



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VICTOR AMARAL VIEIRA

**LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA: ASPECTOS
IMPORTANTES TRAZIDOS PELA LEI 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005**

**BARBACENA
2014**

VICTOR AMARAL VIEIRA

**LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA: ASPECTOS
IMPORTANTES TRAZIDOS PELA LEI 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Marco Antônio Xavier de Souza

**BARBACENA
2014**

Victor Amaral Vieira

**LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA: ASPECTOS
IMPORTANTES TRAZIDOS PELA LEI 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mestre Marco Antônio Xavier de Souza
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Agradecimento

Agradeço a Deus, pois ele é o responsável e a razão de tudo isso. Não fosse o Senhor, não chegaria tão longe!

Agradeço a minha mãe pelo amor constante. Você é muito mais do que apenas minha genitora, você é e sempre será meu maior exemplo pra vida, não importa em qual área eu seja exigido.

Ao meu pai, o homem mais culto que conheço. Talvez você não saiba, mas te ver sempre com um livro em mãos se tornou um grande espelho da hombridade que anseio carregar pra sempre em minha vida.

Agradeço ao meu irmão João, cuja pureza concedida por Deus e o amor incondicional são um verdadeiro bálsamo de vida, alegria e esperança. Te amo, herói!

A minha avó Naná, que sei que ora por mim desde o dia em que vim ao mundo e por causa disso, sei que me tornarei alguém de quem se orgulhe.

A minha namorada Darlene, a companheira que Deus colocou pra caminhar junto comigo os melhores (e piores também) caminhos da minha vida. Obrigado pelo amor, honestidade e confiança, princesa.

Agradeço aos loucos, adoráveis e fiéis amigos da “Quadrilha”: Denilson, Doug, Jajá e Léo. Amigos, as nossas aventuras não terminam aqui. De tudo que esses cinco anos puderam me trazer, vocês foram com certeza absoluta o melhor. Nossa amizade é eterna, não importa onde a vida possa nos levar.

Agradeço a todos os professores que se empenharam em nos dar o que tinham de melhor sem a menor cerimônia. De forma especial, agradeço a professora Cristina Prezoti por me passar tudo o que sei sobre Processo Civil e, muito mais que isso, por sair do lugar de professora e se colocar como amiga. Ao professor Fernando Prado que me indicou o tema deste trabalho e que muito atenciosamente aceitou tomar parte da banca examinadora junto a profissionais de mesma excelência: professor Marco Antônio e professor Rafael Oliveira.

Que Deus nos abençoe a todos e que possamos trilhar nossos caminhos com todos os ventos favoráveis a nossas maiores realizações: nossos sonhos!

“Justiça e direito são o fundamento do teu trono; graça e verdade te precedem”

Salmo 89:14

Resumo

Trata-se de um estudo sobre a atual lei falimentar. Por seis décadas vigorou no ordenamento jurídico pátrio o Decreto-Lei 7.661 de 1945. Buscando adequar a legislação que cuidava das empresas em crise ao novo cenário que sessenta anos se responsabilizaram em mudar profundamente, o legislador apresentou a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Tal lei alterou substancialmente o tratamento do devedor em crise no direito empresarial brasileiro, vez que trouxe consigo a visão do empresário como um instrumento de promoção de bem-estar social, de modo ser imprescindível a conservação deste, mesmo diante de grave crise financeira. Em face ao antigo Decreto-Lei, trouxe inúmeras inovações, se destacando em especial os institutos da Recuperação Judicial e Extrajudicial, os quais deixam de forma mais que evidente a nova visão social do legislativo acerca da figura do comerciante em crise.

Palavras-chave: Falência. Recuperação judicial. Recuperação extrajudicial. Função social da empresa.

Abstract

This is a study of the current bankruptcy law. For six decades the national laws in force Decree-Law 7661 of 1945. Seeking adapt legislation that took care of ailing companies to the new scenario that sixty years have blamed changing profoundly, the legislature introduced the Law 11,101 of February 9, 2005 . such a law substantially changed the treatment of the debtor in crisis in the Brazilian corporate law, as it brought with it the vision of the entrepreneur as a tool for promoting social welfare, so be essential to preserve this, even in the face of severe financial crisis. In relation to the former Decree, brought numerous innovations, highlighting in particular the institutes of Judicial and Extrajudicial Recovery, which fail to form more than evident the new social vision of Legislative about the figure of the merchant in crisis.

Keywords: Bankruptcy. Judicial extrajudicial. Social function of property.

Sumário

1	Introdução	15
2	Breve histórico do instituto falimentar	17
2.1	Falência no mundo antigo	17
2.2	A falência na história do Brasil	19
3	Falência: origem do termo, conceito, natureza jurídica e breve explanação sobre o processo falimentar	21
3.1	Origem do termo	21
3.2	Conceito	21
3.2.1	Devedor sujeito à falência	22
3.3	Natureza jurídica da falência	24
3.4	Breve explanação do processo falimentar	25
4	O Decreto-Lei 7.661 de 21 de Junho de 1945	29
4.1	O cenário político-social da época	29
4.2	A concordata	30
5	A Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005	33
5.1	Principais avanços em geral	35
5.2	Recuperação judicial	39
5.2.1	Meios de recuperação judicial da empresa	40
5.2.2	Órgãos da recuperação judicial	41
5.2.3	O processo de recuperação judicial	43
5.2.3.1	Fase postulatória	43
5.2.3.2	Fase deliberativa	45
5.2.3.3	Fase de execução	46
5.2.4	A microempresa e a empresa de pequeno porte em face à recuperação judicial	47
5.2.5	Convolação em falência	47
5.3	Recuperação extrajudicial	48
6	Considerações finais	51
	Referências	53

1 Introdução

Como se tem provado no cenário econômico-social do Brasil nos dias de hoje, o empresário se tornou uma figura de proeminência em um mercado onde predomina o livre-comércio e a procura por empregos cresce em números respeitáveis. Na evolução dos anos, ele passou a ser fração importantíssima também na economia local e nacional, de modo que provou merecer um novo tratamento legal em vários aspectos, principalmente na questão da quebra ou falência.

Tal tratamento é indispensável, pois o bem-estar de empresa não se limita apenas ao seu local de funcionamento, à disponibilidade de produtos/serviços e à pessoa do dono. O bem-estar de uma empresa por vezes se mostra um verdadeiro emaranhado de negócios e pessoas em semelhança a engrenagem de um grande motor. Havendo qualquer avaria na mais minúscula peça, o dano se propaga ao conjunto todo e provoca perda para todas as outras envolvidas no bom funcionamento da máquina. Assim também é o empresariado brasileiro. Se uma empresa se encontrar em situação em que a dívida para com os credores é maior que o patrimônio disponível para seu pagamento, ela se enquadra no tipo de estabelecimento sujeito ao pedido de falência. E a falência traz junto de si dívidas, desemprego, desigualdade social e incertezas que ultrapassam a pessoa jurídica empresarial e alcançam os funcionários, suas respectivas famílias e a economia.

Levando em consideração todo esse caráter social da empresa, a partir de 09 de Junho de 2005, entrou em vigor na numerosa legislação complementar do Direito Brasileiro a Lei 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005 que, após 11 anos de tramitação, veio revogar o então sexagenário Decreto-Lei 7.661 de 21 de Junho de 1945, o qual disciplinava a matéria concernente ao complexo universo da regulamentação falimentar.

Ao longo dessas seis décadas, o Decreto-Lei jamais encontrou pacificação em diversos pontos e, como bem coloca Manoel Justino Bezerra Filho (2007, p. 7), se “permanecesse em vigor por outros sessenta anos ou mais não estaria também pacificado, simplesmente porque a vida se renova constantemente, e o direito destina-se à vida em sua essência dialética de mutabilidade”. Visto que o já revogado Decreto não havia encontrado pacificação em diversos pontos, a nova lei falimentar veio buscar o apaziguamento de alguns deles, se destacando precipuamente em colocar o instituto não apenas como um modelo sistemático de como proceder para a recuperação e/ou declaração de falência, mas, sim, por procurar colocar em voga a função social do empresariado brasileiro.

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo traçar um estudo dos dois diplomas legais que regeram a questão falimentar em todos esses anos, buscando, em aspecto principal, fazer uma análise sobre as principais inovações trazidas pela Lei 11.101/05 que evidenciam a relevante evolução em face ao Decreto-Lei 7.661/45. E dentro destas inovações, destacam-se dois institutos que merecem especial atenção: a recuperação judicial e extrajudicial. Ambas não eram previstas no revogado Decreto e são a maior prova, entre todas as leis vigentes, da preocupação em preservar o empresariado acima descrito e objeto de minuciosa análise no prosseguimento de leitura do trabalho.

Não se pode afirmar que a Lei 11.101/05 é recente do ponto de vista da legislação brasileira em geral, mas é com certeza relativamente recente do ponto de vista do instituto falimentar. Isso porque, no decorrer de quase uma década desde que entrou em vigor, seu conteúdo não foi esgotado, como nada no universo jurídico pode o ser. Também há de ser considerado o fato de sua tramitação ter atravessado longos onze anos, o que, por si só, explica toda a complexidade envolvida nesta lei e seus 201 artigos.

Tendo em mente isto, o estudo se mostra de grande valor ao tratar de assunto tão vasto, mas não objetiva de maneira alguma elucidar toda a lei e muito menos esgotar o tema. Isso seria impossível e demandaria tempo e espaço que esta monografia de conclusão de curso não possui, de modo que o estudo mostra-se delimitado da seguinte maneira: primeiramente trazer um estudo sobre o instituto da falência a fim de nortear o estudo do trabalho como um todo; a seguir, traçar um breve histórico do instituto falimentar no ordenamento jurídico brasileiro, remontando às suas raízes no direito romano, até o período que antecede a promulgação do Decreto-Lei 7.661/45; discorrer a respeito do Decreto-Lei 7.661/45 em seu cenário político-social de surgimento e, principalmente, suas características, com especial atenção para o revogado instituto da concordata; discorrer sobre a Lei 11.101/05 com suas principais inovações em geral e tratar com o máximo apuro a recuperação judicial e extrajudicial, as quais foram introduzidas pela referida lei em substituição à obsoleta concordata e se mostram as inovações mais relevantes entre as inúmeras do diploma legal; tratado tais questões, passa-se às considerações finais.

