



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MARINA DE AVILA TOLOSA

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E SUA FUNÇÃO SOCIAL – A
EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO E DA FUNÇÃO SOCIAL
DA EMPRESA FRENTE AOS CRÉDITOS EXCLUÍDOS DA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL**

Brasília
2016

MARINA DE AVILA TOLOSA

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E SUA FUNÇÃO SOCIAL – A
EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO E DA FUNÇÃO SOCIAL
DA EMPRESA FRENTE AOS CRÉDITOS EXCLUÍDOS DA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
Bacharelado em Direito pela Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Marlon Tomazette

Brasília
2016

MARINA DE AVILA TOLOSA

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E SUA FUNÇÃO SOCIAL – A
EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO E DA FUNÇÃO SOCIAL
DA EMPRESA FRENTE AOS CRÉDITOS EXCLUÍDOS DA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
Bacharelado em Direito pela Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Marlon Tomazette

Brasília, _____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora

Marlon Tomazette
Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre me apoiaram durante a longa jornada para a conclusão do curso de Direito.

Ao Gustavo Henrique, companheiro de todas as horas, que me deu forças nos momentos mais difíceis, e me fez sempre seguir em frente.

E à pequenina Maria Fernanda, que torna meus dias mais felizes.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos professores do UniCEUB, pelo tempo e disponibilidade para compartilhar conhecimentos; em especial ao professor Marlon Tomazette, que, em suas aulas, despertou-me o interesse pelo Direito Empresarial.

Agradeço, também, aos funcionários de apoio do UniCEUB, pelo atendimento cortês e eficiente.

RESUMO

O presente trabalho trata da não sujeição ao regime de recuperação judicial de determinados credores, possuidores de garantias de alienação fiduciária ou cessão fiduciária de crédito. Ocorre que os princípios norteadores da legislação falimentar privilegiam a preservação da empresa, com base em sua função social. Há discussão doutrinária sobre a legalidade da concessão do tratamento diferenciado a esses credores frente à atenção ao princípio da função social da empresa e sua preservação. O estudo realizado tem por objetivo analisar os princípios basilares da legislação bem como os propósitos motivadores de tal benefício concedido aos referidos credores, a fim de que se possa determinar a legitimidade da aplicação do tratamento diferenciado. A conclusão do trabalho é a de que os motivos determinantes para a aplicação do princípio da função social da empresa são os mesmos que determinam a exclusão dos credores no regime de recuperação, dessa forma, é legítimo e legal, além de atender ao intuito do legislador, o instituto “da trava bancária”.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Direito Falimentar. Recuperação Judicial de Empresas. Princípios Norteadores. Trava Bancária.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA | 11 |
| 2.1 Etimologia da palavra e sentido de Falência | 11 |
| 2.2 Roma Antiga | 12 |
| 2.3 Idade Média | 14 |
| 2.4 Idade Moderna e Contemporânea | 15 |
| 2.5 A Falência no Brasil | 17 |
| 2.5.1 <i>Brasil Colônia</i> | 17 |
| 2.5.2 <i>Brasil Império e República</i> | 19 |
| 3 O ATUAL INSTITUTO DE FALÊNCIA E O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL | 23 |
| 3.1 A necessidade de mudança | 23 |
| 3.2 A inovação apresentada | 25 |
| 3.2.1 <i>Necessidade da recuperação x Decretação da falência</i> | 27 |
| 3.2.2 <i>A viabilidade da empresa em crise</i> | 30 |
| 4 PRINCÍPIOS DA NOVA LEGISLAÇÃO | 33 |
| 4.1 Os princípios regentes | 33 |
| 4.2 A dignidade da pessoa humana | 34 |
| 4.3 A função social da empresa | 36 |
| 4.4 A preservação da empresa | 40 |
| 5 O CREDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL | 44 |
| 5.1 A participação dos credores no processo de recuperação | 44 |
| 5.2 Tratamento diferenciados aos credores | 47 |
| 5.3 A alienação fiduciária | 49 |
| 5.4 Justificativa da particularidade | 51 |
| 6 CONCLUSÃO | 56 |
| REFERÊNCIAS | 57 |

1 INTRODUÇÃO

Na antiguidade, o processo de execução não diferenciava comerciantes de não comerciantes, tratando de forma igualitária qualquer devedor que se apresentasse em estado de insolvência. Tratava-se de ordenamento preponderantemente penal, de caráter pessoal, com penas corpóreas.

Com o passar do tempo e a evolução do direito e da sociedade, notou-se que seria mais interessante a aplicação de execução no patrimônio do devedor do que as penas corpóreas aplicadas anteriormente.

Também evoluíram as transações comerciais e tornou-se evidente a necessidade de elaboração de legislações específicas sobre os atos de comércio, tendo origem o Direito Comercial, que tem como ramo o Direito Falimentar. Este trata hoje dos direitos e deveres das empresas, e da forma em que ocorrerá seu processamento em caso de apresentar-se em estado de insolvência.

A condução de uma empresa, certamente não é tarefa de fácil execução. A administração de seus recursos, mesmo que, de certa forma adequada, podem levá-la, constantemente, a encontrar dificuldades financeiras para continuar exercendo a atividade a que se propôs.

Não é apenas atualmente que empresários ou sociedades empresárias apresentam, ocasionalmente, dificuldades econômico-financeiras na gestão e manutenção de suas atividades. Desde os primórdios que qualquer sujeito que se disponha a promover atividade comercial está suscetível a momentos de dificuldades, que podem ser causados por fatores externos ou internos.

Logo, o fato de comerciantes/empresas/empresários enfrentarem dificuldades econômico-financeiras sempre existiu, porém, anteriormente a legislação não se preocupava em apresentar soluções efetivas para que os sujeitos que se encontravam em tais dificuldades superassem a crise e mantivessem a atividade econômica, mas tão somente procurava satisfazer os credores.

Dessa forma, as empresas que demonstravam incapacidade na continuidade de suas atividades eram fadadas ao encerramento de suas atividades, não

recebendo qualquer tipo de auxílio ou incentivo para que tentasse continuar produtiva.

Os transtornos gerados a partir dessas situações começaram a ser notados, percebendo-se, então, que a possível manutenção da atividade empresarial seria mais satisfatória à sociedade do que apenas a preocupação com a satisfação dos credores.

A intenção anterior da legislação era a de liquidar a empresa para satisfazer seus débitos juntos aos credores, sem preocupações em preservar a atividade empresarial, tratando de celebração de acordos dilatórios de prazos e do perdão de parte dos direitos creditórios de natureza exclusivamente quirográfaria para que se pudesse pôr fim à atividade empresária.

O texto do art. 47 da nova lei de falências demonstra a preocupação maior do legislador com a função social da empresa e com “a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”, como também com a viabilização da superação da crise enfrentada pela sociedade empresária.

Não obstante a proteção oferecida pelo texto legal à função social da empresa e à manutenção da atividade econômica, este mesmo texto apresenta algumas exceções, excluindo dos efeitos da recuperação judicial certos créditos. Essas exceções apresentadas pelo legislador abrem discussão sobre a real aplicação dos princípios da função social da empresa e da preservação desta.

A nova legislação considera diversos aspectos possíveis na ocasião da empresa necessitar de uma recuperação judicial, no sentido de ampliar sua visão, não observando apenas direitos dos credores ou de relações diretas que a empresa mantém, mas sim de todo um cenário econômico e social no qual a empresa encontra-se inserida.

Percebe-se, então, a atenção do legislador a todo o contexto em que se insere uma empresa, com sua influência na economia, gerando renda, e também pagando impostos. Dessa forma, entende parte da doutrina que não pode a legislação priorizar apenas o direito de credores de receber os valores devidos.

É clara a intenção do texto legal em conferir ao credor seu direito à receber do devedor o título líquido que possui, porém a função social da empresa deve ser tratada como princípio basilar a ser observado na recuperação judicial, que tem como objetivo a superação da crise econômico-financeira pela qual passa a empresa e a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores.

Porém, em contrapartida, há o argumento do benefício para a sociedade na obrigatoriedade do cumprimento do contrato pactuado com garantias fiduciárias. O tratamento diferenciado nessas situações tem como escopo garantir o equilíbrio econômico de uma forma geral, sem que a concessão de crédito seja prejudicada no mercado, com a incidência do risco de inadimplência.

A presente pesquisa teve como base o levantamento das referências bibliográficas na doutrina, na legislação e na jurisprudência para que se efetuasse a leitura e análise do material, e posteriormente, fosse promovida a elaboração de estudo qualitativo.

Durante um primeiro momento será realizada uma contextualização histórica sobre o conceito de falência e a formação histórica de seu instituto, abordando desde os primórdios até a formulação da legislação atual.

Seguido à introdução histórica, será tratado o disposto na antiga Lei de Falência e os fatores motivadores da alteração de princípios e da formação do novo instituto, e dessa forma, a elaboração do processo de falência e recuperação judicial como é tratado nos dias atuais.

A partir desse ponto será elaborado estudo a respeito dos princípios norteadores do texto legal e sua devida proteção, com intenção de compreender a *mens legis* e identificar os elementos relevantes na análise de cada caso.

E posteriormente o estudo cuidará do tratamento diferenciado a credores definidos na legislação, e dos pontos determinantes para a dispensa de referido tratamento diferenciado a no processo de recuperação judicial.

Depois de concluídos os referidos estudos, será elaborada a tese final confirmando, ou negando a legalidade da exclusão de credores das empresas em recuperação portadores de garantias fiduciárias.

Pretende-se, então, analisar, através de princípios e da doutrina, qual seria a *mens legis* e qual é a aplicação legal ideal do ponto de vista jurídico e socioeconômico. Deve-se aprofundar o entendimento nesses aspectos do direito a fim de assimilar de forma mais segura os argumentos relativos ao debate. Dessa forma, após toda a pesquisa, análise e instrução será possível verificar a relevância do presente estudo, a fim de se determinar a legalidade ou não da aplicação do instituto da “trava bancária”.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

2.1 Etimologia da palavra e sentido de Falência

Para o entendimento do processo falimentar na história, e sua estruturação na atual legislação brasileira, é pertinente que sejam previamente estudados e entendidos a etimologia e o significado de falência.

A concepção da expressão “falir”, atualmente utilizada no direito comercial, é estudada por Ricardo Negrão no ensinamento de Carvalho de Mendonça que estabelece a gênese do verbo “falir” na palavra latina *falece*, que significa faltar com o prometido, com a palavra, enganar¹.

Corroborando com o ensinamento acima exposto, aduz Lacerda que:

A palavra falência deriva do verbo falir, que por sua vez se origina do verbo latino *fallere*, significando faltar, enganar (*fallo, fallis, felli, falsum, fallere*).² Outrora, usava-se também da expressão quebra para significar a mesma coisa. Essa era, por exemplo, a denominação dada à terceira parte de nosso Código Comercial, segundo a tradição das Ordenações.²

Consoante ensinamento de Negrão sobre o conceito de falência:

A ideia, portanto, de omissão está implícita em seu significado jurídico, referindo-se ao não cumprimento das obrigações financeiras por parte do devedor. Observa-se, contudo, que nem sempre haverá culpa ou dolo por parte do falido. Sua situação pode ocorrer de diversos fatores econômicos ou mesmo de sua momentânea inabilidade para a prática da atividade empresarial, sem que sua intenção seja fraudar os credores.³

Entende-se, então, que, ao se encaminhar para um estado de falência, há, por parte do agente falido, uma omissão. Não necessariamente dolosa, mas uma falha, de qualquer natureza que seja, que gera uma incapacidade de dar seguimento à atividade empresarial. É um estado, podendo, então ser passageiro. É uma situação na qual se encontra o devedor.

¹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, vol. 3: Recuperação de empresas e falência. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

² LACERDA, Jose Candido Sampaio. *Manual de direito falimentar*: com a adaptação ao novo código de processo civil de 1973, pela lei nº 6014, de 27.12.1973, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 18.

³ NEGRÃO, Ricardo. op. cit. p. 40.

Para Lobo:

O estado de falência é a situação pessoal e patrimonial, em que se encontra um comerciante insolvente, declarada pelo juiz quando presentes determinados requisitos expressamente estabelecidos em lei. É um estado pessoal devido às restrições, de direito público e privado, que lhe são impostas em decorrência de sua condição de falido. É um estado patrimonial porque o falido perde a administração de seus bens.⁴

Falência tem, atualmente, sentido metajurídico, trazendo conceitos econômicos e sociais, devendo ser observada a importância social e econômica de uma empresa, e sua possível recuperação, antes de ser decretada.

