



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FRANCISCO DE ASSIS LOPES DE FIGUEIREDO

A EFETIVIDADE SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO
DE EMPRESAS

SOUSA - PB
2009

FRANCISCO DE ASSIS LOPES DE FIGUEIREDO

A EFETIVIDADE SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO
DE EMPRESAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2009

Francisco de Assis Lopes de Figueiredo

A EFETIVIDADE SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE
EMPRESAS

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande
em cumprimento dos requisitos necessários
para a obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: 18 de Junho de 2009.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a. Esp. Monízia Pereira Nóbrega – UFCG

Prof. Mestre Jonábio Barbosa – UFCG

Prof.^a. Esp. Maria do Carmo Elida D. Pereira – UFCG

Dedico

Aos meus queridos pais, Raimundo Lopes e a Franciene (Bia), e a minha Avó, Toinha, grandes incentivadores para que eu pudesse vencer esta batalha.

A minha esposa, Renilsa, que mim acompanhou e mim deu força pra vencer.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que mim concedeu e concede coragem, inspiração e condições físicas e psíquicas para a realização deste trabalho, além de iluminar todos os atos e momentos de minha vida.

À minha fantástica mãe, Franciene, a meu incansável Pai, Raimundo Filho, e a minha Solidária Avó Antonia, que mim deram o apoio necessário para que eu nunca desistisse, mesmo nos momentos de maiores dificuldade.

Aos meus irmãos, Diógenes , Rafael e René, pelo companheirismo e fraternidade em que vivemos.

À minha esposa Renilsa, pela sua compreensão nos vários momentos em que a elaboração do trabalho não nos deixou estar na companhia um do outro.

Aos professores, e em especial a minha orientadora Monnizia, pela enorme atenção, dedicação e pelo perfeito acompanhamento na elaboração do trabalho, além de contribuir de forma importante na minha formação acadêmica.

ABSTRACT

It is of paramount importance to the study on the use of the Office of Recovery of Companies, since the times of economic and financial crisis currently experienced, as the economic decline in business activity requires effective and transparent methods to bring back the incentive structure for reerguimento of the company. Therefore, the institute aims to facilitate the overcoming of the crisis faced by the entrepreneur debtor to allow the maintenance of production source, employment of workers and the interests of creditors, thus promoting the preservation of the company, the maintenance of its function social and stimulating economic activity. Thus, it is necessary to know whether the Act is effective application 11101/2005 scenario in partner-legal Brazilian? Note that it is therefore the effectiveness of the Business Recovery to the situations of economic decline is reflected by the reduction in recent years the number of companies with their activities terminated. In making this assumption, it is a literature search, the method exegetic-law, the historical-evolutionary and comparative, systematizing the study in three parts. To demonstrate the effectiveness of the institution under study, it has as its objectives: the study of historical aspects of Corporate Law by the advent of the current insolvency law, which repealed the Concordat and increased the recovery Judicial and Extra, in sequence, check the main factors that allow the granting of the legal under study, showing the species and procedures, and specify the bodies that compose. And examine the benefits derived from the mentioned law, which came with the objective of restructuring the business in crisis, demonstrating through the principle of social function of the company, the legal effectiveness of the Office of Recovery to the company, which derives from an analysis between the number of bankrupt companies before and after the current insolvency law, which demonstrated the significant efficacy of Business Recovery, contributing in a decisive way in increasing the economic and social development of the country.

Keywords: Recovery of Enterprises, Social Function, Effectiveness, partner-economic development.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 DA EMPRESA.....	12
1.1 Evolução Histórica.....	12
1.2 Elementos Caracterizadores.....	20
CAPÍTULO 2 DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.....	29
2.1 Conceito e Noções Gerais.....	29
2.2 Recuperação Judicial.....	35
2.3 Recuperação Extrajudicial.....	40
2.4 Órgãos da Recuperação.....	44
CAPÍTULO 3 A EFETIVIDADE SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.....	51
3.1 Função social da Empresa.....	51
3.2 Análise Sócio-Jurídica acerca da finalidade da Recuperação de Empresas.....	55
3.3 Comprovação da efetividade da Recuperação de Empresas.....	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

INTRODUÇÃO

As mudanças constantes no cenário social, político e econômico, mostraram a necessidade de atualização legislativa no que se refere à Recuperação de Empresas. Pois o Decreto lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945 já não mais satisfazia o mundo das relações empresariais.

O advento da atual legislação referente à Recuperação de Empresas (Lei n.º 11.101/2005), cujo principal objetivo é viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, veio com o fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Para a plena recuperação das atividades empresariais, a lei em comento trouxe um procedimento com métodos participativos, céleres e seguros, baseado principalmente nos princípios da função social da empresa e da preservação da fonte produtiva e econômica, como fatores na efetivação do instituto jurídico em análise.

Diante do acima exposto, torna-se necessário a análise mais detalhada sobre a temática posta: a efetividade sócio-jurídica do instituto da recuperação de empresas, para demonstrar de início a presença da função social na empresa, e após comprovar a efetividade da recuperação de empresas tomando por referência a finalidade de tal instituto.

Portanto, os objetivos do presente trabalho são: o estudo jurídico evolutivo do Direito Empresarial, tomando por base a empresa, as suas modificações sucessivas no desenrolar da história; o exame dos procedimentos da Recuperação de Empresas, seja Judicial ou Extrajudicial; e a comprovação da efetividade sócio-jurídica da Recuperação de Empresas,

constatando os benefícios decorrentes de sua aplicabilidade para a manutenção das atividades negociais da empresa.

Com o foco de alcançar um suporte teórico que proporcione bases consistentes de análise da temática posta, serão adotados como métodos de estudo: o exegético-jurídico, no qual serão realizados consultas a Constituição Federal, as leis infraconstitucionais, a doutrinas, sites jurídicos, no sentido de enriquecer o conhecimento dos preceitos legais e materiais pertinentes a temática proposta; o bibliográfico, com vista à realização de leitura e o emprego do referencial teórico posto; o histórico-evolutivo, que consiste na remissão a evolução histórica do Direito Empresarial, para melhor compreensão acerca da temática proposta; e o comparativo, fazendo uma comparação entre a efetividade da atual lei de recuperação de empresas e os resultados do antigo diploma (Decreto lei n.º 7661/45) no que tange o reerguimento da empresa evitando a sua falência.

Dessa forma, apresenta-se o problema e a hipótese, aqui previamente levantados, quais sejam: Tem a Lei 11.101/2005 a efetiva aplicabilidade no cenário sócio-jurídico brasileiro? Sim, pois verifica-se nos últimos anos, após a entrada em vigor da lei em comento, uma redução no número de empresas com suas atividades encerradas, ou seja, falidas. Isto se deve ao implemento de maiores condições para o empresário em crise se reestruturar, através de uma estrutura de métodos coerentes com a preservação da empresa, os quais agem de forma segura e rápida para colocar em funcionamento aquela atividade empresária em dificuldade.

Para uma melhor compreensão, o presente trabalho monográfico obedecerá a uma estrutura sistematizada em três capítulos. No primeiro capítulo abordar-se-á a evolução histórica do Direito Empresarial, analisando o delineamento da formação do que se entende hoje por empresa, observando os conceitos de comerciante nos diferentes quadros econômicos

existente em cada época, até chegar a definição atual de empresário, além de comentar os elementos caracterizadores da empresa tidos como fundamentais para a seu funcionamento.

No segundo capítulo versar-se-á acerca do conceito e dos procedimentos da Recuperação de Empresas, abordando as características e o desenvolvimento dos passos do processo de Recuperação Judicial, além de mostrar a celeridade e eficácia da Recuperação Extrajudicial, demonstrando suas etapas.

Por sua vez, o último capítulo tratará da efetividade da Recuperação de Empresas, trazendo num primeiro plano uma consideração acerca do princípio da função social da empresa demonstrando o efetivo valor coletivo que o mesmo produz, estabelecendo uma relação entre o citado princípio e a finalidade da Recuperação em momentos de crise econômica. O que conduzirá na elaboração de uma análise sócio – jurídica acerca da aplicabilidade do mencionado instituto, demonstrando assim a finalidade do mesmo.

Portanto, pretende-se em decorrência da temática posta enaltecer a contribuição do instituto da Recuperação de Empresas, no que tange a sua importância na reestruturação econômica empresarial, contribuindo para o desenvolvimento sócio-econômico do país.

CAPÍTULO 1 – DA EMPRESA

O atual Direito da Empresa regula a atividade econômica, tendo como elemento principal a empresa, que através da imensurável produção de riquezas determina as estruturas econômicas e sociais de uma sociedade. No entanto, para se chegar ao atual patamar da conceituação de empresa, várias fases históricas do Direito Comercial se passaram com a necessidade de aprimoramento na regulamentação da atividade mercantil, desde os tempos antigos, com passagem pela Idade Média até chegar ao que se conhece hodiernamente por empresa.

1.1 Evolução Histórica

Para melhor compreender o papel social e os benefícios trazidos pela influência da empresa no seio da sociedade moderna, é preciso descrever sobre a evolução da empresa em sede de Direito Comercial, demonstrando as principais teorias que traduzem a aplicação das normas do comércio nos seus diferentes momentos históricos.

Para tanto, é necessário se analisar a evolução histórica da prática da mercancia, mais precisamente a Antiguidade, tempo de onde se tem as primeiras notícias acerca da atividade comercial, através do surgimento das trocas de mercadorias (escambo), mais direcionada aos produtos agrícolas para suprir as necessidades humanas, sendo o ponto de partida para o nascimento do comércio, praticado principalmente pelos fenícios.

Embora saiba-se da existência de algumas leis na Idade Antiga que englobavam as relações comerciais em seu contexto, como o Código de Manu na Índia, as leis de Hammurabi da Babilônia, além do famoso Direito Civil Romano em "*Corpus J uris Civile*" de Justiniano, tais codifica es não traziam a atividade comercial de maneira organizada e bem difundida, deixando a desejar no que se refere às normas e princípios específicos para a consolida o do Direito Comercial como ramo aut nomo e independente, como bem expõe Fran Martins (2001, p. 03) ao afirmar que "não se pode, com segurança, dizer que houve um Direito Comercial na mais remota antiguidade. Os fenícios, que, são considerados um povo que praticou o comércio em larga escala, não possuíam regras especiais aplicáveis às rela es comerciais".

Passada essa fase inicial, o Direito Comercial remonta a Idade Média ( poca em que o Direito Comercial tem firmamento jurídico), quando cada vez mais as feiras e vilas comerciais nas cidades se fortaleciam com o crescimento da atividade comercial, pois com o passar do tempo as mercadorias, principalmente as primárias, como os cereais (trigo e cevada) passaram a circular com maior facilidade. Assim, as rela es comerciais estavam tão presentes na sociedade, que os comerciantes procuraram se organizar em corpora es, com o objetivo de definir as regras e diretrizes, tornando o Direito Comercial como um sistema aut nomo (TEIXEIRA, 2009).

Porém,   no momento histórico da queda do Império Romano, que o Direito Comercial se torna independente e ganha status de ramo aut nomo do Direito. Isso devido aos comerciantes que passaram a se estruturar como classe organizada, passando a elaborar as normas regulamentares de suas atividades cotidianas. Tais regras eram formalizadas pelos próprios comerciantes e aplicadas pelo denominado julgador, chamado de cônsul, o qual era eleito dentre os membros da corpora o. O cônsul, além de observar e colocar em prática os estatutos e leis com base nos usos mercantis, tinha como principal fun o dirimir os conflitos

que caso surgissem, através de decisões breves e sintéticas, como bem dispõe Carvalho de Mendonça (*apud*, Negrão, 2003, p.02):

A sua magistratura formava-se por meio de cônsules dos comerciantes (cônsules mercatorum), eleitos pela assembléia dos comerciantes, tendo funções políticas (defender a honra e a dignidade das corporações a que pertenciam, ajudar os chefes a manter a paz etc.), funções executivas (observar e fazer observar os estatutos, leis e usos mercantis, administrar o patrimônio etc.) e funções judiciais, julgando as causas comerciais. Decidiam com a máxima brevidade, sem formalidade (*sine strepitu et figura iudicii*). Das suas sentenças nos casos mais graves dava-se apelação para outros comerciantes matriculados na corporação e sorteados, aos quais se atribuía o título de sobrecônsules.

Nesse contexto, o Direito Comercial começa a ter forma pela iniciativa dos comerciantes através de suas corporações que elaboravam e aplicavam as leis nas relações de comércio, resolvendo as possíveis divergências. Percebe – se então que nessa fase histórica (Idade Média), os comerciantes elaboravam suas próprias regras, as quais eles próprios se sujeitavam. Pois conforme preleciona Rubens Requião (2003, p. 10):

É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o Direito Comercial, deduzido das regiões corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juizes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes[...] Temos nesta fase, o período estritamente subjetivista do Direito Comercial a serviço do comerciante, isto é, um direito corporativo, profissional, especial, autônomo, em relação ao direito territorial e civil, e consuetudinário.

Por ter na sua origem um caráter corporativista, o ramo do Direito em estudo, somente era aplicado aos comerciantes matriculados nas corporações. O subjetivismo aplicado nas relações é originário da Teoria Subjetiva que começava a nascer, e como a própria nomenclatura indicava, envolvia apenas os grupos de comerciantes pertencentes às corporações, onde os quais eram considerados comerciantes, além de terem o exclusivo acesso aos Tribunais do Comércio.

