

**“DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO  
A CRISE ECONÔMICA DA EMPRESA E A SUA FUNÇÃO SOCIAL  
A RECUPERAÇÃO OU REESTRUTURAÇÃO É A SOLUÇÃO À MANTENÇA DA EMPRESA  
VISÃO PANORÂMICA DO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO  
LEI DE RECUPERAÇÕES DE EMPRESAS & DE QUEBRAS - LEI Nº 11.101/2005”  
Luiz GUERRA**

Abstract: Panorama del derecho societario y concursal brasileiro. Análisis de la ley de recuperación de empresas brasileira.

Palabras Claves: EMPRESA – FUNCION SOCIAL – RECUPERACIÓN EMPRESARIA – REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIA – MANTENIMIENTO DE LA EMPRESA – CONCURSOS – QUIEBRAS

Antes de iniciarmos os comentários sobre os preceitos legais da Lei de Recuperações e de Falências (LRF), cremos ser importante apresentar a visão panorâmica e sistematizada do cenário legal e a nova dinâmica introduzida no Direito Concursal Brasileiro. Após quase 60 anos, entrou em vigor, no dia 9 de junho de 2005, a Lei de Recuperações e de Falências, Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. A lei, embora atrasada, por conta dos 11 (onze) anos de tramitação desde a sua gestação no Ministério da Justiça até o início de sua vigência, chegou para trazer nova perspectiva no sistema concursal nacional e seu art. 200 revogou o desatualizado Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (antiga lei de falências e de concordatas).

A Lei nº 11.101/2005, após longa negociação do Poder Executivo com o Congresso Nacional, trouxe como ponto principal e de novidade no Direito Concursal Brasileiro, os institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial.<sup>1</sup> A lei eliminou a criticada concordata preventiva e a então combatida concordata suspensiva, cujas moratórias vigoraram, no Brasil, por muitos anos, sem obtenção dos resultados esperados ao tempo de sua inserção no ordenamento jurídico nacional.

A introdução do instituto da recuperação econômica no sistema jurídico nacional põe o Brasil em destaque e em linha com a legislação concursal vigente nos principais países europeus e sul-americanos. É verdade que a Lei de Recuperações e de Falências não é perfeita. É certo que não é a melhor, mas trouxe significativos avanços para o Direito Concursal Brasileiro.

Lamenta-se que a lei tenha deixado escapar, neste momento de recrudescimento do comércio internacional, em tempos de formação de blocos regionais e de intensa integração econômica entre nações, os conceitos mitigados de território, soberania, globalização e mundialização de mercados transfronteiriços que permeiam o novel Direito Global, matriz do

---

<sup>1</sup> GUERRA, Luiz. *Revista Jurídica Consulex*, edição de 15 de março de 2005. Brasília, a. 9, nº 196, p. 7. Entrevista concedida pelo Professor Luiz Guerra ao referido periódico. Pergunta: O senhor está escrevendo um livro sobre a recuperação e a falência. Fale um pouco sobre ele. Resposta: Como dito na palestra que proferi no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, o livro sob o título Falências & Recuperações de Empresas cuidará, ao longo de todo o seu desenvolvimento, de realizar comparações entre o instituto da falência à luz da lei anterior (Decreto-Lei nº 7.661, de 21.6.1945) e da atual (Lei nº 11.101, de 9.2.2005), e confrontará, quando a hipótese comportar, os institutos da extinta concordata preventiva e da recuperação judicial, abordando as novidades, elogiando os avanços e criticando os equívocos praticados pelo legislador.

futuro instituto da falência internacional, estando o tema na pauta da UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o estudo do Direito Comercial Internacional, ao lado da arbitragem internacional.

A União Europeia vem ensaiando tentativa de legislação nesse sentido e, pioneiramente, no Cone Sul, a Argentina, através de sua *Ley de Concursos y Quiebras*, já sinaliza a viabilidade do instituto mediante o reconhecimento e a aplicação do princípio da reciprocidade.

A tônica da Lei de Recuperações e de Falências é a manutenção da atividade empresarial, quando em crise econômico-financeira, preservando-se a empresa, fonte inesgotável de geração de riquezas, de geração de empregos, de geração de rendas e de geração de tributos, além de proteção dos interesses dos credores, fornecedores de serviços e produtos necessários ao desenvolvimento dos objetivos sociais.

O legislador brasileiro finalmente reconheceu a função social da empresa, embora tenha omitido no art. 47, intencionalmente, por vergonha, que a atividade econômica também é fonte inesgotável de tributos, receita indispensável ao funcionamento do Estado e manutenção dos gastos públicos. Como se sabe, o problema do Brasil não é a arrecadação. A arrecadação cresce anualmente e tende cada vez mais crescer a partir da evolução dos meios de combate à sonegação. O problema do Brasil é a praga da corrupção e a má gestão do dinheiro público! Certamente, por isso o legislador se calou, nesse particular!