O Direito Falimentar trata hoje, após sua evolução histórica, da possível recuperação da empresa sempre que possível, em detrimento da decretação da falência e mera satisfação dos interesses dos credores.

2.2 Roma Antiga

Na antiguidade, a obrigação, bem como a execução, tinham caráter rigorosamente pessoal. Ensina Almeida que “o devedor respondia por suas obrigações com a liberdade e até mesmo com a própria vida”.⁵ O credor, a fim de ver satisfeito o seu direito, poderia se valer do corpo do devedor, dispondo de sua liberdade e, após decorrido um certo período e cumpridas certas formalidades, também de sua vida.

Segundo colocação de Alfredo Rocco, “[...] o devedor, sujeito a uma execução privada de índole penal, ficava à mercê do credor, que podia dispor do seu corpo e de sua vida, eis que a obrigação era um vínculo estritamente pessoal, direito contra e sobre o devedor”.⁶

Não sendo efetuado pelo devedor o pagamento de sua dívida, poderia o credor levá-lo de forma forçosa a juízo. Não satisfazendo o julgado, e não apresentando-se ninguém para afiançá-lo, o devedor seria amarrado ou algemado e haveria a adjudicação de sua pessoa ao credor, que o manteria em cárcere privado pelo período de sessenta dias. Durante esse prazo, era levado ao mercado por três

⁴ LOBO, Jorge. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. p. 32.

⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

⁶ ROCCO apud LOBO, Jorge. op. cit. p. 29.

dias sucessivos, para ser o crédito apregoado. Caso ninguém o solvesse, o credor poderia vendê-lo como escravo além do Rio Tigre, ou tirar-lhe a vida, havendo ainda a possibilidade de ser cortado em partes, se, na oportunidade, houvesse pluralidade de credores.

Com a evolução do direito e da sociedade romana, as penas corporais deixam de ser o foco principal, entendendo os juristas romanos que a execução dos bens do devedor, e não de sua pessoa, poderiam atender melhor aos anseios dos credores.

Conforme leciona Almeida sobre as penas o sistema de execução pessoal:

Tal sistema perdurou até 428 a.C., com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, que introduziu no direito romano a execução patrimonial, abolindo o desumano critério da responsabilidade pessoal. Pela *bonorum venditio*, instituída pelo pretor Rutilio Rufo, o desapossamento dos bens do devedor era feito por determinação do pretor, nomeado um curador (*curator bonorum*) para a administração do bens.⁷

Para Carvalho de Mendonça, o instituto da falência teve sua origem no chamado *venditio bonorum*⁸, no Direito Romano, que se iniciava quando o credor, ou credores, munidos de sentença procuravam o magistrado que permitia a imissão na posse dos bens do devedor a partir do ato decisório *missio in bona*.

Realizada a *missio in bona*, era nomeado, pelo magistrado, um *curator*, que passava a administrar os bens do devedor. Nota-se que, nessa fase, tanto a propriedade quanto a posse dos bens não são retiradas do devedor, mas somente sua administração. Apenas após algumas formalidades era possível a venda do patrimônio, constituindo este, dessa forma, um penhor em benefício dos credores.

O *curator* era uma espécie de protetor do interesse público, que atuava na guarda do patrimônio, e a quem cabia, a partir de avisos públicos, dar notícia da *missio*, para que pudessem se associar à execução possíveis credores.

Após o decurso do prazo de 30 dias, se vivo o devedor, ou de 15, no caso de finado, o pretor nomeava, entre os credores, a figura do *magister*, responsável pela

⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

⁸ MENDONÇA apud NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresas: Recuperação de empresas e falência*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2014. v. 3. p. 41.

venda dos bens, que gerava para o comprador a obrigação de pagar a cada credor um valor proporcional.

Pode-se notar certa similitude entre o instituto acima descrito e a atual legislação sobre o assunto, segundo Negrão:

Nesse aspecto inicial muito se assemelha aquele ao atual instituto falimentar brasileiro: entre nós o desapossamento não significa a perda da propriedade, mas tão somente, num primeiro momento, a administração dos bens por parte do devedor⁹

Afirma ainda o autor que, por não apresentar o Direito Romano um sistema próprio para os comerciantes, era aplicado o instituto da *missio in bona* para qualquer tipo de devedor.¹⁰

2.3 Idade Média

Durante o período da Roma Antiga, os credores tinham papel principal na condução das medidas necessárias para o processo de execução, cabendo ao Poder Público apenas autorizar os procedimentos cabíveis. Na Idade Média essa característica foi alterada, sendo reforçada a atribuição do poder judiciário no processo.

Conforme ensinamento de Almeida:

Na Idade Média, contudo, a tutela estatal assume especial relevo, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária. O concurso creditório é rigidamente disciplinado, com a obrigatoriedade dos credores habilitarem-se em juízo, por onde se processa a arrecadação dos bens do devedor, atribuindo-se ao juiz a função de zelar “por que se guardasse e vendesse, partilhando-se o produto entre os credores”.¹¹

Entretanto, ainda que nesse período tenha-se restringido o caráter privado da execução, esta não perdeu seu caráter penal e repressivo. Ao devedor insolvente, comerciante ou não, eram impostas penas vexatórias, “razão pela qual se diz amiúde que na Itália, na França e na Inglaterra do Período Medieval, o Direito

⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresas: Recuperação de empresas e falência*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2014. v. 3. P. 41.

¹⁰ *Ibidem*, p. 42.

¹¹ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6.

Falimentar se caracterizava pelo nítido objetivo de punir, com sanções humilhantes o devedor impontual”.¹²

Para Bezerra Filho:

Estabelecem-se aí os primeiros delineamentos do direito falimentar, estendendo-se a falência tanto ao devedor comercial quanto ao devedor civil, sendo o falido coberto de infâmia, tido como fraudador, réprobo social, sujeito a severas medidas penais, além da perda total de seu patrimônio.¹³

Foi nesse período em que houve uma inovação jurídica no que diz respeito às medidas cabíveis para a execução coletiva do devedor insolvente, e, dessa forma, uma contribuição para o futuro surgimento do Direito Comercial e, mais precisamente, do Direito Falimentar.

Durante o Período Medieval surgiram as cidades-estados, que elaboravam um código de normas, um estatuto, com a função de reger seu funcionamento. “Dos estatutos das cidades medievais formou-se o Direito Estatutário, cadinho em que foi plasmado o direito emergente da Idade Moderna, inclusive os gérmenes do Direito Falimentar”.¹⁴

Para Lobo, “o Direito estatutário não foi simples caudatário de princípios e normas do Direito Romano, mas, adaptando-os às novas realidades, o embrião do moderno Direito Falimentar”.¹⁵

Nos ensinamentos de Perin Júnior:

Sem dúvida que abordar o direito pujante da Idade Média nessa área será provavelmente o mesmo que referir-se aos Estatutos das cidades comerciais italianas, lugares estrategicamente colocados que, a partir das Cruzadas, e com o advento do Renascimento, beneficiaram-se de um desenvolvimento econômico fora do comum, e, conseqüentemente, constituíram o ambiente propício para o surgimento da “quebra” e a necessidade da sua regulamentação.¹⁶

Resta clara, diante dos ensinamentos elucidados, a importante contribuição da Idade Média para a origem do Direito Comercial e Falimentar.

¹² LOBO, Jorge. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. p. 31.

¹³ BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 46.

¹⁴ ROQUE, Sebastião. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Icone, 2005. p. 85.

¹⁵ LOBO, Jorge. op. cit. p. 31.

¹⁶ PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.10.

2.4 Idade Moderna e Contemporânea

Pode-se observar, então, que o Direito Comercial adentra a Idade Moderna já formado. Segundo, Perin Junior, “mais tarde, com o término do Renascimento, as transformações legislativas comerciais passaram da Itália para a França”¹⁷.

E foi na França, em 1673, que as praxes comerciais e as normas processuais foram sistematizadas em um código, a pedido do ministro de Luiz XIV, Colbert. Dessa forma, foi elaborado o Código Savary, que levava o nome do comerciante que contribuiu com sua elaboração e regia o comércio francês à época, promovendo a unificação legislativa comercial em todo o reino.

No entanto, o primeiro código comercial elaborado na história, que teve como ponto de apoio para sua confecção o Código Savary, foi o Código Napoleônico, promulgado em 1807. “Nesse código foi regulamentada a falência e a concordata, impondo-se definitivamente como um dos principais ramos do Direito Comercial, o Direito Falimentar”¹⁸, particularizando, pela primeira vez, os comerciantes no regime de insolvência.

À luz dos ensinamentos de Fernandes, “assim, o direito comercial deixou de ser o direito dos comerciantes e passou a ser o direito dos atos de comércio, os quais, praticados por quem quer que fosse, estavam sujeitos às leis e ao juízo comercial”¹⁹.

Durante o Período Moderno, com as inovações trazidas pelo Código Napoleônico, e as evoluções do Direito Comercial, é mitigada a dureza da legislação, caminhando o Direito Falimentar para a sua situação atual.

Conforme Almeida:

Gradativamente abrandam-se os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico-social, refletindo no seu bojo as profundas alterações por que passaria o direito comercial e que culminaria com a

¹⁷ PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.11.

¹⁸ ROQUE, Sebastião. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Icone, 2005. p. 85.

¹⁹ FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão Fiduciária de Títulos de Créditos em Garantia: A posição do credor judiciário na recuperação judicial da empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20.

modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social.²⁰

Após o progresso da legislação passar a fazer distinção entre credores comerciantes e credores civis, passou o Direito Comercial a considerar elementos de naturezas econômicas e sociais na sua evolução.

Sobre o tema Lobo ensina:

[...] em virtude da influência das ideias de conteúdo econômico e da importância da empresa como organismo produtor de bens e riquezas, o caráter penal e repressivo da falência e a concepção de que se deve promover a liquidação do patrimônio do falido para realizar a *pars conditio creditorum* cederam lugar ao sistema de reorganização e recuperação das empresas deficitárias, de forma a criar condições de fazê-la sair do “buraco” e voltar a exercer funções e atividades que motivaram a sua constituição.²¹

Pode-se notar que, a ideia de empresa como detentora de uma função social, como parte essencial para a economia de uma sociedade influenciou os desdobramentos da evolução do Direito Falimentar na atualidade, que passou a priorizar a preservação da atividade comercial, em detrimento da pura e simples satisfação dos credores.

Para Fazzio Junior:

Sob essa nova perspectiva, a transformação do direito concursal veio como a resposta mais racional à necessidade de estabilização do mercado. Daí por que os atuais sistemas jurídicos regentes da insolvência privilegiam o parâmetro da realização dos direitos dos credores mediante a recuperação da empresa devedora. A falência pelo seu cunho liquidatório, permanece como regramento inevitável reservado, exclusivamente, aos empreendimentos inviáveis.²²

Dessa forma, observa-se a evolução do Direito Falimentar ao longo da história. Passou de um direito draconiano, no qual os devedores não eram diferenciados entre comerciantes ou não, e respondiam rigorosa e pessoalmente por suas dívidas, para um instituto no qual se prioriza a preservação da empresa, com base na sua função social e maior interesse da sociedade.

²⁰ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

²¹ LOBO, Jorge. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. p. 32.

²² FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 593.

2.5 A Falência no Brasil

O Direito Falimentar no Brasil pode ser dividido em duas etapas. A primeira, do Brasil Colônia, em que, vinculado ao reino de Portugal, o país estava sujeito às normas e regras jurídicas da coroa portuguesa. A segunda quando, após a independência, tem autonomia para editar seus próprios normativos e leis.

2.5.1 Brasil Colônia

O Brasil, colônia de Portugal, conforme exposto anteriormente, sujeitava-se ao ordenamento jurídico português, onde, por ocasião do descobrimento, vigoravam as Ordenações Afonsinas.

Nas Ordenações Afonsinas não existia um rigor sistemático, e as regras de Direito Civil e Direito Comercial encontravam-se amalgamadas no texto. Ademais, não tratavam de forma específica da insolvência do comerciante.

Sobre o assunto aduz Almeida:

As Ordenações Afonsinas não cuidavam, de forma específica, da quebra do comerciante [...]. Disciplinavam, contudo, o concurso de credores, estabelecendo prioridade ao credor que tivesse iniciativa da execução, prevendo, outrossim, pena de prisão por inexistência de bens.²³

As referidas ordenações vigoraram até 1521, quando foram revistas por D. Manuel, que publicou as Ordenações Manuelinas. As novas normas pouco tratavam sobre a execução por dívidas, e tampouco distinguiam comerciante de não comerciante para aplicá-las.