A Teoria Subjetivista se explica trazendo o Direito Comercial com base nos costumes das classes de comerciantes ou de mercadores, costumes estes que eram sintetizados pelas corporações, as quais transformavam em normas aplicadas a seus membros. Em suma, a teoria em análise levava em consideração apenas o aspecto pessoal, ou seja, a pessoa dita

como comerciante pelas corporações. As quais eram denominadas de Corporações de Ofício. Eram organizações profissionais que excluíam do mercado qualquer pessoa que a elas não se associasse, e com o desenrolar do tempo foram se fortalecendo dando origem a burguesia, obtendo assim o poder político dos antigos senhores feudais.

Porém, como decorrência de seu próprio dinamismo, o comércio começou a crescer cada vez mais, fazendo com que nem toda a atividade comercial fosse abrangida pela atividade corporativa profissional do comércio. O que conduziu a perda da concepção comercial das corporações haja vista o aumento da prática do comércio por pessoas não filiadas às corporações organizadas. Bem como o surgimento de novos institutos que facilitaram a circulação de mercadorias, como a letra de câmbio, por exemplo, o que “demonstrou a inadequação desta teoria puramente subjetiva para se delimitar a aplicação das normas e prerrogativas mercantis”, como bem expõe Daniel Machado (2009).

A partir deste momento, quebrou-se as barreiras dogmáticas da Teoria Subjetivista nas relações comerciais, passando a aceitar como comerciante, no que se refere a extensão do juízo consular, ou seja, do Tribunal do Comércio, aquele não corporativo que mantinha relações comerciais com o comerciante inscrito em uma corporação. É o que se compreende dos ensinamentos de Rubens Requião (2003, p. 12) ao afirmar que:

Se foi ampliando a competência dos cônsules aos estranhos às corporações, que tivessem contratado com um comerciante nela inscrito. Ao mesmo tempo, relaxa-se a exigência da matrícula como condição para o comerciante submeter-se à jurisdição consular, estendendo-se sua competência a comerciantes não matriculados.

O Estado ganha força com a ascensão do mercantilismo e com o conseqüente enfraquecimento do Feudalismo, e passa a exercer grande influência na elaboração das regras comerciais, as quais passaram a ter aplicabilidade ampla a qualquer cidadão que exercesse o comércio. Assim, a jurisdição do Estado se sobrepõe às normas editadas pelas corporações, formando e expandindo o conceito objetivista de comerciante que conduz a consolidação da Teoria dos Atos do Comércio. Tal teoria tem por objetivo dar uma maior segurança jurídica as

relações mercantis, de forma a propiciar o desenvolvimento econômico e a proteção aos interesses sociais. O objetivismo dessa teoria baseia-se justamente no profissionalismo da atividade comercial para considerar o comerciante como tal.

Fator dessa transformação do Direito Comercial foi o Código Napoleônico de 1807, inspirado nos anseios da Revolução Francesa, a idéia era acabar com o privilégio de poucos, ditos comerciantes, e abarcar de forma objetiva a matéria mercantil. Com isso, deixou-se de lado a orientação de que a legislação comercial regia apenas a classes corporativas, e colocou-se em prática a abrangência de todos aqueles que se dedicassem ao exercício de certos atos comerciais, independente de filiação ou qualquer tipo de matrícula em corporação de classe.

Consolida-se então a Teoria dos Atos do Comércio, tendo como proposta alterar a classificação subjetiva de comerciante (aquele matriculado nas corporações), para um critério objetivo (quem praticasse certos atos de comércio de forma profissional). Ou seja, é o exercício profissional que determinará o comerciante, sendo assim, é através da prática de certos atos, que o comerciante passa a ser considerado sujeito na relação comercial, e não mais por força das classes corporativas. Nesse sentido, Marcelo Bertoldi (2005, p. 28) afirma que “não mais importava a averiguação a respeito a qualidade da pessoa, se comerciante ou não, bastando que os atos por eles praticados fossem considerados como atos de comércio.”

Neste mesmo patamar histórico se encontra o Brasil, o qual mesmo com a independência, ainda continuou a depender das leis externas, dentre elas, a Lei da Boa Razão a qual invocava subsidiariamente as normas legais de outras nações como os Códigos Comerciais Espanhol, Português e Francês, para regular o Direito Comercial. O Brasil, no entanto, segue a orientação do sistema objetivo francês, tornando isso em prática em 1850, com a promulgação do Código Comercial Brasileiro, adotando de maneira regrada a Teoria dos Atos de Comércio, pois conforme aludia seu artigo 4º. *in verbis*:

Art. 4º Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual.

Vê-se que, a parte final do artigo faz referência a matrícula para que se possa considerar como comerciante aquela pessoa que pratica o comércio de forma habitual. Essa ressalva retrata que o Código Comercial Brasileiro não adotou por inteiro a Teoria dos Atos do Comércio de influência francesa, pois conforme aponta Marcelo Bertoldi (2005, p.29): “O Código Comercial do Império do Brasil,[...] , ao contrário do que se possa imaginar, não adotou a Teoria dos Atos do Comércio como forma de identificação de sua abrangência e aplicação.”

Contudo, apesar de trazer certa subjetividade, vê – se que o sistema adotado pelo antigo Diploma Comercial, através de seu artigo 4º, contribuiu para controlar de forma profissional os atos de comércio. Mas foi justamente por não definir de forma clara e objetiva o conceito dos atos do comércio, que tal teoria não vigorou por muito tempo.

A grande dificuldade em conceituar atos de atividade mercantil, por não ter um critério lógico, objetivo e científico para defini – los, fez com que os países, inclusive o Brasil através do Regulamento 737/1850, enumerasse os atos de comércio com base em fatores históricos, os quais não condiziam com a atual realidade da dinâmica evolutiva das atividades econômicas. Este problema gerou situações insolúveis, pois por certa vez elencava atos incompatíveis com a economia moderna, ao tempo em que excluía atividades presentes de forma corriqueira no campo comercial da época. Sem critérios, o legislador estabelecia os atos que acreditava estar em evidência no comércio, conforme expõe Alfredo Gonçalves Neto (2000, p.02) ao afirmar que:

O principal argumento contrário ao sistema objetivo é justamente a precariedade científica da base em que se assenta – uma enumeração casuística de atos de comércio, feita pelo legislador ao acaso (de acordo com aquilo que a prática mercantil considerava, à época, pertencer ao Direito Comercial). Com isso, sequer se consegue encontrar o conceito do seu elemento fundamental, o ato de comércio.

Com essa dificuldade em conceituar os atos do comércio, a Teoria Objetivista se mostrou faltosa e ultrapassada, direcionando o alcance das normas comerciais a prática de delimitados e poucos atos mercantis, na medida em que a atividade comercial alcança um patamar mais organizado e mais produtivo economicamente.

Surge então na Itália, em meados do século XX, a Teoria da Empresa, a qual objetivava reestruturar a amplitude do Direito Comercial com o avanço das atividades econômicas, avanço esse que não vinha sendo acompanhado juridicamente pela Teoria dos Atos de Comércio. Ao explicitar acerca do tema Fábio Ulhoa (2002, p. 08) apresenta que:

Em 1942, na Itália, surge um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares. Nele, alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de teoria da empresa. O Direito Comercial em sua terceira etapa evolutiva deixa de cuidar de determinadas atividades (as de mercância) e passa a disciplinar uma forma específica de produzir ou circular bens ou serviços, a empresarial.

Assim, através dessa nova teoria, amplia-se a aplicabilidade do Direito Comercial, o qual passa a abranger todo tipo de empreendimento organizado, em seus diversos ramos, para a produção econômica ou circulação de bens e de serviços. Pois as relações comerciais se multiplicaram e se desenvolveram de tal forma que fez surgir a necessidade de um sistema que abrangesse as atividades comerciais existentes, como forma de controle de todo o tipo de produção de bens e/ou serviços.

Essa mudança no desenvolvimento comercial é citada por Waldirio Bulgarelli (2000, p. 03) para o qual “nos dias que correm, transmutou – se (o Direito Comercial) de mero regulador dos comerciantes e dos de comércio, passando a atender à atividade, sob a forma de empresa, que é o atual fulcro do direito comercial”.

A explicação deste novo regime de disposição normativa, a Teoria da Empresa, pode ser realçada pelo avanço de não só se dedicar as atividades eminentemente comerciais, mas também as atividades ligadas ao comércio, como a produção e a circulação de bens e serviços.

O legislador brasileiro passou a ser influenciado pela Teoria da Empresa advinda do sistema italiano, e a promulgação do atual Código Civil Brasileiro marcou de forma definitiva o fim do sistema baseado no comércio e no exercício da mercancia, substituindo – o pelo Sistema Empresarial da Teoria da Empresa, através do empresário organizado em sua atividade empresarial. Como bem comenta Miguel Reale (*apud* Machado, 2009, p. 03): “O tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ato de comércio é substituído pelos atos de empresa e atividade empresarial, assim como a categoria de fundo de comércio cede lugar à de estabelecimento”.

Com isso, a Teoria dos Atos de Comércio sede espaço a Teoria da Empresa, com características de produção em massa e maior organização em sua estrutura econômico – social. Sendo, conforme dito anteriormente, absorvido pela Lei Civil a qual a expõe quando informa o conceito de empresário, disposto em seu artigo 966, ao dispor que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Percebe-se pela exposição do artigo, que encontra-se explícito o conceito de empresário, sendo a empresa conforme implicitamente determina o dispositivo legal em tela, a atividade econômica organizada voltada a produção de bens, circulação de bens e prestação de serviços.

Conforme o exposto, há três fases na história evolutiva da empresa em sede de Direito Comercial: a primeira, vivenciada na Idade Antiga, com a Teoria Subjetivista Corporativista; a segunda, na Idade Média, através da Teoria Objetiva dos Atos do Comércio;

e a terceira, verifica-se desde a Idade Moderna ultrapassando para a Contemporânea, sintetizada pela Teoria da Empresa.

Percebe-se por meio das citadas teorias a busca de se adequar as atividades comerciais às transformações sociais, como forma de melhor cumprir o seu papel perante a sociedade.

1.2 Elementos Caracterizadores

Os elementos caracterizadores de um instituto jurídico são os alicerces imprescindíveis para a existência do mesmo, pois formam sua substância. Sem tais elementos a Instituição Jurídica não tem vida e não consegue, no caso da Empresa, ter a conjuntura necessária para o desenvolver de suas atividades.

Assim, para a concretização de todas as circunstâncias necessárias para a existência e para o funcionamento de uma atividade empresarial é de fundamental importância a junção de três elementos na estrutura de sustentabilidade da empresarial: o empresário, o qual é o fomentador principal; a atividade empresarial, que é o complexo de atos exercidos com o escopo produtivo; e o estabelecimento empresarial, que consiste no local onde se desenvolve as atividades econômicas do empresário, sendo assim o conjunto de bens organizados para o exercício da empresa.

A definição legal, de acordo com o artigo 966 do Código Civil, apresenta o empresário como a pessoa física ou jurídica que exerce a titularidade da empresa, de forma profissional, regendo a atividade econômica organizada para a produção e/ou circulação de bens ou serviços. Sendo assim, não será considerado empresário para efeitos legais, aquele que, mesmo profissionalmente, exerce as atividades elencadas no parágrafo único, do mencionado artigo, *in verbis*:

Art. 966[...]

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

Bem como não se enquadram ao conceito de empresário, as pessoas sujeitas aos impedimentos legais para o exercício da empresa, ou seja, pessoas plenamente capazes, mas que a lei veda a prática profissional da atividade empresarial, as quais ficam impossibilitadas de atuar como empresários. Esta proibição se dar em razões de ordem pública decorrentes das funções que exercem. Então, neste caso, não se trata de incapacidade, mas de incompatibilidade da atividade empresarial em relação a determinadas situações funcionais.

Sendo assim, quem desempenha função pública (CF, art. 54, II, a, Lei n.º 8112/90, art. 117, X); membros do Ministério Público (Lei n.º 8625/93, art. 44, III); membros da Magistratura (Lei Complementar n.º 35/79, art. 36, I e II); quem exerce a atividade de corretor, de leiloeiro, de despachante aduaneiro, ou de parlamentar. Assim como, o falido, ou seja, o empresário cuja falência fora decretada, fica impedido de exercer qualquer atividade empresarial até que se reabilite, o que se dará quando do provimento de sentença que declare extintas as obrigações do mesmo em face do processo falimentar, salvo se condenado por crime falimentar, cuja reabilitação se dará com o cumprimento da pena ou nos casos de reabilitação penal (Lei 11.101/2005, arts. 102,159 e 181).

O artigo 972 do Código Civil descreve o pleno gozo da capacidade civil como um dos elementos indispensáveis para o empresário exercer a empresa. Assim, os absoluta e os relativamente incapazes (CC, arts. 3º e 4º), não poderão guiar a empresa. No entanto, ressalva o inciso I do artigo 4º do citado diploma, que a emancipação autoriza o exercício da empresa por parte dos relativamente incapazes, pois representa a cessação da incapacidade civil antes dos 18 (dezoito) anos, cujos fatores que a determinam estão elencados no artigo 5º, parágrafo único do mesmo diploma. Dentre os quais o que se enquadra ao tema em estudo,

consiste no estabelecimento civil ou comercial do maior de 16 (dezesesseis) anos completos, que através deste estabelecimento tenha economia própria.