2 Breve histórico do instituto falimentar

2.1 Falência no mundo antigo

A falência é um instituto que remonta aos mais antigos ordenamentos jurídicos que se tem notícia, ainda que possuísse um aspecto bastante diferente do que se vê hoje. Pode-se dizer que sua evolução acompanhou o desenvolvimento e as mudanças do conceito de obrigação. Assim, conforme as sociedades mudavam seu estilo de vida e abordagem do mundo a sua volta, as obrigações também se transmutavam a fim de acompanhar essa mutabilidade contínua do ser humano. E esta é a maior peculiaridade do direito como um todo: sua necessidade diária de renovação e adaptação aos conceitos dos homens por ele regidos. A evolução comportamental das sociedades acarretou mudanças por vezes radicais nas leis, sejam elas de qualquer assunto. Com a falência não foi de forma nenhuma diferente.

Para melhor compreensão a respeito dessa evolução legislativa e do tema do presente estudo, é necessário fazer uma simples explanação histórica da falência.

Em minucioso estudo, Almeida (1998) transcreve todo o esboço histórico exposto a seguir, desde os primórdios romanos até a ascensão napoleônica, passando pela linha evolutiva do ramo falimentar no Brasil até o surgimento do Decreto-Lei 7.661/45.

Conforme o autor, antes da ascensão do Império Romano e mesmo em seus primórdios, acostumou-se ver o devedor responder por suas obrigações com a liberdade e também com a própria vida em um desumano sistema de responsabilidade pessoal.

No cenário primitivo romano, antes da codificação da famosa Lei das XII Tábuas, o devedor insolvente sujeitava-se a sua própria adjudicação junto ao credor, tendo de permanecer como servo deste por sessenta dias. Se durante esse período o devedor não quitasse o débito, o credor tinha o direito de vendê-lo como escravo ao estrangeiro ou simplesmente matá-lo e repartir seu corpo conforme o número de credores em um macabro rito de execução.

O absurdo sistema de responsabilidade pessoal foi abolido por volta de 428 a. C., quando foi promulgada a *Lex Poetelia Papiria*, que trouxe à realidade romana o critério de execução patrimonial.

Também pela *bonorumvenditio*, do pretor Rutilio Rufo, foi instituído o desapossamento dos bens do devedor insolvente que era declarado pelo pretor. Ali já se vislumbrava a figura semelhante ao administrador judicial dos dias de hoje, pois após o desapossamento, nomeava-se um curador (*curator bonorum*) para a administração dos bens.

Contudo, apesar do critério de responsabilidade pessoal que perdurou nos períodos mais primitivos do Império, em 737 a. C., foi criada a *Lex Julia Bonorum*, a qual, para diversos doutrinadores, trouxe aquela que foi o nascimento da falência como se conhece hoje: a *cessiobonorum*.

A *cessiobonorum* nada mais era que a faculdade dada ao devedor de cessar seus bens ao credor, que podia, então, vendê-los separadamente. Nas palavras de Ferreira (1965 *apud* ALMEIDA, 1998, p. 3): “Não poucos romanistas divisam na *Lex Julia* o assento do moderno Direito Falimentar – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e o da *par conductiobonorum*”.

A edição dessa lei pode ser considerada o passo inicial de tudo que tange ao direito falimentar, pois trouxe para aquela época o que se tem hoje por massa falida e o direito de todos os credores - e não apenas o que tomasse a iniciativa - ao benefício da execução. Completava-se a ela a já citada *bonorumvenditio*, com seus diversos preceitos contra atos fraudulentos do devedor, como a venda de seu patrimônio.

Na Idade Média, o comércio marítimo atingiu especial relevância, sobretudo nas cidades italianas. Data desse período o uso da palavra “falência” para designar o concurso de credores, sendo que a pessoa do falido não se limitava apenas ao comerciante, mas a toda espécie de devedor.

O tratamento não era muito diferente dos primórdios romanos, pois o falido era sobremodo infamado e sujeito a penas que iam da prisão à mutilação. Ou seja, a falência era vista como um crime.

Nessa época, contudo, o Estado assume uma posição de tutela mais destacada, de modo a condicionar a atuação dos credores à regulamentação judiciária. Era obrigatória a habilitação dos credores em juízo, havia a arrecadação dos bens do devedor e ao juiz cabia o papel de guardar e posteriormente vendê-los, repartindo o produto entre os credores.

Tais sistemas se difundiram Europa afora, encontrando grande preponderância na França, onde o Código Comercial de 1807, amplamente influenciado por Napoleão Bonaparte, tratou o instituto restrito às relações comerciais.

A partir daí, aos poucos a legislação falimentar foi adquirindo o aspecto de proteção à empresa, assumindo rigor mais brando junto ao devedor. Era feito, entretanto, distinção entre os devedores honestos e desonestos, a fim de se pesar os benefícios de direito.

2.2 A falência na história do Brasil

Ainda sob a pauta da obra do autor acima mencionado, Almeida (1998) discorre que, durante todo o seu período enquanto colônia de Portugal, o Brasil viu-se regido pelas normas jurídicas vigentes no colonizador europeu, as quais, na modalidade das ordenações imperiais, primeiramente Afonsinas e, em seguida, as Manuelinas, tratavam da quebra mais no aspecto da preferência de recebimento do credor mais antigo e nas punições severas aos devedores.

Um capítulo mais agudo dessa história se deu no período em que Portugal se submeteu ao rei de Castela, Filipe II, pois este promulgou suas ordenações diferenciando os mercadores devedores em duas espécies: os considerados criminosos e os que faliam sem culpa.

Conforme Almeida (1998) o alvará de 13 de Novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, trouxe um significativo avanço no processo falimentar brasileiro ao estabelecer todo o procedimento necessário de registro e entrega de bens em garantia da quebra na Junta Comercial da época. Isto demonstrava um surpreendente vislumbre do tratamento visando a manutenção empresarial da época.

As ordenações trataram de forma esparsa e não específica das questões relativas a falência no decorrer de todo o tempo do Brasil colônia e início do Brasil império, pois a legislação dos primeiros anos do país como sendo independente era essencialmente portuguesa.

Entretanto, em 1850 surgiu o Código Comercial nacional, que cuidava de matéria falimentar em um capítulo denominado “Das Quebras”, havendo um decreto de número 780 que regulamentou a parte processual do assunto.

Ainda durante o império e mesmo depois da transmutação em república, o Brasil continuou tratando da falência através de leis e decretos esparsos que, aos poucos, iam estruturando o ordenamento jurídico para o recebimento de um diploma legal que tratasse com mais abrangência a respeito.

Pode-se dizer que essa estruturação teve início com a promulgação do Decreto nº 917, de 24 de Outubro de 1890, o qual revogou toda terceira parte do Código Comercial de 1850. Muitas críticas incidiram sobre esse decreto, especialmente por causa dos meios preventivos da falência que abriam espaço para algumas modalidades de fraudes. Não obstante as falhas, de acordo com Requião (2000, p. 20), o Decreto nº 917 foi, sem dúvida, um passo à frente na modernização do instituto falimentar da época.

Em 1902 foi promulgada a Lei nº 859 que, por trazer previsões tão conturbadas, teve de ser substituída pelo Congresso.

Já em 17 de Dezembro de 1908, entrou em vigor a Lei nº 2.024, que unia os princípios norteadores do Decreto nº 917 de 1890 com normas estrangeiras de forma bem feita. Apesar disso, alguns defeitos eram perceptíveis, de modo que, em nove de Dezembro de 1929, promulgou-se o Decreto 5.746, alterando alguns pontos. Esse decreto vigorou até o advento do Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de Junho de 1945, sendo este último objeto de estudo imprescindível no presente trabalho, pois que pavimentou o caminho para a chegada, sessenta anos após, da atual Lei 11.101 de nove de Fevereiro de 2005.

3 Falência: origem do termo, conceito, natureza jurídica e breve explanação sobre o processo falimentar

3.1 Origem do termo

Tendo em vista que a falência era considerada um delito na Idade Média, percebe-se que a origem da palavra advém de um caráter pejorativo. Naquela época, quando o devedor era cercado de infâmia e ameaçado até mesmo com a própria vida, popularizou-se a expressão *falliti sunt fraudatores*, ou seja, os falidos são fraudadores, enganadores, velhacos. Daí vêm a expressão “falência”, com origem no verbo latino *fallere*, que significa enganar, falsear.

Também era usada a expressão *bancarotta* ou *banco rotto* (no francês, *banque enroute*) para definir a falência criminosa e punível, vindo a expressão do costume de se quebrar o banco onde o devedor expunha seus bens e mercadorias no passado. Diferenciava-se a *bancarotta* entre *semplice*, ou seja, proveniente da negligência ou imprudência do comerciante, e a fraudolenta, proveniente do dolo ou má-fé.

Os portugueses popularizaram a expressão “quebra” para definir a falência, vindo daí o tradicional termo “quebrado” para definir aquele que está arruinado, pobre, sem dinheiro.

3.2 Conceito

O investimento no ramo empresarial nem sempre é sinônimo de lucro certo. Sujeitas que são a relações de crédito e débito das mais diversas e ao risco inerente do mercado, as empresas podem sofrer prejuízos em lugar de lucros. Quando esses prejuízos conduzem a empresa à situação de insolvência é que se percebe o conceito de falência.

Tendo em mente esta noção básica, pode-se dizer que a falência possui dois pontos de vista, a saber: o econômico e o jurídico.

O conceito de falência do ponto de vista econômico é aquela visão de insolvência que primeiro vêm à cabeça do homem comum, ou seja: a incapacidade patrimonial do empresário de pagar (solver) todas as suas obrigações, quando o devedor tem, em seu patrimônio, bens de valor inferior à totalidade de suas dívidas. Nas palavras de Lacerda (*apud* ALMEIDA, 1998, p. 13), “é a condição daquele que, havendo recebido uma prestação a crédito, não tenha à disposição, para a execução da contraprestação, um valor suficiente, realizável no momento da contraprestação”.

O ponto de vista jurídico do conceito falimentar trata do processo de execução concursal (coletiva) dos bens do devedor comerciante. É um processo que visa evitar a injustiça no pagamento de apenas um dos credores em detrimento dos demais, formando todos os credores, juntos, uma mesma categoria obrigada a receber do devedor seu pagamento, afastando a regra da individualidade.