A LRF reconheceu a função social da empresa no art. 47, em consonância com os arts. 170, *caput*, incisos II, III, IV, VII, VIII e IX e 173, § 1º, inciso I, da Constituição Federal, e, ainda, o art. 966 do Código Civil, e arts. 116, parágrafo único, 154, *caput* e § 4º, da Lei das Sociedades por Ações – Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

O desenvolvimento da atividade empresarial é meio de equilíbrio e de pacificação social. Sem emprego e sem renda, o trabalhador morre de fome; sem produção, a economia do país fica estagnada e o Estado não recolhe tributos. Sem economia forte, a nação não se desenvolve; sem desenvolvimento, não há crescimento. Sem crescimento, não há geração de novas oportunidades, situação caótica que afugenta os empreendedores nacionais e os investidores internacionais.

O empreendedor - empresário ou sociedade empresária - no exercício regular da empresa exerce fundamental papel na economia. É responsável direto pelo crescimento socioeconômico, na qualidade de investidor, segundo as condições ofertadas e as oportunidades criadas pelo Estado através de políticas de fomento à atividade empresarial e desoneração da produção.

É por isso que, corajosamente, após décadas, reconheceu-se, na ciência jurídica, sob o amparo da engenharia econômica, a função social da empresa. O Brasil, seguindo os passos das principais economias do Planeta adotou, em 2002, a Teoria da Empresa, do Direito Italiano. A mencionada teoria inspirou todo o arcabouço do Direito de Empresa lançado no Código Civil, no Livro II, Parte Especial, embora a inserção de parte de matéria mercantil no Código Civil, como se deu com a Teoria Geral dos Títulos de Crédito e o Direito de Empresa, mereça forte crítica, por conta do prejuízo causado ao Direito Comercial<sup>2</sup> e a sua internacionalização.<sup>3</sup>

O legislador brasileiro cometeu grave equívoco ao inserir parte da matéria mercantil no

---

<sup>2</sup> GUERRA, Luiz. *Teoria geral dos títulos de crédito e institutos conexos: comentários à teoria geral dos títulos de crédito e institutos conexos no Código Civil: atributos dos títulos de crédito: títulos ao portador: títulos à ordem: títulos nominativos: penhor de direitos e títulos de crédito: outros institutos conexos: prescrição cambiária: interrupção da prescrição: cessão de créditos: assunção de dívidas*. Brasília: LGE, 2007. p. 17-30.

<sup>3</sup> GUERRA, Luiz. *Inserção de matéria mercantil no código civil de 2002: grave equívoco legislativo: tentativa de engessamento do Direito Comercial: prejuízo à internacionalização do Direito Empresarial*. In \_\_ *Temas de Direito Empresarial*. Brasília: LGE, 2007. p. 245-264.

Código Civil. Ao derrogar o Código Comercial, o Direito Mercantil Brasileiro definitivamente dispersou-se entre o Código Civil, o Código Comercial e as leis extravagantes, perdendo as suas características de unidade e sistematização. Somente agora, na segunda metade do ano de 2011, é que a comunidade jurídica nacional, por iniciativa da FIESP e do Conselho Seccional da OAB/SP, cogitou da elaboração do Novo Código Comercial, o que, de fato, se operou com a apresentação do Projeto de Lei nº 1.572/2011, de autoria do Deputado Vicente Cândido, do PT/SP.<sup>4, 5, 6</sup>

Com o rompimento da inspiração francesa, da Teoria dos Atos de Comércio, no Código Napoleônico – que influenciou todo o Direito Europeu, particularmente o Direito Português e, conseqüentemente o Brasil, em seu Código Comercial Imperial, de 1850, agora, em 2002, por opção legislativa, com a adoção da Teoria da Empresa, o legislador da recuperação econômica não teve alternativa senão, mais tarde, isto é, após 3 (três) anos da incorporação no Código Civil, reconhecer a função social da empresa, sinalizando, assim, claramente, para a necessidade da preservação da atividade econômica desenvolvida pelo empresário ou pela sociedade empresária.

Ainda que tardiamente, o ordenamento jurídico nacional reconheceu o óbvio – reconheceu que a empresa é geradora de riquezas, de empregos, de rendas e de tributos. A função social da empresa é tão absoluta que a partir do momento em que o empreendedor inicia a atividade empresarial, embora a sua origem seja privatista, ganha ela feição publicista, passando o empresário individual ou o sócio majoritário ou acionista controlador a co-responsável pelo equilíbrio social e pelo desenvolvimento do país, porquanto na qualidade de agentes econômicos contribuem diretamente para o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) – representado pela soma de todas as riquezas produzidas.

As interpretações sistematizadas do Direito Empresarial e do Direito Econômico sinalizam para o correto direcionamento do Estado brasileiro, com políticas fomentadoras à atividade empresarial, daí por que a Lei de Recuperações e de Falências, como política de governo, trouxe os institutos da recuperação judicial e extrajudicial visando o fortalecimento da economia nacional.