Assim, dentro do mesmo patamar exposto, a Lei Civil vedou o exercício de atividade empresária aos juridicamente incapazes, mas no seu artigo 974, consentiu aos interditos dar continuidade à empresa, desde que a incapacidade tenha sido superveniente ao exercício da atividade empresarial, além destes, os menores que tiveram seus pais falecidos ou ausentes, também poderão dar seqüência a atividade empresarial desde que, para ambos os casos, sejam devidamente assistidos ou representados por tutores e/ou curadores. Em tais situações, a lei exige autorização judicial, a qual poderá ser revogada a qualquer momento pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

Ainda no que se refere ao primeiro elemento caracterizador da empresa, o empresário, levando em conta à forma que se reveste o exercício da atividade empresarial, podem ser classificados como: empresário individual ou coletivo. Sendo o primeiro a pessoa física que exerce a empresa individualmente, ou seja, aquele que exerce a atividade empresarial em nome próprio. Já o empresário coletivo (sociedade empresária) é a reunião de dois ou mais empresários, para o exercício de função empresarial própria do empresário individual, explorando em conjunto a atividade econômica. Pois conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 64):

A empresa pode ser explorada por uma pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, o exercente da atividade econômica se chama empresário individual; no segundo, sociedade empresária. Como é a pessoa jurídica que explora a atividade empresarial, não é correto chamar de empresário o sócio da atividade empresária.

Para a inclusão no conceito de empresário seja ele individual ou sociedade empresária é preciso ficar atento para mais um requisito. Isto porque a caracterização do empresário dá-se pela habitualidade e profissionalidade no exercício da atividade econômica, com organização (ou articulação) dos fatores de produção, de forma estruturada e

institucionalizada, destinando patrimônio específico para a realização dos fins lucrativos, pois o escopo do empresário sempre será o lucro, mas mediante a assunção dos respectivos riscos de produção. Como bem conceitua Gladston Mamede (2007, p.38) é o empresário:

Aquele que, por sua atuação profissional e com o intuito de obter vantagem econômica, torna a empresa possível. É ele quem produz e/ou faz circular bens e serviços, concretizando toda a gama dos atos negociais necessários para a existência da empresa, ou seja, para que seja mantida a prática constante dos atos voltados para a obtenção de vantagens econômicas, pela estrutura pessoal e procedimental que torna possível, bem como pela base material que aloca para o empreendimento.

Antes de dar início a exploração de sua atividade, o empresário deve realizar certos atos formais para que sua empresa funcione dentro da legalidade como registrar-se na Junta Comercial e manter a escrituração regular de seus livros comerciais. Porém, mesmo que o empresário não se registre, não está impedido exercer a atividade empresarial, pois o que caracteriza um empresário é a prática profissional da empresa (atividade econômica organizada), neste caso tem-se o denominado empresário de fato, o qual diferencia do empresário irregular, já que este registra a empresa, porém com decorrer da atividade empresarial ocorrem mudanças em seu objeto social, e o mesmo não realiza alteração do seu registro.

Portanto, o empresário sem inscrição na Junta Comercial pode exercer as atividades empresariais, mas não gozará de direitos inerentes a um empresário regularizado, tais como: contrair empréstimos bancários, contratar com o Poder Público, obter recuperação judicial ou extrajudicial, bem como requerer a falência de outro empresário.

Ao contrário do que muitos pensam, não é necessário para que seja considerado empresário, que este se dedique apenas e exclusivamente ao empreendimento mercantil, ou seja, pode-se ter outras ocupações. Pois, o que se exige é apenas que o empresário seja titular do empreendimento, com exercício da atividade de forma constante e habitual para a produção e/ou circulação de bens e/ou serviços auferindo sempre fins lucrativos. De forma objetiva, Fazzio Junior (2009, p.27) afirma que “é bom ter em mente que profissionalidade

não implica exclusividade. O exercício da atividade empresarial não precisa ser a única profissão do empresário”.

Como bem citado anteriormente, o empresário para caracterizar-se plenamente como profissional, deve exercer as atividades empresariais de forma constante e habitual, desempenhando-as organizadamente para produzir ou fazer circular bens ou serviços para satisfazer os interesses e necessidades alheias.

Assim, a atividade empresarial exercida pelo empresário é definida como empresa, a qual apresenta-se sob dois aspectos: o dinâmico e o estático. Pelo aspecto dinâmico a empresa é vista por sua funcionalidade e atividade, por isso é trazida como um conjunto de transações ou relações jurídicas contratuais destinadas ao constante agrupamento e organização dos mesmos; Já a visão estática traz a empresa como apenas um conjunto organizado de recursos economicamente relevantes - os fatores de produção ou insumos (CESAR FIUZA, 2007, p.296).

Sendo assim, é a atividade empresarial de acordo com os ensinamentos de Fábio Ulhoa (2002, p.13) “a articulação para a circulação dos fatores de produção capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia, desde que se esteja falando sob o ponto de vista econômico da empresa”. Sendo, neste caso, considerada como uma combinação de fatores produtivos, elementos pessoais e reais, voltados para um resultado econômico, tomando ímpeto na ação organizadora do empresário.

Com o advento do Código Civil, conforme anteriormente exposto, o ordenamento jurídico pátrio adotou a Teoria da Empresa, a qual permite maior amplitude com relação aos atos abarcados pela atividade empresarial, eis que se funda no regime da atividade jurídica. O qual amplia o âmbito de atuação do empresário, ditando que estará sujeita à disciplina do Direito Empresarial toda e qualquer atividade econômica, com exceção o exercício de profissão intelectual de natureza, artística, literária e científica, já demonstrado.

O principal efeito desta teoria no que se refere a prática de atividades de natureza mercantil, é qualificar o agente como empresário, proporcionando-lhe os benefícios previstos na legislação comercial. Entre os quais: a falência, a recuperação judicial e extrajudicial, a renovação compulsória da locação comercial, a eficácia probatória da escrituração contábil. Mas, para usufruir destes benefícios, o empresário deve registrar – se na Junta Comercial, como dito anteriormente, manter escrituração regular de seus negócios, além de levantar demonstrações contábeis periódicas.

Pode-se então entender a atividade empresarial como a qualificação do empresário para fins profissionais, desde que tal atividade seja exercida de forma organizada e habitual. Compreende-se assim que a natureza da atividade econômica realizada pelo empresário é o que o identifica e o qualifica como gerente de suas atividades de produção. Ou seja, é a atividade empresarial o desenrolar das funções de produção, guiadas pelo poder organizacional do empresário.

No que se refere ao estabelecimento empresarial como elemento caracterizador da empresa, tem-se que o mesmo originou-se da terminação jurídica do fundo de comércio, cuja idéia, por sua vez, veio do Direito Francês (*fonds de commerce*, derivado do *fonds de boutique*). Na sua originalidade, porém, a expressão restringia-se apenas ao conjunto de bens tangíveis.

Com o Direito Italiano, utilizando-se do termo *azienda*, concebeu-se uma nova teoria, a qual se referia somente ao conjunto de bens intangíveis. Com a evolução histórica do comércio, verificou-se que tanto os bens tangíveis (corpóreos), como os intangíveis (incorpóreos), integravam o fundo de comércio, ou estabelecimento comercial (PEREIRA GARCIA, 2009).

Por sua vez o Código Civil utiliza o vocábulo estabelecimento, e de acordo com seu o artigo 1.142 tem-se por estabelecimento “todo complexo de bens organizado, para

exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária.” Com isso, pode – se dizer que o estabelecimento é a reunião organizada dos bens corpóreos (mercadorias, máquinas e balcões) e incorpóreos (ponto, nome empresarial, marcas) para o exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária.

Preleciona Bulgarelli (*apud*, Carolina Pereira, 2009) que o estabelecimento empresarial constitui em:

Vários instrumentos unificados pelo empresário num todo para o exercício de uma atividade uma unidade de vários bens ajuntados, o centro de vários direitos (locação, usufruto, etc.) possível de ser objeto de circulação, transferível tanto por ato *inter vivos* como *causa mortis*, ou objeto de direitos outros, com arrendamento, usufruto, etc.

Acrescenta Carolina Pereira (2009), que é o estabelecimento empresarial “o complexo de bens reunidos pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica”. Constitui portanto, todo o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que o empresário organiza para o exercício da empresa, ou seja, é a parte instrumental da atividade do empresário.

Sendo assim, pode-se apontar como características principais do citado elemento caracterizador da empresa: a) é uma universalidade de fato, pois consiste numa união de bens ligados para a destinação unitária, determinada pela vontade do empresário; b) não tem personalidade jurídica, não podendo ser sujeito de direito; c) integra o patrimônio do empresário, mas não se confunde com ele; d) é um instrumento da atividade econômica do empresário.

Vale ressaltar que estabelecimento empresarial não se confunde com ponto comercial, pois este se configura como o local de situação da empresa, a sua localização, é o espaço físico onde o empresário se estabelece, constituindo um dos elementos incorpóreos do estabelecimento comercial. E por sua vez conforme visto, constitui este um conjunto de bens organizados, para o exercício das atividades da empresa pelo empresário.

Vê-se portanto, que o estabelecimento empresarial é de suma importância para a vida ativa da empresa, pois não se pode dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento. O empresário organiza o estabelecimento e agrega aos bens articulados em função da empresa um sobre valor, ou seja, um valor subjetivo com relação àquela universalidade de fato.

A qual alcança no mercado um valor superior à simples soma de cada um dos bens considerados separadamente, inclusive pela perspectiva de lucratividade que passa a abrigar, destacando-se o estabelecimento como um complexo organizado de bens materiais (móveis e imóveis) e imateriais (patentes de invenção, modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento).

Com isso, sendo esta universalidade de fato, ganha individualidade e autonomia própria, podendo ser objeto de direitos e suscetível de negociações, conforme reza artigo 1.143 do Código Civil, ao dispor que “pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com sua natureza”.

A importância do estabelecimento não reside apenas sob o aspecto do empresário ter um espaço físico para explorar sua atividade empresarial, manifesta-se também sob o aspecto jurídico e processual, pois a fixação do juízo competente para se conhecer da recuperação da empresa ou da falência leva-se em conta o local do estabelecimento.

E como existe a possibilidade de um empresário ou sociedade empresária possuir vários estabelecimentos independentes, cada qual formado por sua coletividade de bens e escrituração individualizada, através de livros auxiliares, um para cada estabelecimento, deve – se estabelecer um estabelecimento principal. Pois, é com base no local do principal estabelecimento da empresa que será determinado a competência para se ingressar com pedido de falência ou de recuperação judicial ou extrajudicial, como dispõe o artigo 3º, da Lei 11.101/2005, que determina que “é competente para homologar o plano de recuperação

extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.

Tendo-se por estabelecimento principal o núcleo de realização dos atos jurídicos da empresa, local onde o empresário deve ser encontrado para cumprir por suas obrigações, inclusive ser citado de atos que envolvam demandas da empresa. Conforme posição majoritária da doutrina, o estabelecimento principal deve ser o de maior vulto de negócios da empresa.

É o que decorre dos ensinamentos de Gecivaldo Ferreira (2009) para o qual o "principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar, é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico”.

Por sua vez Rubens Requião (2003, p.277) considera como principal estabelecimento:

Aquele em que se situa a chefia da empresa, onde efetivamente atua o empresário no governo ou no comando de seus negócios, de onde emanam as suas ordens e instruções, em que se procede às operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa.

Vê-se portanto, que considera-se por estabelecimento principal, o local de realização do maior número de negócios, não importando o tamanho do local do estabelecimento, mas que seja também o local onde se concentra a administração da empresa, de onde emanem as ordens e instruções do empresário no comando da empresa.

Tem-se assim, que é a empresa a atividade profissional e habitual do empresário no desenrolar de suas funções, não se confundindo com o estabelecimento, o qual abrange os meios e instrumentos necessários a atividade mercantil desenvolvida pelo empresário.

CAPÍTULO 2 – DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Em tempos de dificuldades econômicas e financeiras, a conjuntura empresarial brasileira e mundial se mostra debilitada, não só pelo tempo de crise em que vive o complexo financeiro mundial, mas também pelas inúmeras mudanças relativas às alterações político-sociais, a queda e criação de novos impérios econômicos, e pelas descobertas tecnológicas e científicas, que requerem atualização do mercado empresarial para acompanhar as novas estruturas mercantis. Com isso, o legislador deve atualizar as leis para buscar soluções mais desburocratizadas para a empresa em dificuldade econômica, com o fim de preservar a atividade empresarial de forma que esta cumpra com a sua finalidade social, além de resguardar os empregos e a satisfação dos credores.

2.1 Conceito e noções gerais

Quando o empresário na realização dos seus negócios, verifica o passivo superar o ativo, é sinal que a empresa precisa, para satisfazer seus credores, da concessão do instituto da Recuperação de Empresas, instituto este que busca em procedimento preventivo, evitar a situação de falência, com a finalidade de preservar a atividade produtiva e maximizar o ativo sobre o qual incidem as pretensões dos credores.

Mas, antes da entrada em vigor da atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas, o Direito Brasileiro não incentivava a recuperação das empresas em estado deficitário, o que se tinha era o instituto da Concordata, o qual dava uma aliviada aos comerciantes devedores em dificuldades de se restabelecer, com a obtenção da dilatação do prazo para efetuar o pagamento das dívidas, através de um acordo entre o empresário devedor e seus credores.