Isto nada mais é que o princípio basilar do direito falimentar, o *par conditiocreditorum*. Segundo este princípio, os credores do devedor que não possui condições de arcar com as obrigações contraídas merecem tratamento igualitário, com iguais chances de efetivação dos créditos. Desse modo, não há possibilidade de recebimento por parte do credor que primeiro propusesse a ação de execução, já que poderia, por meio desta, exaurir o patrimônio do devedor e colocar um obstáculo intransponível para que os demais credores tivessem seu crédito solvido.

É a falência, portanto, a execução concursal do devedor empresário, em nada se confundindo com a execução do devedor civil não empresário, tendo suas regras bem definidas na legislação especial.

Entre inúmeras diferenças entre uma e outra, destaca-se a preocupação da execução do empresário na recuperação da empresa, através de plano devidamente homologado judicialmente, e a extinção das obrigações com o rateio de mais de 50% após a realização de todo o ativo (art. 158, II, Lei de Falências), ao passo que a extinção das obrigações do devedor civil só acontece com o pagamento integral do seu valor (art. 774, Código de Processo Civil). No caso de recuperação do valor do patrimônio do devedor empresário após o rateio, os credores do tempo da falência não poderão exigí-lo. O que é possível para o credor civil, se o requerer no prazo estipulado da lei (art. 778, CPC).

3.2.1 Devedor sujeito à falência

Já foi visto que o devedor sujeito ao regime falimentar é o devedor empresário, pessoa física ou jurídica. Para maior esclarecimento de quem vem a ser empresário no Brasil, o Código Civil de 2002 traz a definição, como se vê *in verbis*: “art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Conforme o parágrafo único de mesmo artigo e mais o artigo 971 da mesma lei, não são considerados empresários quem exerce profissão intelectual, de natureza artística, científica ou literária e o explorador de atividade rural não inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis do local.

Em outras palavras, empresário é todo aquele que se vale da conjugação dos fatores de produção (capital, insumos, mão-de-obra, tecnologia) para o exercício de sua atividade e, possuindo as características definidas em lei para a falência, sujeita-se ao seu procedimento.

É importante ressaltar que o legislador não exclui apenas o devedor civil da falência. As cooperativas também não se sujeitam a tal regime, uma vez que sua natureza não se enquadra no perfil não empresarial das mesmas.

Contudo, a lei também descreve algumas espécies de empresários que são excluídos total ou parcialmente do regime.

Entende-se por empresário excluído totalmente do procedimento falimentar aquele que a lei estipula processo diverso ao aplicado a grande maioria, quando este se encontrar em situação de insolvência. E por excluído parcialmente, têm-se aquele empresário que possui um procedimento falimentar alternativo imposto pela lei. Quanto aos primeiros, em nenhuma hipótese poderão se valer do procedimento falimentar para a execução de seus bens, ao passo que os segundos podem tê-lo como um caminho para sua execução nos casos discriminados.

São os excluídos totalmente: a) as sociedades de economia mista e empresas públicas, sendo pessoas jurídicas subordinadas aos sujeitos de direito público, conforme diz o art. 2º, I, LF: “Art. 2º. Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista”.

b) Câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e liquidação financeira, cujas obrigações se sujeitam aos regulamentos aprovados pelo Banco Central, nos termos do art. 193, LF: “Art. 193. O disposto nesta Lei não afeta as obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, que serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos”.

c) Entidades fechadas de previdência complementar que, conforme diz o art. 47, LC nº. 109/2001:

“Art. 47. As entidades fechadas não poderão solicitar concordata e não estão sujeitas à falência, mas somente a liquidação extrajudicial.”

Os empresários excluídos parcialmente são vários:

a) instituições financeiras, destinadas ao processo de liquidação extrajudicial previsto na Lei nº. 6.024/1974, sujeito ao Banco Central;

b) sociedades arrendadoras que tenham o leasing por objeto de exploração, sujeitas a mesma lei das instituições financeiras (Res. BC nº. 2.309/06);

c) sociedades dedicadas à administração de consórcios, fundos mútuos e atividades similares, também sujeitas ao mesmo regime das instituições financeiras, conforme art. 10, Lei nº. 5.768/71: “Art. 10. O Banco Central do Brasil poderá intervir nas empresas

autorizadas a realizar as operações a que se refere o art. 7º, e decretar sua liquidação extrajudicial na forma e condições previstas na legislação especial aplicável às entidades financeiras”.

d) companhias de seguro, que tem sua falência requerida pelo liquidante nomeado pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), conforme art. 26, Decreto-Lei nº. 73/66, que passou a dizer, após redação alterada pelo art. 1º da Lei 10.190/2001:

Art. 26. As sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas a falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar

e) entidades abertas de previdência complementar e as de capitalização, sob as mesmas condições das seguradoras, como preceitua o art. 73, LC nº. 109/2001:

“Art. 73. As entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras”; e art. 4º, Decreto-Lei nº. 261/67: “Art. 4º. As sociedades de capitalização estão sujeitas a disposições idênticas às estabelecidas nos seguintes artigos do Decreto-Lei nº. 73, de 21 de Novembro de 1966, e, quando for o caso, seus incisos, alíneas e parágrafos: 7º, 25 a 31, 74 a 77, 84, 87 a 111, 113, 114, 116 a 121”.

f) operadoras de planos privados de assistência à saúde, submetidas ao regime de liquidação extrajudicial pela Agência Nacional de Saúde (ANS), falindo nas mesmas condições das seguradoras. Art. 23, Lei nº. 9.656/98, em redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, 2001: “Art. 23. As operadoras de plano privado de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas à falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial”.

3.3 Natureza jurídica da falência

O direito falimentar tem natureza jurídica *sui generis*, pois que abrange uma diversidade de regras que vão desde o mais puro processo civil até preceitos do direito penal, nos casos de crime falimentar, passando também pelos ramos de direito comercial e administrativo.

No Brasil acostumou-se a situar a falência no campo do direito mercantil. Mas, ao se levar em conta a diversidade de regras que se juntam para a formação do instituto, mostra-se mais sensato o adequar como de natureza *sui generis*.

Pode-se afirmar que tais características, ao se misturarem, dão ao direito falimentar considerável autonomia com um inevitável regramento próprio. Tudo isso o torna uma disciplina em particular.

3.4 Breve explanação do processo falimentar

Muitos desdobramentos acontecem no processo de falência, de modo que o presente capítulo se baseia apenas em fazer uma consideração a respeito do procedimento em geral.

Basicamente o processo falimentar possui três etapas principais dentro das quais decorrem diversos incidentes que o caracterizam. O primeiro a ser considerado é, obviamente, o pedido de falência, consubstanciado na petição inicial de falência e que tem seu término com a sentença declaratória ou denegatória.

Estabelece o artigo 97, I da Lei 11.101/2005 e, mais detalhadamente, o artigo 105, caput da mesma, que o devedor empresário que se encontre em crise financeira é o responsável por requerer sua falência, desde que julgue não ter condições de pleitear a recuperação judicial. Uma previsão ineficaz, nas palavras de Coelho (2011), já que a omissão do empresário em requerer a autofalência não implica em espécie alguma de sanção contra ele.

Contudo, o pedido de falência não se limita de modo algum a pessoa do empresário em crise, como endossa o os incisos II, III e IV do artigo 97 da lei falimentar, os quais definem:

Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;

II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;

III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;

IV – qualquer credor.

Aqui cabe uma consideração interessante acerca do pedido de falência por parte do credor:

A despeito do que afirma a maioria da doutrina e jurisprudência, fato é que o credor, ao ajuizar o pedido de falência, em função da impontualidade do devedor, quer mais o recebimento de seu crédito e menos – consideravelmente menos – a falência do devedor. A forma de entender esta ação judicial, esta etapa do processo falimentar, que melhor se ajusta à realidade, é, portanto, considerando-a uma espécie de execução judicial (COELHO, 2011, p. 362).

A observação do eminente professor é pontual, uma vez que a motivação da maioria dos credores no ajuizamento da ação vai de encontro ao objetivo do texto legal.

Por fim, no que toca ao pedido de falência feito pelo credor, a lei estabelece os requisitos de comprovação de atividade comercial pelo credor empresário e prestação de caução pelo credor não domiciliado no Brasil, conforme o artigo 97, §§ 1º e 2º.

Visto isso, fica claro que o credor civil pode requerer a falência sem necessidade de atender a quaisquer requisitos específicos, bastando a legitimidade ativa plenamente provada nos termos do artigo 94, I, da Lei de Falências para tal, ou seja: obrigação líquida materializada em título executivo que ultrapasse a soma de 40 salários-mínimos na data do pedido da falência.

Importante salientar que o rito a ser seguido pelo pedido varia conforme o sujeito autor da ação. Sendo o caso de autofalência, o processo seguirá o rito previsto nos artigos 105 a 107. Quanto aos demais, faz-se o procedimento com observação do rito definido pelo artigo 98.

O incidente que encerra esta primeira etapa e abre o caminho para a etapa falencial propriamente dita é a sentença declaratória de falência, a qual transporta o devedor e seus credores ao âmbito jurídico-falimentar, com o devido processo de execução concursal do falido.

A sentença declaratória se mostra, portanto, de caráter constitutivo, uma vez que investe os credores do direito de terem, finalmente, seus títulos executados. Esta sentença também obedece não apenas ao disposto no artigo 99 da Lei Falimentar quanto ao que deve conter, mas, também, ao artigo 458 do Código de Processo Civil, o qual atenta para a ideal estruturação de uma redação de sentença.

Caso seja denegatória a sentença, e não declaratória, o juiz deve proceder primeiramente à análise do comportamento do credor requerente, se houve dolo ou não de sua parte ao ajuizar a ação. Se sim, o juiz deve, na própria sentença denegatória, condená-lo a indenizar aquele que foi requerido.

Se a denegação aconteceu por motivo de pagamento do devido em atraso, a sentença conterà a determinação do levantamento por parte do requerente e condenação do requerido em pagamento das custas e honorários advocatícios em prol do requerente.

A segunda grande etapa do processo falimentar, iniciada após a sentença declaratória, compreende a administração da falência, apuração do ativo, verificação de crédito e liquidação do processo falimentar.

A massa falida passa a ser administrada por três figuras com distintas funções cada uma: o juiz, o Ministério Público através de seu representante e os órgãos da falência, se resumindo este último nas pessoas do administrador judicial, na assembléia de credores e no comitê de credores.

