual – repise-se, a distinção entre o patrimônio da pessoa física com aquele da pessoa jurídica, criada exclusivamente pelo empresário individual para exercício de determinada atividade econômica, se aceitas fossem as sociedades unipessoais de forma ampla e ilimitada no ordenamento

⁶² Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: (...) II – as sociedades; (...).

⁶³ “Como a própria designação indica, são sociedades unipessoais aquelas compostas por um único sócio, superando-se o requisito da pluralidade de sócios.” (TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 470.)

⁶⁴ Idem. p. 473.

⁶⁵ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

jurídico pátrio -, soaria como novo impulso catalisador da economia, à medida que o Estado proporcionaria maior segurança jurídica para que novos empreendimentos fossem criados, estando abalizado inclusive pela Constituição Federal de 1988, que, dentre seus direitos fundamentais, alberga o incentivo ao desenvolvimento econômico.

É importante destacar que o modelo adotado, obrigando o empresário individual a cumprir suas obrigações sociais com a integralidade do seu patrimônio, propiciou a fértil doutrina a desenvolver mecanismos que visam a limitar a responsabilidade dos empreendedores que se consideram suficientemente aptos ao exercício da atividade empresarial. Assim, criou-se na doutrina, as chamadas sociedades unipessoais de fato.

TOKARS esclarece:

Mas não se pode olvidar que alguns doutrinadores, como *Romano Cristiano*, aduzem a existência de uma quarta categoria de sociedade unipessoal: as de fato. Estas seriam as que, constituídas e mantidas em respeito ao requisito da pluralidade de sócios, evidenciam-se como sociedades de fachada, onde apenas um dos sócios dirige e controla o desenvolvimento das atividades sociais, com o outro, ou outros, restringindo-se a emprestar o seu nome à composição do contrato social (sócios de palha). Constituem as sociedades unipessoais de fato o mais evidente fundamento sociojurídico à necessidade de aceitação da sociedade unipessoal originária, vez que se constituem no instrumento necessário para que o empresário auto-suficiente possa gozar da segurança da limitação da responsabilidade⁶⁶.

Essas formas societárias, com tal denominação somente no campo doutrinário, pois em verdade são sociedades por cotas de limitação de responsabilidade social, não constituem fraude a credores, pois como o ordenamento jurídico não limitou a quantidade necessária de cotas para criação da personalidade jurídica, não pode imputar a essa situação fática vestes de abuso de direito em casos, por exemplo, em que determinada sociedade empresária é constituída por dois sócios, em que um possua 99% das cotas sociais.

É importante ser dito: a prerrogativa legal que possibilita maior ou menor grau de investimento para constituição de uma pessoa jurídica, preordenada ao exercício de determinada atividade empresarial, é suficiente

⁶⁶ TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 471.

para afastar a imputação de desvio de finalidade jurídica a essas formas societárias de fato, pois decorre exclusivamente da opção do legislador em não contemplar as sociedades unipessoais no ordenamento jurídico.

Verifica-se, conseqüentemente, promovidas estas considerações, que a autonomia patrimonial dos empreendedores individuais não inviabilizaria as garantias creditícias, pois de fato se constata a existência das sociedades unipessoais, aceitas pela comunidade jurídica ante sua licitude e regularidade formal.

Pelo destaque já dado, tal qual formalmente previsto no Código Civil e aplicável as sociedades empresariais, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) visa a coibir o uso irregular da forma societária por excessos injurídicos da personalidade jurídica.

Trata-se de medida excepcional⁶⁷, portanto, a regra da autonomia patrimonial - erigida sobre a égide da manifestação da vontade das partes, que livremente contratam no sentido de unir ativos para o exercício da atividade econômica - limitando o poder de incursão do credor nos bens particulares - isto é, não sociais - dos sócios, mas que, inclusive sob o manto dessa proteção, proíbe-lhe empreender meios que comprovadamente visem a impor prejuízos ao patrimônio do credor.

GONÇALVES NETO adverte:

A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios e tem patrimônio próprio, distinto do deles, é um princípio jurídico, mas não se pode transformar em dogma e entravar a ação do ordenamento jurídico positivado (isto é, daquele que estabelece o regime a que subordina essa mesma pessoa por ele criada) na realização da justiça⁶⁸.

Compreendida a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e aplicada nos seus termos originários, isto é, sobreposta exclusiva e excepcionalmente, nos casos de abuso da personalidade jurídica, desvio de

⁶⁷ "A desconsideração não é nem poderia ser a regra. A regra é a autonomia patrimonial da pessoa jurídica da sociedade. Trata-se, pois, de um mecanismo excepcional que há de ser aplicado com a necessária cautela, fundamentalmente, evitando-se o risco de destruir o instituto da pessoa jurídica e ferir os direitos da pessoa dos sócios. Daí por que deve ser respaldada em fatos concretos que a tornem medida excepcional inevitável. Não pode ser banalizada a ponto de comprometer o instituto da pessoa jurídica. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 54.)

⁶⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 33.

finalidade ou confusão patrimonial, conforme determina o Código Civil brasileiro, não se veem óbices para sua incidência nas sociedades formadas por uma única pessoa natural – as sociedades unipessoais.

O próprio ordenamento jurídico contém regras plenamente aplicáveis para evitar o abuso da personalidade jurídica, sendo manifesto que sua aplicação se dar-ia de forma plena também às sociedades unipessoais, conferindo autonomia patrimonial ao empreendedor que, de boa-fé, queira empregar individualmente seu profissionalismo em atividade econômica organizada, estimulando-se o empreendedorismo.

A desconsideração da personalidade jurídica, entretanto, à margem da teoria que originariamente a fundamenta, foi desvirtuada em alguns ordenamentos jurídicos pátrios, notadamente as Leis 8.078/1990 (CDC), 8.884/1994 (Lei das Infrações à Ordem Econômica) e 9.695/1998 (Meio Ambiente), de onde se extrai ter sido indevidamente ampliado o seu objeto, passando a admitir que a exceção à regra da autonomia patrimonial da personalidade jurídica fosse indistintamente utilizada.

Observa-se a relativização de direitos historicamente construídos mediante a equivocada jurisprudência erigida sob a égide das disposições imprecisas, contidas na legislação consumerista, como revela PINHEIRO:

Sem um judiciário que funcione bem não há segurança jurídica, o que faz com que o investimento e a atividade econômica em geral fiquem mais arriscados e ineficientes; passando-se a privilegiar inversões mais líquidas e de retorno no curto prazo, e a embutir-se nos preços um prêmio de risco elevado. O resultado é um baixo volume de investimento, uma redução da produtividade do capital, um menor volume de intermediação financeira, uma perda de competitividade internacional e o recurso a instrumentos alternativos de resolução de conflitos, como a cobrança violenta de dívidas⁶⁹.

Ademais, destaca-se servirem essas confusas regras de alicerce para que a Justiça Trabalhista⁷⁰ delas se utilize para desconsiderar a personalidade

⁶⁹ PINHEIRO, Armando Castelar e GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 212.

⁷⁰ “Fica claro que o Brasil dá uma proteção legal elevada aos seus trabalhadores. Em relação à legislação trabalhista, o Brasil se destaca como recordista absoluto na amostra de 85 países analisados por *Botero*. (PINHEIRO, Armando Castelar e GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 167).

jurídica das sociedades empresariais, quando não têm ativos suficientes para cumprir suas obrigações trabalhistas, mesmo não incorrendo em abusos da personalidade jurídica.

TOKARS discorre sobre o assunto com precisão:

É muito comum a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito do trabalho, por meio do qual os sócios respondem de forma direta pelos débitos trabalhistas assumidos pela sociedade. Segundo consta da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, 'partindo da premissa de que os créditos trabalhistas, ante a natureza alimentar de que são revestidos, são privilegiados e devem ser assegurados, a moderna doutrina e a jurisprudência estão excepcionando o princípio da responsabilidade limitada do sócio, com fulcro na teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma que o empregado possa, verificada a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados'. (TST, 4º. Turma, RR n. 2549-2000-012-05-00) Entendemos as razões que motivam tal forma de pensar, mas com elas não comungamos. Afinal, a tutela dos direitos dos trabalhadores deve ser a mais eficaz possível, mas evidentemente não pode invadir injustificadamente outros direitos historicamente construídos⁷¹.

Como anteriormente destacado, o risco é inerente à atividade econômica, e direitos consagrados no ordenamento jurídico não podem ser relativizados pela prevalência de direitos outros sobre qualquer pretexto, ainda que de cunhos sociais, já que constitucionalmente o pleno exercício da atividade empresarial promove inúmeros benefícios socioeconômicos.

É evidente, portanto, que a regra geral contida no ordenamento jurídico estabelece autonomia patrimonial às sociedades empresarias, e qualquer tentativa de torná-la aplicável aos empresários individuais, que passariam então a constituir sociedades empresárias unipessoais, passa, além da reforma legal específica, pela revogação expressa das errôneas disposições contidas em alguns textos normativos pátrios.

Por derradeiro, frise-se que a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com despersonalização, que significa o *desaparecimento da pessoa jurídica como sujeito autônomo de direito, como ocorreria, por exemplo, nos casos de invalidade de seu contrato social ou de sua dissolução*⁷². A desconsideração da personalidade jurídica é temporária,

⁷¹ Idem.

⁷² CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais**. Lisboa: Lex, 1997. p. 25.

como já afirmado e somente aplicável em casos concretos e determinados, pois *apenas suspende episodicamente os efeitos da personificação*⁷³.

É importante que se diga que a transferência dos riscos da atividade empresarial para a sociedade (aqui se entenda a sociedade/coletividade, não a sociedade empresária) não se caracteriza pela redução dos riscos dos empreendedores estritamente, mas em razão dos benefícios socioeconômicos gerados pela empresa. Em outras palavras, para que possa a empresa contribuir no desenvolvimento social e econômico do país, é necessário que seu exercício seja estimulado e somente o será caso o Estado proporcione aos empreendedores um mínimo de segurança patrimonial.

De outro viés, corrobora-se a afirmação inicial quanto a função do direito empresarial, na medida em que se afirmou que fundamenta-se em dois aspectos, estímulo a atividade econômica e tutela do crédito.

É evidente que quando se afirma que a atividade empresarial deve ser estimulada mediante a relativização dos riscos inerentes ao exercício da empresa, não se prega o descumprimento das obrigações sociais.

Note-se que o ordenamento jurídico prevê meios para que as obrigações sejam cumpridas, seja em épocas em que a saúde financeira da devedora se encontre sadia seja em épocas de crises. Destacou-se, outrossim, que por vezes não são observados - como deveriam - alguns princípios e regras do direito empresarial que minimizam o exercício.

Contudo, há mecanismos a disposição para satisfação dos créditos e a consagração do direito empresarial como meio para persecução dos fins sociais inerentes a empresa se dá através do equilíbrio entre o estímulo a atividade econômica e a máxima tutela do crédito, razão pela qual se torna importante a adoção da Lei 11.101/2005, que procura – ao menos é aquilo que pretende – conferir tal balanceamento.

⁷³ GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 66.

1.4 A FUNÇÃO DA LEI 11.101/2005 COMO MECANISMO PARA A TUTELA DO CRÉDITO

Feitas as considerações referentes a empresa e às suas peculiaridades que extravasam o campo do Direito, pretende-se demonstrar a função da Lei 11.101/2005, utilizada como meio de satisfação das obrigações sociais nos momentos que a empresa não possui capacidade para adimplir tais compromissos regular e espontaneamente.

Em outras palavras, mas com igual alcance, a referida legislação se torna utilizável quando o custo do exercício da atividade empresarial atinge patamares tais que a empresa não apresenta meios para cumprir com as suas obrigações de forma direta e individual com cada credor. É, portanto, um meio coativo de forçar a empresa a pagar seus credores.

Apresentam-se dois caminhos: um de iniciativa do devedor e, outro, dos credores. No primeiro caso, o devedor objetiva a recuperação judicial que, além de visar a adimplir as obrigações sociais, procura manter em atividade as empresas em crise econômico-financeira, mas que demonstrem viabilidade econômica; outro, em linhas gerais, quando a empresa não se mostra viável economicamente, ou o devedor não exterioriza tal preocupação com o futuro do empreendimento em momento oportuno – ou mesmo requer sua autofalência por verificar que seu negócio é inviável -, permitindo aos credores o mecanismo da falência, para verem seus créditos, ao menos em parte – se possível, adimplidos.

Retomando a idéia central, tendo em vista que a presente pesquisa está delimitada à análise da recuperação judicial, em primeiro lugar, importante considerar a antiga concordata com a recuperação de empresas, para além dos seus momentos históricos, demonstrando a visão empreendida pela adoção do instituto da recuperação judicial, que marca uma nova fase do ordenamento jurídico brasileiro, ao se identificar a clara opção de o legislador finalmente conceder à empresa o caráter de direito fundamental que a Constituição Federal de 1988 lhe confere – ao menos isso se busca.

Conforme demonstrado, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a ordem econômica, reservou à empresa caráter eminentemente social,

pois seu pleno exercício persegue conferir dignidade à pessoa humana, mediante benefícios socioeconômicos, revelando, assim, por este princípio, sua própria essência.

Por outro lado, a recuperação judicial adotada pela Lei 11.101/2005 revela uma nova visão principiológica do Direito Privado, mediante a substituição da imposição normativa pela autonomia da vontade, já adotada pelo legislador com o Código Civil de 2002.

A perspectiva adotada pela legislação em comento implica medidas de cunho eminentemente negocial, remetendo o devedor e seus credores a encontrarem medidas que visam a equilibrar as finanças da empresa.

Os credores, detentores de direitos frente ao devedor, de acordo com as conclusões extraídas, depois de acurada análise da situação financeira e patrimonial da empresa, e após avaliação dos termos propostos para recuperar a empresa, irão definir se o devedor reúne condições, ainda que mínimas, para se manter competitivo no mercado e adimplir as suas obrigações.

À vontade expressada pela legislação reflete o contido na economia de mercado, em que são os próprios credores – diga-se, as próprias empresas credoras -, que terão o poder de diagnosticar a viabilidade econômica do devedor, sujeitando-o à recuperação ou determinando a sua liquidação.

CAMPINHO descreve essa mudança:

Com a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, a natureza jurídica da concordata alterou-se profundamente, vindo a desembocar em um favor legal, concedido aos devedores de boa-fé. [...] A perspectiva do acordo vem resgatada pela Lei 11.101/2005 restabelecendo a tradição do Direito brasileiro, consentânea, de resto, com todo o Direito contemporâneo, mas sob a nova denominação de recuperação judicial⁷⁴.

Tem-se, na recuperação judicial, a mesma lógica empregada na teoria da empresa, adequando-se o instituto aos princípios sociais inerentes à empresa, à realidade socioeconômica, à autonomia da vontade, à livre negociação e à livre disposição de direitos patrimoniais.

Ao contrário do instituto da falência e com base na continuidade do negócio do falido, construído ao longo da evolução do Direito falimentar, bem

⁷⁴ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 124/125.

como mediante a superação do inócuo procedimento concordatário, a recuperação da empresa, tanto pela via judicial, como pela via extrajudicial, demonstra a preocupação do legislador em ofertar um método pelo qual os credores satisfaçam seus créditos, o devedor mantenha a empresa, e esta cumpra sua função socioeconômica.

Primordialmente, a Lei 11.101/2005 oferece aos agentes econômicos segurança jurídica para que se mantenham operantes tão somente as empresas economicamente viáveis, refletindo o espírito do sistema capitalista, global e moderno.

Tal caráter demonstra não caber ao Estado intervir nas relações privadas de forma impositiva, pois a adoção do regime de economia de mercado pressupõe que ao Estado compete apenas criar mecanismos para que direitos e garantias fundamentais sejam respeitados.

Significa dizer que a forma encontrada pelo devedor e credores para solucionar seus interesses apenas será homologada pelo Estado. A viabilização do adimplemento das obrigações, portanto, decorre da conjunção de esforços da comunidade de credores e do devedor empresário em encontrar a alternativa mais adequada para a situação de crise que se mostra presente.

Cabe ao Estado, pelo Poder Judiciário, além de fiscalizar e homologar a vontade das partes, empreender, como mediador, todos os esforços para que as partes encontrem solução que contemple a manutenção da empresa, para conservar a fonte produtora.

Esse núcleo, se estimulado pelo Estado, propicia que os princípios fundamentais consagrados na Carta Política de 1988 sejam alcançados pela infinidade de benefícios sociais que circundam a empresa.

Não é incongruente afirmar que a preservação da empresa, tal qual contido no artigo 47 da Lei 11.101/2005, promove a tutela dos direitos e garantias individuais e coletivos, tornando possível o estímulo à atividade econômica e à manutenção do emprego – que financia a preservação da dignidade da pessoa humana.

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.

Afirma COVAS:

Os institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, reservados aos devedores que apresentem condições de superar determinada situação de crise econômico-financeira, surgem em substituição à antiga concordata e têm como expressos princípios norteadores a promoção da preservação da empresa, da sua função social e do estímulo à atividade econômica, permitindo, assim, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, dos interesses dos credores e, por conseguinte, da sociedade⁷⁵.

Com a adoção desse novo regime, pretendeu o legislador não somente assegurar fossem as obrigações cumpridas, mas adequar a recuperação judicial à Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil de 2002, com a adoção dos princípios fundamentais lá consagrados, que concedem autonomia aos envolvidos, autoregulamentação da economia e as vantagens difusas e coletivas oriundas da manutenção dos empregos com a preservação da empresa.

Preleciona ABRÃO:

Cotejada a recuperação da empresa com o perfil da continuação do negócio do falido, sem a menor dúvida, a primeira hipótese tem ampla e incomensurável prevalência, à medida em que situa o fundamento num primeiro estágio, sem causar reações em cadeia, sendo certo ainda ponderar que a recuperação faz parte d'uma conjuntura que enxerga na empresa a grande referência, no empresário apenas um dado de identificação, pulverizando seus atos, mantendo um planejamento que corresponda às expectativas endereçadas à instituição, no seu papel social⁷⁶.

A Lei de Recuperação é, certamente, a manifestação de uma reunião de esforços que visam a propiciar à própria empresa a viabilização da sua recuperação econômica, devidamente supervisionada pelo Poder Judiciário, destinada tanto ao cumprimento das suas obrigações (tutela do crédito) como à sua reestruturação, mantendo em funcionamento a unidade produtiva em dificuldade financeira, no momento em que a crise se instala, evitando assim a

⁷⁵ COVAS, Silvânio. A Lei de recuperação de empresas e de falência e os interesses da sociedade. Disponível em <http://www.serasa.com.br/serasalegal/42-abr-05_m1.htm> Acesso em: 12 ago. 2009. 20:00 horas.

⁷⁶ ABRÃO, Nelson. **A Continuação do Negócio na Falência**. 2. Ed. Atualizada por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Ed. Leud, 1998. p. 165.

adoção de medidas drásticas que não contribuem com o desenvolvimento socioeconômico.

PAIVA informa que:

A manutenção da atividade produtiva é o princípio que deverá nortear a aplicação da Lei 11.101/05 (nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas) em toda a sua extensão, permeando os institutos da recuperação judicial, recuperação extrajudicial, como também o próprio instituto da falência, por meio do afastamento do devedor e da continuação de suas atividades.⁷⁷

Oposto ao instituto da falência – que apenas objetiva liquidar os débitos existentes e excluir do mercado o empresário incapaz de exercer de forma satisfatória a sua atividade econômica dispondo-se unicamente a tutela do crédito –, a recuperação judicial é composta tanto pelo caráter mediato – assunção das obrigações – como também se dirige ao cumprimento do interesse social da empresa, que transcende o objetivo lícito, porém limitado do seu exercício, o lucro, conforme já se afirmou.

Perfilhados estes fatores, ineludível que a adoção da Lei 11.101/2005 trouxe inúmeros benefícios – e o simples fato de sua existência já deve ser comemorado –, pois tonifica nas empresas e, em especial, nas situações de crise econômico-financeira, os preceitos principiológicos normatizados pela Constituição Federal de 1988.

Sob outro viés, conforme se demonstrará, ainda assim é necessário o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico concursal, sendo possível tecer algumas críticas à nova legislação.

LUCCA evidencia:

Quero dizer, com tais considerações introdutórias, que o primeiro grande mérito do novo diploma legal que regula a *recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária* há de ser, com toda certeza – não obstante algumas de suas notáveis contradições –, a sua própria existência⁷⁸.

⁷⁷ PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Aspectos relevantes do instituto da recuperação judicial e necessária mudança cultural. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma (Organ.). **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 89.

⁷⁸ LUCCA, Newton de. Uma reflexão inicial. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma (Organ.). **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 4.

Tal constatação decorre tanto da via legal – jurídica -, como da via econômica, administrativa e organizacional, porquanto todos os benefícios sociais que florescem com a conservação da atividade empresarial duradoura⁷⁹ serão maculados pela insegurança jurídica advinda do inadimplemento das obrigações contratuais assumidas, que, em reação em cadeia, onera todos os demais setores, pois o Brasil está inserido em uma economia de mercado globalizada, enquanto, naquele aspecto, a Lei não é perfeita.