Nessa trilha, as 2 (duas) outras principais economias da América do Sul, a chilena e a argentina, saíram na frente e reformaram o seu sistema jurídico de insolvência. Posteriormente, o Peru também reformou o seu sistema concursal.

O Chile, em 1982, modificou o *Código de Comercio*. Os institutos equivalentes à recuperação judicial e extrajudicial brasileiros são os *Convenio Judicial Preventivo (Artículos 171 a 217)* e os *Acuerdos Extrajudiciales (Artículos 169 e 170)*, da *Ley nº 18.175*, de 28.10.1982, alterada pela *Ley nº 20.073*, de 29.11.2005.

Esclareça-se que o regime legal da insolvência, no Chile, está posto na *Nueva Ley de Quiebras* – toda a matéria concursal está inserida no *Libro IV – De las Quiebras, nel Código de Comercio*. Referido diploma mercantil restou recentemente alterado, porém nele foram incorporadas todas as modificações surgidas pelo conjunto legislativo reformador constituído pelas leis, a saber: a) *Ley nº 20.004*, de 8.3.2005 – que *modificou la Ley nº 18.175, en Materia de Fortalecimiento de la Transparencia en la Administración Privada de Las Quiebras, Fortalecimiento de la Labor de los Síndicos y de la Superintendencia de Quiebras*; b) *Ley nº 20.073*, de 29.11.2005 –

<sup>4</sup> GUERRA, Luiz. *Novo Código Comercial Brasileiro*. Jornal Correio Braziliense, Caderno Direito & Justiça, edição de 19.5.2011, p. 1.

<sup>5</sup> Palestra proferida pelo Prof. Luiz Guerra, no dia 05 de outubro de 2011, em São Paulo, no Hotel Mercury, no Congresso Internacional de Direito Societário, organizado pela International Quality & Productivity Center, oportunidade em que defendeu a aprovação de Novo Código Comercial Brasileiro, contemplando os princípios e as regras básicas e orientadoras dos institutos jurídicos que constituem o Direito Comercial Brasileiro.

<sup>6</sup> GUERRA, Luiz. *Pauta para o Novo Código Comercial – Projeto de Lei nº 1.572/2011 – In Temas Contemporâneos do Direito – Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília. Guerra Editora, 2011, p. 827-851.

que modificou la Ley nº 18.175, en Materia de Convenios Concursales; y c) Ley nº 20.080, de 24.11.2005 – que aclarou el Sentido de la Ley nº 18.175, de Quiebras.

Já na Argentina, os institutos correspondentes são *Concurso Preventivo (Artículos 5º a 68) e Acuerdo Preventivo Extrajudicial (Artículos 69 a 76)*, de la Ley de Régimen Legal de Concursos y Quiebras – Ley nº 24.522, de 20.7.1995, alterada pela Ley nº 26.086, de 10.4.2006.

No Peru, os institutos similares são *Procedimiento Concursal Ordinário y Plan de Reestructuración Patrimonial (Artículos 23 a 31) y Procedimiento Concursal Preventivo (Artículos 103 a 113)*, como previstos na Ley nº 27.809, de 12.4.2006, que alterou a Ley nº 27.146, de 26.7.2002.

Voltando à realidade brasileira, outro exemplo mais recente de política pública em favor do empresariado e da economia nacional fora a aprovação da Lei Geral da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006).<sup>7</sup> O Estatuto Nacional do Microempresário e da Empresa de Pequeno Porte chegou ao mundo jurídico mercantil em atenção ao art. 170, inciso IX, da Constituição Federal, que indica efetivo tratamento diferenciado aos agentes econômicos de pequeno porte, garantindo-se, assim, sustentação ao art. 970, do Código Civil.

O mencionado estatuto emprestou tratamento diferenciado aos microempresários e aos pequenos empresários em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias, dando-lhes acesso ao mercado, ao crédito, às novas tecnologias, ao associativismo e ao consórcio empresarial nas concorrências públicas para o fornecimento de produtos e serviços à Administração Pública, na tentativa de imprimir competitividade empresarial entre os agentes econômicos, inclusive com a desoneração da produção mediante a redução da carga tributária e o recolhimento de tributos através do sistema denominado SUPERSIMPLES (*modalidade de regime jurídico tributário através do recolhimento, em documento único, de tributos e contribuições federais, estaduais e municipais*).

Óbvio que a Lei de Recuperações e de Falências, isoladamente, não viabilizará o crescimento econômico do Brasil. Porém, a adoção de políticas, ao lado da lei concursal, contribuirá para o crescimento da economia, desde que compreendido o seu correto espírito – de preservação da atividade empresarial – o que elevará o PIB nacional, além de constituir decisivo fator de chamada e de segurança para novos investimentos estrangeiros para o Brasil.