A Concordata era entendida como uma pretensão jurídica que o empresário se utilizava para com a finalidade de se obter uma dilação de prazos para conseguir meios para pagamento perante os credores, buscando nesse intervalo de tempo reestruturar e reorganizar a empresa, para evitar a falência. Neste contexto, Amador Paes de Almeida (1996, p. 372) define a concordata como o instituto que objetivava regularizar a situação econômica do devedor comerciante, evitando (concordata preventiva), ou suspendendo (concordata suspensiva), a falência.

O citado instituto era previsto no Decreto Lei nº 7.661/45, o qual trazia dois tipos de concordata, a Concordata Preventiva e a Concordata Suspensiva. A primeira surgiu com o Decreto Republicano nº 917/1890, mas foi em 1945 que este tipo de concordata tomou forma na busca de prevenir ou evitar a decretação da falência. Assim, verificando que a empresa estava insolvente, mas ainda se mostrava viável economicamente, o devedor comerciante podia conseguir o seu reajustamento econômico, requerendo ao juiz este tipo de concordata, antes que algum credor requeresse a falência.

Por sua vez a Concordata Suspensiva era concedida quando o processo falimentar já estava tramitando, e tinha o escopo de suspender a falência e instalar o procedimento da concordata, com as vantagens e efeitos que proporcionava ao comerciante um estado temporário de insolvência, afastando as conseqüências drásticas da falência. Assim, de acordo com o artigo 177 do Decreto Lei nº 7.661/45, o falido podia obter a suspensão da falência, requerendo ao juiz que lhe fosse concedida a Concordata Suspensiva. No entanto, deveria oferecer um pagamento mínimo aos seus credores quirografários, conforme estabelecia o parágrafo único do artigo acima citado:

Art. 177 [...]

Parágrafo único. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos seus credores quirografários, por saldo de seus créditos o pagamento mínimo de:

I – 35% (trinta e cinco por cento), se for à vista;

II – 50% (cinquenta por cento), se for a prazo, o qual não poderá exceder 2 (dois) anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano.

No entanto, apesar da concordata beneficiar os comerciantes, através de condições privilegiadas, os quais podiam pagar suas dívidas com o prazo de até 2 (dois) anos, a antiga lei de falências não trazia regras organizadas para satisfação dos credores da empresa em concordata. Pois era o comerciante que de forma unilateral decidia, sem a participação de qualquer credor, a forma de pagamento da dívida. O pedido era concedido ou não independentemente da vontade dos credores. Com isso, e pelas mudanças na estrutura comercial mundial, tal sistema se mostrou defasado e ultrapassado, é o que traduz Bezerra Filho (2005, p.34) ao afirmar que:

A falência e também a concordata, na forma como se encontravam estruturadas no Dec.-Lei 7661/1945, não ofereciam possibilidade de solução no sentido de propiciarem ao então comerciante, hoje empresário ou sociedade empresária, em situação em crise, a possibilidade de se recuperarem.

Outro ponto que passou a influenciar para o desuso da legislação até então em vigor foi o grande número de fraudes cometidas pelos comerciantes que a utilizavam, em virtude da falta de regras que combatessem certas condutas. Pois, os comerciantes chegavam a mudar de atividade comercial, desviando recursos, e constituindo novas empresas, dando por falida a empresa que estava em concordata, deixando em prejuízo os credores.

Destarte, verifica-se ante o exposto, a justificativa de mudança na legislação falimentar, e como bem prelecionou, desde muito antes da atual LRE Rubens Requião (1993. p. 248) já afirmava que:

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

Conduzindo assim ao advento da Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº. 11.101/2005) a qual designa, através de normas coerentes e centradas nos direitos dos credores, o restabelecimento da normalidade da atividade econômica da empresa, para que esta readquiria forças para sua plena e normal produção.

Com a citada lei, introduziu-se no ordenamento jurídico pátrio duas alternativas vocacionadas a prevenir a falência: a Recuperação Judicial e a Recuperação Extrajudicial, tendo em ambas a intervenção dos credores na empresa devedora, pois com a participação dos mesmos é que se pode conceder o prosseguimento da Recuperação, seja ela Judicial (por intermédio do juiz) ou Extrajudicial (sem a participação judicial, exceto para a homologação).

A Recuperação Empresarial consiste num procedimento preventivo, que tem por objetivo evitar a situação de falência, com o fim de preservar a atividade produtiva e maximizar o ativo para satisfação dos credores e para manter os respaldos sociais que a empresa envolve, através dos meios seguros descritos na legislação.

Entende – se assim, que as duas espécies de Recuperação de Empresas têm por finalidade não apenas o prolongamento das dívidas, como era tratado no instituto da Concordata, mas também a remoção das causas das crises econômico-financeiras das empresas (presentes cada vez mais nos dias atuais), satisfazendo seus débitos, sem que isso implique na sua falência. Tais inovações foram esclarecidas com propriedade pela Consultoria Legislativa do Senado Federal (2009) ao afirmar que:

A nova Lei de Falências, (...) trará importantes inovações aos processos falimentares e de recuperação de empresas, tornando-os mais céleres e eficientes. A redação dos dispositivos, como descrito no parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, fundamentou-se nos seguintes princípios: preservação da empresa, separação dos conceitos de empresa e de empresário, recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, proteção aos trabalhadores, redução do custo do crédito no Brasil, celeridade e eficiência dos processos judiciais, segurança jurídica, participação ativa dos credores, maximização do valor dos ativos do falido, desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação de empresas.

Porém, não basta apenas exercer a atividade empresarial para se valer da Recuperação. É necessário que o empresário atenda aos requisitos legais descritos no artigo 48, LRE (Lei 11.101/2005), *in verbis*:

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

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

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

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

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

Bem como, é preciso que se verifique a viabilidade da empresa a ser recuperada, pois não é toda empresa que fará jus a recuperação, pois para a concessão de tal benefício, deve-se observar a função social da empresa, sua capacidade econômica, assim como seu balanço econômico. Haja vista que a empresa deverá expor o seu grau de utilidade perante a economia e a sociedade do país. Neste contexto, expõe Fábio Ulhoa (2007, p. 383) que a empresa:

Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la. Essas condições agrupam-se no conceito de viabilidade da empresa, a ser aferida no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial.

No entanto, o mecanismo da Recuperação de Empresas é indicado para as aquelas empresas que se mostrem viáveis economicamente, ou seja, são capazes de desenvolver o plano de recuperação através dos ditames estabelecidos na LRE. Pois se não possuir as características adequadas como um relativo nível de endividamento, um faturamento anual satisfatório e principalmente a relevância econômica e social que importe na manutenção de tais interesses, não poderá ser abarcada pelo benefício da Recuperação de Empresas.

Percebe-se assim, a intenção do legislador pátrio pela preservação da unidade produtiva, ao determinar o objetivo da Recuperação Judicial no artigo 47, Lei 11.101/2005, *in verbis*:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Logo, se no curso da recuperação percebe-se que a empresa não será capaz de satisfazer os pontos fixados por tal instituto, isto implicará na conversão do processo recuperatório em solução liquidatória de falência.

Porém, conforme exposto no artigo citado, a LRE não busca apenas a manutenção da empresa, como também torna efetivo o princípio da função social da empresa, que constitui o fundamento da lei em comento, e consiste premissa informadora para qual a empresa, quando viável, deve ser preservada, objetivando assim preservar o desenvolvimento social e econômico.

Nesse contexto, vale ressaltar que para se obter a recuperação deve-se observar primordialmente a função social do empreendimento através de suas relações, deixando para segundo plano a consideração pelo empreendedor baseada no sistema capitalista de maximização de lucros, pois a empresa tem uma função social a cumprir, através da manutenção dos postos de trabalho, e satisfação dos credores através do recebimento dos créditos a que tem direito, além de satisfazer a sociedade com sua própria atividade empresarial em pleno funcionamento, através dos produtos e serviços produzidos, de acordo com os ditames do artigo acima citado.

Portanto, é inegável que a constatação da relevância da empresa para a comunidade seja o ponto primordial na aplicação do princípio da preservação da empresa,

corolário do princípio da função social, uma vez que tem-se em vista os impactos sociais relacionados ao encerramento das atividades de uma empresa.

2.2 Recuperação Judicial

Conforme exposto, tem-se a Recuperação Judicial como uma das modalidades de Recuperação de Empresa, trata-se portanto de uma ação que tem por objetivo viabilizar a superação da empresa em uma situação de crise econômico-financeira, com o fim de permitir a manutenção da fonte produtora, dos empregados, e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e a estimulação a atividade econômica, de acordo com o disposto no artigo 47, da LRE.

Sendo assim, pode-se conceituar a Recuperação Judicial por seu objetivo, a qual de acordo com as lições de Waldo Fazzio (2009, p. 617):

Tem por meta sanear a situação gerada pela crise econômico – financeira da empresa devedora. Nela, o devedor postula um tratamento especial, justificável, para remover a crise econômico-financeira de que padece sua empresa. Seu objeto mediato é a salvação da empresa em risco e seu objeto imediato é a satisfação, ainda que atípica, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores.

Baseado na viabilidade da empresa em crise, e na função social que ela exerce, Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 132) expõe sobre a Recuperação Judicial:

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação, pois aquelas em tal estado, porém em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social.

Quanto aos legitimados para requerer a tal benefício, conforme disposto no artigo 47, LRE, tem-se o empresário, a sociedade empresária, o cônjuge sobrevivente, os

herdeiros, o inventariante e o sócio remanescente, os quais para a propositura do pedido devem preencher os requisitos do artigo 48, da mesma lei já citado anteriormente.

No que se refere aos credores sujeitos ao procedimento recuperatório, o artigo 49, LRE traz como regra a possibilidade de todos os credores existentes na data do pedido de recuperação, ainda que não vencidos seus créditos, sujeitem-se aos seus efeitos. Assim, aqueles que vierem a se constituir após o pedido de recuperação não serão incluídos, pois era sabido pelo credor que a empresa estava em recuperação no momento da constituição do vínculo obrigacional, bem como os credores citados no § 3º do artigo citado:

Art. 49. [...]

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º - Tratando-se de credor titular 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, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Com o deferimento do processamento da Recuperação Judicial suspende-se a prescrição, bem como todas as ações e execuções em face do devedor. Com isso, durante esse período de suspensão, o qual não poderá ser superior a 180 (cento e oitenta dias), fica vedada a venda ou a retirada de bens e capitais do estabelecimento do devedor. Mas logo após este prazo, os credores poderão continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial conforme disposto no artigo 6º, § 4º, LRE.

De acordo com a LRE, as empresas que pleiteiem a Recuperação Judicial disporão dos seguintes meios: dilação do prazo ou revisão das condições de pagamento; operações societárias como a cisão, fusão e incorporação; alteração do controle societário; reestruturação da Administração; concessão de direitos societários extra patrimoniais; reestruturação do capital; transferência ou arrendamento do estabelecimento; renegociação

das obrigações ou do passivo trabalhistas; dação em pagamento ou novação; constituição de sociedade de credores; realização parcial do ativo; equalização de encargos financeiros; usufruto de empresa; administração compartilhada; emissão de valores mobiliários; adjudicação de bens (art.50, LRE).

Porém, vale ressaltar que os referidos meios não são os únicos a disposição do devedor empresário, pois conforme menciona a parte final do artigo 50 da LRE, não se trata de uma enumeração taxativa, e sim exemplificativa, permitindo-se assim outros meios de recuperação, lícitos, não citados pelo legislador, pois as partes podem firmar outros meios de recuperação não elencados na lei em estudo.

É de se observar que o procedimento da Recuperação Judicial compreende três fases distintas: a cognitiva ou postulatória, a executiva e o encerramento. Na fase cognitiva é postulado o pedido de Recuperação Judicial por meio de petição inicial ao juiz, acompanhada de exposição das causas, que o fundamentam, demonstrações contábeis e relatório da situação da empresa dos três últimos exercícios sociais, relação dos credores, relação dos empregados, atos constitutivos devidamente atualizados (contrato social, se limitada, ou estatuto, se Sociedade Anônima), listas dos bens de sócio ou acionista controlador e de administradores, extratos bancários e de investimentos, certidões de protestos, relação de ações judiciais em andamento (art. 51, I a IX, LRE).

O devedor deverá expor de forma clara e objetiva as causas concretas da crise que afetou o seu empreendimento e declarar sua real situação patrimonial, além de delimitar como pretende reestruturar suas atividades empresariais, sanear a crise e reerguer a empresa no cenário comercial.

Verificados os requisitos exigidos por lei para o pleito da Recuperação Judicial, tem-se o despacho de processamento, o qual, conforme dispõe o artigo 51, da LRE, autoriza o processamento da Recuperação Judicial, não implicando a concessão do benefício. Por meio

de tal provimento tem-se a nomeação do administrador judicial (art. 51, I, LRE) e a suspensão, conforme dito, da prescrição e de todas as ações e execuções contra o empresário devedor (art. 6º, LRE).

Após o citado despacho, o empresário devedor terá o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, contados da data da publicação do despacho de deferimento do processamento, para apresentar o plano de Recuperação Judicial, sob pena de convalidação em falência (art. 53, LRE). O qual uma vez apresentado, o juiz determinará a publicação de edital, contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano, os quais terão o prazo de 30 (trinta) dias para apresentarem objeções ao plano.

Se verificadas tais objeções, haverá a convocação da Assembléia Geral de Credores para deliberar acerca da aprovação ou rejeição do plano (art. 56, LRE). Caso contrário, ou seja, não havendo qualquer objeção ao plano, implicará aceitação por parte dos credores, hipótese em que o juiz concederá a Recuperação Judicial.