Mediante o aporte teórico que se pretende construir, tentar-se-á adiante demonstrar que, por vezes, a manutenção de empresas economicamente inviáveis é desaconselhada, bem como ratificar que as lacunas e incorreções da Lei 11.101/2005 igualmente contribuem - em determinados casos - para o afastamento do espírito da Lei ao resultado que dela se espera, pois de fato não se pode afirmar que a falência e principalmente a recuperação judicial se prestam a tutelar satisfatoriamente o crédito no Brasil.

⁷⁹ “Preserva-se a empresa para poder manter sua função social e o exercício da atividade econômica fomentando a atividade econômica, mantendo o emprego dos trabalhadores, a fonte produtora e o interesse dos credores, (...) procura-se manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e o interesse dos credores com vistas a preservar a empresa, sua função social e fomentar a atividade econômica”. (SIMÃO FILHO, Adalberto. Responsabilidade dos Administradores na nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 27.)

2 A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA MEDIANTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.1 DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Epistemologicamente, a expressão *concordata* deriva de *acordo*, *convenção*. Originariamente, a concordata foi inserida no ordenamento jurídico pelo artigo 847, do Código Comercial de 1850, que previa a concordata suspensiva:

Para ser válida a concordata suspensiva da falência, exige-se que seja concedida por um número tal de credores que represente pelo menos a maioria destes em número, e dois terços no valor de todos os créditos, sujeitos aos efeitos da concordata.

Posteriormente, em uma nítida opção de evitar a falência, foi introduzido no ordenamento jurídico o Decreto nº 917 de 1890, que previa aos devedores de boa-fé concessão de prazo para adimplir suas obrigações, mediante a concordância dos credores, sem, contudo, constituir-se a falência do devedor (concordata preventiva).

Esse *modus operandi* permaneceu em vigor⁸⁰ até 21 de junho de 1945, data em que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro o Decreto-Lei nº 7.661, que relativizou o principal requisito daquele instrumento, o arbítrio das partes em livremente convencionar a regularização das relações patrimoniais.

Abrigou-se, naquela ocasião, proposta de VALVERDE, para quem a concordata era um favor legal e, então, desnecessário à vontade dos credores:

Se a concordata é um favor, que a lei concede ao devedor honesto e de boa-fé, injustificável é, a nosso ver, o sistema geralmente adotado de deixar ao arbítrio exclusivo da outra parte – a maioria dos credores – a concessão ou não desse favor⁸¹.

⁸⁰ Destaque-se que o Decreto-Lei 917/1890 foi aperfeiçoado pelo Decreto nº 859/1902, consolidado pela Lei nº 2.024/1902 e posteriormente aprimorado pelo Decreto nº 5.746/1929.

⁸¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Apud* ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 302.

O entendimento encampado há época previa um sistema formalista e rígido, direcionando a reestruturação econômico-financeiro da atividade empresarial ao cumprimento de exigências legais, numa concepção liquidatória solutória.

Sob a égide do Decreto-Lei 7.661/45, no entanto, bastava o devedor cumprir as exigências legais para que o Poder Judiciário se visse obrigado a conceder os benefícios da concordata, suprimindo o direito dos credores de participarem da decisão.

Na prática, observou-se que os benefícios concedidos pela concordata eram inócuos para proteção dos credores e, por seu turno, também não se prestavam a preservar a empresa.

Esse sistema, em verdade, era insuficiente para salvar qualquer tipo de negócio e, via de regra, atendia somente os interesses de empresários oportunistas e desonestos⁸².

REQUIÃO revela:

A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso País, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos. As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis e esse clamor, como se o País, em esplêndida explosão de sua atividade comercial e capacidade empresarial, não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fator essencial para o seguro desenvolvimento econômico nacional. Não se capacitaram os tecnocratas e os juristas burocráticos, por outro lado, de que a falência não se constitui apenas meio de cobrança de interesses fiscais e privados. Nestes últimos anos suas preocupações foram as de crescer, com privilégios excepcionais e absolutos, os créditos da Fazenda Pública, com preceitos não mais admissíveis no direito moderno⁸³.

Sobre o Decreto-Lei 7.661/1945, MACHADO evidencia:

A falência (com a previsão da continuidade do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros

⁸² LOBO, Jorge. **A crise da empresa: a busca de soluções**. São Paulo: RT 668, jun. 1991. p. 35-46.

⁸³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 248.

instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivência. Com a manutenção do modelo constante no Decreto-lei 7.661, extinguindo-se, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia brasileira⁸⁴.

Como demonstrado, o caráter processualístico do Decreto-Lei revogado não mais condizia com a realidade socioeconômica do país, com os princípios da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, que evidenciaram, respectivamente, uma nova ordem econômica e um caráter contratualístico ao Direito privado.

CLARO destaca:

Diante da nova ordem político-econômica e social advinda com a Constituição Federal de 1988, nota-se que de fato o país não mais podia continuar com uma lei falimentar que realmente bastou para seu tempo, mas deixou de ser hábil à resolução dos problemas envolvendo a crise da empresa e do empresário, até mesmo, conforme amplamente dito no decorrer da exposição, porque deixou de seguir a tendência mundial de tentativa de soerguimento da empresa em crise, tendência essa que se começou a propagar exatamente no final da década de 1970 do século passado, sendo que a legislação norte-americana foi uma daquelas de vanguarda no que diz com a matéria.

Mais que isso, diante dos princípios fundamentais constantes da Carta Política brasileira, tais como o da dignidade da pessoa humana e o dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, somando-se ainda os dos direitos e garantias fundamentais (os direitos sociais relacionados ao trabalho, por exemplo) e os princípios gerais da atividade econômica no Brasil (e aqui juntam-se a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca do pleno emprego), evidentemente que se fazia imperiosa uma nova lei que regesse a falência e a recuperação da empresa e do empresário em crise, considerando até mesmo a modernidade da globalização econômica, com a abertura de fronteiras. Ainda nesta firme esteira, não havia mais condições de o país continuar com uma lei que mais privilegiava a falência do devedor, deixando de lado a tentativa de soerguimento desse mesmo devedor mergulhado em crise. Com efeito, se coloca em relevo os princípios da preservação da empresa; da manutenção de empregos e a própria função social da empresa, aqui sem polemizar a respeito da sua existência no âmbito da companhia. Por outro lado, percebe-se a superação liquidatória, para que se tente recuperar a empresa⁸⁵.

⁸⁴ MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 22.

⁸⁵ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTR, 2009. p. 151-152.

Passados mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional, em 9 de fevereiro de 2005 foi sancionada a Lei nº 11.101/2005, reguladora da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência do empresário e da sociedade empresária⁸⁶.

Segundo o parecer do Senador BEZERRA:

O PLC nº 71, de 2003, tem por objetivo ab-rogar e substituir a atual Lei de Falências, posta em vigor pelo quase sexagenário Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que, muito embora tenha, por seus reconhecidos méritos, servido durante tanto tempo para disciplinar a matéria, não é mais adequado às necessidades da sociedade e da economia brasileira, dadas as numerosas e profundas alterações que ocorreram nas práticas empresariais no Brasil e no mundo nas últimas seis décadas⁸⁷.

Permite-se – ou ao menos busca - essa nova legislação viabilizar a superação da crise econômico-financeira enfrentada pela empresa, notadamente no sentido de contemplar os fins sociais a que a empresa se destina, nos exatos termos definidos pela Constituição Federal, mediante a manutenção do emprego, satisfação dos interesses dos credores e estímulo à atividade econômica.

Segundo BERTOLDI:

O foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do país⁸⁸.

Conforme já visto (Cap. 1.1), a Lei 11.101/2005 resgata a natureza contratualista do instituto, suprimida pelo Decreto-Lei revogado.

⁸⁶ O direito falimentar é atualmente regulado pela Lei 11.101/2005, que substituiu o Decreto-Lei n. 7.661/45 (que continua em vigor em relação aos processos iniciados anteriormente ao início de vigência da nova lei). Em essência, a nova lei representou uma atualização do processo falimentar, bem como a introdução do processo de recuperação, que trouxe grandes inovações ao substituir a concordata. (TOKARS, Fábio. **Primeiros Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: LTr, 2007. p. 166.)

⁸⁷ Parecer do Senador Fernando Bezerra, Relator do PLC nº 71/2003 que tramitou na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=27351>. Acesso em: 06.12.2009.

⁸⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 471.

Retoma-se, assim, a posição de ROCCO:

... uno contratto tra Il fallito e la collettività del creditori deliberante a maggioranza nelle assemblea generale, col quale, mediante la modificazione del preesistente rapporti obbligatoriosi si fa cessar lo stato di fallimento e, quindi, la procedura relativa⁸⁹.

A exteriorização da natureza contratual da Lei de Recuperação Judicial pode ser observada pelos artigos 56, §4º e 58, §1º:

Art. 56, §4º. Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral dos credores, o juiz decretará a falência do devedor.

(...)

Art. 58, §1º. O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

A concessão da recuperação judicial não é faculdade do juiz, pela adoção de critérios subjetivos ou objetivos, como consagrado no Decreto-Lei revogado, mas parte da sistemática adotada pelo ordenamento jurídico privado brasileiro, de contorno eminentemente contratualístico.

Os credores⁹⁰, munidos do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, mediante negociações e concessões mútuas, irão deliberar sobre a viabilidade econômica do plano apresentado, podendo acatar o plano e conceder a oportunidade de preservação ou rejeitá-lo, ação esta que culminará na falência do devedor empresário. Note-se que a omissão dos credores acarreta a concessão dos benefícios da recuperação judicial e ainda que neste caso não se possa afirmar a existência de um contrato, há ao menos uma concordância tácita, vinculando-se os credores aos termos do plano de

⁸⁹ ROCCO, Alfredo. *Apud* ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de Falência e Recuperação de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 305.

⁹⁰ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. – Neste aspecto particular, homenagem se faz a LRE, na medida em que contempla todos os credores, indiscriminadamente, não apenas os quirografários como se observava na concordata, tornando válido o princípio da *par condiction creditorium*.

recuperação judicial, motivo pelo qual a sistemática adotada assemelha-se mais a um contrato em contraposição a forma anteriormente adotada, que impunha aos credores se submeterem ao regime da concordata do devedor.

NEGRÃO observa:

A proposta e a negociação de meios que lhe proporcionem a recuperação de seu empreendimento são realizadas diretamente com os credores, antes da homologação em juízo, impondo, o legislador, certos limites ao devedor, em defesa de princípios expressamente abraçados pela Lei Falimentar, notadamente os da universalidade e o da *pars conditio creditorum*⁹¹.

É importante frisar que a opção, pelo legislador, em conferir aos credores esse poder de decisão decorre, além da natureza contratualista da recuperação, da sua condição enquanto agentes econômicos.

Notadamente, os credores fazem parte da ordem econômica e em especial no nicho de mercado do devedor, condição esta que lhes confere meios suficientes para determinar se a empresa que procura a recuperação possui viabilidade econômica, em outras palavras, lhes confere legitimidade para auferir se o devedor possui meios de superar a crise instalada e, mais, se a atividade desenvolvida cumpre o interesse social inerente à atividade econômica organizada.

Essa ótica revela, ainda, a principal característica da economia de mercado - ao prisma da sua autoregulação -, com aplicação concreta das normas jurídicas opostas pelo Estado, em um resgate da teoria da mão invisível, de Adam Smith.

A recuperação judicial é, por conseguinte, um processo de minimização de perdas, em que determinada empresa economicamente viável reúne condições de se manter no mercado, superando a fase temporária de crise econômico-financeira para cumprir o seu interesse social.

CAMPINHO menciona:

A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade

⁹¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 203.

produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário -, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores⁹².

Ressalva-se que a empresa mesmo tendo essa característica, e o ordenamento jurídico concedendo aos credores essa faculdade, a natureza da Lei de Recuperação de Empresas se sustenta nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do estímulo à atividade econômica e prestação dos fins sociais destinados à empresa.

Evidencia-se que as empresas irrecuperáveis, ou seja, aquelas que possuem problemas crônicos, tanto administrativos como em função da própria atividade que exercem, precisam ser extraídas rapidamente do mercado pelos próprios credores ou, então, em um juízo prévio de admissibilidade do pedido de recuperação (este com caráter meramente formal), evitando assim a potencialização do custo do crédito e demais agravamentos de ordem econômica.

Ainda que persistam alguns problemas estruturais na Lei 11.101/2005, o simples fato de sua existência já é motivo de comemoração, e o papel dos operadores do Direito, além de apontá-los, evidentemente, é o de encontrar soluções para que a norma jurídica seja aperfeiçoada.

A possibilidade de superação da crise econômico-financeira e, conseqüentemente, a recuperação da empresa⁹³, sempre deve ser perseguida, ante o caráter socioeconômico da empresa, na sociedade moderna, seja pela satisfação dos créditos existentes, seja pela manutenção dos empregos e principalmente mediante a proteção jurídica do mercado, motivo pelo qual é razoável afirmar que a Lei 11.101/2005 se constitui em direito difuso coletivo.

⁹² CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 10.

⁹³ “O ponto central do conceito de recuperação judicial é o de que a empresa é ativo do país – independentemente de ser pública ou privada. É ela que garante empregos, arrecadação tributária, geração de riqueza. Por isso, deve ser preservada sempre que, readequando a dívida, mostrar-se viável. Se alguém tiver que ser punido, que sejam os controladores – perdendo a empresa. Uma empresa em operação vale muito mais do que uma empresa fechada, ainda mais nos tempos atuais, nos quais ideias, marca, estrutura de pessoal, redes de comercialização, marketing, rede de fornecedores, vale muito mais do que os estoques”.
Extraído de <http://ultimosegundo.ig.com.br/economia/2009/07/14/a+recuperacao+judicial+7275021.html>. Acesso em: 15 jun 2009. 19:00 horas.

2.2 O DIREITO PROCESSUAL COMO ENTRAVE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS EMPRESAS

Abordam-se, neste tópico, os princípios processuais aplicados ao processo de recuperação judicial de empresas. Infere-se, desde já, que a inobservância dos princípios processuais será determinante para que o processo de recuperação judicial logre êxito.

O presente tema se torna relevante, porque não basta somente a observância dos princípios materiais quanto a recuperação da empresa, se os operadores do Direito não praticarem de forma correta todos os atos processuais inerentes ao processo de recuperação.

Por outro lado, tanto na doutrina pátria quanto na doutrina estrangeira existe divergência acerca do enquadramento legal do instituto em estudo.

Para não polemizar, conquanto o objeto deste trabalho esteja à margem dessa discussão, e, ademais, afigura-se irrelevante a definição de qual é o enquadramento legal do processo falimentar e de recuperação judicial pois indiferente tratar-se de Direito material ou processual, pois, por englobar até mesmo áreas do conhecimento que ultrapassam as barreiras do ordenamento jurídico, optar-se-á, em específico, por apenas aprofundar o estudo nos princípios processuais que, de forma decisiva, contribuirão para o desenlace do procedimento judicial de recuperação da empresa, sem, contudo, buscar-se um regramento para esse processo.

Neste ponto, compete avaliar a lição de CAMPINHO:

A discussão parece-nos acadêmica e inócua. Como bem acentuava Carvalho de Mendonça, a falência não se restringe aos domínios do direito comercial; penetra nos do direito público, do direito civil, do direito internacional público e privado, do direito penal, do direito processual, em cada um dos quais vai buscar regras, preceitos e ensinamentos, tendo, muitas vezes, de modifica-los a fim de adaptá-los ao grande meio de ciência econômica, cujos fenômenos não lhe devem ser estranhos, na ciência financeira e na estatística, onde verifica a prova do resultado do seu funcionamento⁹⁴.

⁹⁴ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 4. ed. p. 8.

Embora a LRE contenha as disposições específicas para a tutela pretendida, o trâmite processual depende de alguns princípios e requisitos do processo civil, que coexistem e formam a universalidade do processo.

A plenitude da prestação jurisdicional passa eminentemente pela descoberta da influência de tais quesitos, no campo prático do Direito Processual, onde, no caso concreto, o objetivo final é a preservação da empresa, conforme estabelecido no Projeto de Lei originário.

Por consequência, para que se conceda a perfeita prestação jurisdicional, agregados os princípios de Direito material e as formalidades gerais do processo civil, é preciso direcionar-se ao acesso à Justiça e ao controle jurisdicional e, ao princípio da isonomia, porque ao se abordarem esses princípios, tem-se que a base para solução de possíveis conflitos, no processo judicial de recuperação de empresas, possa ser suprida pela adoção de medidas específicas e garantidoras da preservação e da manutenção da empresa, objetivo final de se perfilhar a Lei de Recuperação de Empresas, conforme anteriormente mencionado.

2.2.1 Do acesso à Justiça e do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Ao se tratar do acesso à Justiça, aplicado ao processo de recuperação judicial de empresas, deve-se tratar dos legitimados para propor o pedido de recuperação.

O acesso à Justiça está pautado pela legitimidade para agir e a capacidade postulatória perante o Poder Judiciário, uma vez que para se ter acesso à Justiça é necessário uma reunião de condições possibilitadoras da propositura da ação competente, não que sejam de somenos importância as demais condições da ação, mas porque, para o processo de recuperação judicial, é primordial à parte requerente – o empresário – possuir legitimidade para a causa, sob pena de extinção do processo.

Apesar de o presente estudo não adotar a definição expressa do conceito de MARINONI e ARENHART, ela é aqui apresentada, para contraposição:

A legitimidade para a causa, também apontada como condição da ação, vem disciplinada, em princípio, pelo art. 6.º do CPC, que afirma que 'ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por Lei. Isso quer dizer, em princípio, que somente tem legitimidade para a causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, podendo ser réu apenas aquele que, no plano do direito material, tem a obrigação correspondente ao direito material afirmado na petição inicial⁹⁵.

Classificar dessa forma a legitimidade para figurar no pólo ativo do processo de recuperação judicial seria, no mínimo, imprudente.

Embora a forma de classificação de MARINONI e ARENHART esteja correta, em sentido *lato*, tal não se aplica ao processo em estudo, em razão da sua peculiaridade, pois a legitimidade, neste caso, não se configura propriamente no direito material.

O cerne da questão não está intimamente ligado ao fato de o autor ser titular do direito material em litígio, porém por a LRE somente ser aplicada nos casos em que parte requerente for empresária.

Reza o artigo 1º da Lei 11.101/2005 que a mesma se aplica somente aos empresários individuais e às sociedades empresárias. Tem-se, portanto, uma delimitação quanto aos sujeitos que podem requerer o pedido de recuperação judicial.

De forma sistêmica, verifica-se que a proposição do pedido de recuperação judicial, conforme previsto no artigo 48 da LRE, somente poderá ser requerida pelo devedor⁹⁶, em este sendo, conforme dito, empresário – *lato sensu*.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 3. ed. p. 69

⁹⁶ “A expressão devedor, contida no caput do artigo 48 da nova lei de falências deve ser entendida como devedor empresário, em consonância com o disposto no artigo 1º, que por sua vez estabelece expressamente que a lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, ambos denominados em todo o texto legal simplesmente de devedor”. (Marcos Andrey in Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências (coord. Newton de Lucca). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 217

Exceto alguns requisitos específicos, pode-se afirmar, ainda que não de forma exata, que *só tem legitimidade ativa para o processo de recuperação judicial quem é legitimado passivo para a falência*⁹⁷.

Acrescente-se, ainda, que o pedido de recuperação somente pode ser requerido pelo devedor que exerce atividade econômica de forma regular há mais de dois anos. Veja-se que a legislação não faz menção ao efetivo tempo de atividade da empresa, mas ao seu tempo de atividade regular.

Significa que, caso o devedor tenha permanecido na clandestinidade por vinte anos, e há apenas um ano tenha regularizado sua situação perante a Junta Comercial, através do arquivamento dos atos constitutivos, não fará jus aos benefícios estabelecidos na LRE, como explica ALMEIDA:

Verificada a inexistência dos impedimentos acima enumerados, cumpre ao devedor positivar o *exercício regular da atividade empresarial há mais de dois anos* (art. 48), exigência, aliás, que já existia para o requerimento de concordata preventiva no regime jurídico anterior (RT, 259/264; 394/167; 401/195; 407/194; 421/196). O exercício regular da atividade empresarial é, portanto, requisito indeclinável para a concessão de recuperação judicial. Esse prazo de carência visa evitar que aventureiros ou empresário inescrupulosos possam utilizar-se dos favores da recuperação judicial. A prova do exercício regular da atividade empresarial há mais de dois anos se dá com certidão do ato constitutivo da sociedade empresária ou inscrição do empresário no Registro Público de Empresas⁹⁸.

Para esse devedor, que exerce atividade empresarial irregular, ou pelo prazo inferior a dois anos, a Lei veda a concessão dos benefícios contidos na Lei 11.101/2005, admitindo somente liquidar a empresa caso não reúna condições de promover a sua recuperação de forma autônoma.