O juiz aparece nesta lista como o presidente da administração da falência, zelando por inspecionar a postura e ações do administrador judicial.

A intervenção do representante do Ministério Público vem obedecer a sua função atribuída pela Constituição Federal de ser fiscal da lei.

A administração da massa falida em si, no entanto, cabe na pessoa do administrador judicial, o qual figura como auxiliar do juiz, escolhido por este, cumprindo as obrigações que a lei lhe incumbiu nos artigos 21 a 25. Deste modo, o administrador judicial possui responsabilidade, agindo com nome próprio, com perfil de funcionário público, representando os interesses dos credores como um todo. Bastante óbvio afirmar que a idoneidade deve ser parte do caráter profissional do administrador, podendo essa função recair para as classes de advogados, economistas, contadores, administradores de empresa ou pessoa jurídica especializada (art.21).

A composição e função do comitê de credores está estabelecida a partir do artigo 26, resumindo-se sua formação por um representante dos credores trabalhistas, um dos titulares de direito real de garantia e privilégios especiais e um dos demais eleito pela assembléia. Cada um destes representantes possui dois suplentes e sua função precípua é de fiscalizar o administrador judicial.

A assembleia dos credores, como o próprio nome traduz, é a integração de todos os credores em um órgão responsável por aprovar a constituição e eleição do comitê de credores, adotar outras modalidades de realização do ativo do falido e deliberar a respeito de quaisquer matérias concernentes aos seus interesses.

Tendo todos os personagens da execução da massa falida bem definidos, passa-se aos atos que se desdobram até a derradeira liquidação do processo falimentar.

Os atos que a precedem são a apuração do ativo e passivo do devedor, sempre amparada pelas medidas judiciais que permitem isso, uma vez que sua definição envolve arrecadação dos bens em posse do falido, documentos, escrituração mercantil, pedido de restituição ou embargos de terceiros.

Também é feita a verificação de crédito, com publicação do rol de credores no Diário Oficial. Nos 15 dias subsequentes, os credores devem fazer sua análise do edital e os que não se encontram habilitados devem fazer seu requerimento para integrar o grupo. O

administrador judicial, então, procede ao acolhimento de todas divergências e habilitações que julgar pertinentes em 10 dias.

A liquidação do processo falimentar que o encerra consiste na venda dos bens arrecadados na apuração do ativo e pagamento do passivo, conforme os credores admitidos e a capacidade da massa falida.

Cabe ao juiz, em decisão discricionária, decidir entre as alternativas da lei para vender os bens englobada ou separadamente, por meio de leilão, propostas ou pregão, tudo de acordo com o que for melhor para a massa falida e buscando a forma mais conveniente para a satisfação desta.

O dinheiro resultante da venda dos bens será depositado em conta da massa falida e deverá ser movimentado através de cheques assinados pelo administrador judicial.

Respeitando a ordem legal de créditos exposta nos artigos 83 e 84, serão pagos os credores do falido e, finda essa fase, o administrador apresentará sua prestação de contas e, julgadas estas, o relatório final. Após a apresentação deste relatório, o juiz proferirá a sentença que declarará o encerramento do processo de falência, a qual será publicada em edital e será seguida da devolução dos livros do falido.

A última grande etapa do processo se dá com a reabilitação do falido com as extinções das obrigações civis e penais, sem a qual ela não poderá exercer a atividade empresária novamente, tudo bem definido nos artigos 158 e 159.

4 O Decreto-Lei 7.661 de 21 de Junho de 1945

Tendo sido dito anteriormente que o Decreto-Lei, por seus sessenta anos de vigência na legislação brasileira, seria objeto imprescindível de estudo do presente trabalho, passa-se agora à sua análise, com o objetivo de se medir, ainda que por pouco, sua real importância histórica e estrutural para o advento da atual Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.

É sobremodo necessário o estudo do perfil político-social da época do surgimento do Decreto-Lei para que se entendam suas principais características e porque ele não mais poderia se enquadrar no ordenamento jurídico pátrio dos dias de hoje.

Da mesma forma, é de suma importância saber o que era o instituto da concordata, já que foi este que, com suas muitas limitações, encarou o dever de ser o mecanismo do empresário para se recuperar ante a crise iminente. O instituto está extinto hoje, substituído pelas figuras da recuperação judicial e extrajudicial, muito mais eficazes quanto ao objetivo de recuperação comercial.

4.1 O cenário político-social da época

A época do surgimento do Decreto-Lei 7.661, em 21 de junho de 1945, o Brasil vivia, sob a presidência de Getúlio Vargas, o advento do Estado Novo, caracterizado pelo forte populismo e pela propaganda que pregava um país forte, com seus poderes muito bem consolidados, incluindo o Legislativo.

Data desse período diplomas legais como a Consolidação das Leis Trabalhistas, surgida também por decreto, após se juntar em único diploma várias leis a respeito de um mesmo tema. Também é contemporâneo a esses o nascimento da Petrobrás, inaugurando uma fase de desenvolvimento industrial nacional que aceleraria anos mais tarde.

O Decreto-Lei 7.661/45 surgiu nessa época pós-Segunda Guerra Mundial com caráter já um tanto defasado, uma vez que vislumbrava um país essencialmente agrícola, cujo comércio se limitava a pequenas empresas familiares sem muitas perspectivas de enriquecimento, com tímido desenvolvimento. Não se atentava à evolução que os tempos começavam a trazer ao país e não considerava o iminente desenvolvimento industrial que o mercado internacional forçaria o Brasil a alimentar.

Destarte, naquela época fenômenos que surgiram na segunda metade do século XX como a inflação, excessiva carga tributária, grandes conglomerados bancários e empresas vistas muito mais no aspecto social e econômico do que somente econômico não existiam.

Toda essa falta de modernidade já podia ser observada à época, quando se lançava um olhar mais atento à lei, de modo a enxergar que ela não apenas não se prontificava a amparar o futuro do empresariado da época como também reforçava o caráter do Estado como único detentor de algum poder. Isso ficava latente ao observar o quanto de poder se concentrou nas mãos do juiz, o qual, durante o processo, não tinha espaço para sofrer muita influência dos credores. Não bastasse isso, a concordata, importante instrumento de prevenção da falência prevista no Decreto-Lei, era muito mais tida como um benefício concedido pelo Estado tendo o juiz como agente do que um instituto de natureza jurídica contratual.

Contudo, o principal atraso verificado pela doutrina e jurisprudência nos sessenta anos de vigência do Decreto-Lei era não enxergar a empresa como um estabelecimento a se preservar, que envolvia relações de emprego, aspectos sociais, fornecedores, consumidores, arrecadação de impostos, enfim, um pilar primordial da sustentação econômica e promotora de bem-estar social.

4.2 A concordata

Tendo em vista que na antiguidade os falidos eram tidos por fraudadores (daí o brocado “*falliti sunt fraudatores*”), a concordata se mostrou uma verdadeira forma de atenuação da situação dos devedores comerciantes, com sua origem remontando à Itália da Idade Média.

O direito romano, antes disso, já dava indícios do surgimento da concordata, pois abrigava alguns institutos jurídicos que vislumbravam a recuperação econômica do devedor através de relações firmadas diretamente com seu credor. Dois deles merecem maior destaque: inicialmente o *opactum ut minussolvatur*, onde o devedor apresentava uma proposta de diminuição proporcional dos créditos a qual o credor poderia aceitar e, posteriormente, as *induciasquinquennales*, benefício concedido pelo imperador ao devedor para que, no prazo de cinco anos, pudesse pagar o que devia.

Todavia, sua consolidação se deu de fato na Itália durante a Idade Média de modo a se estender por várias outras nações européias e aperfeiçoar diversas instituições comerciais naquela época.

No Brasil, a concordata foi introduzida no Código Comercial de 1850, sob a modalidade suspensiva. Sua concessão ficava sujeita à concordância dos credores e não era concedida ao devedor julgado com culpa ou fraudulento. Contudo, o mesmo Código Comercial dava ao devedor a chance de se valer do instituto da moratória, desde que este

provasse a impossibilidade de satisfazer as obrigações em razão de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior (ALMEIDA, 1998).

Posteriormente, o Decreto nº. 917 de 24 de outubro de 1890 trouxe a concordata preventiva, ampliando a compreensão do instituto na legislação da época e sendo mais aprimorada com o advento da Lei nº. 2.024 de 17 de novembro de 1902, o qual abrangia tanto a concordata preventiva quanto a suspensiva.

Com algumas mudanças importantes, em especial a não exigência de aprovação prévia dos credores para concessão do favor pelo magistrado, o Decreto-Lei 7.661 de 21 de junho de 1945 veio firmar a concordata de vez no mundo jurídico brasileiro, prevalecendo por sessenta anos.

Dentre todos os mecanismos e procedimentos que trazia o Decreto-Lei 7.661/45, a concordata certamente era o que detinha um papel preponderante, uma vez que era o único mecanismo presente naquele diploma que concedia ao falido a possibilidade de quitar suas dívidas. A bem da verdade, como já dito, ela se consagrava mais como um favor do Estado concedido ao falido através da pessoa do magistrado do que um meio realmente eficaz de cumprir o caráter de satisfação dos créditos para com os credores, já que sua adoção era condicionada apenas à vontade da parte devedora, sem necessidade de anuência das partes contrárias. Bastava o cumprimento dos requisitos legais para que o juiz declarasse concedida a concordata e, cumprida esta, poderia a parte retomar normalmente suas atividades.

A concordata consistia na prorrogação dos créditos do devedor sem a incidência de juros por um prazo determinado, podendo ser preventiva ou suspensiva. Tal prorrogação era concedida pelo juiz de acordo com o cumprimento dos devidos requisitos legais expostos nos artigos 139 a 185 do revogado Decreto-Lei.

Como se pode deduzir pelo nome, a concordata preventiva ou suspensiva era assim definida de acordo com o tempo em que era requerida em juízo, se antes ou depois da declaração de falência do comerciante devedor. Fosse qual das duas, se desdobrava em três modalidades, a saber: concordata dilatória, concordata remissória e concordata mista. A primeira se resumia somente no pedido de dilação do prazo, ou seja, apenas sua prorrogação para fins de quitação da dívida. A segunda modalidade se traduzia no pedido de abatimento de certo valor da dívida. A terceira unia tanto a possibilidade de dilação do prazo quanto de abatimento do valor.