Depois de aprovado o plano de Recuperação Judicial, inicia-se a fase de execução. Nesta fase, há que se cumprir o plano aprovado em juízo, pois a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do artigo 59. §1º, LRE. Sendo assim, o não cumprimento do plano acarretará a convalidação da Recuperação em Falência, conforme dispõe o art. 61, § 1º, LRE, *in verbis*:

Art. 61-[...]

§1º - Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

Durante a Recuperação, o devedor empresário é mantido no comando da empresa, mediante a fiscalização do administrador judicial, conforme disciplina o art. 64, caput, da lei em estudo. Somente será afastado na verificação das seguintes condutas:

Art. 64-[...]

I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o

patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;

II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei;

III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;

IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas:

a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial;

b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular;

d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial;

V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê;

VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

Verificadas tais hipóteses, o devedor empresário, conforme já mencionado, será afastado e a administração da empresa ficará a cargo do gestor judicial indicado pela Assembléia Geral de Credores, de acordo com o que determina a Lei de Recuperação de Empresas em seu artigo 65.

Fato importante a ser observado na fase de execução da Recuperação Judicial é a obrigatoriedade da empresa vincular ao seu nome/razão social a expressão “em Recuperação Judicial”, pois o juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da Recuperação no registro da empresa correspondente, de acordo com o artigo 69, parágrafo único, LRE, para que todos aqueles com quem ela se relaciona comercial ou juridicamente tenham conhecimento de sua situação restritiva.

Importante ressaltar, que uma empresa permanecerá em Recuperação Judicial até 2 (dois) anos, conforme dispõe o artigo 61, caput, LRE, com exceção do disposto no artigo 54, parágrafo único, da mesma lei, para o qual:

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

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

Sendo assim, tem-se encerrado o processo de Recuperação Judicial por sentença de encerramento, a qual determinará o pagamento dos honorários do administrador judicial e das custas judiciais; a apresentação em 15 (quinze) dias de relatório do administrador judicial; a dissolução dos órgãos auxiliares da Recuperação Judicial; e a comunicação ao Registro Público de Empresas para as medidas cabíveis (art. 63, LRE).

Em análise ao procedimento da Recuperação Judicial, percebe-se que a lei atual veio reformulada com um caráter finalístico, voltado especificamente à proteção e satisfação máxima de todos os direitos e interesses envolvidos no procedimento recuperatório.

2.3 Recuperação Extrajudicial

Por sua vez, outra modalidade de Recuperação de Empresas é a Recuperação Extrajudicial, consiste tal instituto jurídico no acordo realizado pelo empresário devedor com seus credores para obtenção de uma solução amigável para a crise da empresa.

Consiste a Recuperação Extrajudicial de acordo com os ensinamentos de Gladston Mamede (2006, p. 298), em uma negociação firmada pelo devedor empresário com os seus credores para o cumprimento das respectivas obrigações, submetendo-a a homologação judicial.

Para que o empresário ou sociedade empresária possam obter a homologação judicial faz-se necessário preencher os requisitos do artigo 48 LRE, já citados anteriormente, conforme estipulado no artigo 161, caput do mesmo diploma, que traz “o devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial”.

Esse dispositivo deixa claro que mesmo os empresários que não preencham tais requisitos para a recuperação, poderão dispor de meios alternativos para a solução de seus dividendos, como o aumento de prazo e o parcelamento.

De acordo com o mesmo dispositivo, em seu § 1º, estão fora da Recuperação Extrajudicial os titulares de créditos de natureza tributária, os derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho. Além destes, estão fora os credores das posições 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. Com isso seus créditos se submeterão aos efeitos e condições contratuais, observada a legislação respectiva.

O devedor empresário não poderá pleitear a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se já houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano extrajudicial há menos de 2 (dois) anos, conforme previsto no § 3º do artigo citado acima.

De acordo com as disposições dos artigos 161 e 163 da LRE, à recuperação em estudo apresenta-se em Ordinária e Extraordinária. Dispõe Fabio Ulhoa Coelho (2007, p.434) que a diferença entre Recuperação Extrajudicial Ordinária e a Extraordinária verifica-se, respectivamente, quando a empresa devedora:

[...] em crise procura seus credores (ou parte deles) e os que conseguem convencer de que a renegociação de suas obrigações é indispensável para a superação do estado crítico e, sem o quito de sacrifício deles (representada pela dilação do prazo de pagamento, novação etc.), não terá com escapar da falência, o acordo de vontades é suficiente para realizar – se o desiderato.

A homologação judicial desse acordo (plano de recuperação) só é obrigatória quando a maioria dos credores atingidos concorda em apóia-lo, mas há uma minoria que nega sua adesão. A homologação judicial, nesse caso, estende os efeitos do plano aos credores minoritários.

Sendo assim, tem-se a Recuperação Extrajudicial Ordinária quando todos os credores estão de conformidade com o acordo firmado com o devedor, conforme previsto no artigo 162 da LRE, todos os credores assinam o acordo de novação ou renegociação, assumindo livremente as obrigações pelo cumprimento do mesmo. Situação em a homologação judicial permite a execução como título executivo judicial, conforme artigo 161, § 6º, do mesmo diploma, pois embora trate-se de uma transação coletiva unânime, faz-se útil tal homologação, pois além de permitir a execução judicial do plano, garante a superação da crise de forma concreta e segura.

Por sua vez, a Recuperação Extrajudicial Extraordinária, disposta no artigo 163, LRE, se verificará quando não se tem a adesão de todos os credores vinculados ao plano, assim, verificando-se a adesão de, no mínimo, 3/5 (três quintos) dos credores de uma mesma classe de crédito, vincula a minoria que não aderiu ao plano.

Desta forma, como apenas 3/5 (três quintos), ou seja, 60% (sessenta por cento) de todos os créditos de cada espécie abrangidos pelo plano, faz-se necessário a homologação do acordo, em virtude de que somente após a homologação é que este acordo passará a abranger todos os credores das espécies por ele abrangidas. Nesta hipótese, como visto, depois de homologado o plano de Recuperação Extrajudicial, os seus efeitos são estendidos obrigatoriamente a todos os credores da empresa, mesmo aqueles que não aderiram.

Tratando-se da Recuperação Extrajudicial Ordinária, no plano de recuperação não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos, artigo 161, § 2º, LRE. Se no entanto o fizer, este plano não poderá ser homologado, mas mesmo se for, tal sentença homologatória não terá validade perante terceiros que, não tendo sido cientificados do procedimento judicial, não podem ser atingidos por seus efeitos (GLADSTON MAMEDE, 2006, p. 302).

Ainda com relação a Recuperação delineada acima, tem-se que uma vez distribuído o pedido de homologação, é vedado aos credores desistirem da homologação do plano, nas linhas do § 5º do artigo citado acima, que ainda traz a ressalva de que tal desistência é possível desde que se tenha a anuência expressa dos demais credores, além do devedor. No entanto, se todos estiverem de acordo e estiverem presentes todos os requisitos, o juiz homologará tal recuperação extrajudicial.

Se, entretanto, houver qualquer impugnação, o devedor terá um prazo de cinco dias para sobre esta se manifestar. Depois de decorrido este prazo os autos serão conclusos ao juiz para sua apreciação, o qual em 5 (cinco) dias homologará o plano se entender que não há qualquer irregularidade, ou decidirá por indeferir a sua homologação se for provado qualquer vício de representação de credores que subscreveram o plano, ou de simulação de créditos, nos termos dos parágrafos 4º, 5º e 6º do artigo 164, LRE.

Já no que se refere a Recuperação Extrajudicial Extraordinária, para que a homologação do plano de recuperação englobe aqueles que não tenham aderido o acordo, faz-se necessário que cada espécie dos 3/5 do total de créditos adiram ao acordo. Ou seja, cada uma das classes previstas no artigo 83 da LRE, quais sejam: a) créditos com garantia real até o limite do bem gravado; b) créditos com privilégio especial; c) créditos com privilégio geral; d) créditos quirografários; e) créditos subordinados, todas estas terão que aderir ao plano na porcentagem de pelo menos 3/5 (três quintos) do seu total de credores.

Além disso, o §3º do artigo 163, do referido diploma em análise prevê para fins exclusivos de apuração do mínimo de 3/5 para adesão expressa ao plano, que havendo crédito em moeda estrangeira, tal valor será convertido para moeda nacional com base no câmbio da véspera da data de assinatura do plano. Com isso, será levada em consideração tal data para cálculo do percentual mínimo, esclarecendo aos demais credores que possíveis

desvalorizações cambiais não poderão ser invocadas para posteriormente tentar evitar a homologação do acordo.

2.4 Órgãos da Recuperação

Como a Recuperação de Empresas tem a importante missão de reorganizar a empresa, para beneficiar a própria empresa, os credores, os empregados e a economia com um todo, tal instituto se conduz com a gerência de três órgãos específicos, são eles: a Assembléia Geral de Credores, o Administrador Judicial e o Comitê de Credores.

De início parte-se para a análise do administrador judicial que é a pessoa responsável por acompanhar e fiscalizar o processo de Recuperação Judicial e Extrajudicial, além de fiscalizar sob a supervisão do juiz os negócios da empresa em recuperação e aqueles que a dirigem. Fazzio Junior (2005,p.326) ensina que “o administrador é um auxiliar qualificado do juízo. Inserido no elenco dos particulares colaboradores da justiça, não representa os credores nem substitui o devedor falido.” O administrador judicial tem apenas a égide de fiscalizar e não de controlar os atos daqueles que dirigem a empresa em crise.

A indicação do administrador judicial é feita pelo juiz, quando do despacho de processamento da Recuperação conforme dispõe o artigo 52 da LRE, devendo ser pessoa idônea, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa, contador ou pessoa jurídica especializada, nomeado pelo juiz, dentre pessoas de sua confiança, para atuar sob sua supervisão direta, de acordo com o artigo 21 da citada lei.

Ao contrário do comissário na Concordata, que era escolhido dentre os principais credores titulares do crédito, o administrador judicial é escolhido dentre as pessoas de idoneidade moral e que seja preferencialmente pessoa de grande requinte profissional, ou seja, que entenda bem do assunto. Essa mudança trouxe mais credibilidade ao processo de

Recuperação, já que o comissário era um credor com vários interesses envolvidos naquela relação jurídica e muitas vezes não possuía qualquer instrução em relação as suas atribuições, em contrapartida o administrador judicial é um auxiliar da justiça com conhecimentos específicos relacionados à administração da empresa, facilitando assim o desenvolver do processo de Recuperação.

A própria LRE impede algumas pessoas de serem nomeadas para exercício dessa função, ainda que preencham os requisitos acima. São aquelas que se enquadrarem em um dos impedimentos do artigo 30, §1º, LRE, a saber: quem não exerceu anteriormente a contento essa função; quem foi destituído dessa função ou da função de membro do Comitê de Credores nos 05 (cinco) anos anteriores à data da nomeação; quem não prestou contas ou teve suas contas desaprovadas pelo exercício dessa função também nos 05 (cinco) anos anteriores à data da nomeação para o cargo de administrador judicial; ou quem possuir vínculo de parentesco ou afinidade, até terceiro grau, com qualquer dos representantes legais da sociedade empresária requerente da Recuperação Judicial, ou quem for amigo, inimigo ou dependente destes.

Como um dos órgãos mais importantes durante a Recuperação, em especial, a judicial, cumpre ao administrador judicial as seguintes funções: presidir a Assembléia Geral de Credores, indicando um secretário dentre os credores presentes; verificar os créditos dos credores; fiscalizar a empresa ou sociedade empresária, bem como os atos do devedor; consolidar o quadro geral de credores; fiscalizar e dar todas as informações necessárias sobre a execução do plano de recuperação através de relatório; e requerer a falência em caso de descumprimento da obrigação assumida no plano de recuperação.

Assim como, receberá pelas suas funções uma remuneração fixada pelo juiz, remuneração esta que não poderá exceder 5% do valor a ser quitado aos credores, cabendo ao devedor empresário arcar com estas despesas, porém perderá o direito a remuneração, quando

verificadas situações descritas na lei em comento, tais como: o administrador renunciar sem relevante fundamentação; descumprir qualquer de suas obrigações legais; tiver suas contas desaprovadas; for destituído da função pelo juiz de ofício ou a requerimento de interessado.

Para que os credores da empresa ou sociedade empresária em crise tenham voz e para que possam manifestar suas vontades durante o processo de Recuperação, eles formarão a Assembléia-Geral de Credores, um órgão colegiado e deliberativo. No entanto, Bezerra Filho (2005,p.110) assevera que o citado órgão não é novidade no sistema jurídico pátrio, pois:

Esta tentativa de introdução da assembléia de credores na Lei de Recuperação e Falências não traz, em verdade, uma novidade, pois a lei anterior já previa desde sua promulgação em 1945, a formação de assembléia-geral de credores, como se pode verificar dos arts. 122 e 123 daquele diploma. No entanto, o desinteresse dos credores sempre foi tão acentuado em formação de assembléias, que estes artigos caíram no esquecimento, sendo desconhecidos até por muitos daqueles que atuam neste campo do direito. Não é possível saber ainda se, com o novo diploma, será despertado o interesse das partes pela assembléia também cairá no esquecimento. São aspectos que, como toda lei com características de codificação – esta Lei seria o código das recuperações e falências –, apenas o tempo esclarecerá.