BEZERRA FILHO preceitua:

À semelhança do que exigia a lei anterior (art. 158, I), este art. 48 inicia a listagem dos impedimentos ao pedido de recuperação, excluindo de seu âmbito o empresário com menos de dois anos de atividade regular, entendendo que não seria razoável que, em prazo inferior a este, viesse o devedor a colocar-se em situação na qual necessitasse de socorro judicial para recuperação. Tal fato denotaria uma inabilidade tão acentuada para a atividade empresarial que a Lei

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 124.

⁹⁸ ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de Falência e Recuperação de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 310.

prefere que, em casos assim, seja negada a possibilidade de recuperação⁹⁹.

Ressalta-se que àqueles exercendo atividade típica de empresa sem qualquer registro haverá a imposição de todas as obrigações inerentes à empresa, entretanto, as vantagens, se é que existem hoje no Brasil, serão suprimidas. TOKARS esclarece:

Para que um empresário possa invocar os benefícios criados pelo direito para estes agentes da atividade econômica, necessário se faz o registro de seu ato constitutivo na Junta Comercial. [...] Não efetuando o registro de seu ato constitutivo, ao empresário impõe-se a condição de irregularidade, cujas conseqüências são especialmente danosas no caso de desenvolvimento de atividade empresarial por meio de sociedade. Sem o devido arquivamento do ato constitutivo, não há personificação jurídica do ente coletivo, de forma que são os sócios, com seus patrimônios pessoais, que responderão pelo pagamento das dívidas sociais. Afasta-se, portanto, a possibilidade de limitação da responsabilidade dos sócios, fato que bem revela a importância de se proceder ao arquivamento dos atos sociais¹⁰⁰.

Superada tal questão, essencial para que ocorra o processo de recuperação judicial, passar-se-á à abordagem de outros aspectos que, perfeitamente ordenados, fornecem condições para a ação e, via de consequência, necessários para a ocorrência do propagado acesso à Justiça.

Por hora, destaca-se também que, incluso ao acesso à Justiça, imprescindível destaque merece o artigo 3º. da Lei 11.101/2005, a saber:

Artigo 3º, Lei 11.101/2005: 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.

Avaliando-se os princípios basilares do processo de recuperação empresarial, tem-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como direito de ação. Essa aresta do processo emergiu no ordenamento jurídico pátrio, com a edição da Constituição de 1946, inovando a ordem jurídica, pois se caracterizava como o princípio de maior destaque dentre aqueles que se aplicavam aos direitos individuais.

⁹⁹ BEZZERA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 143.

¹⁰⁰ TOKARS, Fábio. **Primeiros Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: LTr, 2007. p. 46.

Com a evolução da doutrina e da jurisprudência, entende-se que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional será sempre aplicado de forma preventiva ou reparatória à lesão ou à ameaça de lesão, tanto aos direitos individuais como aos direitos coletivos, difusos, e, inclusive, para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Exatamente pela abrangência ofertada ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é que o processo de recuperação judicial de empresas não poderia estar à margem, por possuir traços importantes e sublimes que o contemplam com o núcleo de tal princípio constitucional processual.

O núcleo, que consiste do princípio *in casu*, para que se possa visualizar sua aplicação no processo de recuperação judicial de empresas, é assim apresentado por TUCCI:

O direito à jurisdição se dinamize, com o respectivo exercício, ou seja, com a sua individualização e concreção, pela ação da parte, que tenha o seu direito lesado ou ameaçado de lesão, e, por isso mesmo, necessariamente conectada a uma situação de direito material deduzível, através dela e por meio de peça escrita, denominada petição inicial, em Juízo. Em suma, a invocação de tutela jurisdicional, preconizada na Constituição Federal, deve efetivar-se pela ação do interessado que, exercendo o direito à jurisdição, cuide de preservar, pelo reconhecimento (processo de conhecimento), pela satisfação (processo de execução) ou pela assecuração (processo cautelar), direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação¹⁰¹.

Trata-se de um princípio público subjetivo, genérico, abstrato e incondicionado, onde qualquer um poderá pleitear a tutela jurisdicional irrestrita e ilimitada.

Pelas peculiaridades que envolvem o processo de recuperação judicial de empresas, não é possível afirmar se o Poder Judiciário brasileiro propicia aos seus jurisdicionados uma efetiva prestação jurisdicional, irrestrita e ilimitada.

O processo de recuperação judicial de empresas envolve muito mais aspectos que simples disposições legais, atinentes a matéria, e negar tal peculiaridade remete o órgão julgante a distanciar-se da prestação jurisdicional.

¹⁰¹ TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério e Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 12.

Em suma, a inobservância das particularidades atinentes ao processo de recuperação de empresas afasta o Poder Judiciário da sua função legal, pois representa distância do acesso à Justiça.

Afinal, quais seriam as particularidades atinentes ao processo de recuperação de empresas?

Muito em voga, para a efetiva prestação jurisdicional, tanto no Direito Empresarial, como, particularmente, no Direito falimentar, deve o Poder Judiciário demonstrar ciência acerca da realidade econômica do Brasil e do mundo. Em especial, o Judiciário deve conseguir identificar a realidade da crise econômica da empresa, função que, hipoteticamente, não é sua, porém, inevitável para que a prestação jurisdicional seja plena.

Apesar de fundamental, o discurso de BEZERRA FILHO ainda parece utópico:

Também no sistema da nova Lei, a recuperação, apesar de se tratar de um procedimento judicial, ainda assim tem um substrato de caráter marcadamente econômico, mais que jurídico. Tanto é assim que a própria OAB está se preparando para rever suas recomendações e passar a permitir que escritórios de advocacia tenham, entre seus componentes, economistas e administradores, sem o que não haverá condições de se conduzir um procedimento de recuperação. Por isso mesmo, há urgente necessidade de que o juiz que vier a cuidar desses procedimentos tenha uma assessoria técnica por parte de administradores e economistas, preferencialmente corpo técnico de carreira do próprio judiciário, para que todos esses aspectos econômicos determinantes possam ser corretamente avaliados pelo magistrado que, à semelhança dos advogados, não tem formação econômica, contábil, empresarial, o que será suprido pelo corpo técnico¹⁰².

Conforme destacado, é imprescindível a especialização do Poder Judiciário no que concerne aos dispositivos da Lei 11.101/2005, porquanto o interesse público gerado através da recuperação de uma empresa traz benefícios da maior grandeza aos jurisdicionados.

Importantíssimo que a atuação nas varas especializadas comece a se aproximar da realidade da atividade empresarial, com o magistrado e até os demais servidores mais atentos às peculiaridades do sistema econômico, prestando efetiva tutela aos direitos e garantias.

¹⁰² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências: comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 5. ed. p. 49.

Assevera MARZAGÃO, *in* Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas:

O Juiz exerce rigoroso controle em todo o processo de recuperação judicial, desenvolvendo atividades jurisdicionais e administrativas, pois todas as decisões tomadas no curso do processo devem ser submetidas ao seu crivo, condutor da ação. Ao receber a petição inicial, nomeia o administrador judicial a quem competirá fiscalizar as atividades do devedor em recuperação, bem como o cumprimento do plano, além de decidir sobre todas as questões no curso do processo, desde a venda de bens da empresa ou do próprio estabelecimento, se assim restar decidido no plano, até o encerramento do processo¹⁰³.

Forçoso não reconhecer que, além da função jurisdicional, o magistrado atuante na área de recuperação de empresas necessitará possuir conhecimento de uma gama de disciplinas, tais como economia, contabilidade, administração de empresas, entre outras, para que, efetivamente, preste de forma adequada sua função jurisdicional.

É notória a evolução na LRE, na qual se conjugam esforços para dinamizar a efetividade da decisão, transformando o cerne do processo no panorama do procedimento, com a menor intervenção possível e o maior resultado desejado, no sentido de reduzir os recursos e priorizar soluções para a empresa ser preservada e manter suas atividades, cultivando empregos e sustentando toda a cadeia produtiva, além de cumprir o interesse social da empresa.

No novo cenário da Lei de Recuperação, representam inovações as especializações dos agentes que irão conduzir a recuperação da empresa, inclusive, do magistrado, que em razão de ser o condutor de todo o processo, não poderia ficar à margem do espírito moderno e dinâmico da Lei 11.101/2005.

Importa destacar, ainda, que o papel do magistrado, se dá pela condução dos trabalhos de forma ética, moral e transparente, a fim de que o custo/benefício da recuperação da empresa seja efetivo, ou seja, cabe ao magistrado imprimir celeridade ao processo para que não se verifique, na

¹⁰³ MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 91/92.

prática, seja a liquidação direta da empresa menos gravosa para si própria.

TOKARS lembra:

Ainda que muitos sejam os que afirmem e elogiem a consonância da nova lei com as necessidades sociais de preservação da empresa, o que se nota é uma clara preponderância da falência sobre a recuperação, com a imediata liquidação sendo o destino natural para o empresário desafortunado¹⁰⁴.

Para se poder visualizar satisfeito o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessária sua efetiva prestação, pela qual o Poder Judiciário imprime a maior celeridade possível, atuando ainda como mediador, pois não há como se abandonar o do caráter contratualístico da Lei de Recuperação de Empresas, que contempla sobremaneira a autonomia da vontade das partes.

2.2.2 O princípio da isonomia

A definição clássica de isonomia caracteriza-se, no Brasil, pela aplicação do artigo 5º. da Constituição Federal, que assevera *serem todos iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza*. Desta afirmação advém a máxima do princípio, inferindo que serão tratados iguais os iguais, e terão tratamento desigual os desiguais.

No processo de recuperação judicial de empresas, essa máxima também se assinala, porém, não exatamente de maneira a propiciar que a isonomia efetivamente faça o contrapeso para o soerguimento da empresa.

Conforme mencionado, o juiz exercerá papel central no processamento da recuperação judicial de empresas, e, com ele, outros agentes possuem destacada importância para o processamento da recuperação judicial, tal como o administrador judicial¹⁰⁵ (substituto do antigo síndico), o comitê de credores, o Ministério Público e o próprio devedor.

¹⁰⁴ TOKARS, Fábio. **Primeiros Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: LTr, 2007. p. 166.

¹⁰⁵ O administrador judicial, nomeado pelo juiz (arts. 52, I e 99, IX) e sujeito à fiscalização deste e do Comitê de Credores (arts. 22, *caput* e 27, I, a), exerce as atribuições executivas extensamente indicadas no art. 22. Uma das melhores inovações da Lei 11.101/2005 foi a de

As assimetrias das figuras centrais da recuperação judicial são evidentes, de um lado, encontra-se o devedor, que, por mais das vezes, quer garantir algum patrimônio, suficiente para satisfazer suas necessidades, sejam elas quais forem, aqui irrelevantes.

Do lado oposto, têm-se os credores, que procuraram satisfazer seus créditos e receber o que lhes é de direito, evidenciando-se, assim, o caráter negocial do processo de recuperação.

Intermediando esses interesses, encontra-se o juiz, figura central com o papel de controlar o administrador judicial, figura que reunirá esforços para obter a recuperação da empresa.

Apenas pela ilação já se pode afirmar ser o conflito de conveniências saliente, razão pela qual o princípio da isonomia aflui com relevância, pois através dele conseguir-se-á apaziguar o conflito de interesses.

Afinal, quem é igual e quem é desigual nessa relação? Quais interesses devem ser preservados?

O interesse maior a emergir é o da preservação da empresa, mediante a superação da crise econômico-financeira para satisfação do interesse social confiado a ela pela Constituição Federal.

A preservação da empresa é uma das mais importantes vantagens envolvidas no processo de recuperação, devendo tais interesses possuir maior relevância e sobreporem-se, até mesmo, aos interesses específicos dos credores e do próprio devedor.

Esse posicionamento remete ao princípio da pesquisa, cuja afirmação é objeto central da LRE, qual seja, a manutenção da empresa. A conservação, igualmente, é decorrente do princípio da sustentabilidade, a ser abordado,

retirar as funções executivas, na recuperação e na falência, das mãos do credor, do qual não era lícito esperar nada além do que especialização em seu ramo de atividade, no mais das vezes diversas daquela exercida pelo devedor, e menos ainda o conhecimento necessário para fiscalizar o cumprimento do plano de recuperação empresarial, ou – o que é mais complexo – a liquidação judicial do patrimônio falido, doravante realizada sob formas empresariais típicas e atípicas (arts. 140, 142 e 144). Como pré-requisitos de nomeação, o art. 21 alude a “profissional idôneo”, a outros profissionais liberais e a “pessoa jurídica especializada” – donde se conclui que todos eles dever ser dotados de conhecimentos específicos e experiência para o bom desempenho de suas atribuições (PENTEADO, Mauro R. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 69.).

devendo-se preservar, entretanto, somente as empresas economicamente viáveis, caso contrário, melhor o seu expurgo.

Como a finalidade da empresa é a aferição de lucro – e para atingir esse objetivo a empresa gera riqueza, gera divisas, gera tributos, gera empregos – é certo sustentar não ser o princípio geral da LRE o da sua continuidade, como forma de benesse do Estado para com o particular.

É um dever do Estado a tentativa de possibilitar aos pólos de geração de riqueza – em sentido amplo – continuarem ativos.

Como mencionado, não se trata apenas de uma relação entre particulares – devedor e credores – mas de uma obrigação do Estado em tornar viável o prosseguimento de uma fonte geradora de riqueza.

Cabe, então, para auxiliar na interpretação do tema, que, no momento da afirmação da sobreposição dos interesses da empresa sobre os do devedor, tenha-se como conveniência da empresa o contexto social, aglutinando vantagens de manutenção do setor produtivo e dos empregos, dentre outros aspectos.

Por outra visão, o interesse do devedor caracteriza-se pelo interesse do empresário ou dos sócios da empresa, que eminentemente serão no sentido de resguardar algum patrimônio – fator secundário.

Na Lei 11.101/2005, não estão definidas as atribuições de cada figura integrante do processo de recuperação, mas, compete, ao administrador judicial, dentre outras atribuições, segundo CAMPOS FILHO:

[...] enviar correspondências aos credores, comunicando-os da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, a natureza, o valor e a classificação de cada crédito, fornecendo aos mesmos todas as informações solicitadas, exigindo deles e do devedor ou de seus administradores quaisquer informações. Deve dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício e que servirão de fundamento às habilitações e impugnações de crédito que vierem a ser apreciadas. Elaborará a relação de credores e consolidará o quadro geral deles, requerendo ao juiz a convocação da assembléia geral de credores, quando entender necessária para tomada de decisões ou atendendo a disposição legal. [...] Especialmente, na recuperação judicial, compete ao administrador judicial fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial, requerendo a falência do devedor, no caso de descumprimento de obrigação assumida no mesmo plano¹⁰⁶.

¹⁰⁶ CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 70.

O rol, na realidade, não taxativo, do artigo 22 da nova Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas define, não exaustivamente, as atribuições do administrador judicial. Essa figura deve gozar de tratamento desigual quanto aos deveres, mas igual ao dos demais em relação aos direitos e obrigações, pois o exercício diligente de sua função resultará na recuperação da empresa, na preservação do pólo produtivo, e na manutenção do emprego.

Quanto ao comitê de credores, o novo diploma dispõe acerca de suas atribuições, no procedimento de recuperação, em seu artigo 27 (rol taxativo). Entre outras obrigações, cabe ao comitê, conforme CAMPOS FILHO:

Fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei; comunicar ao juiz, na hipótese de violação dos direitos ou prejuízos aos interesses dos credores; apurar, com emissão de parecer, quaisquer reclamações dos interessados; requerer ao juiz a convocação da assembléia geral dos credores, além de se manifestar nas hipóteses previstas na Lei de Recuperação e Falência. Exclusivamente, na recuperação judicial, compete ao comitê de credores: fiscalizar a administração das atividades do devedor com a apresentação, a cada 30 (trinta) dias, de relatório de sua situação; fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial; submeter à autorização judicial 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 [...]¹⁰⁷.

Para a assembleia geral de credores o legislador reservou as funções de aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial, além da função de deliberação acerca da constituição do comitê de credores, evidenciando-se, assim, importante ser repisado, o caráter contratual da LRE.

Na primeira função, reside a situação em que não se verifica, sobremaneira, o princípio da isonomia, conforme pode-se extrair da lição de TOKARS:

O plano de recuperação é o documento mais importante deste processo, por descrever a forma como serão cumpridas as obrigações do requerente. Além deste elemento central, o plano deve também conter a demonstração da viabilidade econômica da forma de recuperação proposta, bem como o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor. [...] Recebido o plano, procede-se à sua publicação, para que os credores possam apresentar suas objeções, no prazo de 30 dias. Havendo objeção, o

¹⁰⁷ CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 75.

juiz deverá convocar a assembléia-geral de credores para analisar o plano¹⁰⁸.

Na aferição do plano de recuperação judicial, identifica-se a plena aplicabilidade do princípio da isonomia, no processo de recuperação judicial, e assim deve ser.

O princípio da isonomia pretende colocar em patamar igual os iguais e desigual os desiguais. Ocorre que os interesses dos credores não são os mesmos dos sócios ou dos administradores da devedora; são contrapostos.

A preservação da empresa deve ser perseguida por todos os agentes – principalmente pelo Estado¹⁰⁹ -, entretanto, na prática, a realidade se mostra contrária ao espírito da Lei.

Tendo em vista que os credores, acima de tudo, visam à satisfação dos seus interesses, e os devedores (os sócios e/ou os administradores da devedora), a garantia do patrimônio, a forma como se dão a elaboração e o plano de recuperação judicial ainda é falha, já que, salvo raras ocasiões, não existe ambiente negocial.

Revela notar caber ao devedor a elaboração do plano de recuperação e, aos credores aprová-lo. Esta é uma distorção inegável no processo de recuperação de empresas, posto que, se coubesse aos credores, por exemplo, ou ao Estado, a elaboração do plano, ambos se utilizariam de meios ambiciosos para tornar viável a recuperação da empresa, com os primeiros desejando satisfazer seus créditos, e o Estado querendo preservar o pólo produtivo e a manutenção do emprego, cumprindo rigorosamente a finalidade da Lei.

Igualmente, também inegável é a elaboração do plano no processo de recuperação, tal qual posto na nova Lei, pelo devedor, gerando apenas sobrevida à empresa, pois o devedor quer, via de regra, até pela cultura empresarial brasileira, atingir objetivos contrários àqueles fixados na elaboração da Lei que objetiva a recuperação da empresa, muitas vezes, inclusive, por meios espúrios.

¹⁰⁸ TOKARS, Fábio. **Primeiros estudos de direito empresarial**. São Paulo: LTr, 2007. p. 216/217.

¹⁰⁹ “Sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificação o Estado deva dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial [...]” (Senador Ramez Tebet, Relator da LRE)

Sem uma reformulação no processo de recuperação, que objetivamente propicie o fim a que a Lei se pretende, não se vislumbra o sucesso pretendido a este novo procedimento.

Causa espanto, infelizmente, que se observe uma ínfima quantidade de processos em trâmite, pois ainda que materialmente a Lei 11.101/2005 seja digna de aplausos em determinados aspectos, alguns problemas processuais persistem e carecem de solução, efetivando então a preservação da empresa, seja mediante maior concorrência, seja pela maior oferta de mão de obra, seja através do fomento do Estado pela arrecadação de tributos, enfim, pela sustentabilidade empresarial que gera interesses sociais.

A sustentabilidade empresarial que decorre da preservação da empresa está, portanto, em um patamar elevado se comparado aos interesses particulares, sejam de salvaguarda do patrimônio, seja de abrandamento dos prejuízos imediatos, motivo suficiente para que o processo de recuperação seja revisto.

2.3 PRINCIPAIS FASES DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação de empresas é tratada em dois aspectos: recuperação judicial e recuperação extrajudicial¹¹⁰. Está prevista, ainda, a recuperação judicial especial, destinada às microempresas e as empresas de pequeno porte¹¹¹.

Nesta dissertação, tratar-se-á apenas da recuperação judicial, pela delimitação do objeto de pesquisa. Por outro lado, a recuperação judicial especial será tratada em momento específico e a abordagem da recuperação extrajudicial restará abandonada, pois esta via somente é levada ao crivo do Poder Judiciário nos casos em que não houver a concordância integral dos credores, razão por que dela não trataremos.

O processo de recuperação judicial tem três etapas distintas. A primeira é a fase postulatória, ocasião em que o devedor faz o pedido de

¹¹⁰ Artigo 1º. Da Lei 11.101/2005.

¹¹¹ Seção V. Artigos 70 a 72 da Lei 11.101/2005.

concessão do benefício, mediante petição inicial. O pedido de recuperação judicial contém alguns requisitos essenciais, disciplinados no artigo 51 da Lei de Recuperação Judicial, dentre os quais se destaca *a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeiro* (art. 51, I), assim descrita:

A peça exige detalhada demonstração das causas ensejadoras das dificuldades econômico-financeiras da empresa, dentre as quais de todo conveniente ressaltar a retratação dos negócios, os altos juros que concorrem e encargos tributários¹¹².