O instituto da concordata foi extinto do ordenamento jurídico brasileiro juntamente com o Decreto-Lei 7.661 de 1945, o que não significa que sua importância para o desenvolvimento da legislação falimentar seja pequena. Pelo contrário, a partir de sua

natureza que visava o benefício do devedor honesto foi que surgiram muitos mecanismos modernos que amparam o comerciante endividado de atualmente. É fato também que a concordata preventiva ainda subsiste na recuperação judicial da nova lei falimentar, porém de acordo com a vontade comum de devedor e credores e não de simples cumprimentos de requisitos legais aprovados pelo juiz.

5 A Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005

O decorrer de longos sessenta anos obviamente acarretou não apenas a certeza de que o Decreto-Lei 7.661/45 se encontrava obsoleto, como também trouxe junto às críticas e protestos diversas discussões que buscavam uma maneira de, ou adequar o Decreto-Lei às evidentes mutações sociais e políticas que fervilhavam no Brasil nesse ínterim, ou impulsionar o Poder Legislativo a estudar um novo diploma que o substituísse.

É mister ressaltar alguns acontecimentos importantíssimos que sobrevieram ao país nesse meio-tempo, tais como: o suicídio de Getúlio Vargas em seu segundo mandato como presidente (sempre lembrando que o Decreto-Lei 7.661/45 foi consolidado por ele), a ascensão de Juscelino Kubitschek à presidência com o desenvolvimento nacional da indústria, o advento do Regime Militar em 1964 e sua queda na década de 1980, o impeachment de Fernando Collor, tendo este aberto o mercado brasileiro para a importação. Todos estes fatos juntamente com mais uma série de eventos que naturalmente acontecem em um país na constância de seis décadas influenciaram direta ou indiretamente na figura do empresariado. Fatores como períodos de inflação, diversas mudanças da moeda oficial do Estado até o Real se firmar, acordos comerciais de âmbito internacional dentre outros tiveram relevância tão grande que o Decreto-Lei que cuidava da falência empresária não mais encontrava lugar de ser no vasto universo jurídico alimentado ao longo de sessenta anos para se adequar a um país que, por sinal, ainda se encontra em franco amadurecimento como nação.

Juntou-se toda essa gama de fatores até o ponto em que o debate sobre uma nova lei falimentar se fez indispensável.

No início dos anos 1990, mais exatamente em 1991, foi apresentado o primeiro projeto acerca do tema, com a remessa ao Congresso Nacional pelo Governo de projeto de lei em 1993. A partir daí começou o longo período de debates sobre a possível nova lei, dividindo-se os responsáveis pelo debate e votação entre os que defendiam a proteção aos devedores e os que consideravam a recuperação do crédito deveria ser o mote principal do diploma.

No plano geral, entretanto, as opiniões convergiam para o mesmo objetivo de reformar a legislação falimentar para que se adequasse ao novo perfil do empresariado brasileiro e viabilizar a recuperação da empresa como fonte mantenedora de emprego, fomento e bem-estar social.

Essa nova filosofia que ditou os novos rumos do Direito Falimentar encontra resumo sucinto nas palavras de Fazzio Júnior (2005, p. 20), o qual diz:

O direito concursal é, hoje, o direito da empresa em crise. Superou a fase primitiva da vindita dos credores, ultrapassou os estreitos limites da liquidação falitária e, dia após dia, apresenta-se como solução jurídica mais pragmática, mais sintonizada com o direito econômico e, acima de tudo, deixou de ser um mero complexo regulador de relações estritamente privadas para encampar o interesse público e as repercussões sociais das isquemias das empresas.

Semelhantemente, atestava Requião (1999, p. 12):

O conceito moderno de empresa, como atividade do empresário destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, fatalmente acarretaria a tomada de outras posições do direito falimentar. Vivemos, assim, em pleno terceiro estágio, no qual a falência passa a se preocupar com a permanência da empresa e não apenas com a sua liquidação judicial.

Com a mente guiada por esse novo campo de visão, o legislador naturalmente delineou o caminho da nova lei falimentar pautado pelo princípio da viabilidade da restauração econômica e funcional da empresa que se encontrasse em processo falimentar. Cuidou para que a letra da lei não colocasse novamente em voga o caráter ajustador de contas entre devedor e credores do antigo Decreto-Lei e trouxesse a relação entre eles para o campo social-econômico.

Uma mudança assim tão ampla logicamente tornou a elaboração da nova lei um processo bastante longo. Mais especificamente, o trâmite demorou onze anos até a sua sanção em 09 de fevereiro de 2005.

A nova lei, de número 11.101, trouxe uma série de inovações que mudaram e muito a estrutura falimentar do Brasil, a começar pela extinção da concordata, passando pelas novas figuras da recuperação judicial/extrajudicial e com significativas novas possibilidades de restabelecimento empresarial, bem mais flexíveis e abrangentes.

Tais inovações provaram por si mesmas o novo caráter de proteção à empresa economicamente viável da Lei. Inspirada pelos princípios norteadores dessa nova forma de relação comercial, por um novo padrão de vida trazido ao Brasil pelo desdobramento do tempo, calcado nas mudanças político-sociais e visando implementar no território nacional o sucesso desta nova fórmula ocorrido em outros países. Assim, a Lei 11.101/2005 tirou o processo falimentar da periferia do ordenamento jurídico brasileiro, tratado como caso isolado que era, e o trouxe a um novo centro de atenções e importância, onde fica explícito seu condão de protetor do bom andamento comercial das empresas.

Esse entendimento valoriza a figura das empresas, uma vez que as coloca num papel primordial onde a análise de sua importância, com a conseqüente confirmação de viabilidade ou não, se sobrepõe à imediata execução de bens/pagamento dos credores. É óbvio que o

cumprimento das obrigações firmadas é essencial, de modo que os credores são extremamente protegidos como se deve. A eles cabe o direito de se organizarem para decidir assuntos que podem definir o futuro da empresa, nas formas da assembleia de credores e do comitê de credores. Porém, tanto quanto assegurar os direitos dos tais, preza a letra legal em obrigar a eles e ao magistrado a enxergar a pessoa jurídica devedora em um plano geral, com todas suas falhas, é claro, mas também com todas suas virtudes que a credenciam a manter de forma competente seu papel de geradora de empregos, pagadora de salários, fornecedora de bens e serviços de qualidade, compradora dos fornecedores, distribuidora de lucros para os investidores, desenvolvedora de bem-estar social, preservadora dos valores do trabalho e sustentadora do Estado por intermédio dos tributos.

Em suma, o que objetiva a lei é colocar a empresa em um contexto geral, de onde se pode medir com exatidão a real importância dela no mercado e na vida dos que estão à volta, bem como definir o quanto antes sua possibilidade ou não de ser recuperada. Havendo essa possibilidade, volta-se a lei em favor da empresa para que ela se valha de todos mecanismos quantos lhe bastem respaldados por ela para que seu soerguimento e cumprimento das obrigações junto aos credores. Em não havendo essa possibilidade ou frustrada a esperança de que tal ocorra em razão da situação constatada no contexto geral, trabalha a lei para que se aproveite o mais rápido possível a otimização dos recursos, a devida satisfação dos credores e a decretação de falência, tudo sem atrasos e postergações desnecessárias. É óbvio que neste segundo caso, por vezes, esse procedimento todo não obedece à celeridade desejada, já que todo o sistema judiciário no Brasil costumeiramente encontra-se emperrado, seja em qual estado da federação for. Contudo, não deixa de ser um passo adiante a estruturação estabelecida pela nova lei falimentar para que, ao menos em tese, se proceda à falência com toda a velocidade que lhe é devida. Com varas especializadas em direito empresarial em várias comarcas, vislumbra-se sempre um melhor desempenho quanto ao andamento processual das ações falimentares e a crescente evolução jurisprudencial no que tange ao instituto da falência se mostra cada vez mais evidente.

5.1 Principais avanços em geral

Vários pontos fundamentais do Decreto-Lei 7.661 de 1945 tiveram de ser trazidos à nova realidade brasileira sob nova ótica e muitos deles – para não dizer a maioria – tiveram de ser abolidos em prol do novo texto legal disciplinador das relações falimentares. Fato é que, muito embora diversos princípios norteadores do revogado Decreto-Lei tenham sobrevivido

na Lei 11.101 de 2005, pouco se aproveitou da estruturação por ele disposta por sessenta anos.

Partindo do pressuposto de implementar através da nova lei a estruturação adequada ao atendimento do empresário que se encontre em falência, dos credores constituídos e à recuperação da empresa em crise, pode-se contabilizar um número considerável de inovações para lograr o êxito pretendido. Em se tratando de uma lei longa, onde quase a totalidade de capítulos se trata de novos rumos adotados ao direito falimentar, o presente trabalho cuidará de retratar tão somente das alterações advindas que se tratavam das principais reivindicações dos interessados com um estudo posterior das duas principais inovações, a recuperação judicial e a extrajudicial, de forma pormenorizada.

A lei inovou ao se mostrar mais preocupada na redução da onerosidade do processo, buscando diminuir a burocracia características desse tipo de relação até então. O novo tratamento trazido ao instituto da falência, com os mecanismos de otimização e aproveitamento dos bens ativos e demais recursos disponíveis é um dos principais destaques.

Bem se sabe que a rapidez da realização do ativo para se proceder a sua venda e garantir aos credores suas dívidas através do produto dessa venda é essencial. Quanto antes se conseguir a destinação desses bens, menos desvalorizados, sujeitos a deterioração, sujeitos a roubos eles serão, bem como deixarão de gerar o custo de manutenção que muitos deles carregam junto a si. Também se mostra muito importante evitar a criação de uma fama ruim que se estende desde o próprio local do estabelecimento até a marca, passando pelos clientes e fornecedores. A valorização pode abarcar essa série de circunstâncias, se realizado o ativo sem postergações evitáveis.

E é dentro dessa circunstância que cabe citar um dos grandes avanços da lei falimentar que em seu artigo 140 § 2º, opostamente ao que preceituava o Decreto-Lei, já autoriza a alienação dos bens desde a sua arrecadação e avaliação, sem que para isso seja necessário aguardar a elaboração demorada do quadro de credores para então se passar a isso, conforme os interesses destes.