Acerca das Ordenações Manuelinas ensina Perin Júnior:

Referidas Ordenações (Manuelinas), previam que, ocorrendo a falência, o devedor seria encarcerado até pagar o que devia aos seus credores. No entanto, levando em consideração a influência dos estatutos italianos medievais, já mencionados, poderia o devedor ceder seus bens aos credores, evitando assim sua prisão.²⁴

²³ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

²⁴ PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

As normas promulgadas por D. Manuel vigeram até D. Filipe I, de Portugal (D. Filipe II, de Espanha) promover, reforma no Código Manuelino, quando, em 1603, entraram em vigor as Ordenações Filipinas.

A nova compilação jurídica abrangia Portugal e Espanha, em razão do Reino de Castela, e, conseqüentemente, a colônia brasileira, e algumas de suas regras vigoraram no Brasil até 1916, na ocasião do advento do Código Civil Brasileiro, que revogou os últimos dispositivos das ordenações ainda em vigor.

O texto apresentou, pela primeira vez em nosso ordenamento, a quebra dos comerciantes, diferenciando claramente mercadores que caíssem “em pobreza sem culpa sua”, aos quais não eram impostas punições e poderiam eles compor-se com os credores; e os “que se levantavam com a fazenda alhea”, equiparados estes aos ladrões públicos e inabilitados, então, para o comércio, impondo-lhes penas que variavam do degredo à pena de morte.²⁵

Foi, então, com o Alvará de 13 de novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, que tivemos um marco no direito concursal brasileiro, pois o diploma, segundo Waldemar Ferreira, trouxe “um originalíssimo e autêntico processo de falência, nítida e acentuadamente mercantil, em juízo comercial, exclusivamente para comerciantes, mercadores ou homens de negócios”.²⁶

Em relação ao novo processo instituído pelo diploma cumpre observar o relato de Almeida:

Impunha-se ao falido apresentar-se à Junta do Comércio, perante a qual “jurava a verdadeira causa da falência”. Após efetuar a entrega das chaves “dos armazéns das fazendas”, declarava todos os seus bens “móveis e de raiz”, fazendo entrega, na oportunidade, do Livro Diário, no qual deveriam estar lançados todos os assentos de todas as mercadorias, com a discriminação das despesas efetuadas.

Ultimado o inventário dos bens do falido, seguir-se-ia a publicação de edital, convocando os credores.

Do produto da arrecadação, 10% eram destinados ao próprio falido para seu sustento e de sua família, repartindo-se o restante entre os credores.

Fraudulenta fosse a falência, era decretada a prisão do comerciante, seguindo-se-lhe o processamento penal.²⁷

²⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

²⁶ FERREIRA apud PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

²⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. op. cit. p.8.

2.5.2 Brasil Império e República

Apesar do advento da proclamação da independência, no Brasil ainda vigoraram as leis lusitanas até o ano de 1850, quando foi instituído o Código Comercial Brasileiro.

Referida legislação regulamentou, em sua parte terceira, “o instituto da falência, com o nome de ‘quebra’, expressão ainda utilizada na linguagem forense. Assim sendo, surgiu o Direito Falimentar em concomitância com o Direito Comercial, integrado em nosso código”.²⁸

Sobre o Código de 1850 comenta Perin Júnior:

[...]instituiu um processo falimentar, criticado por muitos, extremamente moroso e com alto grau de complexidade, que tinha fundamentalmente característica solutória, importando, via de regra, na ruína do devedor em prejuízo de seus credores. Uma série de fatores relevantes, sobretudo a excessiva atenção aos interesses dos credores, justificaram essas críticas.²⁹

Não obstante a inovação legal de criar-se um código de normas especificamente de Direito Comercial, a regulamentação falimentar não obteve grandes méritos, tornando-se inadequada às condições do comércio brasileiro.

Dessa forma, foi então derogada a parte terceira do Código Comercial pela primeira lei falimentar autônoma brasileira, o Decreto 917 de 24 de outubro de 1890, que, apesar de introduzir meios preventivos à decretação da falência, também não logrou êxito.

Ainda Perin Júnior aduz:

O Decreto n. 917/1890 sofreu uma série de críticas, em decorrência sobretudo da manutenção da característica presente no diploma revogado, qual seja, a excessiva proteção aos interesses dos credores; todavia, abriu novos horizontes, considerando o fato de que criara instituto preventivo da decretação da quebra. Tratava-se da possibilidade de o devedor promover a cessão de seus bens a terceiros, o chamado acordo preventivo, e da possibilidade de moratória no pagamento de seus débitos, a fim de proporcionar-lhe um *respiro*, capaz de sustentar sua reestruturação econômica.³⁰

²⁸ ROQUE, Sebastião. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Icone, 2005. p. 86.

²⁹ PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

³⁰ *Ibidem*, p. 14.

Valverde explica o fracasso da legislação da seguinte forma:

A convergência de numerosos fatores, emergentes da situação difícil por que atravessávamos; a mudança brusca do sistema falimentar; a facilidade que tinham os devedores de afastar a decretação da falência, pelo emprego de meios preventivos; a autonomia excessiva dos credores, e, sobretudo, o afastamento do sistema na aplicação da lei, pelo cancelamento dos princípios que a inspiraram, concorreram para o descrédito do Decreto n. 917.³¹

Logo, devido à pressão exercida pelos comerciantes com o descontentamento das regras em vigor, nova reforma ocorreu em 1902, com o surgimento da Lei n. 859 de 16 de agosto de 1902, que, também malogrou em seu propósito, tendo sido alvo de diversas críticas. Dentre elas a nomeação de um síndico, pelos juízes, quando decretada a quebra.

A nomeação ocorria de acordo com uma lista de nomes organizada livremente pelas Juntas Comerciais, e “passou a ser alvo de chacotas, em vista de ter previsto uma relação de 40 comerciantes [...], logo os componentes dessa relação passaram a ser chamados de 40 ladrões e o síndico de Ali-Babá”.³²

Diante de mais um fiasco, coube ao governo edição de mais um ordenamento, introduzido pelo Decreto n. 4.855, de 02 de junho de 1903, que regulamentava a Lei 859, e, segundo Negrão, veio a receber nova avalanche de censuras.³³

Dessa forma, devido ao insucesso de mais uma regulamentação, em 17 de dezembro de 1908, foi promulgada a Lei n. 2.024, aprovada pelo parecer de Carvalho de Mendonça. Considerada uma lei evoluída e fundamental para o desenvolvimento do Direito Falimentar Brasileiro, eliminou a concordata amigável, fonte de chantagens e fraudes e elaborou extensa série de crimes falimentares.

Segundo Perin Junior:

Essa lei determinava a verificação dos créditos com a respectiva habilitação e sua classificação de acordo com o princípio da *par conditio creditorum*, o que contribuiu, em certa medida, para a diminuição das fraudes. Contudo, embora tenha sido um marco no aperfeiçoamento do direito falimentar brasileiro, também não atingiu o esperado, frustrando a maioria dos operadores do direito, que consideravam um dos motivos de seu insucesso

³¹ VALVERDE apud NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresas: Recuperação de empresas e falência*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2014. v. 3. p. 48.

³² ROQUE, Sebastião. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Icone, 2005. p. 86.

³³ NEGRÃO, Ricardo. op. cit. p. 48.

a fragilidade do Judiciário na condução dos processos, em decorrência da falta de energia e da exacerbada ilustração de seus magistrados.³⁴

Daí, portanto, após 21 anos de vigência a Lei 2.024/1908 foi reformulada pelo Decreto n. 5.746, que entrou em vigor em 09 de dezembro de 1929, e foi profundamente influenciado pela legislação anterior, introduzindo-lhe poucas alterações.

Em decorrência da evolução natural do direito com o passar do tempo, em 1943, novo projeto de lei foi encomendado e publicado por uma comissão de juristas, tendo como corolário o Decreto-Lei n. 7.661 de 21 de junho de 1945, que vigorou por cerca de 60 anos.

Durante esse mais de meio século que se passou, e com diversas constituições e leis que se sobrepunham ao referido decreto, era natural que a legislação se tornasse ultrapassada, “necessitando de reformas estruturais, decorrentes de seu próprio anacronismo, devendo ser atualizada no tocante à reorganização econômica da empresa e à sua manutenção no meio social”.³⁵

Em razão da evidente necessidade de inovação na legislação, o Ministério da Justiça constituiu comissão de estudos para análise da situação.

Nas palavras de Sebastião Roque:

Tendo se tornado obsoleto e causador de sérios desajustes, foi o Decreto-Lei 7.661/45 por demais criticado e, ante a luta pela reformulação do Direito Falimentar no Brasil, o Ministério da Justiça nomeou uma comissão de estudos, formada por representantes de vários órgãos públicos e entidades de classe.

[...]

Quase um ano depois, em 27/03/1992, o Diário Oficial publicou o anteprojeto de lei sobre falências e concordatas, submetendo-o a críticas e sugestões pelo prazo de 30 dias.³⁶

Ainda segundo Sebastião Roque, o texto apresentado na ocasião foi alvo de diversas críticas, o que criou polêmica virulenta, a tal ponto que o Governo Federal houve por bem retirar o anteprojeto, apresentando nova proposta pouco mais de um

³⁴ PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

³⁵ *Ibidem*, p.17.

³⁶ ROQUE, Sebastião. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Icone, 2005. p. 87.

ano depois, elaborada por outra comissão, baseada na anterior, mas bem mais simplificada e enxugada.³⁷

Depois de muito debate e de sofrer diversas alterações por emendas apresentadas, o texto foi aprovado nas duas casas legislativas sendo sancionado como a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

³⁷ ROQUE, Sebastião. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Icone, 2005. p. 87.

3 O ATUAL INSTITUTO DE FALÊNCIA E O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

3.1 A necessidade de mudança

Ao longo da história, da evolução da sociedade e da economia, e em função dos múltiplos interesses defendidos em uma legislação falimentar, estava claro que a norma vigente anteriormente em nosso país “encontrava-se desatualizada e distante da realidade econômica da nação. A defasagem legislativa vinha exigindo dos operadores da ciência jurídica postura flexível como forma de contornar os entraves e amarras previstas na lei revogada”.³⁸

A legislação brasileira, dessa forma, não acompanhava as transformações da economia e da sociedade, deixando obsoleta a regulamentação falimentar. Ademais, com a postura flexível adotada pelos operadores do direito para que se pudessem analisar os casos concretos não abarcados pelas regras então vigentes, não se podia garantir uma boa segurança jurídica.

As normas aplicáveis às empresas que se encontravam em situação de crise não previam opções para a recuperação da atividade empresarial, e os empresários que se encontravam em tal condição não eram bem estimados pelos outros atores desses episódios. Conforme expõe Bezerra Filho:

A falência e também a concordata na forma como se encontravam estruturadas no Dec.-lei 7.661/1945, não ofereciam possibilidade de solução no sentido de propiciarem ao então comerciante, hoje empresário ou sociedade empresária, em situação de crise, a possibilidade de se recuperar. O falido nunca foi bem visto pelos demais circunstantes, seja pelos credores, seja pelo próprio Judiciário. Não teria ainda desaparecido o substrato que deu origem à expressão *fallit sunt fraudatores*, permanecendo vivo o espírito do verbo latino *fallere*, significando *inganare, mancare alla promessa, alla parola, alla fede, cadere*, ou seja, enganar, faltar com a promessa, com a palavra, com a fé, cair. Urgia assim procurar um ‘pronto-socorro’ para empresas em situação pré-falimentar, para que se lhes oferecesse possibilidade de recuperação. A manutenção da atividade empresarial guarda interesse social acentuado, como polo produtivo da economia. Era fundamental que fosse entranhada no pensamento jurídico a ideia de ‘personalização’ da empresa, no sentido de sua institucionalização.³⁹

³⁸ GUERRA, Luiz. *Falências e recuperação de empresas: Crise econômico-financeira*. Brasília: Guerra, 2011. v. 2. p. 43.

³⁹ BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

Sendo este o cenário jurídico para empresas com dificuldades econômico-financeiras, a consciência jurídica nacional, a classe comercial e a sociedade como um todo clamavam por alterações legais que versassem sobre o tema, a fim de que se ampliassem as possibilidades para as sociedades empresárias que atravessassem tais dificuldades.