Esta fase se encerra com a decisão que defere o processamento do pedido, art. 52 da LRE. Após o despacho, caso positivo, a desistência do devedor somente é possível com a anuência dos credores, em assembleia geral, conforme destaca FAZZIO JÚNIOR, veja-se:

Determinar o processamento da recuperação não significa deferimento do pedido. É o marco inicial do exame do pedido de recuperação judicial ofertado pelo devedor. Em outras palavras, o despacho de processamento inaugura o procedimento verificatório da viabilidade da proposta para que se conclua sobre sua aprovação, como foi formulada ou modificada, ou sua rejeição e consequência falência do devedor.¹¹³

A segunda fase é negocial e deliberativa, vislumbrando-se a própria natureza do instituto, pois o plano de recuperação é discutido e aprovado. Assim é destacado:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I - discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;
II - demonstração de sua viabilidade econômica; e
III - laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

¹¹² ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de Falência e Recuperação de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.

¹¹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 154.

Art. 54. 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.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

O plano de recuperação judicial, diferente da concordata, impõe ao devedor a obrigação de demonstrar de forma objetiva sua viabilidade econômica. Determina também que o devedor apresente relação pormenorizada do ativo que possui, possibilitando aos credores verificar a situação de fato da crise que se instala na empresa.

Na concordata era necessário apenas o simples requerimento de dilação do prazo para o cumprimento das obrigações.

Essa constatação demonstra que a nova legislação propõe a efetiva parceria entre o devedor e os credores, visando à recuperação da empresa viável economicamente, mas circunstancialmente em situação de fragilidade.

Moacyr Lobato Campos Filho afirma:

A recuperação judicial, de iniciativa do devedor e consubstanciada num documento submetido à deliberação dos credores reunidos em assembléia e dependente da chancela judicial, encontra sua natureza mais próxima do acordo de vontades¹¹⁴.

A inovação trazida pela LRE supera, qualifica e resgata o espírito do instituto, posto que sob a égide do Decreto-Lei revogado foi suprimida a manifestação de vontade das partes, especialmente dos credores, dando espaço à imposição de regras que visavam a conceder a dilação do prazo para adimplemento de obrigações. A alteração legislativa, digna, diga-se, ainda não tornou possível a construção de ambiente favorável para a negociação. FAZZIO JÚNIOR corrobora:

Sempre é bom ter em mente que os planos de recuperação, quaisquer que sejam as vias de resgate eleitas, devem ser flexíveis. Isto significa que devem manter compatibilidade com as condições do mercado sem relegar os interesses econômicos que imediatamente incidem sobre a empresa devedora. A busca do equilíbrio entre os

¹¹⁴ CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 116.

interesses dos credores e ao atendimento do interesse público e social é que vai revelar o acerto ou desacerto de determinado plano de recuperação¹¹⁵.

É cogente ser a elaboração do plano de recuperação extremamente onerosa, pois exige embasamento técnico e especializado - demandando aporte financeiro - para que o devedor possa demonstrar a sua viabilidade econômica

Assevera TOTO a respeito:

A nova lei tenta remeter a solução do impasse à negociação entre as partes. Dá-se aos controladores / administradores a chance de elaborar ou fazer elaborar um plano de recuperação. Os credores recebem seu quinhão de *autoridade*, ao se lhes permitir vetar o plano apresentado. Entretanto, não podem interferir nem elaborar plano alternativo – senão pela via negocial. A alternativa de última instância de ambos os lados é a falência. Os rumos de negociação é que acabam por determinar o quanto de *interesse econômico* é preservado e como ele se distribui entre as partes. Essa negociação entre o devedor e seus credores é particularmente complexa. É uma negociação multilateral, em que há profunda assimetria de informação e objetivos não necessariamente tão convergentes quanto se imagina a princípio. E se dá sob a influência do que acontece fora da negociação, como o ambiente econômico e a ação dos concorrentes¹¹⁶.

O aporte financeiro para elaboração do plano de recuperação, por vezes, é impraticável, dificultando sobremaneira que as empresas atinjam esse requisito, pois em verdade precisam captar recursos ao invés de dispô-los.

Outro fator, do mesmo modo importante, e que deve ser destacado, refere-se ao prazo conferido pela nova Lei para apresentação do plano de recuperação judicial.

Determina a Lei que o plano deve ser entregue em até sessenta dias, contados do despacho que defere o processamento da recuperação. Ressalte-se que esse prazo é decadencial, não prescricional e seu descumprimento acarreta a convocação da recuperação em falência (art. 73).

Na antiga concordata preventiva, o plano, por assim se chamar, pois se caracterizava como simples requerimento de dilação de prazos para

¹¹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 127.

¹¹⁶ TOTO, Antonio Cardoso. Recuperação de empresas: interesses e posicionamentos na negociação. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 47.

adimplemento de obrigações, precisava estar subscrito na própria petição inicial.

Quanto ao conteúdo do plano, destaca-se que a Lei apresenta algumas exigências indispensáveis, conforme o artigo 50, mas não limita. Significa, portanto, que é concedido ao devedor a oportunidade de demonstrar, de forma incontroversa, sua situação de fato.

Esses elementos indispensáveis do plano de recuperação (artigo 50) consistem na demonstração dos meios que serão adotados para a superação do estado de deficiência econômico-financeira, a demonstração da viabilidade econômica da atividade e a comprovação de que possui ativos suficientes para a condução da atividade econômica.

Atente-se, ainda, que a demonstração dos meios para superação da crise não significam tornar público, ao menos aos credores, os segredos e as condições exclusivamente empresariais.

É dever da devedora adotar medidas que visem ao bom senso, pois ao tempo que deve apresentar um plano eficaz e que demonstre a sua viabilidade econômica, deve preservar aspectos internos e exclusivos da atividade desenvolvida.

Por fim, destaque-se que, caso o devedor descumpra qualquer das obrigações contidas no plano, qualquer credor poderá se insurgir, conforme determina o artigo 94 da Lei de regência, findando-se o processo de recuperação com a sentença que declara cumprido o plano.

Veja-se que o plano de recuperação é o documento mais importante do processo de recuperação judicial, pois não só demonstra a viabilidade da empresa requerente como possibilita aos credores poderem concordar com o pedido.

2.4 A REGULARIDADE FISCAL

Diferentemente, antes disso, para que as empresas pudessem requerer sua recuperação, e dar continuidade às suas operações, precisavam evidenciar, dentre outros requisitos, não possuir dívidas com o Fisco.

A disposição é ultrajante, já que, nada mais normal que uma empresa em crise econômico-financeira deixe de arcar com o ônus tributário. Salutar destacar que os débitos com o Fisco não impedem o regular exercício da atividade empresarial, ao contrário do atraso no pagamento dos credores e dos empregados ou mesmo de empréstimos que porventura a empresa tenha contraído.

Esta disposição legal chega caracteriza-se como afronta ao espírito do novel diploma legal, pois a imposição da regularidade fiscal se sobrepõe aos salários dos trabalhadores, que contém natureza alimentar.

Aliás, estranha-se que a Lei tenha atribuído (a regularidade fiscal) requisito condicionante ao pedido de recuperação, preterindo direitos fundamentais. Insta destacar que a recuperação tem escopo na manutenção da empresa, que visa sua preservação ante aos inúmeros benefícios socioeconômicos que gera.

Portanto, critica-se o fato da insensibilidade do legislador ao atribuir esta formalidade a Lei 11.101/2005, concedendo ao Estado privilégios contrários a própria finalidade da lei. Neste sentido, frise-se ainda que o Estado não cumpre satisfatoriamente suas obrigações sociais e, ainda que não se possa afirmar que efetivamente haja recuperação judicial nos moldes postos, o Estado impede seu acesso e, por conseguinte, retira a chance de empresas viáveis e que possam tornar-se novamente sustentáveis cumpram os interesses sociais inerentes ao exercício da atividade empresarial.

Em decorrência da regularidade fiscal, afirma-se ainda que uma parcela de empresas que possuíam todos os demais requisitos para requerer a concessão do benefício não o puderam fazer, acarretando no baixo índice de empresas que buscam esta via para se manterem no mercado. Sem dúvidas, portanto, que esta é uma incorreção grave da Lei 11.101/2005.

De outro vértice, necessário destacar que os magistrados, sensibilizados com esta discrepância legislativa, estão, na medida em que se torna popular o processo de recuperação judicial, considerando inconstitucional o dispositivo que impede a possibilidade – única e última – de manutenção da empresa.

Ora, ao analisarmos tais disposições, depreende-se que a concessão da recuperação judicial fica condicionada à apresentação de prova

de quitação de todos os tributos, isto é, regularidade fiscal. Assim, perplexos ficamos ao constatarmos tamanha demonstração de protecionismo fiscal em detrimento dos fins almejados pela Lei de Recuperação. A empresa que busca a recuperação judicial o faz por estar em dificuldades financeiras, caso contrário não o faria. Cediço é que tais empresas, na sua quase totalidade, são principalmente devedoras do fisco, pois tais empresas, primeiramente deixam de pagar os tributos para não deixarem de honrar compromissos com os fornecedores, o que inviabilizaria, de imediato, a continuidade das atividades da empresa¹¹⁷.

Contudo, sentido algum existe em priorizar os créditos com garantias reais em detrimento do fisco na falência e impor às empresas em crise econômico-financeiro que esteja com as suas obrigações fiscais regularizadas.

É cultural no meio empresarial brasileiro que empresas com saúde financeira combatida reforcem seus caixas mediante o não recolhimento de tributos¹¹⁸. Deveria o Estado, portanto, neste particular, participar da recuperação ativamente e se eximir de preferências, na medida em que, seguramente, o Fisco, figura entre aqueles que menos necessita dos recursos e os benefícios sociais decorrentes do exercício da empresa compensam tal atitude.

2.5 RECUPERAÇÃO JUDICIAL ESPECIAL

A Lei 11.101/2005 assim dispõe acerca da recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte¹¹⁹.

¹¹⁷ SILVA, Ronny Carvalho da. **Lei de Recuperação de Empresas e sua necessária interpretação principiológica como único meio à consecução de seu objetivo jurídico colimado**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7900>> Acesso em: 15 jun 2009. 19:00 horas.

¹¹⁸ No entanto, a despeito das deficiências do projeto de lei, é necessário que os empresários compreendam as mudanças trazidas pela nova lei e abandonem a cultura de 'financiamento' à custa do Estado. (...) Da mesma forma, o empresário também deve abandonar as práticas de celebrar contratos de adiantamento de câmbio (que não pretende cumprir) para captar recursos, ou de fazer superestocagem às vésperas de um processo de recuperação, uma vez que, por meio de tais medidas, perderá a necessária confiança dos credores (PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Aspectos relevantes do instituto da recuperação judicial e necessária mudança cultural**. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma (Organ.). *Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 90).

¹¹⁹ "A pesquisa 'Sebrae: Contribuição à Criação de Novas Micro e Pequenas Empresas', realizada pelo Sebrae e o Instituto Vox Populi, também analisou dados como gênero, escolaridade, valor de investimento inicial, impostos, empregos gerados, entre outros aspectos. (...) Quanto à escolaridade, a maior parte dos empreendedores nascentes (44%) tem curso

Art. 70. As pessoas de que trata o art. 1º desta Lei e que se incluem nos conceitos de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação vigente, sujeitam-se às normas deste Capítulo.

Par. 1º As microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme definidas em lei, poderão apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51 desta Lei.

Par. 2º Os credores não atingidos pelo plano especial não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial.

Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições:

I - abrangerá exclusivamente os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais e os previstos nos Par. 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

II - preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano);

III - preverá o pagamento da 1º (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;

IV - estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Par. único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

Art. 72. Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei.

Par. único. O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55 desta Lei, de credores titulares de mais da metade dos créditos descritos no inciso I do caput do art. 71 desta Lei.

Verifica-se que o tratamento dispensado pelo Legislador às microempresas e empresas de pequeno porte é muito semelhante ao contido na revogada concordata. Portanto, desconexa com a nova lei, motivo suficiente para que a abordagem deste tema se dê de forma autônoma. BEZZERA FILHO informa:

médio, enquanto 37% apresentam diploma de nível superior. Além disso, 57% dos entrevistados não têm curso técnico, contra 43% que o fizeram. Um dado curioso é que o tão alardeado mundo da internet ainda está chegando relativamente devagar no dia-a-dia dos micro e pequenos empreendimentos nascentes, quando se observa que menos da metade dos empresários (45%) possui e-mail". (Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/estudo_retrata_perfil_do_pequeno_empresario/7836/> Acesso em: 15 mai. 2009. 23:00 horas.)

A Lei, neste aspecto, em uma análise mais abrangente, chega a ser contraditória. Se a afirmação era de que a lei de 1945 precisaria ser mudada, porque a concordata não propiciava qualquer condição de recuperação à empresa, parece não haver justificativa para que se conceda à pequena empresa um sistema tão semelhante à concordata anterior¹²⁰.

Embora a adoção desse sistema legislativo¹²¹ tenha sido positiva, não se pode tecer-lhe elogios, ao contrário¹²², é criticável, como bem relata BEZZERA FILHO ao assinalar que *uma das críticas que se faz à presente Lei é no sentido de que teria descurado das microempresas e empresas de pequeno porte (...)*.

CLARO corrobora:

Destarte, nas condições em que se encontram as micro e pequenas empresas, certamente que o texto legal é totalmente inoperante, haja vista o tratamento diferenciado em relação às grandes corporações, e cabe repensar a respeito da efetividade da Lei n. 11.101/05. Uma das grandes críticas que é aqui formalizada em relação ao texto legal é justamente o fato de conferir à micro e pequena empresa precisa igualdade de tratamento em relação às grandes corporações, e os termos do diploma legal significam, sem qualquer sombra de dúvida, um verdadeiro retrocesso legislativo, isso, se o hodierno intérprete sistemático verificar que o impulsionamento efetivo da economia nacional ocorre diante da atividade desenvolvida por aquelas que não receberam qualquer tratamento legal diferenciado em relação às grandes corporações¹²³.

Inacessível admitir que o legislador tenha editado uma Lei de Falências e Recuperação para menos de 1% (um por cento) das empresas formalmente constituídas no país¹²⁴, e, entretanto, o tratamento jurídico que lhes é

¹²⁰ BEZZERA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 195.

¹²¹ Referimo-nos, especificamente, a substituição do Decreto-Lei 7.661/45 pela Lei 11.101/2005 como um todo.

¹²² “Concluindo, o que se vê é a manutenção da concordata, tão criticada pela sua inoperância, considerada por todos a ‘ante-sala da falência’, dada sua falta de condições de recuperar as empresas. Os institutos (recuperação judicial especial para ME e EPP e concordata) são os mesmos, com diferenças apenas nos prazos e previsão de correção monetária e juros remuneratórios aos credores” (SPÍNOLA, André Silva. *Gestão das micro e pequenas empresas no Brasil: desafios e perspectivas*. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 83.).

¹²³ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTR, 2009. p. 169.

¹²⁴ O Brasil conta com 4.918.370 empresas em atividade em 2002 ((93,6%, micro; 5,6%, pequena; 0,5%, média; e 0,3%, grande), 99,2% das quais compõem o conjunto das micro e pequenas empresas. As microempresas empregam 36,2% das pessoas empregadas em empresas formais; as pequenas empresas, 21,0%; as médias empresas, 9,8%; e a grandes, 33,0% (Jornal do Senado, Brasília: Senado Federal, 13 nov. 2006, p. 4).

dispensado pela Lei 11.101/2005 não traduz o significado que estas empresas representam ao país. Eis o que nos informa KASZNAR:

É bem correta a nova legislação para as grandes, as giga e as megaempresas, que possuem estrutura, infra-estrutura e um aparelhamento técnico, institucional, jurídico e burocrático já montados para agüentar o inferno da burocracia legislativa brasileira, considerada em eficiência a 115º do mundo, entre 155 países, segundo o Internacional Fincancial Corporation (IFC), órgão do World Bank¹²⁵.

SPÍNOLA corrobora os dados:

Em termos de representatividade no Brasil, as micro e pequenas empresas representam 99,2% das empresas formalmente estabelecidas, correspondendo a um total aproximado de 5 milhões de empresas, gerando 60% dos empregos formais e cerca de 20% do PIB[...] Como veremos a seguir, esses aspectos não foram levados em consideração na nova Lei de Falências e Recuperação Judicial¹²⁶.

Prosegue SPÍNOLA:

O seguimento dos pequenos negócios passou ao largo das intenções do legislador. Como já descrevemos exaustivamente no decorrer do presente trabalho, esse seguimento é merecedor de um tratamento diferenciado, simplificado e favorecido. É verdade que a Lei n. 11.101/05 traz um regime especial de recuperação para as microempresas e empresas de pequeno porte, mas notoriamente insuficientes para fazer frente às verdadeiras dificuldades por que passam essas empresas no seu dia a dia¹²⁷.

É possível ainda verificar outra peculiaridade das micro e pequenas empresas brasileiras. Enquanto em países desenvolvidos a relação do PIB das ME e EPP se equipara ao PIB das empresas de médio e grande porte, no Brasil, esse fato não ocorre, pois as ME e EPP representam aproximadamente 20% (vinte por cento) do PIB brasileiro.

De outro viés, mesmo representando apenas 1/5 do PIB, essas empresas promovem a maioria dos empregos formais, contribuindo

¹²⁵ KASZNAR, Istvan Karoly in OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 84.

¹²⁶ SPÍNOLA, André Silva in OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 79.

¹²⁷ SPÍNOLA, André Silva in OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 82.

decisivamente para o desenvolvimento social, cultural e econômico da região em que está inserida.

Desses dados, mesmo não se podendo afirmar, categoricamente, percebe-se que pode o legislador ter se baseado no PIB para conferir tratamento diferenciado às grandes empresas, preterindo as ME e EPP.

Por outro lado, há quem defenda a hipótese, quanto à opção do legislador em adotar a recuperação judicial especial, decorrer do próprio tratamento constitucional dispensado às ME e EPP, que prevê a elas tratamento diferenciado, conforme infere FAZZIO JÚNIOR¹²⁸:

Microempresa e empresa de pequeno porte são agentes econômicos, conquanto diferenciados, quanto à dimensão negocial. E nem por isso menos importante que as empresas *stricto sensu*. A própria CF o admite, quando lhes assegura regime jurídico especial, o que concretiza o seu estatuto (Lei n. 9.841/99). Daí por que o regime jurídico de insolvência que as disciplina, coerentemente, comporta, regras excepcionadoras do regime empresarial comum.

Não há, entretanto, como compartilhar com essa visão, pois notadamente a forma como a recuperação judicial especial foi inserida no ordenamento jurídico é insuficiente para promover a superação da situação de crise econômico-financeira das micro e pequenas empresas, visando à manutenção dos empregos, inclusão social, incentivo à competitividade, distribuição de renda e redução da informalidade.

Mesmo tendo o legislador previsto um tratamento diferenciado para as ME e EPP, não foram contemplados os princípios consagrados na Constituição Federal.

VIDOTTE explica:

Os motivos para tratamento especial são vários e se reportam à suscetibilidade do pequeno capital às mudanças no ambiente das trocas e a grande participação dele na vida econômica dos países. A história do comércio mostra a relevância do atuar dos pequenos empresários na economia.¹²⁹

¹²⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 63.

¹²⁹ VIDOTTE, Maria Cristina. in LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.330.

Por certo o fator de adotar uma forma simplificada às micro e pequenas empresas é correto, considerando não só sua particularidade como também o fato de que os empresários que exercem atividades de menor porte normalmente não possuem formação técnica específica para atuar no mercado e o fazem, em grande medida, a falta de outras opções. A este respeito, veja-se pesquisa divulgada pelo periódico Pequenas Empresas Grandes Negócios:

Entretanto, constata-se que, no Brasil, a grande maioria dos integrantes daqueles micro e pequenos empreendimentos mencionados acima não dispõe nem da devida preparação profissional nem de anterior experiência¹³⁰.

TOKARS também aborda esta situação:

O pequeno e médio empresário brasileiro (que gera cerca de 97% dos postos de trabalho no país) é um trabalhador com poucos recursos, pouco preparo e pouco apoio governamental. [...] De acordo com os últimos dados da pesquisa feita anualmente, desde 1999, pelo 'Global Entrepreneurship Monitor' (GEM), 55,4% dos empreendedores brasileiros foram movidos pela falta de trabalho e não pela vocação. Trata-se do maior índice de empreendedorismo por necessidade entre os 37 países pesquisados¹³¹.

Todavia, é certo que a legislação concursal brasileira perdeu a oportunidade de efetivamente privilegiar o micro à micro e pequena empresa, restringindo-lhe direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988 e no Decreto n. 5.028/04, alterado em parte pela Medida Provisória n. 275/05, ao informar serem esses organismos sociais fundamentais à Ordem Econômica nacional, pois o modelo adotado inevitavelmente remete o devedor ao encerramento da atividade¹³².