Porém, esqueceu o citado autor que esta nova Assembléia de Credores veio com mais força e poder de decisão, o que mostra a importância de tal órgão no desenrolar da Recuperação Judicial. Nestes termos esclarece Fabio Ulhoa (2007, p.394) que “a Assembléia de Credores é um importante órgão da recuperação judicial da empresa. A ela cabe, por exemplo, aprovar o plano de recuperação apresentado pela devedora”.

A formação da Assembléia-Geral de Credores apresenta-se em três classes de credores distintas: a Classe I, formada pelos dos titulares de créditos trabalhistas ou acidentários; a Classe II, constituída pelos titulares de créditos com garantia real; e a Classe III, composta pelos titulares de créditos quirografários, com privilégios ou subordinados.

E sua convocação decorrerá de acordo com o artigo 36, caput, LRE, *in verbis*:

Art. 36. A assembleia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, [...].

Em sede de Recuperação Judicial, a Assembleia-Geral de Credores, possui 04 (quatro) instâncias de deliberação, cada uma com competências definidas na LRE. A primeira instância é o Plenário, que tem maior abrangência, com competência residual, haja vista que pode deliberar sobre qualquer matéria que não seja atinente à constituição do Comitê de Credores e ao Plano de Recuperação Judicial. As demais instâncias são as chamadas classistas, cuja formação depende do assunto a ser tratado.

Conforme os ensinamentos de Fábio Ulhoa (2007, p. 398) no que se refere a deliberação, a Assembleia Geral de Credores apresenta-se dividida, pois há quatro instâncias de deliberação: o plenário e três instancias classistas. Dependendo da matéria em discussão, a votação cabe a uma ou mais dessas instancias.

Por ser um órgão deliberativo compete a Assembleia Geral de Credores conforme disposto no artigo 35 da LRE: julgar a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do artigo 52, da citada lei; decidir o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

A respeito, preleciona o autor acima mencionado (2007, p.393) que “as mais relevantes questões relacionadas ao processo de recuperação judicial inserem – se na esfera de competência da Assembleia dos Credores. Simplesmente não tramita a recuperação judicial sem a atuação desse colegiado”.

Tais competências são exercidas por meio de votação, cujo sistema poderá ocorrer por deliberação absoluta ou relativa. Quanto a deliberação de forma absoluta ou majoritária, esta ocorrerá nos casos descritos em lei falimentar, para a qual se dará quando for necessário a aprovação da proposta por credores que representem mais da metade dos

credores presentes, e que para a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação, (de competência das instâncias classistas). Será necessário que todas as classes de credores envolvidas aprovem a proposta e que os credores cujos créditos somados representem mais da metade do passivo correspondente à classe presente à assembléia.

Por sua vez, as deliberações relativas ou por maioria simples, se verificarão quando o que se precisa para a aprovação da proposta em discussão seja a computação da maioria dos créditos dos credores presentes à assembléia. Com isso, a maioria dos presentes em plenário ou em qualquer das instâncias classistas devem somar mais da metade dos créditos dos credores presentes à assembléia e não do total passivo de cada classe presente. Na pauta de deliberação relativa podem estar presentes as propostas relacionadas a constituição do Comitê de Credores, ao pedido de desistência do devedor ou a quaisquer matérias relacionadas ao interesse dos credores, exceto as propostas que digam respeito ao plano de Recuperação.

Com referência ao direito de voto nas deliberações da Assembléia Geral de credores, a princípio, todo aquele que se diz credor tem direito a voto, no entanto para fazer valer esse direito, o seu nome, o valor de seus créditos e sua classe respectiva inclusos no plano de recuperação judicial terão que aparecer em umas das três seguintes relações: a lista dos credores que acompanham a petição inicial dada pelo devedor; a da relação organizada pelo administrador judicial, que é baseada nas informações e documentos colhidos; e a lista da consolidação do quadro geral de credores, que é a lista homologada pelo juiz tomando por base a lista elaborada pelo administrador judicial e nas decisões proferidas nas impugnações.

Ainda no que se refere aos órgãos da Recuperação, tem-se o Comitê de Credores, o qual consiste num órgão de representação dos interesses dos titulares de crédito, tendo como primordiais funções: a verificação da evolução das atividades do devedor no

desenvolvimento da execução do plano de recuperação judicial, e fiscalização do administrador judicial.

O referido órgão não tem existência obrigatória, a respeito informa Fazzio Junior (2009, p. 632) que:

Se o administrador judicial é órgão de existência obrigatória no processo de recuperação, a constituição do Comitê é facultativo, dependente de livre deliberação de qualquer das classes de credores, na assembléia geral de credores, convocada pelo juiz. A constituição do Comitê deve ser fundamentada na necessidade, esta ditada pela complexidade do procedimento e/ou pelo porte econômico-financeiro da empresa.

Com bem salientou o autor supracitado, o Comitê de Credores é órgão de existência facultativa, tendo maior utilidade nas recuperações de maior porte e dificuldade, em que envolvam grandes empresas em dificuldade financeira, exigindo assim um maior controle pelos credores envolvidos.

Para que o citado órgão exista, os próprios credores devem decidir pela sua composição. Assim, qualquer uma das classes de credores pode requerer a instalação do Comitê, cujo funcionamento será decidido na Assembléia Geral de Credores, decisão esta tomada pelas instâncias classistas, bastando para sua instalação, a maioria em uma das classes.

Caso seja instalado, cada instância classista elege 01 (um) membro titular e 02 (dois) suplentes, ou seja, o Comitê será constituído por um membro dos credores de cada classe: um dos trabalhistas, um dos titulares de crédito com direito real de garantia ou privilégio especial, e um dos quirografários ou com privilégio geral, somando assim três representantes, possuindo cada um dois suplentes.

Para presidir o Comitê de Credores, os próprios membros decidirão dentre eles qual o melhor representante. Tal representação foi muito bem definida na atual LRE, pois se tal órgão fosse representado por qualquer outra pessoa distinta daqueles que o constituem perderia o sentido de existência (art.26, LRE). Pela análise do artigo anteriormente citado,

poderá o Comitê ser formado por somente algumas ou uma das classes de credores, é o que ocorrerá quando determinadas classes não indicarem os representantes para formalização do órgão.

Cujas funções estão enumeradas no artigo 27 da LRE, dentre elas: fiscalizar o administrador judicial e a empresa devedora sob recuperação; elaboração de plano de recuperação alternativo ao apresentado pela sociedade empresária devedora; deliberar sobre as alienações de bens do ativo permanente e os endividamentos necessários à continuação da atividade empresarial; receber qualquer reclamação contra a devedora, devendo, neste caso, investigar a reclamação propondo o que for cabível à solução dos eventuais problemas que venham a prejudicar o andamento da recuperação.

Como visto anteriormente, a formação do Comitê de Credores é facultativa, com isso é previsto na LRE em seu artigo 28 que caso não seja formalizado, suas atribuições caberão ao administrador judicial, ou, na incompatibilidade deste, ao juiz da Recuperação.

Portanto, para atingir os objetivos da Recuperação o legislador através da instituição e aperfeiçoamento destes órgãos tornou o procedimento mais rápido e seguro, atendendo assim ao princípio da celeridade e da economia processual. Como exemplo, tem-se que enquanto alguns pedidos são julgados, o quadro-geral de credores já vai sendo definido, e, independentemente de sua conclusão, a venda do ativo é autorizada pelo juiz, que deve ser orientado pelos critérios do que for mais vantajoso e interessante à massa, podendo inclusive utilizar meios que nem sequer são mencionados na lei, desde que lícitos.

CAPÍTULO 3 – A EFETIVIDADE SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Com o avanço da estrutura legal nos últimos anos, é notório perceber na atual conjuntura sócio-jurídica a existência da função social da empresa como princípio norteador dos atos de toda uma atividade empresarial, a qual passa a ter como diretriz norteadora o referido princípio, o qual está consagrado na própria Constituição Federal e na atual Lei de Recuperação de Empresas.

Tal modernização na legislação comercial trouxe com o atual sistema de Recuperação de Empresas enormes benefícios jurídicos, dando mais opções ao empresário em dificuldade econômico-financeira. Que através da recuperação Judicial ou Extrajudicial, tem a sua disposição, procedimentos que funcionam como mecanismos de solução a situação acima referida.

3.1 Função social da empresa

Como se sabe, os princípios são as estruturas balizares de todo um arcabouço jurídico. Diante disso, o princípio da função social deve irradiar os objetivos da empresa, esclarecendo que a mesma não deve ter somente a finalidade de produzir vantagens econômicas, ou seja, o lucro, mas também desenvolver os valores sociais e interesses que ultrapassem os fins lucrativos dos empresários.

Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o princípio da função social verificou-se presente no Direito Brasileiro através da Lei 6.404 de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), trazendo-o de forma expressa em seus artigos 116 e 154, *in verbis*:

Art.116[...]

Parágrafo Único – O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham

e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

[...]

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

O atual Código Civil, através do Direito Empresarial reforça a aplicação do princípio em tela, uma vez que os princípios informadores da legislação civil auxiliam na consecução da referida função social, como ao receptor através do princípio da socialidade a função social da empresa, ao estabelecer economicamente os contratos através do princípio da eticidade, ou ao aproximar a norma ao caso concreto, pelo princípio da operabilidade.

Mas foi com a promulgação da Carta Federal de 1988 que a função social da empresa assumiu a importância jurídica hoje encontrada, isto devido a enorme mudança política, econômica e ideológica introduzida por esta Carta Magna. Sendo um dispositivo eminentemente social, a Constituição Federal traz no seu texto inúmeros dispositivos que enaltecem a função social.

Verifica-se de acordo com o artigo 5º, do citado diploma que o princípio da função social da empresa decorre do princípio constitucional da função social da propriedade, estando intimamente vinculado. Assim traz a Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII- a propriedade atenderá a sua função social.

Tal dispositivo verifica a função social da propriedade como um todo, ou seja, aplicável de um modo geral, ficando claro que este princípio se estende a todo e qualquer tipo de propriedade, inclusive a empresa.

Torna-se então inegável o valor de princípio constitucional em estudo, pois a Carta Magna ainda o consagra em seu artigo 170, III. Com isso, tem a empresa a

responsabilidade de organizar e equilibrar a sociedade economicamente, atendendo o interesse social, seja através da abertura de postos de trabalho ou da circulação de bens e serviços. Assim, o empresário não pode mais pensar exclusivamente na geração de lucro, mas adentrar na visão social de servir a comunidade.

Essa visão é entendida por Paulo Roberto Arnoldi (2000, p.87) para o qual:

A empresa, tal qual a concebemos hoje, não é mais uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo, um poder. Representa uma força socioeconômica – financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar de forma decisiva, o local em que se encontra.

Isso acontece, pois com o Estado Democrático de Direito, os deveres de solidariedade e garantia dos direitos sociais não cabem apenas ao Estado, mas também a toda propriedade fomentadora de riquezas.

Observa-se então que toda propriedade necessita cumprir a sua função social, e a empresa como tal, deve se preocupar em desenvolver as medidas necessárias para a efetivação desta função, pois estes mandamentos estão consagrados na Constituição Federal, através dos vários dispositivos além dos anteriormente já citados, como os artigos 173, § 1º, I, 182, §2º, 184, caput e 185, parágrafo único.

A função social da empresa pode ser encontrada na própria geração de riquezas para o consumo social, na manutenção de empregos, no pagamento de impostos, no desenvolvimento tecnológico para melhor servir a coletividade, na movimentação do mercado econômico e também no próprio fim lucrativo da empresa. Lucro este que deverá ser reinvestido para alavancar e complementar o ciclo econômico, injetando no processo de novos empregos e de novos investimentos. Portanto, o citado princípio deve estar sempre atrelado aos interesses e necessidades da sociedade, assegurando a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social.

Neste diapasão, encontra-se Fábio Comparato (1986, p.65) o qual preleciona que:

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em *função social* ou coletiva. (...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

Com isso, os atos dos administradores das empresas devem estar voltados ao fim social do bem comum, no entanto, a empresa não é uma assistência social, e com isso não deve perder a noção dos seus interesses privados, ou seja, o fim lucrativo.

No entanto, a função social da empresa não está apenas na geração de empregos ou na circulação de bens ou serviços, devendo também a empresa basear-se no respeito das relações de consumo, agindo com presteza na disposição dos serviços e na qualidade dos produtos direcionados ao consumidor, além de poder o empresário na direção da empresa exercer suas atividades sem esquecer do respeito ao meio ambiente, estabelecendo um desenvolvimento guiado pelo uso racional dos recursos naturais.

À empresa é interessante agir conforme exposto acima, pois ela deve estar sempre à procura de melhorar sua imagem e reputação, buscando credibilidade no mercado e junto à coletividade. Atuar com responsabilidade social é implementar um processo produtivo que não agrida o meio ambiente, que valorize o homem como profissional, que coloque no mercado, com ética, produtos cuja qualidade seja reconhecida e em concordância com a normalização consumerista (CAPEL FILHO, 2009).

Entretanto, existem empresas que de diversas formas descumpre a sua função social, o que se verifica quando pratica a concorrência desleal, exerce sua atividade agredindo

o meio ambiente, não resguarda a saúde e segurança de seus funcionários no ambiente de trabalho, ou quando sonega tributos e pratica quaisquer atos de ingerência.