Afirma Guerra que:

[...] a partir da década de 80 se iniciou, no Brasil, ainda que de forma esparsa e lenta, movimento acadêmico visando alteração do revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945, porquanto a concordata não mais atendia aos anseios da classe empresarial, e a falência, então como posta na lei, também, a sua administração apresentava-se inviável, sem perspectiva de otimização dos bens e recursos arrecadados, e clara demonstração de impossibilidade material de pagamento aos credores.⁴⁰

Nota-se que a concordata e a falência já não satisfaziam as necessidades da sociedade, acarretando em uma insatisfação geral com a legislação falimentar que encontrava-se em vigor. Mostrava-se, então, imprescindível a edição de nova regulamentação sobre o assunto, com regras que atendessem os anseios de toda a classe comercial e da sociedade brasileira.

Dessa forma, considerando a evolução da economia e das relações de comércio, e com o objetivo de minimizar os efeitos danosos para a sociedade, era indispensável que se atentasse para o papel da empresa, seu objetivo público, mesmo que esta estivesse enfrentando um momento de dificuldade econômico-financeira.

Segundo os ensinamentos de Mamede:

[...] não se pode jamais descurar do papel desempenhado pela empresa na sociedade, ou seja, sua função social. A empresa é bem jurídico cuja proteção se justifica não apenas em função dos interesses de seus sócios, mas de seus empregados, fornecedores, consumidores, investidores, do próprio Estado, enfim, da sociedade que, mesmo indiretamente, se beneficia de suas atividades. Essas particularidades justificam a previsão, inclusive, de um regime alternativo à falência [...]⁴¹

A empresa agora é vista de forma mais ampla, e sua insolvência não abrange mais apenas o binômio devedor/credor, mais sim toda a economia, pois sua existência é interessante para o desenvolvimento econômico do país, uma vez que

⁴⁰ GUERRA, Luiz. *Falências e recuperação de empresas: Crise econômico-financeira*. Brasília: Guerra, 2011. v. 2. p. 42.

⁴¹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e recuperação de empresas*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4. p. 8.

sua atividade é geradora de empregos e tributos, por exemplo. Diante deste novo cenário tornou-se a empresa também responsável pela estabilidade socioeconômica do país.

Dessa forma, fica evidente o interesse da manutenção da atividade empresarial para toda a sociedade, e, como consequência, a necessidade de nova regulamentação sobre o assunto, para que esta tenha o condão de acompanhar a evolução da sociedade, da economia e do mercado.

Marlon Tomazette, sobre a importância da edição de normas específicas aduz:

Essas dificuldades, naturais no exercício da empresa, podem acabar culminando em crise dos mais diversos tipos, que podem vir de fatores alheios ao empresário (sujeito que exerce a empresa), mas também pode advir de características intrínsecas a sua atuação. Elas podem significar uma deterioração das condições econômicas da atividade, bem como uma dificuldade de ordem financeira para seu prosseguimento.

As consequências que tais crises possam ter nos interesses do empresário, dos empregados, do fisco, da comunidade e dos credores, geram um certo grau de preocupação ensejando, inclusive a existência de normas específicas sobre a empresa em crise.⁴²

Sob este prisma e considerando o cenário empresarial contemporâneo pôde-se efetuar a, há tempos desejada, alteração no instituto de falência, e introduzir a inovação do processo de recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 A inovação apresentada

Todas as deficiências apontadas na legislação anterior, e a comprovação da necessidade de inovação no texto legal a fim de acompanhar as evoluções demonstradas, culminaram na criação de um novo instituto não abrangido pela legislação anterior, com escopo de viabilizar às sociedades empresárias em dificuldades, e com condições de se reerguer, a manutenção de sua atividade econômica. Sob este enfoque, criou-se o instituto da Recuperação Judicial de Empresas.

⁴² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 1.

Sobre as deficiências mencionadas ensina Perin Junior:

Daí surge a pertinência da introdução no nosso ordenamento jurídico, com caráter sistemático e coerente, de um direito pré-falimentar, intencionalizado à recuperação da empresa e à adequada proteção dos credores; com isso, obviamente, haverá a tutela dos interesses dos trabalhadores.

Resta, pois, a falência para as empresas com situação econômico-financeira irremediável, deixando o processo de recuperação reservado a todas quantas se encontrem em condições de sobrelevação da crise.⁴³

Segundo o autor, deve-se conceder, então, a possibilidade de recuperação à empresa sempre que esta apresentar-se viável, e decretar a falência apenas àquelas em situação irremediável, ou seja, sem condição de manter sua atividade.

Dessa forma, a inovação apresenta pela legislação oferece uma oportunidade antes não concedida às empresas em crise, a chance de, provando ser capaz, se reerguer e manter sua atividade. Pode-se notar, então, que o novo instituto apresentado pela legislação demonstra elevada preocupação com o mercado e a economia, uma vez que avalia o maior interesse desses na manutenção ou encerramento da atividade empresarial.

A recuperação judicial é favorável sempre que uma empresa demonstra ser possível sua manutenção, e para se indicar a relevância dessa manutenção deve-se observar o impacto dessa atividade empresarial na sociedade. Deve-se, portanto, analisar a importância social da empresa na concessão da recuperação judicial.

Observa-se, então, que é necessário se ter uma visão mais ampla da condição na qual se encontra a empresa com dificuldade, pois sua situação pode não ser prejudicial apenas para si, mas também para agentes ligados direta ou indiretamente a ela.

Para Marlon Tomazette:

Analisar a importância social significa verificar a importância que aquela atividade possui na economia local, regional ou nacional. A ideia é que, quanto mais relevante for a empresa, mais importante será buscar a superação da crise e a manutenção da atividade. O maior número de interesses circundando a empresa justifica maiores esforços na busca da recuperação, pois o encerramento de uma empresa socialmente importante gera muitos ônus.⁴⁴

⁴³ PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

⁴⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 45.

Parece claro que, quanto mais importante for a empresa para a sociedade, mais se justifica a intenção de mantê-la em atividade, uma vez que, dada a sua relevância, o encerramento de suas atividades será mais prejudicial e alcançará um número maior de afetados.

A visão holística da dificuldade enfrentada por empresas nessas condições leva a uma compreensão da extensão que os danos causados como consequência dessa situação teriam capacidade de gerar, interferindo, inclusive, em diversos setores do mercado e da economia. Logo, é de interesse comum que o Estado regule a condução de um possível reerguimento dessas empresas, a fim de que se possa garantir uma certa segurança para os atores abarcados pela situação.

Conforme aduz Giovanna Luz Podcameni :

Em um ambiente econômico de incertezas em que as empresas têm chances de êxito, mas, também de insucesso, na competição em mercados, as estratégias contratuais e o modus operandi dos agentes variam de acordo com as sinalizações e os estímulos concedidos pela regulamentação legal. Essa é uma forma de reduzir as incertezas e proteger dos riscos, dos quais se destaca o inadimplemento no cumprimento das obrigações, seja por falta de liquidez momentânea, seja pela impossibilidade dos ativos gerarem renda.⁴⁵

Dessa forma, mostrou-se adequada a edição de normativo para regulamentação de empresas que se apresentavam em situação de dificuldade, oferecendo, então, a todos os agentes envolvidos maior segurança em suas negociações com sociedades empresárias.

3.2.1 Necessidade da recuperação x Decretação da falência

Normalmente, quando uma empresa ainda nutre características interessantes para investidores, mesmo apresentando dificuldades econômico-financeiras, ela ainda consegue no próprio mercado meios de investir e superar a crise.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Se as estruturas do livre mercado estão, em termo gerais, funcionando de modo adequado, as empresas em crise tendem a recuperar-se por iniciativa

⁴⁵ PODCAMENI, Giovanna Luz. A trava bancária na recuperação judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 66, p. 158-186, set./dez. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista66/revista66_sumario.htm> Acesso em: 06 jun. 2015. p. 158

de empreendedores ou investidores, que identificam nelas apesar do estado crítico, uma alternativa de investimento atraente.⁴⁶

O autor ainda afirma que, nesse caso, “a recuperação da empresa foi fruto do normal funcionamento das forças do livre mercado. Isso se costuma chamar de ‘solução de mercado’”⁴⁷.

Porém, conforme é sabido, o mercado tem seus interesses e eles nem sempre vão ao encontro dos interesses da sociedade como um todo, não sendo possível em todas as situações obter-se a “solução de mercado” mencionada.

Conforme já visto, a manutenção da atividade comercial geralmente é benéfica não apenas para a empresa que se mantém ativa, mas também para toda a economia local, regional ou até nacional, e também para os trabalhadores, para os consumidores e para o Estado. Por isso, quando o sistema econômico, essas estruturas do livre mercado, não agem da forma esperada para que a boa situação da empresa se restaure, é necessário que o Estado intervenha para zelar por esses interesses que gravitam em torno da atividade empresarial.⁴⁸

A manutenção da empresa é de interesse de toda a coletividade, fato que justifica a intervenção estatal para que tal manutenção seja alcançada.

Conforme os ensinamentos de Pacheco:

Apresenta-se, pois, a empresa como geratriz de utilidades, um dínamo rotativo de energias variadas, absorvidas dos respectivos mercados, para a produção de bens e serviços em benefício do mercado consumidor, condicionando, desse modo, o desenvolvimento local, regional ou nacional. Se, eventualmente, um empresário ou sociedade empresária entra em crise, com a momentânea alteração do curso de seus negócios, trazendo-lhe problemas de natureza econômica, financeira ou técnica, é razoável que a ordem jurídica lhe proporcione anteparos, visando não apenas sua estrutura jurídica ou econômica, nem apenas o binômio credor - devedor, mas, sobretudo, a sua função social. É, felizmente, o que tem por escopo a nova Lei nº11.101, de 2005, ao instituir o novo instituto da recuperação judicial...⁴⁹

Está claro o interesse da lei em manter em funcionamento a empresa que apresentar um bom plano de superação da crise e demonstrar ter condições de

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 116.

⁴⁷ Ibidem, p. 116.

⁴⁸ Ibidem, p. 117.

⁴⁹ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p. 143.

permanecer em atividade. Porém, há de se distinguir uma empresa passível de recuperação de uma empresa sem condições de se recuperar, pois, conceder a recuperação para uma sociedade empresária que já não é viável seria um mal para a sociedade.

Para Fábio Ulhoa Coelho:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas, ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da 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 prejudiquem.⁵⁰

É certo que a referida lei surgiu com intuito de preservar a atividade empresarial quando há provas, através da apresentação do plano de recuperação, de que esta é recuperável, ao passo que pretende que sejam encerradas as atividades daquelas empresas cuja manutenção não se apresenta viável, observando, sempre, o maior interesse da coletividade.

Sobre o aspecto social da crise enfrentada pela empresa, leciona Perin Júnior que:

...a empresa em crise econômico-financeira, em particular aquelas de pequeno porte, tendem a sofrer acentuada diminuição no mercado, podendo ocasionar uma crise de proporções ainda maiores, afetando diretamente o aspecto social.

No entanto, não podemos deixar de concordar que ocorrerá a manutenção somente de empresas mais eficientes economicamente, e, em razão disso, com capacidade inovativa maior ou que pelo menos tenham compreendido quais são os mecanismos de proteção aos riscos.

Nessa medida, esse acaba sendo um processo natural de seleção, no qual o resultado é um melhoramento dos níveis médios de eficiência que pode gerar o estímulo à busca de inovações tecnológicas. A bem da verdade, isso significa endereçar, de forma sustentável, recursos disponíveis, muitas vezes escassos, a fim de proporcionar uma maximização de resultados.⁵¹

Aduz ainda:

Dessas premissas derivam algumas importantes consequências. Se é certo que a razão social possui enorme relevância na manutenção de empresas sanáveis, não é menos certo que a política indiscriminada de proteção e defesa a todo custo das empresas em crise econômico-financeira, para

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.115-116.

⁵¹ PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123.

superá-la e preservar os postos de trabalho, é uma ilusão. O alto custo de similares intervenções pode revelar-se totalmente despropositado se comparado às vantagens efetivamente obtidas.

Em realidade, deve-se observar atentamente e valorar os riscos caso a caso, para verificar a conveniência ou não de uma intervenção de fato na empresa em crise. Isso porque alguns intervenções equivocadas de “salvamento” da empresa em crise, ineficiente e obsoleta, podem gerar custos sociais ainda maiores e desproporcionais, que significarão a manutenção das condições de dificuldade econômico-financeira dessa empresa.

Desse modo, tais intervenções, na inútil esperança de recuperar empresas de fato condenadas, podem, por via oblíqua, acabar colocando em risco e contaminar empresas saudáveis, com vitalidade suficiente para competir no mercado.⁵²

Diante da explicação do doutrinador nota-se que esse processo de avaliação sobre a real possibilidade de reerguimento da empresa proporciona ao mercado seu fortalecimento, uma vez que dá oportunidade às empresas com maiores níveis de eficiência de se manterem ativas, elevando o nível médio do mercado.