¹³⁰ Em pesquisa divulgada pela revista Pequenas Empresas Grandes Negócios (p. 12-14) vemos que no Brasil apenas 14% dos empreendedores freqüentaram ou freqüentam a universidade, o que se contrapõe fortemente ao que procuramos apontar e coloca-nos muito distantes de países como Estados Unidos e Austrália, onde tal porcentagem é superior a 58%. É também alarmante que, segundo tal publicação, 30% dos empresários nacionais não tenham sequer concluído o ensino fundamental.

¹³¹ TOKARS, Fábio. **Quem é o empresário brasileiro?** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/53183/?postagem=QUEM+E+O+EMPRESARIO+BRASILEIRO>> Acesso em: 11 dez. 2009. 19h00.

¹³² "Mas a Lei 11.101/05 manteve, grosso modo, a sistemática adotada pela lei falimentar abrogada, no tocante ao tratamento diferenciado às micro e empresas de pequeno porte. Em outras palavras, como já dito, o plano especial de recuperação judicial somente abrangerá os credores quirografários. Perdeu-se, uma vez mais, a oportunidade de realmente oferecer condições de superação da crise, já que, como exposto, o procedimento é bastante similar à concordata preventiva". (CLARO, Carlos Roberto. **A recuperação para as microempresas e**

2.6 TUTELA (E REDUÇÃO DO CUSTO) DO CRÉDITO E SOLUÇÃO DE MERCADO

O exercício da atividade empresarial, em especial no Brasil, decorre de vários fatores. Uma grande parcela da população se torna empreendedor por acaso, enquanto outra inicia o empreendimento visualizando um novo mercado – inexplorado, e há também aqueles que se tornam empreendedores antevendo um mercado promissor, muitas vezes já explorado por outras empresas.

Já se destacou, entretanto, que o exercício da atividade empresarial no Brasil é tortuoso, consoante faltam incentivos e abundam desestímulos, sendo imprescindível serem abordadas questões decorrentes do insucesso empresarial, suas consequências e as soluções que inarredavelmente precisam ser adotadas.

2.6.1 A crise empresarial e o estado de insolvência

Já se afirmou ser cogente o risco da atividade empresarial e que o direito falimentar, seja mediante a falência ou recuperação judicial, é um dos instrumentos disponibilizados pelo Estado para minimizar essa temeridade, quando não houver outra forma menos danosa.

Por outro lado, salientou-se que as formas como o Direito irá regular o risco empresarial não são menos importantes, pois todo o desenvolvimento do Estado depende do regular exercício da atividade empresarial, aglutinadora de fatores em prol do desenvolvimento socioeconômico.

Instituiu-se ser a empresa o alicerce do Direito Empresarial, e a conceituação, tanto da empresa como dos demais organismos que a

constituem, é respeitável, mas não o principal fator do Direito Empresarial contemporâneo, que se volta ao mercado.

Se a atividade econômica organizada, estabelecida no Código Civil, é a atividade da empresa, logo, esta é uma atividade e o objetivo desse exercício é o lucro, pois nenhuma atividade econômica se mantém sem o proveito. A lucratividade é o espírito do regime capitalista.

Não há como se evitar o conhecimento de que algumas empresas não se mostram bem sucedidas, em regra, ao se observar declínio na sua lucratividade. Por vezes, o problema não é prontamente identificado e decorre de muitos fatores, dentre os quais o descontrole do próprio negócio, a contabilidade gerencial, produtos não aceitos pelos consumidores – por outros múltiplos fatores, ou, ainda, pela ausência ou insuficiência de controle administrativo, por exemplo.

Há outros casos em que o empresário consegue identificar imediatamente a queda da lucratividade da empresa, utilizando-se de limites de créditos para manter suas operações, entretanto, em decorrência do elevado valor do crédito disponível no Brasil, é comum haver o comprometimento da atividade.

Tal evento sinaliza que a empresa provavelmente se tornará insolvente, pois ao ser incapaz de cumprir pontualmente as suas obrigações – uma vez que as parcelas das linhas de crédito tomadas começam a vencer – ocorre o vertiginoso aumento dos juros. A insolvência, em outras palavras, materializa-se quando os débitos excedem os créditos, presentes ou futuros.

FERREIRA afirma:

Quando, no desenvolvimento da profissão, sua situação patrimonial, em razão de infortúnios ou por motivos outros, se modifica, de modo a que suas dívidas excedam à importância de seus bens, ele entra em estado de insolvência. (...) O estado de insolvência todavia é muito mais estado econômico do que jurídico¹³³.

A crise empresarial se agrava quando a empresa não consegue sua reestruturação durante essa fase crítica – o que é normal - e após determinado tempo (com base nos ensinamentos oriundos da administração de empresas –

¹³³ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial: o estatuto da falência e da concordata**. v.14. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 51.

que igualmente se relaciona com o Direito Empresarial), nota-se que o descumprimento dos contratos, ante a falta de capital de giro, a inadimplência recorrente e a somatório de impontualidades e descumprimento de obrigações, por exemplo, majora o estado de insolvência a tal ponto que a crise instalada na empresa se torna crônico, pois o passivo é superior ao ativo.

Veja-se que, neste caso, não se trata exclusivamente de créditos insuficientes para adimplir os débitos. Revela-se que o ativo da empresa é incapaz para saldar o passivo. Em decorrência, a prática mostra que aumenta significativamente a quantidade de protestos e ações judiciais, culminando em pedido de falência ou de recuperação judicial.

Segundo WALKER¹³⁴, é possível identificar uma empresa com dificuldades financeira quando:

- A empresa necessita pela primeira vez fazer uso de seu limite de crédito para saque a descoberto, ou é forçada a solicitar um aumento do atual limite;
- O banco determina um hipoteca ou uma penhora fixa e outra fluante, em relação aos ativos da empresa, podendo vir a solicitar o aval pessoal dos diretores;
- O banco passa solicitar reuniões freqüentes, balancetes gerenciais mensais e previsões de fluxo de caixa que estejam regularmente atualizadas;
- A empresa começa a apresentar prejuízos;
- A empresa não consegue receber suas contas tão rapidamente como fazia no passado;
- As contas a pagar excedem as a receber pela primeira vez;
- Os fornecedores começam a solicitar mais rapidamente seus pagamentos;
- O cheque especial da empresa está sempre no seu limite ou além dele, e seus cheques quase sempre precisam ser reapresentados;
- As contas a pagar sempre superam os créditos;
- A empresa não pode saldar seus compromissos nas datas de vencimento;
- Ocorre o primeiro protesto contra a empresa;
- Os diretores atrasam os pagamentos a seus credores quando for possível fazê-lo;
- O passivo total excede o ativo total da empresa;
- Os diretores passam a ignorar os problemas.

O crédito é um impulso à atividade empresarial, pois viabiliza, ainda que precariamente, seu exercício quando há crise. Relembre-se a afirmação

¹³⁴ WALKER, Ian. **Comprando uma empresa com dificuldades financeiras**. Tradução: Pedro Catunda. São Paulo: Makron Books, 1994. p.16-17.

inicial, em que se destacou ser a função do Direito Empresarial promover o estímulo à atividade econômica e à preservação/tutela do crédito.

Superada a questão atinente ao estímulo da atividade empresarial (capítulo anterior), é necessário abordar a preservação do crédito, que deve acontecer sem se descurar dos princípios atinentes à própria estrutura do Direito Empresarial, como, por exemplo, a proteção da personalidade jurídica da empresa.

Sobre o crédito, CASTRO revela:

É inquestionável que o crédito pode ser comparado ao oxigênio para dar vida a qualquer sistema econômico, pois o mecanismo da circulação das riquezas tem nele um dos elementos essenciais de propulsão. Sem operações de créditos, as atividades econômicas encontrariam maiores limites muito estreitos para se reproduzirem, ainda maiores para se expandirem¹³⁵.

Prosegue o autor:

[...] crédito e confiança, portanto, estão diretamente ligados. Afinal, aquele que possui crédito, inexoravelmente, possui prazo para pagar, e se detém prazo é porque merece confiança.

[...]

a ruptura do crédito, motivada pelo não-pagamento no prazo prometido, cria verdadeira desconfiança, que se não for reparada imediatamente, ocasiona uma instabilidade do comércio geral¹³⁶.

Importante frisar que os indícios de crise empresarial traçados não se exaurem. Em virtude das variáveis inerentes à própria atividade, inúmeras outras circunstâncias podem onerar a empresa e remete-lá à perda de lucratividade, à insolvência e à crise. Utilizaram-se os exemplos mencionados de forma ampla, e apenas como alguns dos sinais externos que determinam o colapso da empresa.

Com o advento da Lei de Recuperação Judicial, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro caminha no sentido de relativizar o crônico problema acerca do adimplemento, ainda que parcial, das obrigações empresariais, em especial, a recuperação judicial, segundo a doutrina, é um

¹³⁵ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Falências e concordatas: A recuperação da empresa em crise**. Curitiba: Juruá, 2000. p.37.

¹³⁶ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Falências e concordatas: A recuperação da empresa em crise**. Curitiba: Juruá, 2000. p.37.

instrumento hábil para evitar o encerramento das atividades empresariais e o cumprimento das obrigações.

É possível observar que a adoção da recuperação judicial, e neste aspecto a Lei merece aplausos, visa a minimizar a crise financeira, - evitando ou estancando as dificuldades empresarias, que emergem de distintas formas. Ao prever a reversibilidade da crise econômico-financeira e prevenir seu desencadeamento por meio de soluções de mercado, pretende-se evitar futura liquidação dos bens e encerramento da atividade econômica.

A amplitude dada ao instituto da recuperação de empresas permeia sanar as mais variadas configurações de crises, superando a ab-rogada concordata, que previa somente meios de sanar a impontualidade, insolvência e cessação dos pagamentos, porque as empresas praticam suas atividades econômicas no campo econômico, onde imperam variadas relações de interdependência e, portanto, estão sujeitas ao ânimo do mercado que varia dia após dia. FAZZIO JÚNIO retrata esse quadro:

A síntese de todos os perfis da empresa compõem um organismo e, como tal, suscetível de conhecer crises de diversas índoles. Nenhum organismo é imune às crises. Uns mais, outros menos. Crises mais prolongadas, crises transitórias. Crises mais profundas, crises superficiais. A história do organismo empresarial, similar à da economia de mercado, é uma sucessão de períodos em que se alternam altos e baixos. A raiz das crises por que passa o organismo empresarial também é de matriz diversa. Não há linearidade¹³⁷.

A título exemplificativo reporta-se à categorização de Jorge Lobo, aludido por MARZAGÃO¹³⁸:

Causas externas: aperto da liquidação dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações; mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor; altas taxas de juros; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado;
Causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários: sucessão do controlador; desentendimento entre

¹³⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 21.

¹³⁸ MARZAGÃO, Lídia Valério. **A recuperação judicial**. In MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 78-79.

sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalque pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e do estoque; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento ou novos equipamentos; e

Causas acidentais: bloqueio de papel moeda no BACEN; maxidesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais.

Comumentemente, a crise empresarial decorre de fatores do mercado, que, interpretados e combatidos pelo empresário, minimizam seus efeitos. Por outro lado, até mesmo pela circunstância de grande parcela do empresariado brasileiro emergir por falta de outra opção e, assim, não possuírem conhecimento técnico sobre o mercado, as empresas encontram dificuldades para identificá-los e habitualmente procrastinam ao invés, de tão logo ter ciência do problema, buscar a recuperação – que em tese possibilita a superação da crise -, agravando a crise que tende a se estender a coeficientes mais severos.

Segundo ASTRAUSKAS¹³⁹, três fatores se relacionam com a crise. São eles: gerencial, operacional e financeiro:

- Principais sinais de carência gerencial: gestão tipicamente familiar; pouco conhecimento por parte da empresa de marketing e/ou finanças; ausência ou excesso de delegação de poderes; alto índice de rotatividade dos empregados ou funcionários muito antigos; sobrecarga na agenda dos executivos; constantes decisões de alto risco; excesso de reuniões; reuniões com alto grau de tensão, desentendimentos e constantes interrupções nas atividades gerenciais para cuidar de assuntos urgentes.
- Sinais de carência operacional: falta de qualidade nos controles internos da empresa; incapacidade de responder com agilidade às mudanças e tendências de mercado; perdas de pedidos e/ou contratos por atrasos no cronograma de entrega; perda de eficiência da planta, queda ou estagnação do faturamento; e perdas de margem de contribuição.
- Reflexos mais comuns no desempenho financeiro: atrasos nos pagamentos; pagamentos em cartório; perda de capital de giro; endividamento bancário crescente; mudança no perfil de endividamento de longo para curto prazo; envio de informações filtradas para bancos e, conseqüentemente, perda de linhas de crédito.

ULHOA COELHO¹⁴⁰, em seu turno, rotula a crise empresarial em econômica, financeira e patrimonial:

¹³⁹ ASTRAUSKAS, Fabio B. **Como identificar uma empresa em crise**. Disponível em: <http://www.anfac.com.br/servlet/ServletConteudo?acao=consultarConteudo&txtCodiCont=19>. Acesso em 20 dez. 2009.

Por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento (não sofre, a rigor, só no caso de majorar seus preços). Em igual situação está o atacadista, o industrial ou o fornecedor de insumos que vêem reduzidos os pedidos dos outros empresários. A crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; o diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição das medidas de superação do estado crítico. Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração geral da economia, quando, na verdade, o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la.

A crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem causa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório – e, portanto, não existir crise econômica –, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas. A exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade. Em geral, se a sociedade empresária não está também em crise econômica e patrimonial, ela pode superar as dificuldades financeiras por meio de operações de desconto em bancos das duplicatas ou outro título representativo dos créditos derivados das vendas ou contraindo mútuo bancário mediante a outorga de garantia real sobre bens do ativo. Se estiver elevado o custo do dinheiro, contudo, essas medidas podem acentuar a crise financeira, vindo a comprometer todos os esforços de ampliação de venda e sacrificar reservas imobilizadas.

Por fim, a crise patrimonial é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, quer dizer, se a sociedade empresária tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, ela parece apresentar uma condição temerária, indicativa de grande risco para os credores. Não é assim necessariamente. O patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo. Quando concluída a obra e iniciadas as operações da nova planta, verifica-se aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial.

Vislumbradas as distinções, é possível – em tese – identificar as empresas que têm capacidade para se recuperar e quais devem se submeter ao processo falimentar. ULHOA COELHO afirma que *a recuperação de empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo, pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se*

¹⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. III. p. 231-232.

*prejudiquem*¹⁴¹ já que a transferência do risco da atividade econômica para a sociedade – com vistas ao estímulo da atividade empresarial - não pode ser integral, mas mitigado. Significa dizer, em outras palavras, que para haver desenvolvimento empresarial, a sociedade precisa assumir parte do risco, não sua integralidade.

As empresas que não se mostrarem viáveis economicamente precisam ser sumariamente retiradas do mercado, sob pena de transferir seus efeitos ao mercado e, em uma ordem de importância, por mais benéfica que seja a preservação da atividade empresarial, é certo que a preservação do mercado tem maior relevância.

2.6.2 Solução de mercado e recuperação da empresa em crise

Cabe ao Estado promover o desenvolvimento socioeconômico do país. Para tanto, pode atuar com sua própria estrutura ou promover políticas públicas voltadas ao fortalecimento da empresa, que agregará energias para impulsionar a economia do país.

O fortalecimento da empresa, mediante o estímulo ao empreendedorismo, pressupõe mitigação dos riscos sociais aos empresários – sentido *lato*. A redução dos riscos sociais importa transferência de parte do risco à sociedade, que assume por imposição do Estado parcela do ônus, em vista dos benefícios sociais gerados com o exercício da atividade econômica.

É certo que o custo não pode ser suportado integralmente pela sociedade, pois consolidado está que a preservação do mercado se sobrepõe à preservação da empresa.

A empresa em crise somente poderá ser preservada se houver solução de mercado, em outras palavras, mas com o mesmo alcance, a recuperação judicial se torna utilizável apenas às empresas que tendem a se recuperar, se houver viabilidade no negócio e rapidamente se tornem sustentáveis.

¹⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. III. p. 234.

Por solução de mercado, é possível compreender que o negócio pode ser preservado quando houver, por iniciativa de empreendedores e investidores, ao identificarem nas empresas em crise, a despeito do estado crítico, uma opção de investimento atraente.

ULHOA COELHO assevera que:

A superação da crise da empresa deve ser resultante de uma “solução de mercado”: outros empreendedores e investidores dispõem-se a prover recursos e adotar as medidas de saneamento administrativo necessário à estabilização da empresa, porque identificam nela uma oportunidade de ganhar dinheiro. Se não houver solução de mercado para determinado negócio, em princípio, o melhor para a economia é mesmo a falência da sociedade empresária que o explora. (...) Nesse contexto, pode-se afirmar que, em princípio, se não há solução de mercado para a crise de determinada empresa, é porque ela não comporta recuperação. Se nenhum empreendedor ou investidor viu nela uma alternativa atraente de investimento nem mesmo os seus atuais donos, então o encerramento da atividade, com a realocação dos recursos nela existentes, é o que mais atende a econômica. Quando não há solução de mercado, aparentemente não se justificaria a intervenção do estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa. O próprio instituto jurídico da recuperação parece, prima facie, um despropósito no sistema econômico capitalista. Se ninguém quer a empresa, a falência é a solução do mercado, e não há por que se buscar à força a sua recuperação¹⁴².

A manutenção de empresas inviáveis, no mercado, desequilibra toda a economia, porque duas peculiares situações são vislumbradas: de um lado, a preservação da empresa em crise desestabiliza a economia e aumenta o custo do crédito no país e, de outro, porque empresas ruins prestam serviços ruins.

Quando do debate no Congresso Nacional, acerca da Lei 11.101/05, especificamente na Comissão de Assuntos Econômicos, restou entendido que a adoção do regime de recuperação judicial, com a prevalência do recebimento dos créditos com garantias reais, diminuiria o custo do crédito mediante a redução dos riscos assumidos pelos agentes econômicos.

Veja-se, neste sentido, TEBET:

[...] é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com a preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de crédito na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas

¹⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. III. pp. 234-235.

atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico¹⁴³.

Pretendeu-se, à época, imputar a recuperação judicial e a falência à função de minimizar o custo do crédito no país, entretanto, como se sabe, a Lei 11.101/05 não trouxe, ao menos por hora, esta realidade.

Em verdade, para que haja crescimento econômico precisa haver equilíbrio entre o estímulo ao empreendedorismo e a tutela do crédito, e no Brasil não há essa estabilidade.

Nota-se haver um verdadeiro desestímulo ao empreendedorismo aliado ao alto custo do crédito, sendo protegido – e a Lei 11.101/05, ainda que de forma velada possui esta finalidade – somente os credores financeiros.

Não se pretende construir uma crítica ao sistema financeiro, nem mesmo este é o objetivo central da presente pesquisa, todavia, é certo que o mercado financeiro alcança resultados extremamente favoráveis, no Brasil, prevalecendo sobre todos os demais agentes econômicos.

Não restam dúvidas de que o mercado financeiro precisa ter garantias, mas imprescindível que haja limite, pois ao transferir todo o risco para a sociedade, o Estado, que não cumpre sua função social, impede que o desenvolvimento empresarial crie condições favoráveis aos cidadãos, mediante os interesses sociais inerentes ao exercício da empresa.

A solução de mercado que se impõe decorre -em grande parcela - em função das instituições financeiras, pois são elas que detêm as maiores garantias e ditam o futuro das empresas em crise. Sua atuação é contraditória, mas é inexorável que – ao menos se acredita – caso não houvesse tal previsão, o efeito cascata no mercado seria maior.

As instituições financeiras podem ser consideradas pilares de sustentação da economia, e a garantia pelos empréstimos tomados evidentemente devem ser levados em consideração. Critica-se, apenas, a inoperância do Estado em evitar as elevadas diferenças entre o custo da captação dos recursos e o custo dos empréstimos tomados pelas empresas.

¹⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. III. pp. 234-235.

Por outro lado, a solução de mercado é deveras importante à medida que empresas inviáveis prestam serviços ruins, ou produzem produtos de baixa qualidade.

A solução de mercado atua, neste caso, para afastar aquelas empresas que não agradam ao consumidor, destinatário final do produto ou serviço. Há também o caso daquelas empresas que produzem ou prestam serviço de meio, que serão devidamente afastadas pelo destinatário inicial, pois ao adquirir produto ou serviço de má qualidade, conseqüentemente o produto ou serviço final não terá condições de competir com produtos de melhor predicado.