Assim, a empresa como fator determinante do equilíbrio social e econômico, deve ser preservada para assim continuar a garantir as condições propícias para o desempenho de sua função social, neste sentido, segue Acórdão do antigo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, exposto no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2009), em julgamento do processo nº. 2.0000.00.334541-7/000(1), de 12.06.2001, Rel. Silas Vieira:

Sendo os bens, objeto da alienação fiduciária, essenciais à atividade básica da empresa devedora, admite-se que os mesmos permaneçam em sua posse, no decorrer da ação de busca e apreensão, até o momento da efetivação da venda. Trata-se de uma excepcionalidade, em atenção à função social da empresa. ... De fato, privar a recorrente dos aludidos bens irá, indubitavelmente, comprometer ou até mesmo inviabilizar a sua produção, o que sacrificará, por consectário, o intento de saldar seus compromissos, e inviabilizará, certamente, a manutenção de seus empregados. Em casos tais, o julgador deve ater-se à função social da empresa, de modo a evitar que a medida judicial crie óbice à realização de seu objetivo social, valendo ressaltar que a jurisprudência, tanto dos tribunais superiores como deste Sodalício abonam o entendimento ora empossado.

Com a prática das empresas no que se refere ao cumprimento do princípio da função social, será garantida a efetividade da justiça social e o desenvolvimento econômico será feito de forma mais equitativa e beneficiará assim a justiça social da economia.

Portanto, percebe-se que o empresário deve dar uma utilidade social a seus negócios, usando a propriedade privada em benefício dos interesses de toda a coletividade, fazendo com que a sociedade cresça e desenvolva-se de forma mais justa e igualitária, e ao mesmo tempo zelar pelo pleno exercício da atividade empresarial.

3.2. Análise sócio-jurídica acerca da finalidade da Recuperação de Empresas

Baseia-se a atual Lei Falimentar no princípio da manutenção da empresa com base na sua função social e viabilidade. Nestes termos o artigo 47 da referida lei dispõe que:

Art. 47 A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Além de prever a superação da crise empresarial, a lei supracitada estabelece de forma expressa a função social da empresa, demonstrando a preocupação do legislador pátrio com o caráter social da empresa relacionando-o com a manutenção da mesma, além do emprego dos trabalhadores e da satisfação dos credores, ao contrário do que se via na legislação anterior (Decreto Lei 7.661/45), pois não relacionava a Concordata como meio de preservação da empresa, mas sim um degrau antes da falência, haja vista que por meio do citado instituto jurídico poucas empresas conseguiam sobreviver e tinham como desfecho mais freqüente a decretação da falência. (JOSÉ PROENÇA, 2005, p.30).

Ante o exposto, tem-se a recuperação como um instituto jurídico centrado na ética da solidariedade, o qual busca vencer o momento de crise econômico-financeiro da empresa, garantindo assim a preservação das atividades empresariais, a continuidade do emprego, a satisfação dos credores e a função social da empresa perante a sociedade.

Nestes termos, Paulo Toledo (2005, p.108) bem expõe que:

Por ter a recuperação como fundamento a ética da solidariedade, a lógica de mercado, apanágio do sistema capitalista e da teoria de maximização dos lucros, deve ceder diante da ética da solidariedade, sobretudo quando se trata de uma lei de ordem pública, como a que disciplina a ação de recuperação judicial, que objetiva preservar a empresa, pois ela tem uma função social a cumprir, manter os postos de trabalho, porquanto o desemprego atenta contra a dignidade da pessoa humana, e garantir o recebimento dos créditos, visto que o crédito é o combustível da atividade econômica e do progresso social.

O legislador deixou claro na LRE que os interesses envolvidos na busca pelo saneamento do estado de crise econômico-financeira da empresa não está somente no conflito privado de cunho patrimonial, entre devedor e credores, mas que se expande e envolve os interesses gerais e coletivos, ou seja, abarcam também os interesses públicos e sociais, os

quais devem ser levados em consideração no momento do ajuizamento da ação de recuperação.

A Recuperação, seja ela Judicial ou Extrajudicial, deve então tentar preservar de todas as formas a atividade produtiva da empresa, deste que viável tal preservação, pois além de resguardar a atividade econômica da empresa baseada na manutenção do setor de produção de riquezas e na circulação de bens ou na prestação de serviços, é de saber que a empresa não atende apenas aos interesses de seu empresário, mas também ao zelo da sociedade em geral, pois em caso de extinção das atividades de uma empresa a coletividade como um todo será afetada.

O pensamento ditado acima decorre do princípio da preservação da empresa, o qual é corolário do princípio da função social da empresa. No entanto, para a efetivação do princípio da preservação da empresa, é necessária a percepção da viabilidade econômica da mesma, para atender os objetivos do plano de recuperação, importando dizer que caso não seja viável preservar a empresa em crise, suas atividades serão encerradas e em consequência disso será colocado em trâmite sua falência.

Nesse propósito, destaca-se a opinião de Waldo Fazzio (2009, p.574) que comenta e explica que a Lei de Recuperação de Empresas:

Fixa uma dicotomia essencial entre as empresas economicamente viáveis e as inviáveis. De tal arte que o mecanismo da recuperação é indicado para as primeiras, enquanto o processo de falência apresenta-se como o mais eficiente para a solução judicial da situação econômica das empresas inviáveis. Viáveis, é claro, são aquelas empresas que reúnem condições de observar os planos de reorganização estipulados na LRE. A aferição dessa viabilidade está ligada a fatores endógenos (ativo e passivo, faturamento anual, nível de endividamento, tempo de constituição e outras características da empresa) e exógenos (relevância socioeconômica da atividade etc.).

No mesmo sentido Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 382) expõe que:

Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de

solução de mercado, o devedor que a postula deve mostrar-se digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la. Essas condições agrupam-se no conceito de viabilidade da empresa, a ser aferida no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial.

Torna-se evidente que nem toda empresa poderá lograr êxito no processo de Recuperação, pois a verificação dos fatores econômicos e sociais é que vão mostrar a sua viabilidade perante o plano de recuperação. Assim, mesmo que uma empresa em recuperação traga enorme impacto social com seu encerramento, não é possível continuar sua atividade, já que outros fatores como um passivo bem superior ao ativo, ou que sua produção tenha objeto ilícito, superam tal impacto social.

Desta forma, vários fatores e princípios deverão ser colocados em análise para assim se constatar a viabilidade da empresa para recuperação, pois muitas vezes, no caso de inviabilidade, pode a recuperação ao invés de segurança social, causar desequilíbrio e desestabilização social.

Diante da viabilidade econômica da empresa deve-se processar a Recuperação, mas em conformidades com a lei e sempre observando o princípio da função social. O qual embora esteja presente na LRE durante todo o seu processamento, algumas vezes se torna antagônica, é o que decorre da leitura do artigo 57 da referida lei, que tem o seguinte conteúdo, *in verbis*:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Diante da leitura do referido artigo, indaga-se: como é que a empresa que busca a Recuperação Judicial já por estar em dificuldades financeiras, caso contrário não o faria, pode dar certidão negativa de débito tributário? Pois as empresas em crise, são na sua quase totalidade, devedoras do fisco, pois, primeiramente deixam de pagar os tributos para não

deixarem de honrar seus compromissos, seja com seus fornecedores ou com seus empregados. Isto de logo inviabilizaria a continuidade das atividades da empresa. Mas tal dispositivo da lei deve ser interpretado caso a caso para ser colocado em prática.

Foi seguindo esse entendimento, que o juiz Luiz Henrique Miranda, da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponta Grossa, Estado do Paraná, proferiu em 02 de dezembro de 2005, uma das primeiras decisões no país que concedeu a Recuperação Judicial a uma empresa que não apresentou as certidões negativas de débitos tributários, conforme exigência do artigo 57 da LRE, citada por Ronny Carvalho (2009). No bojo dos autos 390/2005 assim se pronunciou o magistrado:

Como é sabido, o instituto da recuperação judicial foi inspirado no princípio constitucional da função social da empresa, que por sua vez, se coliga com o princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Nessa ordem de idéias, o instituto da recuperação judicial se apresenta como um mecanismo voltado à preservação de uma empresa que atende a uma função social e que, por circunstâncias acidentais, entra em crise econômico-financeira, mas que, apesar disso, se mostra viável dependendo apenas de ajustes na sua rotina administrativa e de algumas concessões por parte dos credores para se reerguer e voltar a operar de forma saudável para o mercado. (...) Na realidade, a subordinação do deferimento da recuperação judicial à apresentação de certidões negativas de débitos tributários colide com os princípios constitucionais antes mencionados na medida em que inviabiliza a salvação da empresa, entendimento do qual não discrepa a doutrina... Enfim, a exigência de apresentação de certidões negativas – que, na prática, equivale a impor ao empresário estar em dia com as obrigações fiscais e previdenciárias – inviabiliza a recuperação judicial. Fazendo-o, conflita com o princípio constitucional da função social da empresa e com os outros que a ele se ligam, entre os quais o da dignidade da pessoa humana. (...) Sintetizando, a exigência de apresentação de certidões comprobatórias de inexistência de débitos junto ao fisco e à previdência, feita pelo artigo 57 da Lei 11.101/2005, ofende o princípio constitucional da função social da empresa, malfero o princípio da razoabilidade e agride garantias constitucionais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa dadas ao contribuinte. Por tal razão, deve a Autora ser dispensada do cumprimento dessa mesma exigência, e, porque preenchidos os demais requisitos legais, ao que se soma a aprovação unânime dos credores que compareceram à assembléia-geral ao plano de recuperação, deve ser deferido o pedido inicial.

Com classe, o magistrado supracitado colocou bem qual é o sentido da Recuperação de Empresas, tomando por base o princípio da razoabilidade e o da função social da empresa, colocando-os em superioridade em relação ao citado dispositivo da LRE.

É nessa direção que deve ser aplicado o princípio da preservação da empresa, pois assim a empresa continuará as atividades de produção, e como consequência a

manutenção dos empregos dos trabalhadores, satisfação dos credores, bem como a circulação de bens e serviços, centrando assim na realização plena de sua função social perante o processo de Recuperação.

Nestes mesmos ideais encontra-se Gladston Mamede (2005, p417), quando bem relaciona o contexto da função social da empresa a sua preservação:

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente: tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou sociedade empresária, prejudica também todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado. (grifo nosso)

Nota-se que a função social da empresa encontra-se vinculada a própria sobrevivência da atividade empresarial, pois o interesse social está na estabilização do emprego, na circulação de bens e na prestação de serviços.

Por isso, não se pode condenar a busca pelo lucro empresarial, haja vista que a empresa não se resume apenas no lucro, mas também na prestação relevante de interesses sociais, pois mesmo que a empresa esteja baseada num sistema capitalista, deve, sempre que possível, estar na sua plena atividade produtiva, para assim poder realizar os interesses sociais alcançáveis pela mesma.

3.3 Comprovação da efetividade da Recuperação de Empresas

Nestes tempos de crise econômico-financeira muitos gestores estão requerendo processos de recuperação de suas empresas para enfrentar estes momentos de dificuldade e reerguer a atividade produtora, evitando assim o encerramento de suas operações. A atual Lei

de Recuperação de Empresas entrou em vigor para justamente regulamentar a recuperação empresarial e dar ao empresário meios de salvar a empresa em estado de insolvência durante estes períodos de conturbação econômica, tomando por base o estímulo a atividade econômica e a função social da empresa.

Assim, o legislador alterou de forma significativa os mecanismos e procedimentos para a Recuperação Empresarial, visando permitir que as empresas em dificuldade momentânea de capital adimplissem com seus compromissos, e que, além disso, pudessem reestruturar seus débitos através de um plano de pagamentos. Tal plano pode ser negociado diretamente com credores, como é o caso da Recuperação Extrajudicial, ou submetido à procedimento judicial, conforme se apresenta a Recuperação Judicial.

A LRE prever regras mais seguras e coerentes no que tange o processamento da Recuperação de Empresas, e ainda trouxe a aplicação do aspecto social como fator determinante para a sua efetividade, conforme anteriormente visto.

Além disso, reportando um pouco pra parte de Falência, mas com reflexos na manutenção da empresa, foi de grande avanço o privilégio dado a Recuperação com relação à satisfação dos credores, não que estes não possam ter garantido a quitação de seus créditos, é que pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, se o credor que possuísse uma duplicata fosse qualquer o valor, a qual não fosse paga no vencimento poderia tal credor requerer em juízo a falência do empresário. Hoje com a atual legislação, a chamada falência por impontualidade pode ser requerida apenas por credor que tenha título de crédito cuja dívida ultrapasse a soma de 40 (quarenta) salários mínimos, conforme dispõe o artigo 94, I, da LRE.

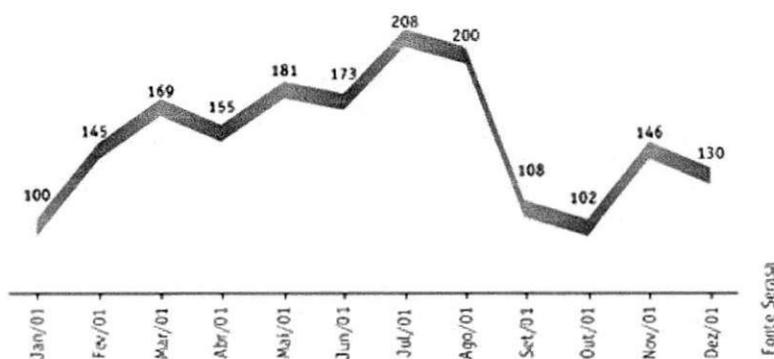
Vários avanços estão presentes na LRE, e entre eles, o que mais chamou atenção foi o fim da Concordata e o implemento da atual Recuperação, Judicial ou Extrajudicial. Sendo esta última um dos grandes implementos da atual lei, isto devido à possibilidade que o empresário tem de propor a seus credores um plano para soerguer a sua empresa, o qual

obtendo a concordância de seus signatários, o plano será conduzido a homologação judicial, fazendo com que neste caso o Estado tenha intervenção mínima na Recuperação da empresa.