Sabe-se que a partir da Constituição Federal de 1988, nova ordem econômica foi estabelecida para o Estado brasileiro. A atuação estatal, antes marcadamente intervencionista, passou a propulsora da atividade empresarial, daí a importância da Lei de Recuperações e de Falências ao inserir novos institutos visando à recuperação da empresa.

Em decorrência da nova ordem constitucional, políticas de abertura da economia e de mercado, ao lado da integração regional, foram e vêm sendo adotadas pelo Brasil, no ensejo da globalização econômica e *mundialização* de mercados e do comércio.

Os velhos conceitos de concorrência, de mercado e de clientela, antes restritos aos territórios do bairro, da cidade, do Município e do Estado, no final do século passado e limiar deste ganharam elasticidade, passando tais definições à dimensão do comércio além-fronteiras.

A atividade empresarial ganhou novo perfil, com acirrada competitividade dos agentes econômicos no mercado nacional e internacional. A abertura econômica, com o acesso de investidores estrangeiros foi e continuará sendo primordial para o crescimento do parque industrial nacional e o

<sup>7</sup> GUERRA, Luiz. *Lei geral da microempresa e da empresa de pequeno porte: desoneração da produção: sistema SUPERSIMPLES (Sistema Único de Recolhimento de Tributos): acessos diferenciados ao mercado e ao crédito*. In \_\_ *Temas de Direito Empresarial*. Brasília: LGE, 2007. p. 19-36.

desenvolvimento tecnológico brasileiro. A pauta do comércio internacional é a exportação de produtos e a conquista de novos mercados e o intercâmbio de tecnologias.

Nessa trilha, a partir da década de 90 o Brasil começou a experimentar as privatizações, os atos de reengenharia ou reestruturação societária de coligação de capitais, a exemplo da celebração de fusões, cisões e incorporações de companhias, da celebração de parcerias em sistemas de *joint ventures* e outros mecanismos de investimento conjunto, inclusive através de consórcios empresariais.

O Código Civil, em janeiro de 2003, também colaborou para a consolidação do fomento da atividade econômica. O Direito de Empresa redesenhou os modelos societários, afirmando-se, assim, a importância dos conceitos de empresário, empresa e estabelecimento – formadores do tripé da teoria da empresa, além dos institutos mercantis conexos.

Espera-se que a Lei de Recuperações e de Falências, ao lado do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, possa fortalecer o desenvolvimento da empresa e contribuir para o crescimento econômico do Brasil. A preservação da empresa e a sua recuperação econômica deverão ser prestigiados, evitando-se, tanto quanto possível, a declaração da quebra.

A economia brasileira foi presenteada com a Lei de Recuperações e de Falências, com a chegada dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, de modo a evitar, como dito acima, tanto possível, a falência, potencializando-se, dessa forma, o aumento do Produto Interno Bruto.

Nessa perspectiva, Josef Barat bem demonstra a importância da nova Lei de Recuperações e de Falências na reestruturação da sociedade empresária em crise econômico-financeira.<sup>8</sup>

A concordata – que foi concebida como mecanismo de pagamento de credores – jamais serviu à recuperação econômica da empresa. Por isso é que restou prejudicada, esvaziada como meio de soerguimento da atividade empresarial, via moratória. Já a falência – que era o fim da linha para o empreendedor em crise econômico-financeira – não viabilizava o pedido de concordata suspensiva visando recuperação da empresa. Ambos os institutos: concordata preventiva e concordata suspensiva, de fato, mostraram-se incapazes de preservar a atividade empresarial. Dessa forma, em boa hora, desapareceram do cenário jurídico brasileiro, aliás, sem deixar saudade!

Agora, com a nova lei perspectivas surgem com os institutos da recuperação judicial e extrajudicial. Garantir-se-á a recuperação da atividade econômica, desde que a lei seja corretamente interpretada e aplicada pelos cientistas do Direito – orientados que deverão ser pela bússola, isto é, pelo art. 47 – que aponta os princípios norteadores da função social da empresa. O devedor, em crise, poderá manejar pedido de recuperação judicial mediante a apresentação de plano, contendo variados meios para o seu restabelecimento, ou, celebrar com os credores pacto de adesão, pedindo ao juiz a homologação do plano de recuperação extrajudicial, tudo visando evitar a falência. Outra opção é o plano obrigatório, no regime da recuperação extrajudicial, como previsto no art. 163 da mencionada lei.

A solução para o devedor em crise econômico-financeira é a recuperação judicial ou extrajudicial.<sup>9, 10, 11</sup>

<sup>8</sup> BARAT, Josef. *A reestruturação de empresas e a nova lei de falências*. Revista Jurídica Consulex. Brasília: a. 9, nº 195, de 28.2.2005.