CLARO alerta:

Então, e em resumo, pode muito bem ocorrer que uma determinada empresa esteja em crise, e que se mantenha no mercado, procurando encontrar soluções neste, sem que se socorra dos procedimentos próprios previstos em lei específica. Não se pode recuperar a empresa irrecuperável, que não reúne condições de competir no mercado. Nesses casos, a melhor saída é a decretação imediata da falência, até mesmo para que o próprio mercado não venha a se prejudicar com a manutenção de empresas mergulhadas em crise, crise essa que pode afetar as demais entidades concorrentes. As entidades que não puderem permanecer no mercado de forma regular devem requerer judicialmente sua retirada (autofalência) ou certamente haverá pedido neste sentido, formalizado pelos legitimados pela Lei de regência. O afastamento daquele empresário irrecuperável é outro princípio advindo com a nova sistemática jurídica, e diz com a necessidade de retirada do mercado das sociedades irrecuperáveis (empresárias e simples, e rurais, se inscritas), e que podem até causar prejuízos às demais e ao próprio Estado (sentido amplo do vocábulo) e credores. O princípio da defesa do sistema financeiro (sistema de crédito) poderá ser seriamente afetado caso alguma entidade permaneça no mercado em situação tendente a criar problemas para outros que nele também atuam¹⁴⁴.

A ideia da solução de mercado parte do pressuposto, portanto, que a preservação, em última análise, necessariamente, deve ser do mercado, não da empresa.

¹⁴⁴ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTR, 2009. p. 179.

Somente as empresas viáveis e sustentáveis devem ser mantidas no mercado e aquelas que não reúnam condições mínimas de sobrevivência precisam ser rapidamente afastadas, sob pena de contaminação das demais¹⁴⁵.

2.7 A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

Afirmou-se, no decorrer da presente pesquisa, que somente as empresas viáveis e sustentáveis devem ser mantidas no mercado e as demais precisam ser excluídas rapidamente.

Evidentemente, quando se afirma que as empresas insustentáveis devem ser removidas do mercado, quer-se dizer empresas insustentáveis e em crise econômico-financeira, pois não são necessárias ao mercado, e sua preservação, em última análise, prejudica as demais – sob o ponto de vista da Lei de Recuperação de Empresas.

Por outro lado, sempre que possível, não devem ser medidos esforços para que empresas viáveis e sustentáveis sejam conservadas, pois em longo prazo agregam valores monetários, sociais e ambientais ao meio.

A questão da sustentabilidade se torna preponderante na análise da empresa inserida na econômica de mercado e no mundo globalizado – mundo plano -, e fecundos debates são travados a respeito dos efeitos que decorrem do pleno exercício da atividade empresarial.

Esses efeitos da empresa são explicados por algumas correntes do pensamento jurídico/econômico como função social da empresa e, segundo a corrente defensora dessa tese, o arrimo para a existência da função social está no novo Código Civil e na Constituição Federal.

Concluem que o empresário é um agente social, pois precisa exercer a empresa pautada pelos princípios sociais e individuais, materializando-se no

¹⁴⁵ Ainda que soe exagerado o transporte da teoria da árvore dos frutos envenenados (*the fruits of the poisonous tree*) à solução de mercado, seu cotejo pode ser – com ressalvas – aplicado neste caso. Note-se que a empresa inviável deve ser excluída do mercado porque contamina as empresas sadias, à medida que eleva o custo do crédito e também inviabiliza o incentivo ao empreendedorismo, sendo certo que deve ser afastada com a maior brevidade possível do mercado – assim como a prova ilícita é afastada do processo penal.

campo concreto a função social da empresa, importante agente social dotado de relevante poder socioeconômico.

Neste mesmo sentido, consignam que a empresa é responsável pela geração de empregos, recolhimento de tributos e, ainda, o fortalecimento da economia. Ademais, para que haja função social, segundo esta teoria, precisam ser observadas a solidariedade (art. 3º, I; CF/88), a justiça social (art. 170, caput; CF/88), a livre iniciativa (art. 170, caput e art. 1º, inc. IV; CF/88), a busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII; CF/88), a redução das desigualdades sociais (art. 170, VII; CF/88), a validade do valor social do trabalho (art. 1º, IV; CF/88), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III; CF/88) e a preservação do meio ambiente.

Acrescentam que não se trata de disposições legais puramente dispositivas, precisando-se as compreendê-las como manifestação do Estado na intervenção do domínio econômico (art. 173 e 174; CF), mediante a transmissão de normas de comportamento compulsório.

É evidente que a empresa possui responsabilidade social e ambiental, entretanto, entende-se que o viés é outro, figurando a responsabilidade social e ambiental da empresa, como um interesse social que decorre da própria necessidade que as empresas têm em adotar medidas sustentáveis para vislumbrarem ambiente favorável e duradouro.

Importante que se esclareça desde logo que esta visão, adiante mais bem construída, não tem a presunção de esgotar a matéria, tão pouco de criticar aqueles que pensam de forma diversa. Pretende-se, apenas, empregar espectro diverso com vistas a enriquecer o debate acerca dos efeitos colaterais (efeitos, estes, positivos) do exercício empresarial.

Já se afirmou que o objetivo central da empresa é o lucro. Adiante, assegurou-se que esse objetivo é limitado, não se sustenta isoladamente. Pois bem, então, pode-se afirmar o que complementa o lucro? Qual é o objetivo da empresa?

Crê-se que o objetivo da empresa é o lucro com responsabilidade social e ambiental, pois *empresa sustentável é aquela que gera lucro para os*

*acionistas, ao mesmo tempo em que protege o meio ambiente e melhora a vida das pessoas com que mantém interações*¹⁴⁶.

Acredita-se que este panorama melhor explica os fundamentos acessórios do exercício empresarial, porque possibilita às empresas poder progredir financeiramente ao resguardar e renovar recursos sociais, ambientais e econômicos que lhes serve de insumos, de forma duradoura e permanente. Caso as empresas, por exemplo, não observem que os recursos naturais são finitos, estarão fadadas ao insucesso empresarial. É apenas uma questão de tempo.

A sustentabilidade empresarial, que decorre do exercício da atividade econômica voltada ao lucro, cria interesses sociais à própria empresa e à coletividade, pois condensa – no ponto de vista aqui dispensado – inclusive uma necessidade da empresa para prosperar, visando ao sucesso maior, no futuro, não no presente.

Disto decorre, nesta análise, o principal fundamento para se crer que a sustentabilidade empresarial proporciona à comunidade e à própria empresa interesses sociais. Este pensamento, quer-se crer, melhor representa a realidade das empresas do que função social, porquanto os benefícios sociais oriundos da atividade econômica são, inclusive, necessários para sua sobrevivência duradoura, não uma obrigação imposta pelo Estado.

SAVITZ sustenta:

Sustentabilidade, na prática, pode ser encarada como *a arte de fazer negócios num mundo interdependente*. Sustentabilidade, no sentido mais amplo do termo, tem tudo a ver com interdependência, que assume várias formas.

Sustentabilidade é respeito à interdependência dos seres vivos entre si e em relação ao meio ambiente. Sustentabilidade significa operar a empresa, sem causar danos aos seres vivos e sem destruir o meio ambiente, mas, ao contrário, restaurando-o e enriquecendo-o. Os baleeiros do século XIX não respeitaram essa forma de interdependência e, em consequência, aniquilaram a própria indústria¹⁴⁷.

¹⁴⁶ SAVITZ, Andrew W. **A Empresa Sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 2.

¹⁴⁷ SAVITZ, Andrew W. **A Empresa Sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 3.

Repise-se que as expressões sustentabilidade e interesse social da empresa expressam a responsabilidade social e ambiental da empresa de forma mais ampla que função social da empresa pois, em primeiro lugar, não se vislumbra obrigação ou até mesmo imposição do Estado à empresa para que persiga estes princípios.

Em segundo lugar, porque ampliam o espectro desta gama de efeitos ao beneficiarem, além da comunidade, a própria empresa, ao passo que função social refere-se exclusivamente a eventuais obrigações da empresa para com a comunidade que a empresa se relacionada.

Conseqüentemente, acredita-se que sustentabilidade e interesse social possibilitam tornar a empresa mais lucrativa, enquanto a função social insere nos custos da empresa uma demanda que, essencialmente, não é sua, mas do Estado.

Ainda que, ao adotar este posicionamento, tenha-se em vista que, ao transferir à empresa uma obrigação, um encargo, fere-se um dos pilares do Direito Empresarial e da economia, pois não estimula o empreendedorismo e vincula custo ainda maior sobre a atividade empresarial.

Ao eleger o interesse social e imputar a sustentabilidade condão de maximização dos lucros demonstra-se que a futura estabilidade do negócio e manutenção da atividade prescinde de políticas voltadas ao respeito ambiental e social porque são interdependentes entre si.

GUINThER explícita:

Nosso dever é usar nossa plataforma para exercer a boa cidadania. Não se trata apenas de algo agradável; também é um imperativo dos negócios... Se não fosse bom para a empresa, provavelmente não o estaríamos praticando (*Jeffrey Immelt, CEO General Electric*)¹⁴⁸.

Este prisma é revelador, pois não basta ao Direito, e não é o caso, imputar à empresa uma nova obrigação, além de tantas outras que o Estado já lhe atribui. A sustentabilidade e o interesse social são condições para que as organizações se perpetuem, e já se afirmou que a longa duração da atividade empresarial é necessária para avanços econômicos, sociais e ambientais.

O mercado se sustenta, segundo a sustentabilidade e o interesse social da empresa, na renovação, em *fazer bem feito*, não na expressão *fazer o*

¹⁴⁸ GUINThER, Marc. **Money and Morals at GE**. *Fortune*, 15 nov. 2004, p. 176.

bem já que a empresa não se presta à filantropia, mas a proporcionar benefícios duradouros, pois ela e o mercado se fortalecem e se perpetuam ao longo dos anos, mediante novos produtos e serviços, novos processos, novos mercados, novos modelos de negócios e novos métodos de gestão e de divulgação de informações. É o ponto doce da sustentabilidade¹⁴⁹.

Sustentabilidade refere-se a uma nova visão, que antevê o futuro, e criteriosamente interprete as transformações sociais, ambientais e culturais mediante o autoconhecimento – honesto – da própria empresa, empregando para isso forte liderança e comprometimento com o futuro da companhia, planejando décadas e não trimestres.

Por isso, entende-se que é uma necessidade à empresa a adoção de políticas sustentáveis, e estas, a longo prazo, beneficiam não só a ela, mas a toda a coletividade, transformando-se em um interesse social.

¹⁴⁹ SAVITZ, Andrew W. **A Empresa Sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental.** Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 29.

3. ANÁLISE DOS PROCESSOS AJUIZADOS COM BASE NA LEI 11.101/2005

3.1 CONSIDERAÇÕES

A pesquisa dos processos ajuizados de Recuperação Judicial de Empresas, com base na Lei 11.101/2005, surgiu da constatação de que poucos foram os pedidos formulados para recuperação das empresas viáveis em situação de crise econômico-financeira, após a vigência da Lei de Recuperação de Empresas.

Embora o instituto seja de importância relevante à economia nacional, as empresas permaneceram inertes frente à inovação legislativa.

Diante dessa perspectiva, tornava-se cada vez mais nítido que existia algum aspecto para que as empresas passassem à margem de um método que, em tese, garantiria a continuidade do negócio.

A problemática estava posta: a Lei de Recuperação de Empresas permite o cumprimento da preservação das atividades empresariais descrita em sua Exposição de Motivos?

Esta pesquisa pretendeu, então, averiguar, na prática, se os operadores do Direito e as próprias empresas estavam encontrando problemas para aplicar a legislação, já que, como dito, são poucos os processos ajuizados com base na Lei 11.101/2005, muito embora já tenha transcorrido um período considerável da vigência da Lei.

3.2 METODOLOGIA

A metodologia escolhida pressupõe que a análise dos processos de Recuperação Judicial, ajuizados com base na Lei 11.101/2005, precisa ser examinada tanto sob a ótica objetiva quanto subjetiva.

Emprestaram-se as definições do Instituto de Pesquisas Vox Populi para estabelecer em quais pontos será utilizada cada forma do diagnóstico da

Lei 11.101/2005, destacando que, como se trata da análise de processos judiciais, a destinação do alvo da pesquisa é diferente daqueles utilizados pelo instituto de pesquisa. Veja-se:

Metodologia Quantitativa¹⁵⁰: No emprego dessa metodologia, são utilizados questionários padronizados para coleta de dados de uma amostra representativa do público-alvo. Proporciona o conhecimento de opiniões e atitudes explícitas e conscientes dos entrevistados, sendo essas mensuradas de forma estatística visando atingir os objetivos propostos na pesquisa.

Metodologia Qualitativa¹⁵¹: Pesquisas qualitativas estimulam os entrevistados a pensar e falar livremente sobre algum tema, objeto ou conceito. Esse tipo de estudo faz emergir aspectos subjetivos, suscita a explicitação de motivações às vezes inconscientes, de forma espontânea.

Relevante destacar, também, quanto à metodologia qualitativa, que os aspectos subjetivos inseridos no excerto decorrem, exclusivamente, do entendimento que se teve após a cientificação dos resultados obtidos na pesquisa quantitativa.

Por exemplo, a existência de ambiente favorável para que ocorra negociação entre devedor e credores no processo de Recuperação Judicial não pode ser auferido objetivamente, contudo, a análise se torna possível pela aplicação do contido na metodologia qualitativa.

Por outro lado, a pesquisa quantitativa concentrar-se-á na verificação: da quantidade global de requerimentos de recuperação; do deferimento do pedido; com a contagem absoluta de concessões; com o porte das empresas.

3.3 O ACESSO AOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O (DES) CUMPRIMENTO DO DISPOSITIVO 196 DA LEI 11.101/2005

A primeira dificuldade encontrada para que o objetivo inicial fosse atingido decorre do descumprimento do artigo 196 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Eis a norma:

¹⁵⁰ VOX POPULI. <<http://www.voxpopuli.com.br/quantitativa.html>> Acesso em 17 mar. 2009. 12h00.

¹⁵¹ VOX POPULI. Disponível em: <<http://www.voxpopuli.com.br/qualitativa.html>> Acesso em 17 mar. 2009. 12h00.

Art. 196. Os Registros Públicos de Empresas **manterão banco de dados público** e gratuito, **disponível na rede mundial de computadores**, contendo a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação judicial.

Parágrafo único. Os Registros Públicos de Empresas deverão promover a **integração de seus bancos de dados em âmbito nacional** (grifos nossos).

Desde a proposição desta pesquisa, no início de 2008, sistematicamente, havia acessos à rede mundial de computadores (internet) e por duas oportunidades tentou-se diligenciar junto aos cartórios das varas especializadas dos processos em análise, no Município de São Paulo, com a finalidade de encontrar subsídios para a pesquisa.

Ademais, em outra oportunidade, houve diligências junto às varas empresariais do Rio de Janeiro e nos foros de Florianópolis e Brasília.

Não obstante tenham sido empenhados todos os esforços (e recursos) possíveis para que se pudesse obter substrato para a pesquisa, houve, infelizmente, mais insucessos.

Resultado disso, dividiu-se a busca aos processos judiciais em duas etapas.

Primeiramente, conforme o supracitado artigo 196 da LRE, o legislador determinou que as Juntas Comerciais dos Estados e do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) tenham em suas páginas, na rede mundial de computadores, relação de todos os devedores em processo de Recuperação Judicial e em processo falimentar.

Ocorre que a disposição normativa é descumprida por 25 Estados da Federação, pelo Distrito Federal e pelo DNRC, à exceção do Estado do Paraná, que mantém disponível a relação que a Lei determina.

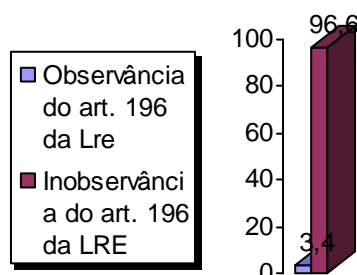
Verificou-se, ainda, outra categoria – por assim se dizer - entre as juntas comerciais. Nos Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul o cumprimento da norma é relativo, pois em suas páginas, na rede mundial de computadores, é possível encontrar apenas a relação de falências.

Cogente tal ressalva, já que a Lei 11.101/2005 se aplica tanto para a falência quanto para a recuperação judicial, é certo que o artigo legal não é cumprido conforme o legislador determinou.

Ao mesmo tempo, não se pode admitir que a inexistência de registro dos processos de Recuperação Judicial, nas páginas da rede mundial de computadores, das Juntas Comerciais, decorra da inexistência desses processos.

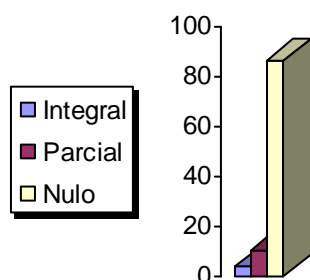
Quanto ao Estado do Rio Grande do Sul, especificamente, é notória a existência de, ao menos, um processo de recuperação judicial (autos nº. 035/1.06.0000410-0 em trâmite junto a 1º. Vara Cível de Sapucaia do Sul), uma vez que teve grande repercussão na mídia especializada, por se tratar de um caso de sucesso¹⁵².

Ao ser levado ao efeito estatístico o cumprimento integral da Lei 11.101/2005 pelas Juntas Comerciais, verificou-se que apenas 3,7% dos órgãos de registro de empresas tornam pública a quantidade de empresas em processo de falência e recuperação judicial, conforme determinação expressa do artigo 196 da Lei de Falências e Recuperações.



Em nova tabela, incluíram-se categoria distinta aqueles Estados que cumpriram parcialmente o dispositivo 196 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

¹⁵² Adiante será abordado especificamente este processo de recuperação judicial.



Por fim, repise-se que o DNRC não cumpre o dispositivo legal. Pela norma contida no parágrafo único, do artigo 196, na qual se determina que os Registros Públicos de Empresas devam manter cadastro unificado dos seus bancos de dados, em nível nacional, presume-se que o anseio do legislador era para que o DNR fosse o gestor da unificação.

Ao lado disso, ao se constatar a impossibilidade de acessar os autos pela via eletrônica, as diligências aos cartórios judiciais não proporcionaram maiores benefícios.

De forma surpreendente, somente a Comarca do Rio de Janeiro possui controle capaz da verificação além de informar em qual estágio os processos de Recuperação Judicial se encontram.

Repulsa causou a constatação de que, em nenhuma das varas especializadas em processos de falência e de recuperação judicial da Comarca de São Paulo, os Oficiais do Cartório souberam informar quantos processos de recuperação judicial tramitam em seus respectivos Cartórios.

Outro choque, ainda maior, deu-se em razão da negativa dos Cartórios paulistanos em ceder um computador da própria vara para que ali fosse realizada a pesquisa, pois via rede mundial de computadores não é possível acessar os processos apenas pela modalidade do procedimento.

Feitas estas considerações, passar-se-á à análise da proposta no projeto de pesquisa.

3.4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL - REQUERIMENTOS EM NÚMEROS ABSOLUTOS ENTRE OS ANOS DE 2005/2008

Conforme exposto, o objetivo inicial desta pesquisa foi apurar os dados dos processos de recuperação judicial ajuizados no Brasil para que fosse possível, através da metodologia quantitativa, diagnosticar a Lei 11.101/2005 e, então, qualitativamente, identificar possíveis gargalos da legislação no momento oportuno.

A primeira providência foi averiguar quantos processos de recuperação judicial foram distribuídos no Brasil desde a entrada em vigência da LRE.

Para tanto, utilizou-se como fonte o Serasa Experian¹⁵³ (aliás, ressalte-se, desde já, que todos os dados quantitativos da pesquisa foram obtidos através dessa empresa, que é a maior *bureau* de crédito do mundo, fora dos Estados Unidos, detendo o mais extenso banco de dados da América Latina sobre consumidores, empresas e grupos econômicos), já que, como anteriormente apontado, as Juntas Comerciais não o fazem.

Salienta-se, além disso, ser impossível identificar especificamente cada recuperação judicial em trâmite, no Brasil, além da Comarca e da Vara de tramitação do processo, sem o aporte dos Registros Públicos de Empresas.

Diligenciar em todas as Serventias brasileiras é uma tarefa impossível de ser, razão pela qual, desde já, destaca-se haver em apenas alguns casos, abordagem individual.

Eis os dados das recuperações judiciais requeridas em 2005, ano da entrada em vigor da Lei 11.101/2005.

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS EM 2005	
MÊS	QUANTIDADE
JUNHO	09
JULHO	12
AGOSTO	19
SETEMBRO	15
OUTUBRO	17
NOVEMBRO	18

¹⁵³ SERASA EXPERIAN. Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/index.htm>> Acesso em: 03 out. 2009. 21h00.