Tal venda englobada já era prevista na lei anterior, porém o novo diploma trouxe, nos incisos do mesmo artigo 140, a enumeração de um rol de formas de alienação dos bens em ordem, como se vê:

Art.140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas;

- III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;
- IV – alienação dos bens individualmente considerados.

Não se pode dizer que tal rol é taxativo, uma vez que pode o magistrado encontrar outra forma de alienação que seja mais vantajosa à massa falida.

Vale lembrar também que, com a instituição da assembléia geral de credores e comitê de credores, estes também podem definir outros meios que julguem mais convenientes a satisfação do objetivo de alienação. É uma liberdade que a Lei 11.101 veio a conceder e que aliviou a responsabilidade que outrora recaía exclusivamente sobre o síndico.

Contudo, ainda que haja essa liberdade ao juiz e credores, por assim dizer, Fonseca (2003, p. 88) acentua que:

A alienação dos bens em conjunto, como núcleos econômicos completos, deve ser levada a efeito sempre que possível, uma vez que o valor obtido nessa modalidade de venda supera o somatório dos valores de cada um dos bens vendidos separadamente para adquirentes diversos. Tal se dá porque a alienação do estabelecimento engloba intangíveis, como nome, ponto comercial, marca, clientela, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros, levados em conta pelo mercado para avaliar seu interesse e fixar o valor das ofertas. Esses intangíveis seguramente se perderiam numa venda em separado.

Dessa forma, permanece a venda em bloco a forma mais vantajosa de alienação dos bens, havendo maior segurança quanto ao valor alcançado por proteger aspectos intangíveis, mas importantíssimos na caracterização da empresa. Assim, superando-se quaisquer impasses relacionados a esses intangíveis, a venda em bloco protege, em consequência, vários daqueles valores ligados ao bem-estar social, principal objeto de amparo e sujeitos de proteção da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. E fica bem assentado que a não desvalorização dos bens toma um lugar especial, visando total satisfação dos credores no momento em que a liquidação vem trazer-lhes a esperada solvência.

Uma das inovações mais relevantes se dá com relação à decretação da falência, impondo o legislador o valor mínimo de 40 (quarenta) salários mínimos, visando, sobretudo, impedir o excesso de propositura de pedidos de falência que se dedicavam unicamente a se valer deles para alcançar a satisfação de um crédito junto à empresa devedora. Conforme a nova lei, o título não só deve exceder o valor de 40 salários mínimos como também ser protestado para que se atenda às condições para a propositura do devido pedido de decretação de falência.

A grande importância desse novo requisito da lei se resume no fato de que tira a ação falimentar de um âmbito coercitivo de cobrança de títulos devidos. Como bem se sabe, a

finalidade do pedido de falência é a decretação desta e o legislador faz justiça quando impõe um determinado valor para seu recebimento pelo Judiciário, já que valores ínfimos não justificam a declaração de quebra de uma empresa.

Não só a imposição do valor mínimo busca diminuir ações desnecessárias como também procurou o legislador suprimir os inúmeros recursos cabíveis em uma ação falimentar que atrasavam e muito o processo. Manteve-se apenas o agravo de instrumento.

Outro ponto de destaque encontrado nas inovações em geral é a nova ordem preferencial dos créditos, o qual foi alvo de incontáveis críticas na lei anterior. Isso porque a primazia do produto dos bens arrecadado era voltada para solver os créditos trabalhistas como um todo e, a seguir, para o pagamento dos créditos tributários. Obviamente que os credores, que dentre todos eram os mais interessados na liquidação dos bens para quitação das dívidas que a empresa mantinha junto a eles, eram prejudicados.

Para sanar essa hipótese que costumeiramente trazia certa insegurança jurídica, o legislador trouxe o artigo 83, enumerando a ordem devida de classificação dos créditos, a saber:

- Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
- I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor e os decorrentes de acidentes de trabalho;
 - II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
 - III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
 - IV – créditos com privilégio especial [...];
 - V – créditos com privilégio geral [...];
 - VI - créditos quirografários [...];
 - VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
 - VIII – os créditos subordinados [...]

A princípio, pela leitura do artigo acima transcrito, pressupõe-se que os créditos trabalhistas permanecem como os primeiros a serem respeitados no momento de pagamento, mas o artigo 84 seguinte vêm colocar uma espécie de crédito em um patamar acima dos previstos no artigo 83: os créditos extraconcursais. A descrição do que são esses créditos extraconcursais e sua ordem a ser obedecida no pagamento são previstas nos incisos I a V do artigo 84 da Lei 11.101/2005.

Tendo se visto que anteriormente a Lei os créditos trabalhistas consumiam praticamente todo o valor para a quitação dos créditos, trouxe o legislador mais uma inovação buscando a proteção desse valor, de modo que ele não se esvaísse de todo a uma única espécie

creditícia. Para tanto, limitou os créditos derivados da legislação trabalhista a cento e cinquenta salários-mínimos por credor e os decorrentes de acidentes de trabalho.

Essa alteração pretende coibir atitudes fraudulentas dos ex-administradores e não de algum modo prejudicar os trabalhadores. Isso porque tais ex-administradores podiam se valer de tal mecanismo para sugar da empresa devedora seus próprios créditos trabalhistas.

Mas outro benefício para os trabalhadores é previsto no artigo 151, que diz que os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

Tais inovações/alterações acima citadas despontam com maior destaque na grande novidade que foi a Lei 11.101 quando de seu advento. Mas ainda há outras que merecem, se não um estudo mais aprofundado, ao menos sua previsão no presente trabalho, como o estabelecimento da figura do administrador judicial nomeado pelo magistrado de acordo com os requisitos indicados, para citar apenas um. As demais e mais relevantes são englobadas nas duas inovações mais importantes, configuradas nos institutos da recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Dentro de cada um deles irrompe uma série significativa de novidades que resumem com exatidão o desejo que há muito se guardava de uma nova lei falimentar que visasse a empresa como fator preponderante de um Estado bem evoluído, que primasse pelo respeito a todos aqueles que de forma direta e indireta tivessem suas vidas ligadas a empresa debilitada. Se nem todos anseios foram plenamente atendidos, ao menos pode se dizer que as duas figuras de recuperação da empresa, que serão estudadas a seguir, por si só, chegaram o mais próximo disso possível.

5.2 Recuperação judicial

Antes que se entre efetivamente no estudo do novo instituto da recuperação judicial, é sobremodo pertinente explicar que ela se destina às empresas que merecem ou devem ser recuperadas. A razão de tal instituto não se estender a todas as empresas em crise como um todo é muito bem defendida por Coelho (2011, p. 412) na seguinte transcrição de sua obra:

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando os seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O

crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.

Em suma, o valor mais prezado pelo judiciário quando da autorização da recuperação judicial deve ser o da viabilidade. Deve se levar em conta que, por mais nobre que seja o propósito da recuperação judicial, concedê-la a uma empresa que não traz firmeza quanto a essa restauração culmina por ser mais gravosa que a própria declaração de falência.

Tal conceito sequer precisa de demais explicações, uma vez que todos esses valores, inclusive os descritos pelo renomado autor na transcrição supracitada, são consubstanciados no artigo que abre o capítulo referente à recuperação judicial na Lei 11.101/2005, a saber:

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.

E respaldado pelo objetivo primordial de regeneração da empresa em crise, pode-se apreender que a recuperação judicial abriga as soluções mais diversas para alcançar tal fim, incluindo métodos menos ortodoxos, desde que, claro, amparados pelos requisitos mínimos legais. E isso é demasiado importante, pois, apesar de possibilitar a celeridade e eficiência do processo de recuperação, abre espaço para inúmeros métodos de validade duvidosa e que podem por em xeque a legalidade do procedimento. Portanto, ser criterioso neste ponto é indispensável para a adequação das soluções mais eficazes, pois nem sempre eficácia poderá ser sinônimo de fidelidade em relação à lei.

De maneira geral, os objetivos da recuperação judicial se resumem em reorganizar a empresa que esteja passando por crise econômico-financeira, preservar as fontes de produção, bem como as relações empregatícias e promover o melhor ambiente de negociação entre credores e devedor para o alcance dessa recuperação.

5.2.1 Meios de recuperação judicial da empresa

O artigo 50 da Lei de Falências contempla diversos meios de recuperação judicial, não se limitando apenas ao rol trazido por ele, sendo uma lista exemplificativa. São métodos judiciais, administrativos e econômicos que costumeiramente são utilizados para o

procedimento de recuperação das empresas em crise e tem se demonstrado mais eficazes para o cumprimento do objetivo principal.

Contudo, como já explicado, o próprio artigo trata de deixar claro não ser um rol taxativo, de modo que a recuperação abrange quaisquer métodos que possibilitem à empresa superar o momento de crise em que se encontra, desde que convenientes à lei, por mais singulares que possam vir a ser. Cabe às pessoas responsáveis pelo processo (administrados judicial, devedor, credores, advogado) estudar e escolher aquele que achar por bem ser o meio mais eficaz para possibilitar o soerguimento da empresa em crise. Geralmente, em razão da complexidade que é peculiar ao processo de recuperação judicial da empresa, dois ou mais meios costumam ser utilizados de forma combinada.

Sendo assim, a lista legal do artigo 50 da Lei 11.101/2005 compreende: concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações; cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade; alteração do controle societário; substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação dos órgãos que envolvem a sua administração; concessão de direitos societários aos credores, incluindo direito de veto; aumento de capital social; trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; renegociação das obrigações ou passivos trabalhistas; dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo; constituição de sociedade de credores; venda parcial dos bens; equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza; usufruto da empresa; administração compartilhada; emissão de valores mobiliários; constituição de sociedade com propósito específico de adjudicação e bens e credores, a fim de diminuir o passivo.

5.2.2 Órgãos da recuperação judicial

Mantendo sempre em mente que o processo de recuperação judicial é um processo peculiar, cabe ressaltar que não apenas o juiz, o Ministério Público e as partes envolvem a relação jurídica estabelecida. Somam-se a eles mais três figuras que são específicas da recuperação judicial, a saber: assembleia geral de credores, comitê de credores e administrador judicial, todos introduzidos pelo advento da nova lei falimentar em 2005.