<sup>9</sup> GUERRA, Luiz. *Lei de recuperações e de falências: a recuperação é a solução para a empresa em crise: inovações, avanços e retrocessos na nova lei: abordagem crítica*. In \_\_ *Temas de Direito Empresarial*. Brasília: LGE, 2007, p. 161-178.

<sup>10</sup> HÁFEZ, Andréa. *A legislação visa recuperar a empresa e não apenas o crédito*. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/investidor/juridico>>. Acesso em 10 de junho de 2008.

<sup>11</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. *Espaço Jurídico Bovespa*, edição de junho de 2008. São Paulo. Disponível em:

Os meios para alcançar a recuperação são diversos, a exemplo de operações de cisão, fusão, incorporação, venda ou transferência de ativos, cessão de quotas ou ações, emissão e oferta pública de valores mobiliários, negociação de certificados de créditos de carbono, constituição de fundos de investimento e participações, celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho com redução de jornada e salário.

Temos outros meios de recuperação, a saber: a) constituição de sociedade de propósito específico; b) constituição de sociedade formada por credores ou por empregados do devedor; e c) celebração de contratos de arrendamento ou de *trespasse* e tantos outros ajustes visando à recuperação da empresa, o que possibilitará a manutenção de empregos, o recolhimento de tributos e a geração e distribuição de riquezas.

Alguns segmentos da sociedade criticaram, ao tempo da tramitação da Lei de Recuperações e de Falências, que se tratava de Lei dos Bancos (Lei dos Banqueiros), por conta dos supostos privilégios assegurados aos emprestadores de capital. Essa adjetivação é imprópria!<sup>12</sup> A Lei de Recuperações e de Falências rompeu, de fato, com os privilégios dados aos trabalhadores e à Fazenda Pública, no antigo regime jurídico da falência. Ninguém gosta de perder privilégios!

Espraiou-se no mercado, embora em tentativa frustrada, sem eco, que a Lei de Recuperações e de Falências fora elaborada por banqueiros e para os banqueiros! No entanto, restou evidente que tal movimento não passou de mera manifestação contra a perda dos nefastos privilégios coloniais garantidos, injustificadamente, à Fazenda Pública e aos trabalhadores. A massa trabalhadora não sofreu prejuízo. Poucos são os trabalhadores que têm créditos a receber na falência com valores superiores a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

A Lei de Recuperações e de Falências jamais poderá ser taxada como Lei dos Banqueiros! A LRF apresenta-se como típica lei de mercado, própria do sistema capitalista! Se, efetivamente, são os bancos quem emprestam capital ao empresário em dificuldade econômico-financeira, em crise, então, mais que razoável que o dador do empréstimo tenha a seu favor crédito privilegiado, na hipótese da convalidação da recuperação judicial em falência, daí a classificação desse crédito como extraconcursal, ou seja, fora do concurso geral de credores. Quem gosta de emprestar dinheiro e não recebê-lo? É fácil socializar o capital alheio!

Atuaram legitimamente os bancos na defesa de seus interesses! Seus créditos estão em destaque na classificação do art. 84, com preferência sobre os contidos no art. 83, porque são eles que emprestam ou emprestarão capital ao devedor, em crise, e, nessas condições, correrão risco, se convalidada a recuperação em falência. Absolutamente razoável o privilégio conferido aos bancos, com a classificação de seus créditos como extraconcursais.

Interessante o destaque dado à Lei de Recuperações e de Falências como mecanismo de redução e controle das taxas de juros praticadas no Brasil. A lei não foi concebida para baixar taxas

---

<<http://www.bovespa.com.br/investidor/juridico>>. Acesso em 10 de junho de 2008.

<sup>12</sup> GUERRA, Luiz. *Revista Jurídica Consulex*, edição de 15 de março de 2005. Brasília. Ano 9, nº 196, p. 7-8. Entrevista concedida pelo Professor Luiz Guerra ao referido periódico. Pergunta: Professor, alguns consideram a nova lei de recuperação de empresas e falências como a Lei dos Bancos. O que há de verdade sobre isto? Resposta: Eu não afirmo isso. Não se pode dizer propriamente que a nova lei seja a Lei dos Bancos, porquanto ela alcança o empresário e a sociedade empresária na recuperação de qualquer atividade econômica. As instituições financeiras estão fora do alcance da lei nova e possuem legislação específica. Porém, é fato que os bancos realizaram ótimo trabalho no Congresso Nacional, na defesa dos seus interesses. As instituições financeiras estão em posição de prestígio na nova lei, cujos créditos, na classificação, estão em destaque, como sendo extraconcursais, como previstos nos arts. 67 e 84 da Lei nº 11.101/2005. Em outras palavras, significa dizer que os emprestadores de capital – que são os bancos –, na hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência, terão os créditos decorrentes dos contratos de mútuo em dinheiro precedência sobre os demais indicados no art. 83 da lei, isto é, precedência sobre os créditos trabalhistas, acidentários e tributários, o que lhes garante posição privilegiada.

de juros. No entanto, o Governo Federal, ao tempo em que trabalhava nos bastidores para a reeleição presidencial, anunciou, em rede nacional, em todas as mídias, que a aprovação da lei baixaria de imediato a taxa de juros. Isso é crime! Os fundamentos de teoria econômica indicam que a remuneração do capital está diretamente vinculada ao comprometimento do *déficit* público!