DEZEMBRO	20
TOTAL	110

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS EM 2006	
MÊS	QUANTIDADE
JANEIRO	20
FEVEREIRO	20
MARÇO	23
ABRIL	4
MAIO	31
JUNHO	33
JULHO	20
AGOSTO	20
SETEMBRO	19
OUTUBRO	18
NOVEMBRO	22
DEZEMBRO	22
TOTAL	252

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS EM 2007	
MÊS	QUANTIDADE
JANEIRO	20
FEVEREIRO	22
MARÇO	20
ABRIL	22
MAIO	36
JUNHO	32
JULHO	16
AGOSTO	19
SETEMBRO	21
OUTUBRO	25
NOVEMBRO	16
DEZEMBRO	20
TOTAL	269

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS EM 2008	
MÊS	QUANTIDADE
JANEIRO	15
FEVEREIRO	19
MARÇO	30
ABRIL	25
MAIO	25
JUNHO	23
JULHO	22
AGOSTO	26
SETEMBRO	23

OUTUBRO	19
NOVEMBRO	39
DEZEMBRO	46
TOTAL	312

Em números absolutos:

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS	
PERÍODO	QUANTIDADE
2005 - 2008	943

Nota-se, com base nos dados, que desde a entrada em vigência da Lei 11.101/2005 há aumento anual, e gradual, do número de requerimentos da concessão dos benefícios da recuperação judicial, servindo de indicativo do despertar do interesse do instituto.

3.5 RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE A REQUERERAM

Cumprida a primeira tarefa, qual seja, determinar quantos pedidos de recuperação judicial foram formulados no país desde que a Lei 11.101/2005 entrou em vigor, revela-se o próximo passo da pesquisa: identificar a estrutura dessas empresas.

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS DE ACORDO COM A ESTRUTURA DA EMPRESA EM 2005:			
PERÍODO	ESTRUTURA DA EMPRESA		
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
JUNHO	01	01	07
JULHO	09	-	03
AGOSTO	15	02	02
SETEM.	09	06	-
OUTUBRO	10	05	02
NOVEM.	11	07	-
DEZEM.	16	03	01
TOTAL	71	24	15

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS: REQUERIDAS DE ACORDO COM A ESTRUTURA DA EMPRESA EM 2006:			
PERÍODO	ESTRUTURA DA EMPRESA		
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
JANEIRO	14	01	05
FEVEREIRO	13	04	03
MARÇO	16	05	02
ABRIL	01	02	01
MAIO	20	07	04
JUNHO	18	13	02
JULHO	15	05	-
AGOSTO	14	06	-
SETEM.	14	05	-
OUTUBRO	09	06	03
NOVEM.	12	06	04
DEZEM.	14	08	-
TOTAL	160	68	24

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS: REQUERIDAS DE ACORDO COM A ESTRUTURA DA EMPRESA EM 2007:			
PERÍODO	ESTRUTURA DA EMPRESA		
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
JANEIRO	16	04	-
FEVEREIRO	13	08	01
MARÇO	16	02	02
ABRIL	13	06	03
MAIO	15	13	08
JUNHO	21	09	02
JULHO	09	04	03
AGOSTO	10	04	05
SETEM.	15	06	-
OUTUBRO	17	05	03
NOVEM.	09	04	03
DEZEM.	10	06	04
TOTAL	164	71	34

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS DE ACORDO COM A ESTRUTURA DA EMPRESA EM 2008:			
PERÍODO	ESTRUTURA DA EMPRESA		
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
JANEIRO	08	02	05
FEVEREIRO	10	06	03
MARÇO	24	05	01
ABRIL	15	08	02
MAIO	16	07	02

JUNHO	10	11	02
JULHO	17	05	-
AGOSTO	13	03	10
SETEM.	13	05	05
OUTUBRO	08	07	04
NOVEM.	19	13	07
DEZEM.	19	15	12
TOTAL	172	87	53

Em números absolutos:

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS DE ACORDO COM A ESTRUTURA DA EMPRESA NO PERÍODO DE 2005 À 2008:			
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
SUBTOTAL	567	250	126
TOTAL	943		

3.6 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PROCESSAMENTOS DEFERIDOS ENTRE OS ANOS DE 2005/2008

Conhecido o número de pedidos de recuperação de empresas entre os anos de 2005 e 2008 e averiguado o porte dessas empresas, objetiva-se apontar o número absoluto de processamentos deferidos no período.

Destaque-se que, nessa fase processual, o juiz procederá o deferimento do processamento da recuperação judicial, caso sejam cumpridos os requisitos estabelecidos no artigo 51 da Lei 11.101/2005.

Tais requisitos devem ser demonstrados ao magistrado na petição inicial. Atente-se que o despacho, deferindo o processamento da recuperação judicial não se confunde com o despacho que concede a recuperação – previsto no artigo 58 da Lei 11.101/2005¹⁵⁴.

Para que seja, então, deferido o processamento da recuperação judicial, deverá o devedor demonstrar ao juiz que mantém exercício regular da atividade há mais de dois anos, pois se subsume que, em prazo inferior, a

¹⁵⁴ BEZZERA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 164.

empresa é inviável, à medida que, em um curto espaço de tempo, os débitos superam os ativos.

O devedor deverá demonstrar, também, que não é falido no momento do pedido de concessão dos benefícios da recuperação judicial e que, caso já o tenha sido, não foi condenado por crime falimentar, pois a recuperação judicial é destinada ao devedor de boa-fé.

Por fim, é imprescindível que o requerente demonstre não ter sido beneficiário do instituto há menos de oito anos, caso seja ME ou EPP, e 5 anos para as demais empresas¹⁵⁵. Vejamos:

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DEFERIDAS EM 2005	
MÊS	QUANTIDADE
JUNHO	02
JULHO	07
AGOSTO	06
SETEMBRO	06
OUTUBRO	11
NOVEMBRO	13
DEZEMBRO	08
TOTAL	53

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DEFERIDAS EM 2006	
MÊS	QUANTIDADE
JANEIRO	05
FEVEREIRO	17
MARÇO	10
ABRIL	06
MAIO	13
JUNHO	22
JULHO	11
AGOSTO	14
SETEMBRO	20
OUTUBRO	16
NOVEMBRO	15
DEZEMBRO	07
TOTAL	156

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DEFERIDAS EM 2007	
MÊS	QUANTIDADE
JANEIRO	16

¹⁵⁵ SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 235.

FEVEREIRO	16
MARÇO	15
ABRIL	14
MAIO	22
JUNHO	16
JULHO	24
AGOSTO	15
SETEMBRO	14
OUTUBRO	20
NOVEMBRO	09
DEZEMBRO	14
TOTAL	195

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DEFERIDAS EM 2008	
MÊS	QUANTIDADE
JANEIRO	10
FEVEREIRO	05
MARÇO	28
ABRIL	11
MAIO	16
JUNHO	20
JULHO	18
AGOSTO	20
SETEMBRO	28
OUTUBRO	16
NOVEMBRO	24
DEZEMBRO	26
TOTAL	222

Em números absolutos:

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DEFERIDAS	
PERÍODO	QUANTIDADE
2005/2008	626

3.7 RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE TIVERAM O PROCESSAMENTO DEFERIDO

Neste tópico, pretende-se comprovar a existência de correlação entre a estrutura da empresa e o deferimento do processamento da recuperação

judicial. Por assim dizer, é nesta fase processual que o legislador inseriu o primeiro filtro da Lei 11.101/2005.

Note-se que o critério adotado para esta análise preliminar é objetivo, pois embora conceda ao magistrado a possibilidade de negar o processamento da recuperação judicial, precisa fazê-lo com base nas provas trazidas aos autos, impedindo assim que o juiz decida se a empresa requerente reúne as condições para que sua recuperação seja processada, abalizado por critérios subjetivos.

ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE TIVERAM O PROCESSAMENTO DEFERIDO EM 2005:			
PERÍODO	ESTRUTURA DA EMPRESA		
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
JUNHO	01	01	-
JULHO	-	01	06
AGOSTO	04	01	01
SETEMBRO	02	03	01
OUTUBRO	07	02	02
NOVEMBRO	07	05	01
DEZEMBRO	06	02	-
TOTAL	27	15	11

ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE TIVERAM O PROCESSAMENTO DEFERIDO EM 2006:			
PERÍODO	ESTRUTURA DA EMPRESA		
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
JANEIRO	04	-	01
FEVEREIRO	08	07	02
MARÇO	06	-	04
ABRIL	04	02	-
MAIO	06	06	01
JUNHO	12	05	05
JULHO	08	02	01
AGOSTO	08	05	01
SETEMBRO	09	10	01
OUTUBRO	08	07	01
NOVEMBRO	07	05	03
DEZEMBRO	05	01	01
TOTAL	85	50	21

ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE TIVERAM O PROCESSAMENTO DEFERIDO EM 2007:			
PERÍODO	ESTRUTURA DA EMPRESA		
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
JANEIRO	09	07	-
FEVEREIRO	10	05	01
MARÇO	11	02	02
ABRIL	07	05	02
MAIO	12	07	03
JUNHO	10	04	02
JULHO	09	10	05
AGOSTO	08	05	02
SETEMBRO	05	07	02
OUTUBRO	14	03	03
NOVEMBRO	05	03	01
DEZEMBRO	08	04	02
TOTAL	108	62	25

ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE TIVERAM O PROCESSAMENTO DEFERIDO EM 2008:			
PERÍODO	ESTRUTURA DA EMPRESA		
	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
JANEIRO	02	03	05
FEVEREIRO	03	01	01
MARÇO	12	13	03
ABRIL	08	01	02
MAIO	08	05	03
JUNHO	13	07	-
JULHO	10	04	04
AGOSTO	05	12	03
SETEMBRO	13	09	06
OUTUBRO	04	07	05
NOVEMBRO	07	08	09
DEZEMBRO	13	04	09
TOTAL	98	74	50

Em números absolutos:

ESTRUTURA DAS EMPRESAS QUE TIVERAM O PROCESSAMENTO DEFERIDO NO PERÍODO DE 2005 À 2008:			
SUBTOTAL	ME /EPP	MÉDIA	GRANDE
		318	201
TOTAL	626		

3.8 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONCESSÃO DO DIREITO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA ENTRE OS ANOS DE 2005/2008

A concessão do direito à recuperação judicial confere à empresa a efetiva oportunidade de superar o estado de crise econômico-financeira. É, dentre todas as fases do processo, aquele em que se pode constatar o sentido do diploma legal, porquanto se exterioriza a harmonia de interesses entre os atores do processo de recuperação, divulgado, mediante a decisão judicial que homologa o acordo entre o devedor e os credores sob a supervisão do Estado, em partilhar da mesma vontade.

Dos processos de recuperação analisados e que tiveram o plano de recuperação judicial homologados pelo Poder Judiciário, pode-se constatar, sem equívocos, que cumpriram rigorosamente os dispositivos legais.

Identificou-se, nestes processos, uma gama de aspectos legais e contábeis levados à crivo dos credores, que, com base nestes dados, com relativa segurança, avalizaram os planos para tentativa de recuperação da empresa devedora.

Conforme documentos anexos (Planos de Recuperação Judicial da VARIG S.A., NORENGE ENGENHARIA LTDA. e SÃO BERNARDO ASSISTÊNCIA MÉDICA S/A), se apuraram, ainda, que as crises econômicas e a falta de 'capital de giro' aliada a necessidade de tomada de empréstimos junto ao mercado financeiro são os principais fatores que desencadeiam as crises econômico-financeiras das empresas que requerem a recuperação judicial.

Neste sentido, corrobora-se a afirmação destacada no capítulo anterior, em que se afirmou que a necessidade de se preservar o mercado e, mais ainda, adotar no país políticas austeras para reequilibrar o estímulo ao empreendedorismo e a tutela do crédito, sendo certo, portanto, que os problemas enfrentados pelas empresas que buscam a recuperação judicial serão, via de regra, paliativos, porquanto não se alterar a regulação do mercado e das empresas.

Por outro lado, viu-se outra peculiaridade na pesquisa de campo elaborada, onde a empresa RECRUSUL, sediada em Sapucaia do Sul, Estado

do Rio Grande do Sul, teve sua recuperação deferida, tendo alegado que a situação de crise econômico-financeira, se instalou na empresa em razão da pouca credibilidade que passava ao mercado, seja pelo não pagamento de suas obrigações, seja pela baixa qualidade dos produtos após o início da crise.

Trata-se de um caso de sucesso da Lei, em que a empresa, após deferido o plano, vem rigorosamente cumprindo com suas obrigações e buscando sua reinserção no mercado.

Importante destacar, que o ramo de atividade da empresa é relevante, pois produz carretas frigoríficas, destinadas ao transporte de produtos frios e, ainda, possui pouca concorrência no Brasil.

Outra característica importante, além da manutenção dos empregos e todos os benefícios sociais que dele decorrem, o mercado de frios é relevante para a economia brasileira, pois, além de líder mundial, o Brasil consome grande parte da produção e o deslocamento destes produtos é importante para manutenção da qualidade, motivo suficiente para fomentar o desenvolvimento desta modalidade industrial.

Por fim, esclareça-se, ainda, ser desnecessário averiguar o porte da empresa quanto a concessão da recuperação com base nos critérios até então utilizados – relativos às ME e EPP, médio porte e grande porte – pois às ME e EPP, para terem concedidas suas recuperações, basta que seus requerimentos sejam deferidos pelo juiz, não estando ao crivo dos credores.

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS CONCEDIDAS EM 2005	
PERÍODO	QUANTIDADE
JUNHO	-
JULHO	1
AGOSTO	-
SETEMBRO	-
OUTUBRO	-
NOVEMBRO	-
DEZEMBRO	-
TOTAL	1

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS CONCEDIDAS EM 2006	
PERÍODO	QUANTIDADE
JANEIRO	-
FEVEREIRO	2
MARÇO	1

ABRIL	-
MAIO	-
JUNHO	2
JULHO	-
AGOSTO	-
SETEMBRO	-
OUTUBRO	-
NOVEMBRO	-
DEZEMBRO	-
TOTAL	5

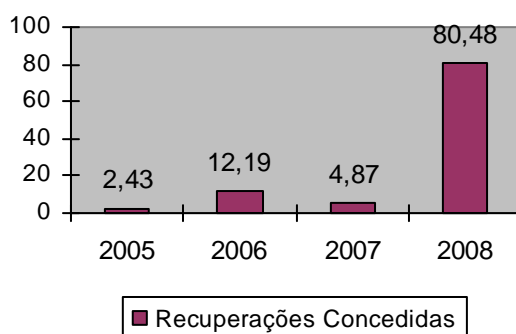
RECUPERAÇÕES JUDICIAIS CONCEDIDAS EM 2007	
PERÍODO	QUANTIDADE
JANEIRO	2
FEVEREIRO	-
MARÇO	-
ABRIL	-
MAIO	8
JUNHO	-
JULHO	-
AGOSTO	-
SETEMBRO	-
OUTUBRO	-
NOVEMBRO	1
DEZEMBRO	-
TOTAL	2

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS CONCEDIDAS EM 2008	
PERÍODO	QUANTIDADE
JANEIRO	1
FEVEREIRO	-
MARÇO	-
ABRIL	2
MAIO	3
JUNHO	-
JULHO	2
AGOSTO	-
SETEMBRO	15
OUTUBRO	4
NOVEMBRO	3
DEZEMBRO	-
TOTAL	33

Em números absolutos:

RECUPERAÇÕES JUDICIAIS CONCEDIDAS	
PERÍODO	QUANTIDADE
2005	01
2006	05
2007	02
2008	33
TOTAL	41

Sintetizando-se os dados apurados revela-se o seguinte gráfico - em dados percentuais - das concessões de recuperação judicial:



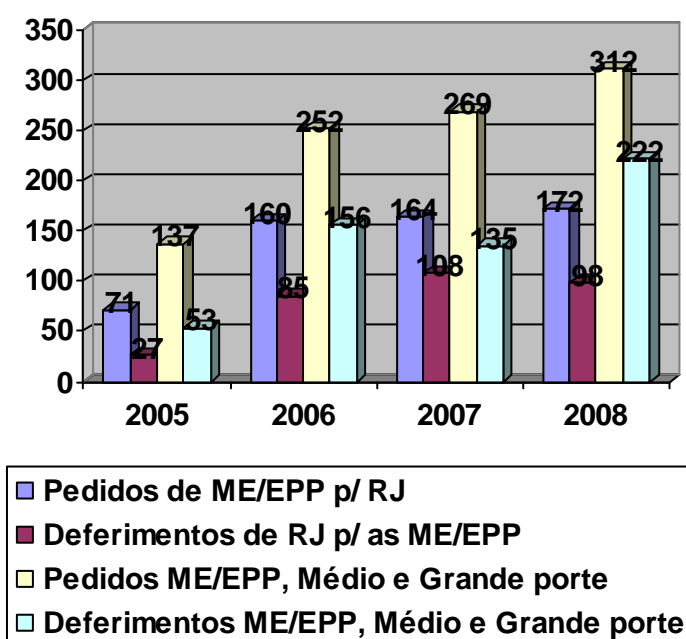
A leitura do gráfico demonstra a disparidade entre a quantidade de concessões de recuperação judicial entre os anos 2005/2006/2007 e 2008.

Neste aspecto, é possível se admitir que não exista ambiente favorável para negociação entre o devedor e os credores no âmbito da recuperação judicial, e o crescimento observado em 2008 reflete mais a crise mundial de 2008 do que o amadurecimento do instituto.

Os dados são irrefutáveis e identificou o ponto nevrálgico do processo de recuperação judicial, ao inserir em um dos pólos o devedor, já incrédulo sobre as condições de se recuperar, e, no outro, os credores, ávidos por receberem aquilo que lhes é de direito.

3.9 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ANÁLISE DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Para fins de melhor esclarecer os dados apresentados, o estudo consistirá em comparar as informações colhidas, iniciando-se por uma abordagem às ME e EPP.



Conforme se conceituou, no tópico 2.9, as microempresas e as empresas de pequeno porte constituem cerca de 99,2% das empresas brasileiras e, em números absolutos, aproximam-se de 5 milhões no Brasil.

Desta universalidade de microempresas e empresas de pequeno porte, apenas 567 requereram recuperação judicial entre os anos de 2005 e 2008, representando 0,01134% e foram deferidas 318 recuperações, no mesmo período, que representa 0,00636%.

Inicia-se a recuperação judicial das microempresas e das empresas de pequeno porte no momento da decisão que deferiu o pedido, ao contrário da regra geral de apenas possibilitar que seja elaborado o plano de recuperação após o deferimento do seu processamento.

Para que haja recuperação judicial das microempresas e das empresas de pequeno porte, só é necessário que o juiz defira o plano especial contido na petição inicial, não se aplicando os mesmos requisitos impostos aos demais empresários.

A recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte se assemelham ao revogado instituto da concordata, pois quem decide o processamento não são os credores, mas o juiz.

A exceção prevista para esta regra está disciplinada no artigo 72, caput, e § único, que possibilita ao microempresário e ao empresário de pequeno porte a utilização do plano de recuperação judicial para as demais empresas. Nesta hipótese, o plano será apresentado no prazo previsto pela Lei 11.101/2005, como regra geral à recuperação judicial.

Mesmo que o microempresário e o empresário de pequeno porte optem pelo plano de recuperação judicial, é o Juiz quem irá decidir se acata o plano e defere a recuperação, salvo se houver objeções de credores titulares de mais da metade dos créditos quirografários.

O microempresário e o empresário de pequeno porte, constituídos nos Registros de Comércio como empresários individuais, respondem, com o seu patrimônio, integralmente, pela insolvência no regular exercício da atividade empresarial, não lhes sendo facultados os benefícios da limitação de responsabilidade.

Acrescente-se que o único benefício oriundo da recuperação especial ao ME e ao EPP será o parcelamento em até 36 meses dos débitos quirografários. De outro vértice, no juízo comum, é plausível haver acordos, até mais vantajosos. Óbices não há, pois os créditos quirografários são revestidos de direitos disponíveis.

É indiferente para esta modalidade de empresários a forma como serão executados – seja pelo Código de Processo Civil seja pela Lei 11.101/2005 –, pois não se vislumbra, na recuperação especial, a condição paritária entre credores.

É uníssono que a abordagem do legislador sobre a ME e a EPP, na Lei 11.101/2005, foi superficial, não lhes conferindo o *status* que possuem.

Veja-se que somente no ano de 2005 foram extintas, no Brasil, 67.179 empresas individuais, segundo se apurou na página do DNRC, na rede mundial

de computadores. Assim, sendo a responsabilidade do empresário individual (ME e EPP) ilimitada, é plausível que procure acordos mais vantajosos extrajudicialmente ou até mesmo aguarde transcorrer o tempo imposto pelo artigo 35 da Lei nº. 9.841/99, para requerer a extinção da empresa, pois, invariavelmente, é o mesmo patrimônio que responde pelas dívidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se apontar, na presente pesquisa, os pontos positivos e os aspectos criticáveis da Lei 11.101/2005, bem como se o instituto da recuperação judicial das empresas está apto para solucionar a insolvência temporária das empresas viáveis.

A legislação, que retratou uma norma principiológica e que objetiva a manutenção da unidade produtiva e do emprego, demonstra a preocupação do Estado frente às dificuldades financeiras enfrentadas pelas empresas, em sintonia com as disposições da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

A moderna legislação falimentar, em especial as disposições referentes à Recuperação Judicial, possui sua essência voltada à sustentabilidade empresarial, com escopo na noção social da empresa e naquilo que esses entes jurídicos representam para a sociedade.