Fica clara, ainda, a necessidade de se avaliar a real possibilidade de reerguimento da empresa em crise que pleiteia a recuperação judicial, sob pena de, caso seja concedida a uma empresa que não tenha chance efetiva de sucesso, a concessão da recuperação poderá prejudicar empresas saudáveis em atividade, o mercado como um todo e, conseqüentemente, toda a sociedade.

3.2.2 A viabilidade da empresa em crise

Mostra-se, então, primordial que se prove a eficácia do plano de restabelecimento da empresa em crise, a fim de que se conceda a recuperação judicial, tendo como decorrência da não comprovação a decretação da falência. Por consequência, para a efetiva concessão do benefício deve ser realizado um exame de viabilidade.

Ensina Marlon Tomazette que:

A recuperação judicial só pode ser usada para empresas viáveis, uma vez que seu uso para empresas inviáveis subverteria a ordem normal das coisas, passando aos credores o risco da atividade. A viabilidade significa que a recuperação será capaz de restabelecer o curso normal das coisas, retornando o risco da atividade ao seu titular. Se mesmo com a recuperação não for possível restabelecer essa normalidade, fica claro que a empresa não se mostra mais viável, devendo ser promovida sua liquidação. Portanto

⁵² PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123-124.

a viabilidade deve ser demonstrada no processo para que se possa conceder a recuperação judicial.⁵³

Nota-se que o autor esclarece que durante o processo a viabilidade deve ser comprovada com o propósito de permitir o privilégio de uma recuperação judicial, ou seja, sem que se prove que a empresa é viável, não se concede a recuperação pretendida.

Acerca da análise da viabilidade leciona Márcio Luiz Aguiar:

Basicamente, tem-se noção da viabilidade de uma empresa pela mensuração dos custos sociais de sua recuperação. Assim, uma empresa é viável quando sua recuperação não exige mais sacrifícios por parte dos envolvidos no processo do que demandaria a liquidação.

Em rigor, a viabilidade de uma empresa em crise deve ser mensurada na realidade de mercado, pois é em seu bojo e de acordo com as suas leis que a atividade econômica mantida e recuperada operará.⁵⁴

Diante do exposto, resta clara a necessidade de, antes de concedida a recuperação, ser feita análise pormenorizada dos fatos que levaram a empresa à tal situação de crise e dos argumentos que legitimam a outorga do benefício de se ter outra chance para tentar continuar atuando no mercado. No entanto, não são esses os únicos aspectos a serem verificados na aferição da viabilidade da empresa. Fábio Ulhoa Coelho indica fatores para que tal viabilidade seja apurada.

Segundo o autor, para se verificar se a empresa é viável ou não, deve-se considerar os seguintes vetores: (1) importância social, onde se apura se é de interesse da economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize; (2) mão de obra e tecnologia empregadas, neste caso deve-se ponderar entre os ônus dos ajustes que podem ser necessários decorrentes de demissões ou contratações de pessoal e necessidade de atualização tecnológica e o ônus do encerramento da atividade; (3) volume do ativo e passivo, ao serem comparados não podem apresentar grande discrepância, pois demonstraria uma menor viabilidade da empresa; (4) tempo da empresa, demonstra se a empresa teve capacidade de se manter ativa por algum tempo, quanto mais tempo tiver conseguido, melhor para avaliar sua viabilidade; e, por último, (5) porte econômico,

⁵³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 45.

⁵⁴ AGUIAR, Márcio Luiz. *Empresa: recuperação e liquidação na nova lei de falência*. Florianópolis: Habitus, 2006. p. 119.

quanto maior o porte da empresa, mais danos ela será capaz de gerar na sociedade em decorrência de sua extinção.⁵⁵

Para Fazzio Júnior, a relação entre esses fatores é de complementaridade, ou seja, “de nada adianta demonstrar a relevância socioeconômica regional da atividade do devedor, se o descompasso entre ativo e passivo, bem como o diminuto faturamento anual, deixam entrever a inviabilidade da empresa”⁵⁶, por exemplo.

Sobre a importância social da empresa afirma Fábio Ulhoa Coelho que:

[...] o exame da viabilidade deve compatibilizar necessariamente dois aspectos da questão: não pode ignorar nem as condições econômicas a partir das quais é possível programar-se o reerguimento do negócio, nem a relevância que a empresa tem para a economia local, regional ou nacional. Assim, para merecer a recuperação judicial, o empresário ou sociedade empresária deve reunir dois atributos: ter potencial econômico para reerguer-se e importância social.

[...]

É necessário seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade; em outros termos, que valha a pena para a sociedade brasileira arcar com os ônus associados a qualquer medida de recuperação de empresa não derivada da solução de mercado.⁵⁷

Certo é que a importância social da empresa é fator essencial a ser analisado para que se conceda o benefício da recuperação, e, quanto mais importante for a empresa, maior a relevância de sua manutenção para a sociedade. Essa importância social, como já visto decorre das alterações que o encerramento da atividade empresária geraria no mercado, na economia e na sociedade como um todo.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127-129.

⁵⁶ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 128.

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit. p. 127.

4 PRINCÍPIOS DA NOVA LEGISLAÇÃO

4.1 Os princípios regentes

Com a deficiência da antiga lei e as atuais necessidades da sociedade e da economia, a norma editada em 2005 mostrou-se atenta ao novo cenário, inovando em trazer o instituto da Recuperação Judicial. A nova legislação, como qualquer outra, contempla e aponta princípios que traduzem a verdadeira *mens legis* e devem ser observados na sua aplicação e interpretação.

Não se pode, portanto, analisar a legislação com base na letra fria da lei, com atenção exclusiva ao texto, o intérprete deve ampliar sua compreensão e identificar os elementos que compõem todo o presente cenário, deve ainda levar em consideração a intenção do legislador e os princípios basilares para a interpretação dos dispositivos legais.

A Constituição Federal de 1988 apresenta em seu artigo 1º os fundamentos da República, bem como garante a todos, em seu artigo 5º, uma série de direitos fundamentais, que são norteadores para todas as normas editadas posteriormente à sua promulgação. Traz ainda, ao longo do artigo 170, a fundamentação e os princípios norteadores da ordem econômica nacional.

Sobre a observância dos preceitos ditados pela ordem econômica aduz José da Silva Pacheco:

A ordem econômica e financeira, em nosso país, vincula-se a Constituição Federal, que lhe estabelece os princípios gerais. Fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem a ordem econômica por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente, da busca do pleno emprego e da redução das desigualdades regionais e sociais.⁵⁸

Sendo a legislação falimentar uma norma infraconstitucional, não poderia ela deixar de empregar na sua formulação os princípios apresentados na Carta Magna como norteadores de qualquer regramento a ela inferior. Dessa forma, segue a lei de falência e recuperação os nortes acima mencionados e orientados pela Lei Maior.

⁵⁸ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 145.

Uma empresa em funcionamento interfere de diversas formas no mercado e na economia, e sua atividade envolve esforços de um grande número de pessoas. Dessa forma, é evidente que a edição da norma legal que trata da recuperação ou encerramento da empresa em crise se baseie em princípios apresentados nos artigos constitucionais acima mencionados, pois a decisão pela manutenção da empresa viável, ou encerramento da não viável, envolve a economia e muitas pessoas, de diversas formas diferentes, mas todas com direitos e garantias a serem observados.

De acordo com lição de Marlon Tomazette:

Para atingir os seus objetivos e incentivar a adoção das estratégias pelos grupos de interesse, a recuperação judicial deve observância a uma série de princípios, que deverão pautar a interpretação da Lei nº 11.101/2005, bem como a própria atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação.⁵⁹

Esses princípios norteadores da legislação servem de base para a atuação do Judiciário, e devem os operadores do direito sempre respeitá-los durante sua atuação em processos que envolvam empresas em crise. Porém não cabe só a esses operadores a devida observância aos princípios, mas cabe sim a todos os envolvidos, pois estes também terão voz no processo, e devem ter em mente que a manutenção ou o encerramento da atividade empresarial afetará não só os envolvidos, mas toda a sociedade.

A doutrina enumera uma diversidade de princípios norteadores da recuperação judicial. Para este trabalho serão estudados os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da empresa e da preservação da empresa.

4.2 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é introduzida no ordenamento jurídico nacional a partir da Constituição Federal de 1988, e apresenta-se como fundamento da República Federativa do Brasil.

⁵⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 48-49.

Segundo Tavares:

Como se sabe, a opção constitucional brasileira, quanto à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º. Parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja, como bem anota Jorge Miranda “fundamento e fim da sociedade”, porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de Ataliba Nogueira é “um meio e não um fim”, e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem.⁶⁰

Como fundamento da República a dignidade da pessoa humana adquire proteção de forma incontestável, devendo, em função desse princípio, se orientarem sempre o legislador na edição de normas de qualquer espécie, e o operador do direito quando da sua atuação. Por ter sido apresentado como fundamento da República esse princípio não carece de expressa referência no texto legal para que seja observado.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode tratar as pessoas como objetos, que podem ser manipulados para se atingir um objetivo particular; ou de forma degradante por ser mais benéfico para um indivíduo ou pequeno grupo.

Conforme lição de Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk:

Como qualidade humana, conforme exposto, a dignidade da pessoa, embora não prescindida de seu reconhecimento como valor intrínseco, que veda a reificação da pessoa, deve ser entendida na concretude da alteridade forjada e desenvolvida nos vínculos sociais e na inserção ambiental de cada indivíduo.

Já na perspectiva jurídica, a dignidade se expressa como norma. Trata-se de norma que reconhece, como antecedente, a dignidade como qualidade humana, O que exclui a pretensão de se admitir a expressão normativa como condição prévia para a proteção jurídica a ser oferecida à dignidade. Em outras palavras, a proteção da dignidade da pessoa humana não depende, necessariamente, de sua expressa menção no texto constitucional.⁶¹

Para o autor a pessoa não pode ser tratada como um meio, mas sempre como um fim em si mesma, e também afirma que “se as coisas têm um preço, as pessoas têm dignidade”.⁶²

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 436.

⁶¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172.

⁶² *Ibidem*, p. 170.

Logo, o instituto de recuperação judicial de empresas não poderia deixar de respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este se mostrou como finalidade do Estado, ou seja, o Estado existe, entre outras coisas, para garantir a dignidade das pessoas. Dessa forma, a norma não necessita trazer de forma expressa tal princípio para que seja respeitado, é inerente a qualquer tipo de regulamentação que se observe a dignidade da pessoa em sua aplicação.

No processo que envolve uma empresa em crise econômico-financeira é mister avaliar se essa dignidade está sendo preservada quando da concessão da recuperação ou da decretação da falência, pois qualquer decisão só se legitima nas ocasiões em que se resguarda tal princípio.

Para Marlon Tomazette:

A Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos fundamentos da república a dignidade da pessoa humana, assegurando a esta um valor fundamental dentro do ordenamento constitucional. Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada inclusive nos processos de recuperação judicial. A preservação da empresa só se justificará na medida em que se atenda à dignidade da pessoa humana. Só nessas situações será justificável a preservação da empresa.⁶³

Segundo o doutrinador exemplo claro de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na legislação falimentar é a limitação do tempo de pagamento dos créditos trabalhistas.⁶⁴

Diante do exposto, depreende-se que na aplicação de qualquer regra legal deve-se respeitar, sempre, a dignidade da pessoa humana.

4.3 A função social da empresa

Conforme já estudado neste trabalho, a antiga lei de falências se preocupava principalmente com a satisfação dos credores, já as novidades trazidas pelo legislador na criação da nova lei ampliaram o principal cerne desta, incluindo em suas possibilidades a recuperação da empresa em situação de crise.

De acordo com o art. 47 da Lei 11.101/05, “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do

⁶³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3.p. 54.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 54.

devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”.

Nota-se que o antigo foco principal, o credor, apresenta-se agora em último lugar na lista apresentada pela legislação, que pretende manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores, e, por fim, atender aos interesses dos credores.

Sobre esses interesses ensina Gladston Mamede:

De outra face, o artigo 47 expressamente lista como finalidades da recuperação da empresa a manutenção (1) da fonte produtora, (2) do emprego dos trabalhadores, (3) dos interesses dos credores. (...) O primeiro fim visado foi a preservação da fonte produtora, isto é, da empresa. A preservação dos empregos dos trabalhadores, assim como a atenção aos interesses dos credores, compreendem-se como grandezas de segunda e terceira ordem, respectivamente. Aliás, não poderia haver preservação de postos de trabalho se a fonte produtora (a empresa) não fosse preservada.⁶⁵

Devido à importância da atividade empresária para a sociedade e conforme acima mencionado, apresenta o texto legal, disposição de três referências a serem seguidas durante o processo de recuperação, dispostas em ordem de grandeza e prioridade.