A política econômica brasileira é fixada por metas de inflação. Controlamos a inflação através do aumento ou redução de taxas de juros, conforme o consumo no mercado de varejo, para evitar a inflação por demanda. A Lei de Recuperações não tem e jamais terá esse objetivo!

Sobre a temática das taxas de juros e sua interdisciplinaridade com o Direito da Recuperação Econômica temos posição bem definida, em tempos de mercado global. Se o legislador consagrou a função social da empresa, reconhecendo sua capacidade de geração de riquezas, de empregos e de tributos, necessário se faz, com urgência, implantar condições de sobrevivência da/para a atividade econômica.

Temos de implantar, com seriedade – aqui reside o grande problema brasileiro: seriedade – política específica de fomento à atividade empresarial para o empresário em crise, em recuperação, com linha de crédito própria, com taxas de juros diferenciadas, com baixo custo financeiro, para que se possa verdadeiramente cumprir os princípios ou objetivos da função social da empresa, como preconizados no art. 47, da LRF.

Já afirmamos que a Lei de Recuperações necessita de aperfeiçoamento! Há que se pensar, urgentemente, numa lei de sobrevivência para a empresa em crise, garantindo-se a manutenção dos empregos, a geração de riquezas e o recolhimento de tributos. Defendemos a criação de lei econômica para o devedor em recuperação. Não adianta, em sede de Direito da Recuperação Econômica, cuidarmos do pagamento dos credores, com tantas regras processuais, se, em verdade, não damos condições à recuperação do devedor. Indicar a função social da empresa, sem oferecer ao seu titular condições de sobrevivência é retórica legalista, sem qualquer efeito prático!

O empresário recolhe todos os encargos da atividade econômica, gera riquezas, empregos e rendas, e, ainda, tributos durante longos anos. Todavia, por circunstâncias, entra em crise econômica. Na hora que ele necessita de crédito não tem! Qual a contrapartida? Não há! Por que não se criou ou se cria fundo de gestão, com base na própria arrecadação, para viabilizar política de crédito em prol do empresário em crise, de modo que ele possa utilizar os recursos do fundo, em reserva, mediante o pagamento de juros subsidiados, em condições mais favorecidas, visando realizar a função social da empresa?

Nessa perspectiva, as taxas de juros poderão ser diferenciadas a partir da análise da situação específica de cada devedor, da viabilidade econômica do plano de recuperação, das garantias oferecidas, das potencialidades de negócios no mercado etc, sem riscos para o gestor do fundo, porque, na hipótese de convolação da recuperação em falência, o crédito seria ou será reconhecido como extraconcursal, com precedência sobre os demais previstos no art. 83, da Lei de Quebras.

A Lei de Recuperações trouxe benefícios a todos os agentes econômicos: trabalhadores, fornecedores, credores, banqueiros e ao próprio Estado. Todos ganharam e ganharão com a nova lei. O maior beneficiado é o Brasil, que após conviver com legislação que não mais atendia à realidade econômica, incorporou o instituto da recuperação no seu ordenamento jurídico.

Com a recuperação resta evidente a necessidade de investimento de capital na atividade econômica, daí por que os bancos e os fornecedores mereceram prestígio; os trabalhadores sofreram mitigação nos seus direitos e o Estado cedeu, ao permitir o rompimento da responsabilidade tributária, na sucessão, quando da venda de ativos, e ainda, na classificação dos créditos tributários e previdenciários em favor dos credores extraconcursais.

Muitas são as inovações contempladas na Lei de Recuperações e de Falências. Dentre outras, destacamos: a) a introdução das recuperações judicial e extrajudicial da atividade econômica e o reconhecimento da função social da empresa; b) a indicação dos meios visando à recuperação, a exemplo da prática de atos de reengenharia societária de fusão, cisão, incorporação, transformação, constituição de sociedade com a participação de empregados e credores, constituição de sociedade de propósito específico e venda de ativos; c) a criação facultativa do Comitê de Credores, cuja instalação somente se justificará nas recuperações e falências de sociedades ou companhias de grande porte dada a fiscalização no cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação e dos interesses dos credores, além dos custos para as reuniões, providências e remunerações dos seus membros, quando for o caso; d) a convocação da Assembleia Geral de Credores, cujas principais finalidades, na recuperação judicial, serão apreciar o plano de recuperação elaborado pelo devedor, quando, então, os credores poderão modificá-lo, aprová-lo ou rejeitá-lo e, ainda, autorizar, quando for o caso, o pedido de desistência da recuperação; na falência, a principal finalidade será apreciar e, autorizar, se for o caso, a realização do ativo de modo diverso das hipóteses contempladas na lei; e) a alteração na classificação de créditos trabalhistas e acidentários; f) o rompimento das responsabilidades tributária, trabalhista e previdenciária, sem reconhecimento de ocorrência de sucessão empresarial, na hipótese de alienação de ativos na recuperação ou na falência; g) otimização dos recursos e ativos na falência; e h) a verificação de créditos realizada pelo administrador judicial.