A preservação da empresa pressupõe segurança jurídica, econômica e institucional, à proporção que o Estado funciona como intermediador da solução de conflitos patrimoniais e financeiros.

Partiu-se da premissa de que a análise da recuperação judicial comporta, antes de tudo, uma análise do Direito Empresarial e da empresa, eminentemente voltada ao mercado. Significa dizer, em aspectos gerais, ter a pesquisa além dos conceitos jurídicos decorrentes do Direito Empresarial e falimentar, preocupando-se em contextualizar a empresa na economia de mercado, notadamente em razão da Constituição Federal, que lhe reserva papel determinante na construção de uma sociedade mais justa, digna e equânime.

Apontou-se que o novel diploma privado – sob a égide do Direito Empresarial e não mais pela teoria dos atos de comércio – transcendeu questões eminentemente jurídicas e processuais de maneira isolada, adentrando em questões econômicas, organizacionais e administrativas. Constatou-se que o estudo da empresa, com fulcro no ordenamento jurídico de regência, predispõe-se ao desafio de compreender a empresa como atividade, e que o mercado é fator determinante.

Estando a empresa inserida em um ordenamento jurídico com normas abertas, e inserida em uma sociedade moderna e globalizada, a evolução tecnológica, administrativa, econômica e de consumo se torna imperiosa para sua compreensão e efetividade. Assim, a visão socioeconômica da empresa se caracteriza como princípio fundamental a ser perseguido pelo Estado e pelos agentes econômicos.

Reconhecendo-se este fato, até mesmo porque a celeridade e o dinamismo da economia de mercado não mais permitem o contrário, destacou-se que, de forma natural, o viés pelo qual a empresa é vista pela sociedade e vê a sociedade transmutou-se, sendo hoje um organismo de pacificação social.

Para que os benefícios sociais oriundos do exercício empresarial possam ser efetivos, imprimiu-se visão na qual somente haverá crescimento econômico e distribuição das riquezas e benefícios sociais com o estímulo a atividade econômica.

Perfilharam-se as formas como são tuteladas as responsabilidades dos empreendedores, no Brasil, e a maximização das responsabilidades sociais impostas aos empresários. Destacou-se que o Brasil, nas recentes reformas, abandonou inovações que empreenderiam avanços significativos no exercício da atividade empresarial, como, por exemplo, a adoção das sociedades unipessoais.

Por outro lado, ao diferenciar empresário individual de sociedade empresária, apontou-se que os Tribunais pátrios, por vezes, aplicam medidas que isoladamente relativizam mazelas sociais, mas que sob o prisma geral acabam sobremaneira afetando o mercado.

Deu-se ênfase à questão da desconsideração da personalidade jurídica, que tal como aplicada no Brasil, em especial na Justiça do Trabalho e

nos contratos consumeristas, sobrecarregam o custo do exercício da empresa. Afirmou-se, ainda, que embora possa se observar que individualmente haja relativa satisfação de interesses, a desconsideração da personalidade jurídica – nos moldes inserido no Código de Defesa do Consumidor e consagrado na jurisprudência trabalhista - é prejudicial à atividade econômica. Como incessantemente se destacou, o pleno exercício da empresa cria melhores condições de plenitude dos princípios da dignidade da pessoa humana e seu exercício deve ser estimulado, não maculado.

Julgou-se, ainda, imprescindível, na presente pesquisa, identificar os agentes econômicos que gravitam em torno da empresa, e destacar que cabe ao Estado lhes assegurar as condições mais favoráveis para o desenvolvimento da atividade empresarial, impulsionando a economia que gera, naturalmente, benefícios sociais.

De outro lado, procurou-se sopesar a função do Direito Empresarial, destacando que, além do estímulo a atividade econômica, é necessário ao Estado promover a tutela do crédito de modo satisfatório, pois o risco da atividade empresarial não pode ser transferido integralmente à sociedade.

Frisou-se que, entre as formas disponibilizadas pelo Estado para manutenção da ordem econômica, está a Lei 11.101/2005. Sua função é permitir que as empresas viáveis, mas insolventes e em crise, possam se restabelecer no mercado competitivo.

Para tanto, além de perfazer uma abordagem específica sobre alguns pontos do processo de recuperação judicial, concentraram-se maiores esforços na forma como o crédito é tutelado e a eficiência da recuperação judicial para esse êxito.

Destacou-se, ainda, que a conservação e a recuperação somente devam ser perseguidas quando houver viabilidade das empresas. Em outras palavras, mas com igual alcance, somente empresas que possam readquirir sustentabilidade devem ser recuperadas, pois o mercado e os consumidores não podem se tornar reféns de organismos que não fornecem bons produtos ou serviços, que não pagam seus credores e, sobretudo, descumprem sua função socioeconômica. Havendo uma empresa que não gera interesses sociais, deve ser repelida do mercado.

Ademais, consignou-se que somente o mercado é capaz e legitimado para auferir a credibilidade da empresa em crise. Cabe a ele a função precípua de consignar, no campo processual, que determinada empresa possa, mediante medidas que visem a sanar suas dificuldades – sejam elas econômicas, financeiras ou administrativas -, superar a crise temporária instalada.

Essa condição dada ao mercado é ampla e irrestrita, pois na condição de fiador da recuperação da empresa, precisam ser considerados, além da viabilidade das questões mediatas da empresa, o pagamento dos credores e a possibilidade de futura obtenção de lucro, como todos os princípios consagrados na Carta Política de 1988 que conferem à empresa a incumbência de gerar empregos e propiciar condições para que mediante o pleno emprego haja inclusão social e dignidade da pessoa humana.

Almejou-se demonstrar não haver como a empresa se omitir e se distanciar do contexto do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, pois inerente à atividade empresarial esta prática e a adoção de compromissos éticos e sociais que reflitam os direitos fundamentais construídos pela sociedade ao longo dos anos. De tal modo, a preservação da empresa precisa estar pautada pelo desenvolvimento sustentável, com esforços conjuntos entre o público e o privado para distribuição de renda equânime, proporcionando, a médio e a longo prazo, haver transformações culturais significativas em vista de um mundo mais democrático.

De outro modo, viu-se que a recuperação judicial não atingiu – até então – a finalidade proposta em sua exposição de motivos. Afirma-se isto porque, mediante este estudo, pretendeu-se promover um diagnóstico dos processos de recuperação judicial ajuizados no Brasil e a finalidade desta proposição decorreu da necessidade de produção de um estudo científico que demonstrasse a quantidade de processos ajuizados com base na Lei 11.101/2005, e se esses processos ajuizados obtiveram êxito. Destaque-se que o estudo promovido não esgota a matéria, tampouco houve essa presunção.

De qualquer forma, é certo que até então só se viam apontamentos empíricos sobre a eficiência da recuperação judicial, por notícias em jornais e em revistas, que carecem de cientificidade.

Necessário seja destacado que a promulgação do novo diploma legal é louvável, à medida que o antigo Decreto-Lei 7.661/45 não mais se coadunava com a atual realidade fática e jurídica do país e do mundo, e as normas encontradas naquele ordenamento jurídico a muito tempo não reuniam condições de proporcionar ao Estado e ao mercado mecanismos para a manutenção de empresas em situação de crise econômico-financeira.

Evidencia-se que o Decreto-Lei se encontrava em dissonância com a Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002, ao passo que a ordem econômica consagrada na Carta Política, bem como a teoria da empresa consagrada na nova legislação privada brasileira, passava à margem dos dispositivos legais que regulavam o ordenamento jurídico falimentar revogado.

Não merece reparo a adoção da Lei 11.101/2005, que de forma objetiva transmite seus desígnios, sua função. Por outro lado, ressalta-se que, na prática, o resultado apurado demonstra que alguns aspectos da Lei acabam por vezes a afastando da sua finalidade.

Tomem-se as disposições contidas na Lei 11.101/2005 quanto à recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte. Conforme se demonstrou, esses organismos correspondem a 99,2% das empresas formalmente constituídas, no Brasil, mas não mereceu qualquer benefício do legislador, que optou em não proporcionar sua recuperação.

Demonstrou-se que a Lei 11.101/2005, quando disciplinou os mecanismos atinentes ao micro e pequeno empresário, reescreveu os dispositivos da antiga concordata, tão criticada e há bastante tempo diagnosticada como ineficiente. A recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte não é aplicável no Brasil e não visa à recuperação desses entes além de não proporcionar o crescimento econômico e invariavelmente, não tutelar satisfatoriamente o crédito.

Verificou-se que, tanto nos períodos de estabilidade como naqueles de instabilidade financeira, os empresários tendem a procurar outras formas para superar a crise, embora se tenha diagnosticado ter havido relativo aumento na distribuição dos processos de recuperação judicial, no ano de 2008 (crise estadunidense do *subprime*), os credores e devedores ainda estão a procura de mecanismos outros que não a recuperação judicial.

Tal fator decorre, não raras vezes, de haver poucos credores das empresas em crise, e a maior parte dos créditos terem sua origem no mercado financeiro. É notório que as instituições financeiras buscam outros meios para não verem sua lucratividade diminuir e, neste aspecto, a equação tutelar o crédito e estimular o empreendedorismo resta prejudicada.

Não se pretendeu apontar às instituições financeiras a responsabilidade pelo elevado custo do crédito, ainda que sejam notórios os favoráveis índices lucrativos que alcançam ao repassarem dinheiro ao mercado com grande margem de lucro. O Estado é responsável por não regular de forma adequada as instituições financeiras, porque, para que se estimule o empreendedorismo, é necessário dividir responsabilidades, repassar parte dela à sociedade e ao Estado, e aqui se critica a Lei 11.101/2005, pois somente transfere parte do risco a outras empresas, aos trabalhadores e outros agentes econômicos, não o transferindo às instituições financeiras.

Sob outro aspecto, demonstrou-se que a Lei 11.101/2005 somente é plenamente aplicável para algo próximo a 0,8% das empresas formalmente constituídas no Brasil. Em outras palavras, a recuperação judicial é destinada apenas às empresas de grande porte e, em alguns raros casos, destina-se à recuperação de médias empresas.

Ainda que seja justo terem as microempresas e empresas de pequeno porte disposições relativamente mais simples, não é crível a uma Lei, que se propõe preservar o mercado, atuar exclusivamente para manter empresas de grande porte.

Dentre as causas que inviabilizam o processo de recuperação judicial, apurou-se que o custo do processo é relevante. Somente os requisitos para pedido do benefício consomem grande quantidade de recursos e, após deferido o processamento, torna-se necessário disporem-se mais verbas para a elaboração do plano de recuperação judicial.

Constatou-se que mesmo sendo superado o entrave financeiro e sendo os demais requisitos legais cumpridos satisfatoriamente pelo devedor, o ambiente negocial para que credores e devedor possam unir esforços para a recuperação da empresa, por vezes é tumultuado e recheado de incertezas e receios quanto à viabilidade da empresa a que se pretende recuperar.

Outra crítica que se pode conferir à Lei 11.101/2005 não é normativa, mas também dirigida ao Estado. Refere-se à inércia das Juntas Comerciais em disponibilizar, nas suas páginas, na rede mundial de computadores, a relação dos devedores em processos de falência e de recuperação, ressalva feita à Junta Comercial do Paraná, que age dentro das normas.

Conforme foi visto, o principal fator que freia o processo de recuperação judicial é a inaplicabilidade de princípios básicos referente à atividade empresarial. Enquanto muitos países, em franco desenvolvimento, estimulam o exercício à atividade empresarial e tutelam seu crédito, o Brasil o desestimula, desfavorecendo o investimento e não regulando o crédito, impondo constantemente à empresa esse ônus.

No mesmo sentido, deve ser considerada a preservação da empresa com a preservação do mercado. Evidente que empresas viáveis economicamente, agregando benefícios sociais, promovendo a inclusão social e possibilitando à comunidade o crédito a sua dignidade, mediante o pleno emprego, devam ser mantidas no mercado. Por outro lado, sempre que não se vislumbra a sustentabilidade de determinada atividade – ou volte a ter – mediante o saneamento dos problemas econômicos e financeiros, sua exclusão deverá se dar *incontinenti*, sob risco de efeitos prejudiciais ao mercado, centro de todas as imputações da sociedade moderna.

Notou-se que a Lei de Recuperação Judicial, embora seja um horizonte, está inserida em um ambiente que não propicia, com segurança, o exercício da atividade empresarial, embora, ao longo do trabalho, tenha se destinado maior espaço para apontar algumas incorreções da Lei 11.101/2005. Com isso, ficou evidente que o simples fato de sua existência já beneficia a sociedade, no mesmo tempo em que suas diretrizes servem como parâmetro para a preservação da empresa.

Acredita-se, assim, que o presente trabalho tenha cumprido ao que pretendeu, tornando possível, ao longo do seu desenvolvimento, apontar as qualidades da legislação. O tempo procederá às mudanças desejáveis e, certamente, esse novo instituto jurídico poderá determinar a cessação de impasses que gravitam na seara empresarial, pois são inegáveis os avanços socioeconômicos decorrentes do pleno exercício da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **A Continuação do Negócio na Falência**. Atualizada por ABRÃO, Carlos Henrique. São Paulo: Editora Leud, 1998.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDREY, Marcus. **Comentários aos artigos 48 e 49**. In: Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências (coord. Newton de Lucca). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ASTRAUSKAS, Fabio B. **Como identificar uma empresa em crise**. Disponível em: <http://www.anfac.com.br/servlet/ServletConteudo?acao=consultarConteudo&txtCodiCont=19>. Acesso em 20 dez. 2009.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada**. 5^o. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Tratado de Direito Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória Falimentar**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **A recuperação para as microempresas e empresas de pequeno porte – Lei 11.101/05**. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/161954/?noticia=A+RECUPERACAO+PARA+AS+MICROEMPRESAS+E+EMPRESAS+DE+PEQUENO+PORTE+LEI+1110105>> Acesso em 27 jul. 2009. 22:00 horas.

CASTELLANI, Fernando F. **A Empresa em Crise**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Colonialismo Jurídico e a Reforma do Direito Falimentar**. Revista Jurídica nº. 290. p. 65.

_____. **Falências e concordatas: A recuperação da empresa em crise**. Curitiba: Juruá, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. I.

_____. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. II.

_____. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. III.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa. Direito empresarial: estudos e pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1990.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais.** Lisboa: Lex, 1997.

COVAS, Silvânio. **A Lei de recuperação de empresas e de falência e os interesses da sociedade.** Disponível em http://www.serasa.com.br/serasalegal/42-abr-05_m1.htm Acesso em: 12 ago. 2009. 20:00 horas.

CRETTELA NETO, José. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** Rio de Janeiro: Forense.

FARIA, Ricardo de Moura. **A Revolução Industrial e a nova Sociedade do Trabalho.** Belo Horizonte: Editora Lê, 1997.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Sociedades Limitadas.** São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Nova lei de falências e recuperação de empresas.** São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial: o estatuto da falência e da concordata.** São Paulo: Saraiva, 1965. v.14.

FORBES, D. K. **The Geography of Underdevelopment.** Tradução de João Alves dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S/A., 1989.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FURTADO, Celso. **Brasil, a construção interrompida**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **Lições de Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GUINThER, Marc. **Money and Morals at GE**. *Fortune*, 15 nov. 2004, p. 176.

GUSMÃO, Mônica. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Lei de Recuperação e Falência.** Lúmen Júris.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Manual de Falência e Recuperação de Empresas.** Juarez de Oliveira.

ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais.** Curitiba: Juruá, 1996.

KASZNAR, Istvan Karoly. **Estresse empresarial no Brasil e a nova lei de falência e recuperação de empresas.** *In:* OLIVEIRA, Fátima Bayma. *Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei.* São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

LOBATO, Moacyr. **Falência e Recuperação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOBO, Jorge. *In:* SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton (Coord.). **Direito empresarial contemporâneo.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **A crise da empresa: a busca de soluções.** São Paulo: RT 668, jun. 1991.

LUCCA, Newton de. **Uma reflexão inicial.** *In:* OLIVEIRA, Fátima Bayma (Organ.). *Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei.* São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

_____.; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Doutrina e Prática.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANDEL, Julio Kahan. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas Anotada**. São Paulo: Saraiva.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARZAGÃO, Lídia Valério. **A recuperação judicial**. In MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NASSIF, Luís. **A recuperação judicial**. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/economia/2009/07/14/a+recuperacao+judicial+7275021.html>. Acesso em: 15 jun 2009. 19:00 horas.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. I.

_____. **Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Manual de direito comercial**. Campinas: Bookseller, 2001.

OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Uma nova racionalidade administrativa empresarial**. In GEVAERD, J.: TONIM, M. M. *Direito Empresarial & Cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Aspectos relevantes do instituto da recuperação judicial e necessária mudança cultural**. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma (Organ.). Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PENTEADO, Mauro R. **Considerações reais: a lei e o Brasil real**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar e GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas**. São Paulo: Manole.

ROCCO, Alfredo. *Apud* ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de Falência e Recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Elisabete Teixeira Vido dos. **Direito comercial**. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004.

SAVITZ, Andrew W. **A Empresa Sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu`est-ce que Le Tiers État?** Trad: AZEVEDO, Norma. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, Ronny Carvalho da. **Lei de Recuperação de Empresas e sua necessária interpretação princípiológica como único meio à consecução de seu objetivo jurídico colimado.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7900>> Acesso em: 15 jun 2009. 19:00 horas.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Responsabilidade dos Administradores na nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** In: OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

SPÍNOLA, André Silva. **Gestão das micro e pequenas empresas no Brasil: desafios e perspectivas.** In: OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo.** Tradução: Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa.** São Paulo: Atlas, 2004.

TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas.** São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Primeiros Estudos de Direito Empresarial.** São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Para que serve o direito empresarial?** Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/55136/?postagem=PARA+QUE+SERVE+O+DIREITO+EMPRESARIAL>> Acesso em: 10 dez. 2009. 21:00 horas.

_____. **O isolamento científico do direito.** Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/58108/?postagem=O+ISOLAMENTO+CIENTIFIC+O+DO+DIREITO>> Acesso em: 10 dez. 2009. 21:00 horas.

_____. **Quem é o empresário brasileiro?** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/53183/?postagem=QUEM+E+O+EMPRESARIO+BRASILEIRO>> Acesso em: 11 dez. 2009. 19h00.

_____. **Doing Business – um dossiê para ser lido.** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/57791/?postagem=DOING+BUSINESS+UM+DOS+SIE+PARA+SER+LIDO>> Acesso em: 11 dez. 2009. 17h30.

_____. **Função (ou interesse?) social da empresa.** Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/59358/?postagem=FUNCAO+OU+INTERESSE+SOCIAL+DA+EMPRESA>> Acesso em: 11 dez. 2009. 23:00 horas.

TOLEDO, Paulo F. Campos Salles. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências.** São Paulo: Saraiva, 2007.

TOTO, Antonio Cardoso. **Recuperação de empresas: interesses e posicionamentos na negociação.** In: OLIVEIRA, Fátima Bayma. Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério e Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos constitucionais do processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

TZIRULNIK, Luiz. **Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

UBALDO, Edson. **Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas**. São Paulo: Conceito.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Apud* ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIDOTTE, Maria Cristina. **Comentários aos artigos 70 ao 82**. *In* LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VIVANTE, César. **Tratado de Derecho Mercantil**, trad. de Ricardo Espejo de Hinojosa. Madri, 1932. Vol. I.

VIVEIROS, Luciano. *In* OLIVEIRA, Fátima Bayma. **Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova Lei**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

WALKER, Ian. **Comprando uma empresa com dificuldades financeiras**. Tradução: Pedro Catunda. São Paulo: Makron Books, 1994.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

BRASIL. Decreto-Lei nº. 7.661, de 21 de junho de 1945. **Lei de Falências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del7661.htm>> Acesso em 22 mai. 2009. 20:00 horas.

BRASIL. Lei ordinária nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>> Acesso em 22 mai. 2009. 23:00 horas.

BRASIL. Lei ordinária nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Lei de regulamentação da Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência de Empresário e Sociedade Empresária**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>> Acesso em 22 mai. 2009. 22:00 horas.

Doing Bussines 2009. Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/Documents/doing_business_in_brazil_portuques_e.pdf> Acesso em: 15 jun 2009. 23h30.

Jornal do Senado, Brasília: Senado Federal, 13 nov. 2006, p. 4

SERASA EXPERIAN. Disponível em: <<http://www.serasa.com.br/index.htm>>. Acesso em: 03 out. 2009. 21:00 horas.

Vox Populi. Disponível em: <<http://www.voxpopuli.com.br/qualitativa.html>> e <<http://www.voxpopuli.com.br/quantitativa.html>>. Acesso em: 17 mar. 2009. 12:00 horas.

Agendamento de data de defesa perante Banca Examinadora

Curitiba, ____/____/____

Horário:_____

Indicação dos professores membros titulares e suplente:

Membro Externo:_____

Membro
Interno:_____

Suplente (Interno):_____

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.

Professor (a) Orientador (a) Curitiba,
____/____/____

Recebido em: ____/____/____

Secretaria