Corroborando com tal posicionamento Bezerra Filho, que, nesse sentido, explica:

[...] a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades nas finalidades que diz perseguir, colocando com primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá a possibilidade de manter também o emprego dos trabalhadores. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer o ‘interesse dos credores’. Esta é a ordem de prioridade que a Lei estabeleceu.⁶⁶

A intenção da legislação é a de preservar a atividade empresarial e incentivar o desenvolvimento econômico, resguardando os direitos dos credores, ou seja, busca-se um equilíbrio entre os direitos destes e os direitos dos devedores, possibilitando que tratem conjuntamente uma solução para a crise.

Essa tentativa legal de encontrar um denominador comum a todos os interessados em um processo de recuperação judicial advém da obediência ao

⁶⁵ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4. p. 119.

⁶⁶ BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140.

princípio da função social da empresa, pois, a função social deve atender ao interesse da coletividade.

De acordo com Vera Helena de Mello Franco:

O *nomen* “função” encerra a conotação de um dever de agir no interesse de outrem que não no daquele a quem se atribui a função, o qualitativo social é suficiente para indicar o sujeito passivo, no interesse de quem se deve atuar a companhia, isto é, a coletividade.⁶⁷

A função social da empresa está diretamente ligada ao interesse da coletividade. A atuação da sociedade empresária ou do empresário não pode se basear apenas em vantagens particulares, na conveniência para poucos, mas deve sim respeitar sua função social, agindo no interesse de outrem.

Marlon Tomazette explica que “pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito de seu titular, isto é, ela tem uma função maior”⁶⁸.

A função maior da empresa envolve diversos atributos de sua atividade, como exemplo a sua interferência no mercado e na economia; ou o fato de ser criadora de empregos, uma fonte de trabalho para a sociedade; além, é claro, de ser uma fonte geradora de tributos.

Dessa forma, nota-se que a intenção da legislação passa a ser a de proteger o interesse coletivo, e não apenas os direitos dos credores envolvidos em um processo onde seu devedor encontra-se em crise econômico-financeira.

Para, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro:

O foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e se 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 o do crescimento econômico do País. O princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica figuram como cânones interpretativos expressamente previstos no texto legal (art. 47), tornando-se imperativa a manutenção do agregado empresarial sempre que possível e viável ao bom funcionamento do mercado.⁶⁹

⁶⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 96, p. 125-135, mar. 2008. p. 131.

⁶⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 50.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 471.

Nesse sentido, explicam Eliza Schiavon e Alexandra Marilac Belnoski, “que o escopo da LRF não visa o benefício apenas dos credores ou devedor, mas a solução conjunta dos interessados, por meio da recuperação empresarial”⁷⁰. Ou seja, segundo a Lei de Recuperação e Falências, a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A função social da empresa, de que trata a lei, está ligada à ideia de que essa empresa tem um dever com toda a coletividade, ela não pode funcionar apenas com interesses particulares, sua existência está vinculada à função que lhe cabe socialmente, ou seja, sua atuação deve atender interesses coletivos acima de seus interesses próprios.

Para Carlos Eduardo Quadro Domingos:

A função social representa intrinsecamente o papel do empresário ou da sociedade empresária dentro da esfera social de um país, pois cria e faz circular emprego e renda, gera riquezas e influencia diretamente na vida cultural, social e econômica da nação.⁷¹

Portanto, tem a sociedade empresária seu papel no mercado e na economia, influenciando em diversos aspectos a sociedade que a envolve, seja em nível nacional, regional ou local, e, de qualquer forma, sua atividade está vinculada a uma finalidade, que deve, sempre, atender aos objetivos coletivos.

Sobre a aplicação do princípio da função social da empresa ensina Marlon Tomazette:

Na recuperação judicial, tal princípio servirá de base para a tomada de decisões e para a interpretação da vontade dos credores e do devedor. Em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial deve-se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercer muito bem a sua função social, há uma justificativa para mais esforços no sentido da sua recuperação.⁷²

⁷⁰ SCHIAVON, Eliza; BELNOSKI, Alexandra Marilac. Os créditos com garantias especiais no regime de recuperação empresarial. *Percurso*. Curitiba, v. 12, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/539/421>>. Acesso em 22 mar. 2015. p. 6.

⁷¹ DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009. p. 80

⁷² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 53.

Nota-se que a observância da função social deve nortear não apenas as decisões do judiciário, mas também as tomadas de decisões de devedores e credores, isto é, a orientação de respeito ao princípio é direcionada a todos os envolvidos no processo de crise da empresa.

O envolvimento dos atores no processo é o fator que proporciona o equilíbrio do instituto, valorizando a função social da empresa e priorizando sua manutenção.

Para Eliza Schiavon e Alexandra Marilac Belnoski:

... a função social constitui fundamento central da LRF, porquanto, com a criação dos institutos de recuperação judicial e extrajudicial, é valorizada a preservação e a função social do empresário. A aplicação principiológica busca o equilíbrio entre a sociedade empresária em crise e o interesse dos credores, devendo com isso, resguardar a manutenção da atividade empresarial e incentivar o desenvolvimento econômico.⁷³

Dessa forma, é evidente que a norma que trata da recuperação e da falência das empresas em crise cobre de seus operadores a aplicação do princípio da função social da empresa tanto na avaliação da viabilidade da empresa quanto no processo de recuperação, caso seja concedido.

4.4 A preservação da empresa

A observação ao princípio da função social da empresa decorre da necessidade de garantir a melhor solução para a sociedade e é fundamento para a aplicação do princípio que, de acordo com a doutrina, apresenta-se em um plano superior aos demais princípios. É o princípio da preservação da empresa.

A preservação da empresa fundamenta-se pela observância de sua função social, ou seja, o fato de essa função requerer que a atividade empresarial ocorra no interesse coletivo, motivo pelo qual sua manutenção se justifica. Justificada a sua manutenção, tem-se o princípio basilar da recuperação, a finalidade do instituto, a preservação da empresa.

Esse princípio mostra-se como escopo principal da recuperação judicial. Demonstra a *mens legis*, o intuito de preservar a atividade comercial em detrimento

⁷³ SCHIAVON, Eliza; BELNOSKI, Alexandra Marilac. Os créditos com garantias especiais no regime de recuperação empresarial. *Percurso*. Curitiba, v. 12, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/539/421>>. Acesso em 22 mar. 2015. p. 6.

de seu encerramento, em prol do benefício coletivo. A Lei nº 11.101/05 apresenta em seu texto dispositivos que deixam clara a intenção de prevalecer a manutenção da atividade empresarial.

Segundo Carlos Eduardo Quadros Domingos:

O princípio da preservação da empresa está intimamente ligado ao próprio intento macro do legislador, ou seja, editar um regramento que vise a real possibilidade do empresário ou da sociedade empresária em dificuldade de não se deixarem cair em bancarrota sem terem uma única chance de suspirarem e acreditarem em uma legislação que os beneficiem e os ajudem.⁷⁴

A crise econômico-financeira de uma empresa, bem como o encerramento de suas atividades, geram prejuízos a toda a comunidade envolvida de acordo com seu nível de atuação. No intuito de minimizar o ônus coletivo a legislação requer um esforço dos envolvidos a fim de manter em atividade a empresa com dificuldades.

Embora a legislação demonstre esforço na manutenção da empresa viável, deve-se atentar para o fato de sua intenção ser a preservação da atividade, e não de empresários ou sócios. O intuito da norma é a proteção do maior número de interesses possíveis, colocando, sempre, o interesse da sociedade acima do interesse individual dos sócios, empresários ou credores.

Segundo Marlon Tomazette, “o individual não pode ser mais importante que o coletivo e, por isso, sempre que possível deve-se buscar a preservação da empresa”.⁷⁵

Compartilha do pensamento Fazzio Júnior, que aduz:

O objetivo econômico da preservação da empresa deve preponderar, em regra, sobre o objetivo jurídico da satisfação do título executivo, se este for considerado apenas como a realização de pretensão singular. O regime jurídico de insolvência não deve ficar preso ao maniqueísmo privado que se revela no embate entre a pretensão dos credores e o interesse do devedor. A empresa não é mero elemento de propriedade privada.⁷⁶

Afirma o autor que “a empresa não é mero elemento de propriedade privada”, logo deve prevalecer sobre o propósito da satisfação particular, seja dos credores ou dos devedores, o objetivo econômico da manutenção da atividade.

⁷⁴ DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009. p.78.

⁷⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 53.

⁷⁶ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21.

Desta feita, a mera presunção de encerramento da atividade empresarial que acarrete prejuízo para a sociedade e impeça o cumprimento do objetivo econômico da empresa merece atenção do legislador, autorizando que intervenha o Estado a fim de que seja possível salvaguardar o maior número de interesses possível.

Conforme os ensinamentos de Fazzio Júnior:

A atividade empresaria desborda dos limites estritamente singulares para alcançar dimensão socioeconômica bem mais ampla. Afeta o mercado e a sociedade, mais que a singela conotação pessoal. Daí por que urge prevenir a insolvência da empresa. Daí por que basta a presunção de insolvência para justificar a busca de uma solução jurisdicional. O interesse de agir nos processos regidos pela LRE habita na necessidade de um provimento judiciário apto a dirimir não só a crise econômico-financeira de um empresário, mas também toda a sorte de relações daí decorrentes, de modo a preservar, se possível, a unidade econômica produtiva.⁷⁷

Nota-se que pelo alcance socioeconômico que a atividade empresarial possui, podendo seu encerramento causar amplos prejuízos no mercado, na economia e na sociedade, faz-se necessária a intervenção estatal para minimizar os ônus de sua possível insolvência.

O objetivo final da legislação com todos seus princípios e fundamentos é, então, o interesse coletivo, sem dar preferência a credores, devedores, sócios ou empresário na organização de seus processos, optando, sempre que possível, pela manutenção da atividade.

⁷⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.20.

5 O CREDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

5.1 A participação dos credores no processo de recuperação

Na nova LRF cabe ao credor uma participação maior no processo de reequilíbrio da empresa, com a possibilidade da Assembleia Geral dos Credores que, conforme disposto no texto legal, tem competência para aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial; constituir o Comitê de Credores, escolher seus membros e substituí-los; manifestar-se sobre o pedido de desistência à recuperação judicial, indicar o nome do gestor judicial quando do afastamento do devedor; e manifestar-se em qualquer matéria que possa afetar o interesse dos credores.

Há na nova legislação uma especial atenção ao interesse dos credores, da sociedade e do Estado também, o que, em relação à antiga Lei de Falência, amplia os princípios e quesitos a serem observados pelo aplicador do direito durante a recuperação judicial, como visto anteriormente. Nota-se que o legislador tratou na disposição legal de conferir aos credores importante participação no processo de recuperação judicial da empresa, levando em consideração a função social desta e o estímulo à atividade econômica.

Ensina Vera Helena de Mello Franco:

...se a função social traduz-se num dever de colaboração, essa ideia de colaboração envolve aquela de conjugação de esforços. Nada mais razoável, portanto, do que a contribuição conjunta do Estado e dos particulares para a realização daqueles objetivos.⁷⁸

A recuperação judicial não obstante seja um processo judicial, não apresenta em sua formação partes opostas, isto quer dizer, não há um direito ou interesse em disputa. Sua finalidade é garantir o melhor desfecho para toda a coletividade e para isso entende que os credores devem formar um juízo coletivo.

Na lição de Gladston Mamede:

Embora haja um autor, empresário ou sociedade empresária, não há réu ou réus. Não se pede a recuperação judicial contra alguém, mas a favor da empresa. Os credores não são réus. Mais que isso, por se tratar de juízo

⁷⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 96, p. 125-135, mar. 2008. p. 135.

coletivo, há uma pluralidade de pessoas ocupando um dos polos da relação: a universalidade dos credores.⁷⁹

Os credores passam, dessa forma, a buscar um objetivo comum, qual seja, a satisfação de seus créditos, sem prejuízo ou privilégios de alguns em detrimento de outros. A legislação inovou na tentativa de fazer valer os direitos e deveres do devedor, sem prejudicar a intenção de recebimento dos credores, a ideia é que se busque a concretização de seus anseios de forma ordenada e equilibrada, com a participação de todos os interessados.

Para Luis Felipe Salomão:

A ideia que permeia todo o processo coletivo frente ao devedor em crise, é a do “concurso universal”, de tal modo que o esforço individual não se reverta em proveito próprio, de maneira predatória e afoita, mas em prol da massa de credores.