A Lei de Recuperações e de Falências alterou, ainda, o processamento do pedido de falência, a exemplo de requisitos, condições, prazos para defesa e outras providências etc.

Todavia, a legislação apresenta-se imperfeita e tem pontos negativos. A Lei de Recuperações e de Falências tem a mesma feição do revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945, ou seja, emprestou-se natureza material e processual, nesse particular excessivamente ritualística e procedimental, quando deveria se apresentar com conteúdo mais econômico, com soluções direcionadas para a recuperação e administração da falência. Defendemos a sua complementação com outras e novas leis paralelas, com a indicação de mecanismos econômicos de soerguimento da empresa, a exemplo: a) da constituição de fundo de empréstimo de recursos aos agentes econômicos em dificuldade, com linha de crédito especial e juros subsidiados, de modo a atender o princípio da função social da empresa; e b) a constituição de fundo para administração e venda dos -ativos arrecadados, atendendo-se o princípio da otimização dos recursos na administração da falência.

O processo falimentar apresenta-se como verdadeira equação matemática, típica de primeiro grau, representada por  $A$  (ativo) –  $P$  (passivo) =  $R$  (resultado). Portanto, arrecadam-se bens e realiza-se o ativo para a solução do passivo, apurando-se o resultado, que poderá ser positivo ou negativo, a depender da força econômica da massa falida e do volume de créditos habilitados.

Os fundamentos para a falência foram mantidos e trazidos integralmente da lei velha para a nova, sem qualquer inovação. Continuam sendo fundamentos à quebra apenas a impontualidade e a prática de atos de falência – condutas que caracterizam estado pré-falimentar. O legislador desperdiçou ótima oportunidade para inovar. Deixou de levar em conta outros pressupostos, aliás mais objetivos e importantes, a saber: a) o montante do ativo (bens e direitos) do devedor; b) o volume do passivo (dívidas e obrigações) do devedor; c) a relação ou equação de solvabilidade ou insolvabilidade do devedor no confronto do ativo com o passivo; e d)

o número de credores do devedor.<sup>13</sup> Erroneamente, desprezou todos os pressupostos econômicos-financeiros aqui citados e *fechou-se em copas* para cingir-se ao conceito de impontualidade, como se o devedor impontual – aquele que não paga obrigação líquida constante de título executivo, na data do vencimento - esteja insolvável, e, portanto, presumivelmente falido. Equívoco imperdoável!

A Lei de Recuperações e de Falências deveria ter melhor conteúdo, com soluções e alternativas econômicas, com menor carga processual. A matéria processual comercial deveria ser levada para o Código de Processo Comercial – que há muito deveria ter sido criado.

Não há justificativa para inserção de forte carga processual na Lei de Recuperações, dando-lhe rosto de lei processual especial, com a introdução de condições, ritos e prazos diferenciados do Código de Processo Civil, confundindo-se a natureza de institutos processuais, a exemplo de prazos dilatatórios, afirmados como peremptórios, sem qualquer critério científico, como ocorre em relação aos prazos de suspensão das ações e execuções em face do devedor e de apresentação do plano de recuperação judicial. Esses prazos são dilatatórios, porém o legislador afirma-os peremptórios!

A indicação de recursos equivocados diante da natureza jurídica das decisões processuais proferidas também é exemplo de grave erro. Historicamente, a Lei Falimentar sempre se apresentou dessa forma, com procedimento próprio, quase autônomo; aliás, essa é a tendência Ocidental no trato da questão. Contudo, a crítica aqui feita e realizada ao longo do corpo desta obra reside na ausência de critério científico do legislador e da contrariedade direta às regras contidas no Código de Processo Civil, gerando desnecessária insegurança ao intérprete. O argumento de que a Lei de Recuperações e de Falências é especial e, portanto, deve conter ritos próprios não mais se justifica, nesse particular, no início deste século. Temos de buscar celeridade no processamento na prestação jurisdicional e a harmonização entre os diplomas legais é uma das soluções, evitando-se, dessa forma, tanto possível, o excesso de casuísmos.

A burocracia documental exigida para instruir os pedidos de recuperação ou para cuidar da administração da falência é ponto negativo na lei, sem contar os elevados custos para cumprir as exageradas providências, se o devedor está em crise econômico-financeira. Ademais, não existe celeridade processual, embora a lei, em tese, indique que os procedimentos se orientarão pelos princípios da celeridade e da economia processual. Tais princípios somente terão aplicabilidade quando tivermos coragem política para realizar cirurgia, de corte profundo, nos Códigos de Processo Civil e Processo Penal.