A assembleia geral de credores, com previsão no artigo 35 da Lei 11.101/2005, é o órgão colegiado e deliberativo, cuja responsabilidade é manifestar os interesses e anseios dos credores titulares de direitos creditícios junto ao devedor. E como a recuperação judicial importa em imposição de risco aos direitos dos credores, é importantíssimo que haja essa

organização que cuide em atentar aos interesses destes, deliberando sobre os principais pontos considerados no processo de recuperação da empresa e em como eles afetam seus direitos.

A importância da assembleia de credores se resume em suas competências na recuperação judicial, que são aprovar, rejeitar e revisar o plano de recuperação, aprovar a instalação do comitê de credores e eleger seus membros, manifestar-se sobre a desistência da recuperação judicial, eleger o gestor judicial, quando do afastamento dos diretores da sociedade devedora, e deliberar acerca de qualquer matéria atinente aos interesses dos credores.

O comitê de credores é órgão de criação facultativa através da assembleia, dependendo esta criação ao tamanho da empresa e da atividade explorada por ela.

É de competência do comitê fiscalizar tanto o administrador quanto a empresa em recuperação judicial, tendo, para isso, acesso livre às dependências da empresa, escrituração e demais documentos desta. Ao constatar qualquer irregularidade, o comitê deve encaminhar ao juiz do processo requerimento com as providências que julgar necessárias serem tomadas.

O comitê também tem competência de elaborar um plano de recuperação alternativo ao apresentado pela sociedade empresária devedora e de deliberar acerca de alienações de bens do ativo permanente e os endividamentos necessários à continuação da atividade empresarial, quando determinado pelo juiz o afastamento dos administradores da empresa em crise (COELHO, 2011).

Quanto ao administrador judicial, este é figura de primeira importância no processo de recuperação judicial, pois é pessoa escolhida pelo próprio juiz a fim de que o auxilie como responsável pelos atos da empresa em processo de recuperação. Em razão de disso, é necessário que a pessoa designada seja idônea, preferencialmente advogado, economista, contador, administrador de empresa ou pessoa jurídica especializada, nos termos da lei. Pessoas que tiveram a oportunidade de exercer a função em outros processos anteriores mas não a realizaram satisfatoriamente são impedidas de novamente serem escolhidas.

As competências do administrador judicial estão condicionadas à existência ou não do comitê de credores, já que para diversas funções específicas é o comitê formado, e também à hipótese de afastamento dos administradores da empresa em recuperação. De acordo com a primeira hipótese, caso haja sido estabelecido o comitê de credores, caberá ao administrador judicial nada mais que fiscalizar a verificação de créditos, presidir a assembléia de credores e fiscalizar a sociedade empresária devedora. Não sendo estabelecido o comitê de credores, caberá ao administrador exercer as funções que antes caberiam ao órgão colegiado, a não ser que haja incompatibilidade entre eles.

Em o caso de o juiz afastar o diretor ou os diretores da empresa e ainda não houver sido votado pela assembleia um gestor judicial, o administrador ficará incumbido também das atividades antes destinadas a estes, ou seja, aquelas relativas ao negócio em si. Não havendo este afastamento, o administrador será nada mais que fiscal da recuperação judicial, com o dever básico de fiscalizar a verificação de créditos e presidir a assembleia de credores.

5.2.3 O processo de recuperação judicial

O processo de recuperação judicial da empresa é disposto em três fases distintas. A primeira é a fase postulatória, que tem início com a apresentação da petição inicial de recuperação, ou seja, onde a empresa em crise apresenta ao juiz o seu requerimento para a pronta recuperação. A segunda, a que se chama fase deliberativa, consiste no momento onde, após a aprovação do magistrado para que se proceda aos passos da recuperação, discute-se o plano de recuperação, o qual deve ser aceito e despachado por ele, para que se passe, então, à derradeira fase de execução, que começa com a concessão do plano de recuperação judicial estabelecido e se encerra com a sentença de encerramento do processo.

5.2.3.1 Fase postulatória

É legitimado ativo para o processo de recuperação judicial aquele que é titular de empresa que se encontre em crise financeira, não se encontre falida, exista regularmente há mais de dois anos, não tenha obtido o mesmo benefício nos últimos cinco anos e que não tenha o seu sócio controlador ou administradores condenados pela prática de crime falimentar.

O pedido de recuperação é um anseio da parte ativa, ou seja, de nada adianta os trabalhadores, credores, sindicatos ou até mesmo algum órgão governamental ter um plano de recuperação judicial para determinada empresa se o empresário titular da empresa não quiser.

Importante salientar também que existem espécies empresariais que são excluídas da possibilidade de ser objeto de recuperação judicial, sendo elas: sociedades em comum, de economia mista, cooperativa ou simples. Isso porque não cabe a elas ter falência sentenciada. Por fatores ligados à economia, instituições financeiras, integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais, corretoras de câmbio, seguradoras e operadoras de planos privados de assistência de saúde também se excluem da figura da recuperação judicial.

A petição inicial da recuperação judicial deve ser acompanhada de todos os documentos indispensáveis para a constatação do real estado da empresa e suas possibilidades de reerguer-se, todos elencados no artigo 51 da Lei 11.101 de 2005:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

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

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

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

III – a relação nominal completa dos credores, inclusiva aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º. Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º. Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º. O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

Apresentada a petição atendendo a todos os requisitos impostos pela lei, procede o magistrado ao despacho de processamento, onde determina o administrador judicial, a suspensão das ações e execuções contra devedor (exceto aquelas que a lei ressalva no artigo 52, inciso III da Lei Falimentar), a intimação ao Ministério Público e comunicação às Fazendas Públicas federais, estaduais e municipais.

O despacho é publicado em edital na imprensa oficial, constando data, hora e local da convocação da assembleia geral de credores.

5.2.3.2 Fase deliberativa

Inicia-se a fase de deliberação após o despacho do processamento convocando a assembleia de credores. Com isso, votar-se-á o plano de recuperação do devedor, pelo qual o processo se sustentará, após que se proceda à verificação dos créditos. Esta se procede mediante a relação de credores organizada pelo administrador judicial com consequente publicação no Diário Oficial, isso para que abra espaço para eventuais impugnações e habilitações.

Nesta fase, porém, é que se enquadra a principal ferramenta de todo o processo de recuperação judicial, que é o plano de reorganização da empresa. Um bom plano de recuperação empresarial, bem pensado e que possibilite a real reestruturação da empresa em crise é o responsável quase que exclusivo de êxito de um processo dessa natureza bem sucedido. Desse modo, todo o ônus que ele direta ou indiretamente trouxe à sociedade brasileira não terá sido em vão.

Por motivos como esse que o plano de recuperação se mostra tão importante e guarda em si a alma do processo, pois ele por si só pode decretar não apenas o sucesso do empreendimento judicial de reorganização como também seu fracasso.

O que vem a ser exatamente este plano é conjunto de meios que busca a empresa em questão superar a crise econômico-financeira em que se encontra. Levando em consideração todos os fatores externos que podem beneficiá-lo ou prejudicá-lo, tais como fatores macroeconômicos, o plano regerá os atos e passos até o objetivo final.

Alterações das obrigações que beneficiam o requerente obviamente fazem parte de um processo como este. Contudo, existem algumas limitações no que toca a tais alterações, tendo a lei definido algumas exceções que devem ser respeitadas quando da elaboração do plano e suas respectivas modificações obrigacionais. São elas: os empregados que tenham direitos vencidos na data da apresentação do pedido de recuperação devem ter seus direitos quitados no prazo de um ano, com os respectivos saldos salariais atrasados pagos em 30 dias; no que tange ao crédito fiscal, deve-se proceder ao parcelamento nos termos do artigo 155-A do Código Tributário Nacional; deve haver expressa autorização do credor titular de garantia real quando o plano prevê a alienação de bens hipotecados/empenhados para que haja a supressão desta garantia. Respeitadas estas exceções, o plano possui total liberdade de renegociar demais títulos, seja no valor, prazo, forma de quitação etc.

Deve o plano, então, após cumpridos todos esses requisitos iniciais, ser apresentado no prazo de sessenta dias da publicação do despacho de processamento.

Entra em cena a assembleia de credores, a qual deve discutir e votar o plano apresentado pelo devedor ou outro plano alternativo que lhe tenham submetido. Os resultados das votações serão passados ao juiz do processo. Se a assembleia aprovou o plano de recuperação por meio do quórum determinado pela lei, o juiz simplesmente homologará esta aprovação. Caso o plano não tenha, por pouco, atendido a este quórum qualificado, o juiz usará de sua discricionariedade para aprovar ou não o plano. Se houver rejeição do plano, nada mais restará ao magistrado do que decretar a falência do requerente.

5.2.3.3 Fase de execução

A derradeira fase de execução do processo de recuperação judicial se resume no cumprimento do plano estabelecido e aprovado pela assembleia de credores. Como a elaboração do plano, bem como sua deliberação pela assembleia, passa por etapas criteriosas, é por óbvio supor que o devedor requerente deve segui-lo à risca para que se proceda ao fim desejado. Também por causa de todo esse cuidado que se estende desde a elaboração até a votação, é de se supor também que o plano não pode sofrer quaisquer mudanças estruturais e isso é verdade. Se a sociedade devedora não atender ao estabelecido pelo plano, pode ter sua falência decretada. Todavia, não pode a lei ignorar o adionamento ou revisão do plano de recuperação sempre que isto se mostrar necessário, seja por mudanças econômico-financeiras ou outro fator qualquer que torne indispensável a sua retificação.

O requerente não é obstruído de contrair obrigações no período em que está sob a égide do plano de recuperação, ou seja, sua personalidade jurídica não fica inativa perante o ramo empresarial. Ele fica restrito quanto aos atos de alienação de bens ou direitos do ativo permanente, de modo que estes só podem ser praticados se necessários ao sucesso do plano.

Não sendo o devedor, portanto, impedido de contrair obrigações, o seu nome enquanto pessoa jurídica deve vir acompanhado da expressão “em recuperação judicial” para que todos aqueles que contraírem tais obrigações saibam que se trata de uma sociedade em franco processo de recuperação judicial. A não inclusão desta expressão ao nome nos negócios celebrados implica em responsabilidade civil do administrador responsável, até porque esta mesma expressão é incluída ao nome nos registros da Junta Comercial onde está arquivado o ato constitutivo da sociedade em questão. Por tais implicações é que se mostra sobremodo relevante portar-se com critério no momento de definir o administrador judicial, sempre lembrando que, se este mostrar-se incapaz de levar sua função a bom termo ou

praticar atos que prejudiquem o processo, deve ser destituído de seu posto e a assembleia geral de credores convocada para eleger um novo gestor judicial, o qual o substituirá.