Equivale dizer que, no concurso, o objetivo é a melhor solução possível para todos os credores, evitando-se a “corrida” individual pelo crédito, o que pode ensejar, além de dispersão de recursos, privilégios odiosos para credores da mesma classe.⁸⁰

Para habilitar seu crédito na recuperação judicial o credor deve ser portador de um título líquido, que pode ser um título executivo judicial ou extrajudicial, após habilitado, deve fazer parte do processo. A participação dos credores na recuperação judicial tem início com a organização destes, ou seja, a formação da massa subjetiva, que está relacionada ao acerto dos direitos por eles titulados. O objetivo da massa subjetiva é receber o valor de seus créditos.

Como possível técnica de estratégia da recuperação judicial pode-se aplicar a teoria dos jogos que “tenta modelar as interações entre grupos de interesse, quando estes agem de forma estratégica”.⁸¹ E essa massa subjetiva torna-se um dos interessados no “jogo” da recuperação.

Em analogia à teoria dos jogos explica Machado:

O plano do jogo só terá sucesso se houver cooperação, mas é claro que cada feixe de cooperação tem interesses próprios, o que levará o

⁷⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4. p. 125.

⁸⁰ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência, teoria e prática*. Rio de Janeiro, Forense, 2012. p. 183.

⁸¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v.3. p. 47.

recuperando a elaborar um plano que atinja os pré-requisitos legais e satisfação aos jogadores essenciais.⁸²

A recuperação da empresa só logrará êxito caso exista a tentativa de solução conjunta dos interessados, como mencionado acima. Os “jogadores” devem “jogar” de forma estratégica, a fim de dirimir os conflitos e com o objetivo único, qual seja, a manutenção da atividade empresarial.

Quando decretado, então, o regime de recuperação judicial, estabelece-se a necessidade de cooperação entre os agentes envolvidos no processo, a fim de que logre êxito o plano apresentado para o reerguimento da empresa. Plano esse que deve não apenas obedecer aos parâmetros legais, mas também agradar aos credores, para que seja aprovado e executado com sucesso.

Segundo Giovanna Luz Podcameni, a LRF tem função de atender aos anseios do devedor e seus credores, coordenando o interesse de todos⁸³, e ainda sobre o tema aduz:

Diante dos dispositivos transcritos, não cabem dúvidas quanto ao fato de que a legislação falimentar atual adotou como princípio o equilíbrio entre o interesse do devedor e dos credores, concretizando este mediante a negociação coletiva do plano de recuperação.⁸⁴

Tenta a legislação equilibrar interesses de devedores e credores, fazendo com que todos atentem para os princípios norteadores, e consigam, dessa forma, encontrar a melhor solução para a sociedade.

Nas palavras de Jorge Lobo:

Para alcançar esse múltiplo escopo e para atender aos interesses das partes envolvidas e harmonizar os direitos de cada um equanimemente, ao invés do confronto entre devedor e seus credores, impõe-se a cooperação; ao invés do litígio, a conciliação; ao invés da apologia aos direitos pessoais, a luta para a realização de fins comuns; ao invés da defesa egoística e intransigente dos interesses individuais, a busca de soluções solidárias e equitativas, que causem o menor sacrifício a todos, dentro da perspectiva de que se deve priorizar a composição dos interesses conflitantes, raramente convergentes se não houver, de parte a parte, a compreensão e

⁸² MACHADO, Raphael Boechat Alves. A ilegalidade da trava bancária: uma análise frente ao problema da barganha. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*. Belo Horizonte, v. 8, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/96>>. Acesso em: 06 jun. 2015. p. 11.

⁸³ PODCAMENI, Giovanna Luz. A trava bancária na recuperação judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 66, p. 158-186, set./dez. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista66/revista66_sumario.htm> Acesso em: 06 jun. 2015. p. 161.

⁸⁴ Ibidem, p. 162.

a sensibilidade do que é absolutamente indispensável: salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, com a finalidade precípua de mantê-la empregadora de mão de obra, produtora e distribuidora de bens e de serviços, criadora de riquezas e de prosperidade, geradora de impostos e, por igual, ao mesmo tempo, respeitar os direitos dos credores.⁸⁵

Para essa manutenção e busca do reequilíbrio econômico-financeiro que pretende a Lei de Falências e Recuperação de Empresas deve-se atentar para uma série de procedimentos expostos que inclui a interferência de um administrador judicial e a participação dos credores na administração do empreendimento.

5.2 Tratamento diferenciado aos credores

Mesmo tratando a legislação da importância da preservação da empresa em razão de sua função social, o legislador entende haver a necessidade de excluir do regime de recuperação judicial alguns credores.

A possibilidade de recuperação judicial da empresa em crise sujeita a ela e a seus credores alterações nos elementos já pactuados entre si, impondo, em algumas situações, condições menos vantajosas aos credores com a finalidade de manter em atividade a fonte produtiva viável.

Por esse motivo, a legislação entendeu por bem, em seu art. 49, §4º excluir do regime de recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Conforme Fernandes:

Os contratos, portanto, não podem e não devem ser rompidos por conta da recuperação judicial e de forma unilateral, principalmente no tocante ao regime de garantias. Assim, posta em vigor a Lei n. 11.101, de 2005, o resultado final é o de tornar imune à recuperação os credores na posição de titulares de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia, com preconizado pelo seu artigo 49, § 3º, os quais, diga-se de passagem, não têm direito a voto na Assembléia-Geral de Credor – não obstante possam

⁸⁵ LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique. (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 167-189. p. 175

participar dos conclaves sem ingerência – mas , caso queiram, podem aderir ao plano de recuperação.⁸⁶

Conforme observado anteriormente, os envolvidos devem atentar a todo o cenário que envolve uma empresa que se encontra em situação de crise econômico-financeira e que necessite de um processo de recuperação judicial para que se decida pela sua concessão. Porém, esse cenário também inclui as condições para que a empresa em dificuldade, tenha acesso ao crédito. Quando em estado de crise, a empresa necessitará de crédito para se reestruturar e continuar em atividade.

Porém não são apenas as empresas em crise que buscarão auxílio financeiro. As empresas, para poderem se manter no mercado atualmente, necessitam, constantemente, de crédito, que é concedido, em regra, por instituições financeiras, e muitas vezes as empresas entregam um bem como garantia para terem acesso a condições mais benéficas na concessão desse crédito.

Em relação à necessidade de haver diferenciação no tratamento entre credores explica Giovanna Luz Podcameni:

Nessa hipótese, a lei falimentar norteia esses agentes quando da realização de negócios com as empresas, uma vez que aqueles têm uma previsão do que poderá ocorrer com seus créditos quando a empresa é levada a uma situação de insolvência. Desse modo, credores só irão cooperar com as empresas, seja no fornecimento de produtos/serviços, seja na concessão de crédito, se seus créditos estiverem protegidos por um ordenamento jurídico eficiente e justo. Caso contrário haveria uma drástica redução no financiamento e/ou um aumento na taxa de juros de concessão de crédito, pois os credores dificilmente iriam realizar transações em que seus créditos permanecessem expostos e vulneráveis perante uma situação de insolvência do devedor.⁸⁷

Esses credores da empresa em dificuldade, as instituições que lhe concedem crédito para que possam fazer acontecer sua atividade, pactuam com base em contratos que, geralmente, apresentam características especiais para que o referido crédito seja concedido em situação mais vantajosa para a sociedade empresária, por esse motivo, segundo a norma legal, não se submetem esses credores específicos ao regime da recuperação judicial.

⁸⁶ FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão Fiduciária de Títulos de Créditos em Garantia: A posição do credor judiciário na recuperação judicial da empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

⁸⁷ PODCAMENI, Giovanna Luz. A trava bancária na recuperação judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 66, p. 158-186, set./dez. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista66/revista66_sumario.htm> Acesso em: 06 jun. 2015. p. 160.

Ensina Luis Felipe Salomão que:

...em virtude da sofisticação e evolução das técnicas econômico-financeiras, cada vez mais o legislador e o intérprete do direito concursal se veem em busca de equilíbrio entre valores igualmente importantes.

Refiro-me à equação que pretende balancear os princípios em conflito, ora resguardando o potencial para a recuperação da empresa em crise, ora mantendo a igualdade de tratamento entre os credores, ou ainda fomentando e, com isso, fornecendo segurança jurídica para o crédito, sobretudo o bancário.⁸⁸

Percebe-se a importância do crédito bancário e a necessidade de promover segurança jurídica para as partes que contratam tal operação. O crédito bancário, sobretudo, deve ter tratamento diferenciado em virtude de sua influência na economia e no mercado. Esse tratamento diferenciado é chamado na doutrina de trava bancária.

Segundo Fernandes:

Não obstante a previsão de que todos os créditos existentes na data do pedido sujeitam-se à recuperação judicial, existem alguns credores que, em razão do *princípio da redução do custo do crédito* voltado para preservação das garantias, receberam tratamento diverso pelo legislador, em conformidade com o artigo 49, § 3º da Lei n. 11.101, de 2005, entre eles, o proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis.⁸⁹

Entende-se que o acesso ao crédito é de suma necessidade para que sejam dadas condições às empresas em crise a fim de que tenham a possibilidade de manutenção saudável de suas atividades. O tratamento diverso que recebem tais créditos na recuperação judicial ocorre em função do princípio da redução do custo de crédito, e em respeito ao instituto da alienação fiduciária presente no negócio jurídico.

5.3 A alienação fiduciária

Alienação fiduciária em garantia é o pacto acessório cuja finalidade é a de garantir o adimplemento de uma obrigação principal. Constitui-se em uma relação jurídica bilateral na qual são partes o fiduciário e o fiduciante.

⁸⁸ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência, teoria e prática*. Rio de Janeiro, Forense, 2012. p. 186.

⁸⁹ FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão Fiduciária de Títulos de Créditos em Garantia: A posição do credor judiciário na recuperação judicial da empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 2.

O fiduciante, configurando-se como devedor da operação principal, oferece ao fiduciário, como garantia desta operação, a propriedade de uma determinada coisa ou a titularidade de um direito. Adimplida a dívida da obrigação principal, resolve-se o negócio jurídico, retornando o bem dado em garantia para o fiduciante.

Nas palavras de Jonatas Milhomens e Geraldo Magela Alves:

[...] o devedor (fiduciante) transfere ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel e a posse indireta de coisa móvel, dada como garantia do débito, resolvendo-se a obrigação com o adimplemento, ou seja, com o pagamento da dívida garantida, que implica a devolução do bem.⁹⁰

Dessa forma, contratada a alienação fiduciária o bem transferido não integra mais o patrimônio do devedor/fiduciante uma vez que sua titularidade pertence ao credor/fiduciário, configurando-se este como proprietário e possuidor indireto da coisa até a extinção do pacto principal.

O bem, então, integra o patrimônio do credor/fiduciário em regime de afetação, o que significa dizer que este bem se destina a um fim específico, qual seja, garantir o cumprimento de uma determinada obrigação.⁹¹

Esse contrato acessório de garantia é o fator que assegura às instituições financeiras a exclusão de seus créditos da recuperação judicial de empresas, segundo o §3º do art. 49 da Lei 11.101/2005, vez que se tornam proprietárias fiduciárias dos bens oferecidos.

Em voto no REsp. 1302734 / RS ensina o Ministro Luis Felipe Salomão:

Em suma, verifica-se o desdobramento da posse e a transferência da propriedade resolúvel ao credor, servindo o valor do bem como garantia de eventual inadimplemento, de modo a resguardar a coisa alienada do concurso de outros credores.

Não obstante, trata-se de contrato que não visa à aquisição da propriedade, mas à concessão de crédito, de modo que, uma vez inadimplida a obrigação, não é permitida ao credor a apropriação da coisa, impondo-se-lhe a venda do bem a terceiros para, aí então, no limite do valor recolhido,

⁹⁰ MILHOMENS, Jonatas; ALVES, Geraldo Magela. *Manual dos contratos: administrativos, agrários, bancários, civis, comerciais, desportivos, industriais, marítimos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 101.

⁹¹ ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHAULHUB, Melhim Namen. A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 135-141, set. 2009. p. 136.

aplicar o preço no pagamento de seu crédito (art. 1.364 e art. 1.365 do CC, c/c o art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/1965).⁹²

As instituições financeiras fazem uso deste instituto garantidor em troca de condições mais benéficas para o devedor, justo porque veem o risco da operação reduzido em função da garantia oferecida.