Com estas idéias encontrava-se o relator do projeto da LRE, o Deputado Osvaldo Biolchi (*apud* Paulo Toletto, 2005) bem dispôs: “A nova Lei moderniza o relacionamento entre a empresa e os credores, trazendo entre as principais inovações a substituição do processo de concordata banido por novos mecanismos: a recuperação judicial e a extrajudicial”.

Entre outros aspectos positivos da Lei de Recuperação de Empresas encontra-se a criação de inúmeras condições para a recuperação da empresa que nos termos do artigo 50, demonstrou o amplo apoio dado para a manutenção da empresa em recuperação, além de um procedimento facilitado, como no caso no processo de venda para o favorecimento da quitação do passivo ou para a retomada da atividade produtiva da empresa.

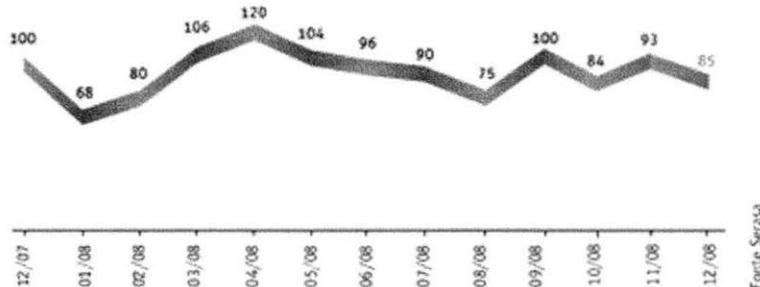
Para comprovar as vantagens, bem como a efetividade da atual Lei Falimentar, em especial aos benefícios postos a disposição das empresas em crise, verifica-se com base no gráfico abaixo disponível no site <http://www.serasa.com.br/empresa/indices/flash/home-indicadores.htm>, que antes da entrada em vigor da citada lei, o número mensal de falências decretadas no ano de 2001 era de em média de 350 empresas, conforme os números percentuais estabelecidos em seguida:



Obs.: A base 100 é sempre o mês inicial do ano.

Tal realidade era decorrente de falta de mecanismos e procedimentos capazes de reerguer a atividade produtiva da empresa de forma célere e segura, principalmente nos períodos de crise acentuada, onde a empresa fica vulnerável economicamente.

Porém com o advento da LRE, mais precisamente no ano de 2008, tem-se a redução acentuada de falências decretadas para uma média de 75 empresas mensais encerradas, conforme demonstra o gráfico disponível do site acima mencionado, que segue:

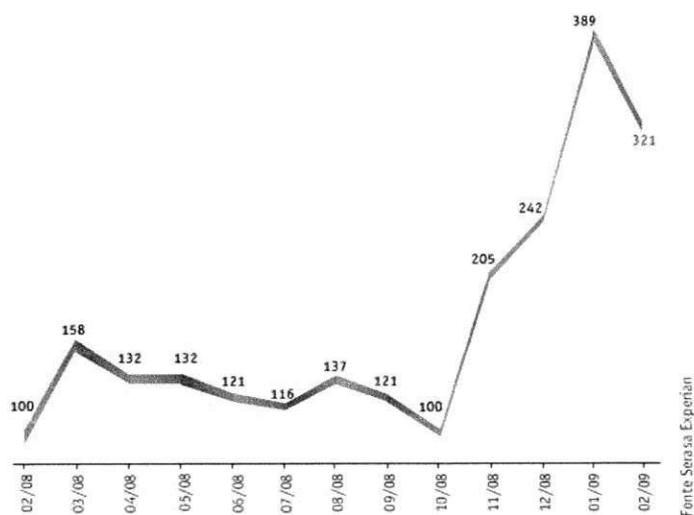


Obs.: A base 100 é sempre o mês inicial do ano.

Traduzindo o gráfico em números, segundo relatório do Serasa (2009), foram decretadas no ano de 2001 em torno de 4.200 (quatro mil e duzentas) falências, enquanto que no ano de 2008 esse número foi reduzido para o total de 900 (novecentas). Esta redução no número de empresas com suas atividades encerradas é decorrente do implemento de maiores condições para o empresário em crise se reestruturar, através de uma estrutura de métodos coerentes com a preservação da empresa, os quais agem de forma segura e rápida para colocar em funcionamento aquela atividade empresarial em dificuldade. O que se consubstancia no aumento do desenvolvimento econômico e social do país.

Esta análise reflete muito bem os efeitos positivos da aplicabilidade da presente norma perante a sobrevivência das atividades produtivas da empresa, trazendo um novo horizonte através da Recuperação, principalmente nestes tempos de crise, onde o número de

recuperações requeridas aumenta consideravelmente, de acordo com gráfico abaixo retirado do site do Serasa anteriormente citado, que traz um aumento brusco no pedido de recuperações a partir de novembro de 2008, quando a crise atual se acentuou:



Obs.: A base 100 é sempre o mês inicial do ano.

Tais demonstrativos, exteriorizam o avanço não apenas jurídico, mas principalmente econômico e social, decorrentes da efetividade da lei em estudo, diante da manutenção da empresa em funcionamento, ante o impacto social de uma crise econômica que é amenizada ao passo em que são mantidos os empregos dos trabalhadores, a satisfação dos fornecedores, além de permanecer toda a camada estrutural da empresa que contribui de uma forma ou de outra com a sociedade em geral, seja por meio da utilização de seus produtos, ou pelo recebimento de seus serviços.

Percebe-se assim, a efetividade sócio-jurídica do instituto da Recuperação de Empresas, pois através de seus métodos atuais, reduziu-se o declínio econômico do país, devido a salvaguarda dada as empresas em situação de crise, e em consequência melhorou as condições sociais, em virtude da manutenção dos postos de trabalho e do comprometimento

das empresas com a função social, caracterizando um aumento efetivo no desenvolvimento econômico-social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da abordagem fática dos argumentos expostos no presente trabalho, torna-se nítida a efetividade do instituto jurídico da Recuperação de Empresas no âmbito da reestruturação econômico-financeira da atividade empresarial em crise, gerando assim a permanência da função social da empresa perante a sociedade, haja vista o inter-relacionamento do referido principio com o instituto em tela.

O qual se destaca como fator decisivo para o desenvolvimento econômico e social do país, ante os mecanismos legais dispostos pela LRE que viabilizam a superação da crise econômica do empresário devedor, com o fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim a preservação da empresa e o estímulo à atividade econômica.

Para demonstrar a efetividade do instituto em tela, foram abordadas as noções gerais de empresa através de seus elementos caracterizadores, visualizando o seu fim social. Nesta primeira parte, também fora feito um relato histórico acerca do Direito Empresarial até os dias atuais, exibindo as suas fases econômicas no decorrer de cada época.

Logo em seguida, versou-se sobre os procedimentos da Recuperação de Empresas, dispondo acerca das características e do desenvolvimento do processo de Recuperação Judicial, além de mostrar a celeridade e a eficácia da Recuperação Extrajudicial. Evidenciando através de seus órgãos, a funcionalidade e a interação que tais mecanismos têm com os credores.

Por último, comprovou-se a efetividade da Recuperação, apresentando desde logo uma consideração acerca do principio da função social da empresa, oportunidade em que se enfatizou o valor coletivo que o mesmo determina, principalmente por manter relação com a preservação da empresa, um dos objetivos da Recuperação de Empresas.

Cuja aplicabilidade restou evidenciada, mediante uma análise sócio-jurídica da mesma, a qual constatou que a finalidade do instituo jurídico em estudo, é corroborar com a celeridade do processo de recuperação, para que se promova ao caso concreto a manutenção da empresa e a sua função social, contribuindo assim para a satisfação dos credores e para o incremento parcimonioso e social da comunidade em que a empresa em crise está inserida.

Logo, observa-se que foram alcançados os objetivos propostos, haja vista que a presente monografia foi estruturada numa seqüência lógica e objetiva acima relatada, utilizando-se para tanto dos métodos bibliográfico, exegético-jurídico, histórico-evolutivo e comparativo.

Alcançados também os resultados propostos, quais sejam: demonstrou-se a significativa presença do princípio da função social da empresa, relatando o grau de importância para a sociedade; constatou-se o objetivo da Recuperação Empresarial, qual seja: a preservação da empresa no mercado; bem como permitiu-se comprovar a efetiva contribuição do mencionado instituto, ao confirmar sua importância, principalmente na reestruturação econômica empresarial em tempos de crise, o que sintetiza no aumento do desenvolvimento econômico e social do país.

Confirmaram-se deveras, o problema e a hipótese formulados, sendo o primeiro retratado no seguinte questionamento: Tem a Recuperação de Empresas a efetiva aplicabilidade no cenário sócio- jurídico brasileiro? Sim, pois verifica-se nos últimos anos, após a entrada em vigor da lei em comento, uma redução no número de empresas com suas atividades encerradas, ou seja, falidas. O que se deve ao implemento de condições para o empresário em crise se reerguer, com base numa estrutura de métodos coerentes com a preservação da empresa, os quais agem de forma segura e célere para colocar em funcionamento aquela atividade empresarial em dificuldade econômica.

Portanto, tem-se que a Recuperação Judicial e Extrajudicial são importantes mecanismos jurídicos na busca pela reestruturação da atividade empresarial em declínio, pois evita um maior impacto social e econômico: a falência. Permitindo assim um avanço sócio-jurídico no cenário empresarial brasileiro ante a promoção do desenvolvimento econômico com base na promoção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARNOLDO, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. *Função Social da Empresa*. Direito-USF, V.17, 2000.

BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de Direito Comercial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falência comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL, Código Civil. ANGHER, Ane Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____, Constituição Federal de 1988. ANGHER, Ane Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____, Decreto-Lei 7.661 21 de Junho de 1945, Antiga Lei de Falências, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del7661.htm> ; Acessado em: 25/04/2009.

_____, Lei 11.101/2005. ANGHER, Ane Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____, Lei 6.404 de 15 de Dezembro de 1976, Dispõe sobre as Sociedades por Ações, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 25/04/2009.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *Julgado 346/05, processo nº. 2.0000.00.334541-7/000(1)*. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20/05/ 2009.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAPEL FILHO, Hélio. *Função Social da Empresa: adequação às exigências do mercado ou filantropia?* Elaborado em outubro/2004, Revista Jus Vigilantibus, Sábado, 30 de abril de 2005, Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/15411>, Acesso em: 15/04/2009.

CARVALHO, Ronny da Silva. *Lei de Recuperação de Empresas e sua necessária interpretação principiológica como único meio à consecução de seu objetivo jurídico colimad.*, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7900>. Acesso em: 26/03/2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. v.1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa.v.3. 7.ed.*São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 63., 1986.

Consultoria Legislativa do Senado Federal. *A Nova Lei de Falências e o Instituto da Recuperação Extrajudicial*; Coordenação de Estudos: Humberto Lucena Pereira da Fonseca e Marcos Antônio Kohler; Disponível em: http://www.senado.gov.br/coleg/textos_discussao/texto22%20-%20humberto%20e%20marcos%20k.pdf; acesso em: 20/04/2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial. 10. ed.* São Paulo: Atlas, 2009.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.1. ed.* São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. *A polêmica conceituação de principal estabelecimento para fins de falência e recuperação de empresas.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6941>. Acesso em: 24/04/2009.

FIUZA, César. *Direito Civil: Atualidades II. Da Autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais.* 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCIA, Valdinei Pereira. *Elementos da Empresa: O Empresário, A Atividade Empresarial e o Estabelecimento.* Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/3888/1/elementos-da-empresa-o-empresario-a-atividade-empresarial-e-o-estabelecimento/paginal.html>. Acesso em: 20/04/2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Manual de Direito Comercial. 2. ed.* Curitiba: Juruá, 2000.

MACHADO, Daniel Pereira. *O novo Código Civil e a Teoria da Empresa.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2901>. Acesso em: 13/03/2009.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: empresa e atuação empresarial. v.1. 2.ed.* São Paulo: Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro. Falência e Recuperação de Empresas. v.4.1.ed.* São Paulo: Atlas, 2006.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial. 2. ed.* São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial. 25 ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa. v.1. 3. ed.* São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Carolina da Silva. *A empresa no Código Civil Brasileiro – o trinômio:*

empresa, empresário e estabelecimento. Disponível em:
[www.franca.unesp.br/Carolina da Siva Pereira.pdf](http://www.franca.unesp.br/Carolina_da_Siva_Pereira.pdf), Acesso: em 04/03/2009.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Direito Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v.1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SERASA, Empresa. *Índices Econômicos*. Disponível em:
<http://www.serasa.com.br/empresa/indices/flash/home-indicadores.htm>, Acesso em:
12/02/2009.

TEIXEIRA, Guilherme Pereira. *Evolução Histórica do Direito Comercial*. Disponível em:
www.facs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2002/corpodiscente/guilherme.doc. Acesso em:
14/04/2009.

TOLEDO, Paulo Salles de. *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*.
1ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