Decorrido todas estas fases que envolvem a recuperação judicial, esta tem seu encerramento ou pelo cumprimento do plano no prazo de dois anos ou pelo pedido de desistência do devedor, o qual pode ser apresentado em qualquer tempo no transcorrer do processo, mas que irá ser deliberado pela assembleia geral e sujeito à sua aprovação.

5.2.4 A microempresa e a empresa de pequeno porte em face à recuperação judicial

Tendo em vista o crescimento explícito das microempresas e empresas de pequeno porte já no decorrer de sua tramitação, o legislador da lei falimentar destinou uma seção exclusiva para o trato da recuperação judicial destas. Plano de recuperação extrajudicial não é possível a elas.

Assim sendo, quando a crise bate às portas das microempresas ou empresas de pequeno porte, estas acabam por se sujeitar ou a apresentação de um plano de recuperação com utilização dos mecanismos de recuperação previstos na lei falimentar ou às regras específicas do plano especial proposto para a recuperação judicial.

O plano especial trata-se de moratória, através da qual o devedor paga suas obrigações em até trinta e seis parcelas mensais, iguais, sucessivas, corrigidas e acrescidas de juros de doze por cento ao ano, vencendo-se a primeira destas parcelas 180 (cento e oitenta) dias da data da distribuição do pedido de recuperação. Este parcelamento, entretanto, se destina unicamente aos credores quirografários, ficando excluídas deste benefício as dívidas fiscais e trabalhistas, as quais serão processadas de acordo com a legislação específica vigente.

A aprovação dos credores faz-se desnecessária para que se conceda a moratória. Os credores que se sujeitam ao plano poderão apresentar suas oposições no prazo de trinta dias e a falência será decretada, caso tais oposições representem mais da metade dos titulares sujeitos ao plano.

5.2.5 Convolação em falência

A recuperação judicial convola-se em falência em quatro situações bastante lógicas, que são: deliberação da assembleia geral de credores com voto da maioria simples de que não é proveitosa a reorganização em razão da gravidade da situação econômico-financeira da

empresa; a não apresentação do plano de recuperação no prazo improrrogável de sessenta dias estabelecido no artigo 53, *caput*; recusa do plano pela assembleia geral de credores; descumprimento do plano de recuperação.

5.3 Recuperação extrajudicial

Fazzio Júnior (2005) define o que vem a ser a recuperação extrajudicial como sendo a negociação preliminar feita entre devedor e credores. É um acordo informal que, a bem da verdade, sempre existiu nas relações entre devedor em crise e credores, tendo sido amparada legalmente com seu regulamento pela Lei 11.101/2005, mostrando-se, inclusive, uma das principais inovações trazidas pelo diploma.

A informalidade do acordo extrajudicial de modo algum exclui a participação judiciária no processo, a qual se representa na homologação. Ou seja, o fato de o acordo para recuperação extrajudicial fundamentar-se na informalidade do trato entre as partes, não terá ele validade a não ser que seja homologado.

Ao contrário da recuperação judicial, a recuperação extrajudicial não se estende a todos os credores da empresa em crise, conforme o artigo 161, par. 1º, Lei 11.101/2005. Porém, exatamente por conta desta limitação, o devedor tem liberdade de acordar com os credores que bem entender.

Ocorre que uma parcela menor dos credores pode se recusar a aderir ao plano de recuperação proposto, de modo que frustre o plano da empresa de recuperar-se e a prive do princípio primordial de preservação desta. Vislumbrando essa possibilidade de o plano não perder-se em razão da não adesão de uma minoria, o legislador estabeleceu que havendo concordância de 3/5 (três quintos) dos credores, ou seja, sua maioria, os demais que não acataram a proposta ficam obrigados a tomar parte do plano, ainda que contra sua vontade. É o que se depreende do artigo 163, *caput*, *in verbis*:

Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

Essa hipótese é de extrema relevância no campo do direito falimentar, pois coloca-se como um dos mais importantes pontos de defesa da empresa em crise.

Sendo assim, para que a homologação do plano extrajudicial seja feita, é necessário que o devedor atenda aos mesmos requisitos para a recuperação judicial previstos no artigo 161, par. 3º da Lei de Falências somados a outros que o próprio artigo traz.

Quanto à homologação, duas espécies se apresentam diante da recuperação extrajudicial. A facultativa, como o próprio nome faz sugerir, é aquela do plano que contou com a adesão de todos os credores. A obrigatória trata da hipótese de o devedor não ter obtido a adesão da totalidade dos credores, mas que tenha sido resistido por uma minoria que, por força da lei, não poderá obstar o acordo de sua homologação, pelo bem da empresa devedora.

Alguns credores são excluídos de terem seus créditos incluídos no plano de recuperação extrajudicial e sua renegociação só pode ser feita por intermédio das leis aptas à espécie de crédito ou relativas ao direito das obrigações. São estes credores excluídos aqueles titulares de créditos derivados da relação empregatícia ou de acidente de trabalho, o credor tributário, proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável, vendedor titular de reserva de domínio e instituição financeira credora por adiantamento ao exportador.

Os demais, desde que representem a totalidade ou a fatia estabelecida de mais de 3/5 de todos os créditos abrangidos, sujeitam-se aos efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial por eles acordada.

O credor obrigado à recuperação extrajudicial não pode dela desistir, a não ser que os demais credores que assinaram o acordo assim concordem, aí incluído o próprio devedor. Isso porque a adesão ao plano parte da premissa de que todos darão sua parcela de contribuição em prol do objetivo de recuperação da empresa devedora, de modo que a desistência de um afeta a todos os demais, já que o plano foi firmado e fundamentado sob a esperança desta contribuição por parte do desistente. Fundamentado nisso, o legislador exigiu que tanto o devedor quanto os demais credores deem sua anuência para que ocorra essa liberação.

6 Considerações finais

O presente trabalho teve por principal objetivo a análise da Lei 11.101 de 09 de Fevereiro de 2005 após alguns anos já transcorridos desde sua promulgação. Isso tudo porque mostra-se tempo suficiente para a análise de sua eficácia no plano concreto do direito falimentar brasileiro, se ela realmente alcança seus objetivos primordiais de preservação da empresa ao enxergá-la como instrumento provocador de bem-estar social, seja através da geração de empregos, seja através de seu papel de desempenhar crescimento econômico, dentre tantos outros fatores.

Para isso, o estudo partiu do pressuposto que a Lei 11.101/2005 veio para revogar o Decreto-Lei 7.661 de 21 de Junho de 1945, o qual perdurou por longos sessenta anos na legislação pátria como único regulador das relações falimentares de modo não satisfatório, uma vez que um período tão longo traz junto de si uma série infinda de acontecimentos que transformam um país e principalmente sua economia empresarial como um todo. De fato, foi o que ocorreu no Brasil, já que os principais acontecimentos históricos do Brasil enquanto República Popular ocorreram sob a égide do extinto Decreto-Lei, desde o suicídio de seu mentor, Getúlio Vargas, até o advento do país como uma das principais economias mundiais já no século XXI, passando pela ascensão e queda da Ditadura Militar. Com tantos acontecimentos relevantes, era óbvio que o simples Decreto-Lei não se adequava ao novo cenário do empresariado nacional, vindo a ser objeto das mais diversas críticas e sugestões de mudança. E foi o que ocorreu com a Lei 11.101 de 2005.

E para o estudo da lei falimentar, que já não pode ser descrita como nova, o presente estudo também se ateve a comentar o instituto da falência como um todo, remontando a seus princípios basilares e origens pretéritas. Feito isso, passou-se ao estudo do antigo Decreto-Lei 7.661 de 1945 com especial atenção à concordata, a qual se caracterizou durante todas essas seis décadas como único instrumento de auxílio ao devedor em crise, sendo, na verdade, muito mais um favor concedido pelo magistrado de ter seus prazos dilatados.

Daí partiu-se ao estudo mais aprofundado das principais inovações introduzidas pela Lei 11.101 de 2005, em especial aos institutos da recuperação judicial e recuperação extrajudicial. E tendo em vista as muitas novidades, buscou-se produzir um confronto com o antigo Decreto-Lei para que se tivesse noção mais próxima possível de quanta evolução representou a Lei 11.101/2005.

Porém, nada se pode aproveitar do presente trabalho se não for ele usado como norte para a apreciação da aplicação concreta da Lei 11.101/2005 no atual direito falimentar

brasileiro, uma vez que se trata de mero estudo comparativo de lei atual em face do diploma antigo. Dessa premissa, objetiva o estudo promover o questionamento: são oportunas todas as inovações/alterações trazidas pela lei falimentar? A aplicação de tantos novos mecanismos de proteção a empresa se mostra realmente eficaz? A lei tem cumprido seu princípio fundamental de proteger a empresa como importante instituição promotora de bem-estar social?

Estas questões e tantas outras talvez exijam mais outros sessenta anos para que sejam plenamente respondidas, assim como o foi com o Decreto-Lei 7.661/1945. Contudo, ao se levar em conta o caráter do empresariado brasileiro na atualidade, algumas considerações a respeito já podem ser feitas. Não restam dúvidas quanto à modernidade da lei falimentar e já se passou um período considerável de anos desde que ela entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Mostra-se o presente trabalho, então, oportuno para reflexões acerca da efetividade de tamanha modernidade.

Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL [Leis, decretos, etc...]**Decreto-Lei nº. 7.661 de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Lei nº. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *In: VadeMecum*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Decreto-Lei nº. 73 de 21 de novembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº. 261 de 28 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0261.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. **Lei nº. 9.656 de 3 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. **Lei Complementar nº. 109 de 29 de maio de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. *In: VadeMecum*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei nº. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 14.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. Alienação da Empresa na Falência e Sucessão Tributária. **Revista de Direito Mercantil**, v.87, n.132, p. 87-95, São Paulo: Malheiros, 2003.

GUSMÃO, Mônica. **Nova Lei de Falências (Lei nº. 11.101/2005)**: Estudo comparado com o Decreto-Lei nº. 7.661/1945. Niterói: Impetus, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995.v.1

_____. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1999. v.2