5.4 Justificativa da particularidade

As instituições que concedem créditos, geralmente, tornam-se proprietárias fiduciárias de bens móveis ou imóveis, fato que garante condição mais benéfica no momento da concessão de referido crédito. Essa transferência da propriedade como garantia do contrato é fator determinante para que as empresas tenham acesso a essas melhores condições de crédito ofertadas pelas instituições financeiras.

Ao se tornarem as proprietárias fiduciárias, entendem reduzidos os riscos da operação, motivo pelo qual concedem benefícios aos contratantes. Caso não houvesse a exclusão de tais credores do regime de recuperação judicial, o risco nessas operações seria mais alto, acarretando, dessa forma, a perda da condição mais benéfica.

O legislador não obriga os referidos credores a sujeitarem-se ao regime da recuperação judicial em razão da possibilidade de prejuízo ao mercado financeiro, uma vez que se assim não o fosse, o mercado de concessão de crédito poderia comportar-se de forma diferente.

Novamente Fernandes aduz:

A inspiração do legislador para a exclusão de tais credores específicos do âmbito da recuperação judicial decorreu do disposto no artigo 170 da Constituição Federal, que tutela, como princípios da ordem econômica, o direito de propriedade e a sua função social, além, é claro, da redução dos *spreads*, resultando na diminuição dos juros e fomento do crédito.⁹³

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. *REsp 1302734 / RS*. Quarta Turma. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A – Banriusul. Recorrido: Verkaufer Indústria Comércio e Representações Ltda. – Massa Falida. Relator: Min. Luis Felipe Salmão. Brasília, 03 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44879993&num_registro=201102128787&data=20150316&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 20 jun. 2016.

⁹³ FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão Fiduciária de Títulos de Créditos em Garantia: A posição do credor judiciário na recuperação judicial da empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

A intenção da LRF ao afastar credores específicos do processo de recuperação judicial é garantir a eles que o acordado com as empresas que, por ventura, estejam, ou entrem, em dificuldade econômica, seja cumprido. Caso contrário as instituições que concedem crédito para empresas, não tendo garantias nos negócios realizados, veriam o risco das operações aumentado, podendo, dessa forma, repassar esse risco para o cliente, elevando a taxa de juros, por exemplo, piorando as condições para o contratante. Fato esse que atingira todas as empresas do mercado, prejudicando, então a atividade econômica nacional.

Fábio Ulhoa Coelho explica:

Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing, etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.⁹⁴

As normas legais que regulam as relações entre credores e devedores nos casos de sociedades empresárias que demonstram dificuldades econômico-financeiras afetam a atuação e tomada de decisões dos agentes econômicos envolvidos. Um agente que tenha assegurado seu direito a receber conforme o contratado, sem o risco de inadimplência no caso de a empresa entrar em regime de recuperação judicial, pode oferecer melhores condições devido ao risco reduzido.

Dessa forma, entende o legislador que não seria interessante para todo o mercado que, por perceber um maior risco nas operações pactuadas com empresas, sempre passíveis de atravessarem momentos de dificuldade e acabarem em crise, as instituições financeiras repassem para os contratantes os riscos, na forma de condições menos favoráveis.

Nos dizeres de Fernandes:

O regime brasileiro de recuperação da empresa deve ser palco da busca pela preservação da unidade produtiva viável, equilibrando os interesses do devedor e de seus credores em um ambiente de eficiência econômica e respeito à autonomia privada, orientado por três premissas desafiadoras: primeiro, pela recuperação da empresa viável em crise, em razão da sua função social e estímulo à atividade econômica, atendendo aos postulados da eficiência econômica e autonomia privada, a partir do paradigma do

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

Estado Democrático de Direito; segundo, por uma falência célere e eficiente no pagamento dos credores e na preservação produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis; terceiro, pelo equilíbrio entre os interesses do devedor e de seus credores, respeitando-se o sistema de garantias creditícias.⁹⁵

A questão levantada nesta aparente desarmonia apresentada pela legislação possui relevante valor social, pois a matéria examinada envolve não só a interpretação e aplicação jurídica, mas também uma análise socioeconômica, onde deve-se procurar manter o equilíbrio econômico, não prejudicando o cenário de concessão de crédito (ao reduzir a segurança das instituições financeiras no recebimento dos valores acordados), ao passo que não se pode deixar de estimular a atividade econômica, protegendo a manutenção da empresa.

Sobre a dicotomia gerada com o tema esclarece Giovanna Luz Podcameni:

Não se pode negar as vantagens que as travas bancárias acarretam quando da concessão de empréstimos, e, assim, fomento à economia. Contudo, elas podem justamente ter o efeito contrário em hipóteses que as tomadoras se encontram em situações econômicas frágeis, porém superáveis.⁹⁶

Sugere a autora que empresas que sejam viáveis possam ser prejudicadas, não efetivando seu reerguimento, em função da trava bancária. No entanto, a proposta de superação da crise deve levar em conta a exclusão dos credores previstos no texto legal. Sua viabilidade deve ser possível considerando-se essa particularidade. Isto é, a análise de viabilidade da empresa deve ponderar o fato de alguns credores não se submeterem ao regime de recuperação.

Conforme estudado acima, segundo os princípios regentes da legislação falimentar, o interesse coletivo deve sempre superar o interesse individual. Usando de analogia pode-se entender que o interesse de maior alcance deve prevalecer sobre o de menor alcance, ou seja, a análise a ser feita deve considerar o benefício mais abrangente, que inclua mais interessados. Nesse caso, a manutenção de uma saudável economia nacional prevalece sobre o objetivo de preservação de uma única empresa.

⁹⁵ FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão Fiduciária de Títulos de Créditos em Garantia: A posição do credor judiciário na recuperação judicial da empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15.

⁹⁶ PODCAMENI, Giovanna Luz. A trava bancária na recuperação judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 66, p. 158-186, set./dez. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista66/revista66_sumario.htm> Acesso em: 06 jun. 2015. p. 184.

Se é fato que torna-se mais benéfico para a economia, para o mercado e, conseqüentemente, para toda a sociedade que excluam-se tais credores do regime de recuperação judicial em prol das condições mais benéficas e da redução das taxas na concessão de crédito, não seria prudente que, em favor de uma única empresa em crise, se colocasse em risco a segurança do cenário econômico.

Sobre o benefício gerado ao sistema financeiro nacional com a não sujeição dos referidos créditos ao regime de recuperação judicial explica a Ministra Maria Isabel Gallotti em seu voto⁹⁷ no REsp 1263500/ES:

[...] certamente, a disciplina legal do instituto da alienação fiduciária em garantia foi considerada pelo credor quando da contratação do financiamento. As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil. Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo os titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.⁹⁸

Os benefícios econômicos e sociais alcançados com a previsão legal da trava bancária decorrem da redução da taxa de juros para operações que ofereçam garantias e se mostra evidente o benefício da empresa que oferece tal garantia na comparação entre taxas oferecidas em empréstimos com garantias de alienação fiduciária ou cessão fiduciária de crédito.

Segundo Luis Felipe Salomão, com base em dados do Banco Central do Brasil:

Consoante se observa no mercado bancário, as taxas de juros para os empréstimos com garantia de alienação fiduciária ou cessão fiduciária de crédito variam de 30 a 70% menores do que aquelas para empréstimos

⁹⁷ No mesmo sentido são os votos dos acórdãos: REsp 14125229/SP, REsp 1559457/MT, REsp 1207117/MG, REsp 1302734/RS, REsp 131656/PE e AgRg no REsp 1543873/MT.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. *REsp 1263500/ES*. Quarta Turma. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Indústria de Móveis Modelar Ltda – em recuperação judicial. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18041332&num_registro=201101511858&data=20130412&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 13 dez. 2015.

convencionais, oscilando, claro, de acordo com as circunstâncias de cada tomador.⁹⁹

O acesso a taxas reduzidas em função das garantias oferecidas nas operações de crédito traz, além dos benefícios óbvios aos tomadores de crédito, benefícios à economia nacional e a toda a sociedade. Com condições mais interessantes mais empresários ou sociedades empresárias obtêm acesso ao crédito, ou conseguem valores mais expressivos, o que torna a empresa capaz de se tornar mais eficaz e, logo, mais lucrativa. Uma empresa eficaz e lucrativa gera um maior número de empregos, fazendo com que a economia do país se movimente. Essa empresa também se torna pagadora de tributos maiores, enchendo mais os cofres públicos.

Todo o benefício concedido às empresas na concessão do crédito com garantias é repassado à sociedade, seja na geração de empregos, ou no enriquecimento da economia, ou mesmo no pagamento de tributos.

⁹⁹ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência, teoria e prática*. Rio de Janeiro, Forense, 2012. p. 201.

6 CONCLUSÃO

A empresa em crise econômico-financeira tem, garantida no texto legal, a possibilidade de manter sua atividade empresarial. Essa manutenção demonstra ser vantajosa para a sociedade por oferecer benefícios de diversas ordens, favorecendo o mercado e a economia, motivo pelo qual a concessão da recuperação judicial deve ser promovida sempre que a empresa provar sua viabilidade.

Os princípios basilares da legislação estudada, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a função social da empresa e a preservação da empresa devem ser respeitados sempre que houver a necessidade da aplicação do regime de recuperação. Tais princípios buscam sempre atender aos interesses da coletividade, têm um fim social. Sua aplicação se justifica com a finalidade de se promover um benefício para a sociedade.

O atendimento ao princípio da função social da empresa garante que esta deve trazer benefícios para outrem, além de si mesma. A atividade empresarial deve atender aos interesses da coletividade antes de seus próprios, deve oferecer benefícios para a sociedade, como um fim maior.

A previsão legal da trava bancária promove, conforme demonstrado ao longo do estudo, benefícios à economia, ao mercado, ao sistema financeiro nacional e à sociedade como um todo. Dessa forma, sua aplicação mostra-se caminhar no mesmo sentido da efetividade do princípio da função social da empresa.

A instituição legal da trava bancária tem a mesma finalidade da obrigatoriedade de observância do princípio da função social, o maior interesse da sociedade. Sendo o alcance do benefício da aplicação da trava bancária maior, pois interfere em todo o sistema de concessão de crédito nacional, justifica-se sua aplicação frente ao princípio da função social da empresa e sua preservação.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AGUIAR, Márcio Luiz. *Empresa: recuperação e liquidação na nova lei de falência*. Florianópolis: Habitus, 2006.
- ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHAULHUB, Melhim Namen. A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 135-141, set. 2009.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. *REsp 1263500/ES*. Quarta Turma. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Indústria de Móveis Modelar Ltda – em recuperação judicial. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18041332&num_registro=201101511858&data=20130412&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 13 dez. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. *REsp 1302734 / RS*. Quarta Turma. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A – Banriusul. Recorrido: Verkaufers Indústria Comércio e Representações Ltda. – Massa Falida. Relator: Min. Luis Felipe Salmão. Brasília, 03 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44879993&num_registro=201102128787&data=20150316&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 20 jun. 2016.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: Direito de empresa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. V.3.
- CRETELLA NETO, José. *Nova lei de recuperação judicial e falências*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão Fiduciária de Títulos de Créditos em Garantia: A posição do credor judiciário na recuperação judicial da empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 96, p. 125-135, mar. 2008.

GUERRA, Luiz. *Falências e recuperação de empresas: Crise econômico-financeira*. Brasília: Guerra, 2011. v. 2.

LACERDA, José Cândido Sampaio. *Manual de direito falimentar: com a adaptação ao novo código de processo civil de 1973, pela lei nº 6014, de 27.12.1973*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LOBO, Jorge. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique. (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 167-189.

MACHADO, Raphael Boechat Alves. A ilegalidade da trava bancária: uma análise frente ao problema da barganha. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*. Belo Horizonte, v. 8, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/96>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e recuperação de empresas*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.

MILHOMENS, Jonatas; ALVES, Geraldo Magela. *Manual dos contratos: administrativos, agrários, bancários, civis, comerciais, desportivos, industriais, marítimos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresas: Recuperação de empresas e falência*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2014. v. 3.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PODCAMENI, Giovanna Luz. A trava bancária na recuperação judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 66, p. 158-186, set./dez. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista66/revista66_sumario.htm> Acesso em: 06 jun. 2015.

RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, ano 44, n.138, p. 102-122 abr./jun. 2005.

ROQUE, Sebastião. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Icone, 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência, teoria e prática*. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

SCHIAVON, Eliza; BELNOSKI, Alexandra Marilac. Os créditos com garantias especiais no regime de recuperação empresarial. *Percurso*, Curitiba, v. 12, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/539/421>>. Acesso em 22 mar. 2015.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3.