Indicamos outros pontos negativos: a) a exclusão das sociedades de economia mista e empresas públicas do alcance da lei, com manifesta inconstitucionalidade do inciso I, do art. 2º (violação do inciso II, do § 1º, do art. 173 da Constituição Federal/1988); b) o não processamento dos pedidos de recuperação e de falência em juízos e tribunais especializados; c) o não processamento dos pedidos de recuperação e de falência do microempreendedor individual, da microempresa e da empresa de pequeno porte perante juízos especializados para esses agentes econômicos de menor porte; d) a homologação judicial do plano, na recuperação extrajudicial, situação que, *mutatis mutandis*, quase transforma a recuperação extrajudicial em judicial, desnecessariamente; a homologação do plano, na forma como posta na lei empresta feição judicial à recuperação extrajudicial; a recuperação extrajudicial deveria ser mero acordo de vontade entre as partes aderentes ao plano, cujos efeitos são gerados imediatamente a partir da declaração de vontades, sem necessidade de homologação judicial do plano; e) a potencialidade de imprimir rito

---

<sup>13</sup> *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*: Súmula nº 44: A pluralidade de credores não constitui pressuposto da falência. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 27 de setembro de 2011.

ordinário na recuperação extrajudicial, com base em plano obrigatório previsto no art. 163, descaracterizando por completo o instituto; a concessão de recuperação extrajudicial com base no plano obrigatório é mais complexa que a própria recuperação judicial; f) a declaração de falência do sócio de responsabilidade ilimitada; antinomia legal – o sistema falimentar brasileiro está dirigido ao empresário individual e a sociedade empresária; a responsabilidade ilimitada decorre da natureza jurídica do regime jurídico societário ou da prática de atos irregulares em relação aos sócios com responsabilidade limitada, o que ensejará, nesta última hipótese, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica; g) o conceito aberto de principal estabelecimento na fixação do juízo competente para conhecer do pedido e conceder a recuperação judicial, homologar o plano de recuperação extrajudicial ou decretar a falência; a realidade aponta várias possibilidades de definição do principal estabelecimento a partir do local da sede; do lugar de instalação da maior unidade produtiva ou de capacidade produtiva; do lugar do maior mercado de atuação e influência do empresário ou da sociedade empresária, com o maior número de clientes e fornecedores; do lugar do maior volume de negócios ou faturamento; do lugar onde a diretoria se reúne e ordinariamente delibera; h) a não indicação da fixação da competência para os estabelecimentos virtuais, por conta do recrudescimento do comércio eletrônico (*e-commerce*) que, atualmente, demanda grande volume de negócios, via rede mundial de computadores – *internet*; i) a não indicação da fixação da competência para os estabelecimentos em regime *mobile office*, inclusive com legislação já autorizadora de instalação e funcionamento desses novos tipos de estabelecimentos e escritórios; j) a excessiva ritualística ou instrumentalidade no processamento dos pedidos de recuperação; k) não se apresentar propriamente como lei econômica, de reorganização societária; l) a inaplicabilidade da lei às sociedades simples e às pessoas naturais, com a eliminação do precário instituto da insolvência civil; m) a não contemplação da falência internacional; n) o não reconhecimento do prazo de 180 (oitenta) dias de suspensão da prescrição, das ações e execuções, na recuperação judicial, como dilatatório; o) o não reconhecimento do prazo de 60 (sessenta) dias para a entrega do plano, na recuperação judicial, como dilatatório; p) a não ampliação dos legitimados ao pedido de recuperação judicial, permitindo-se ao credor a provocação do pedido de recuperação do devedor; q) a exigência de exercício da atividade econômica por mais de 2 (dois) anos para pleitear a recuperação, como se a crise econômico-financeira tivesse prazo certo para acontecer e somente surgir no desenvolvimento da atividade empresarial quando atingido esse prazo (o lapso temporal legal), dentre outros equívocos; r) a não concentração de todo o sistema concursal brasileiro numa única legislação, contemplando-se o regime comum e o regime especial, eliminando-se as legislações esparsas que cuidam da intervenção, liquidação e falência das sociedades empresárias contidas no inciso II, do art. 2º, da LRF, bem assim o rito da quantia certa contra devedor insolvente previsto no Código de Processo Civil; s) a não utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia ou de conflitos, autorizando-se o processamento de pedidos de recuperação extrajudicial ou judicial ou de falência de microempreendedor, de microempresa e de empresa de pequeno porte perante as Câmaras de Arbitragem;<sup>14, 15, 16</sup> e t) não criação de instituto em substituição à concordata suspensiva, na

<sup>14</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Objeto do litígio da arbitragem. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6840>>. Acesso em 27 de setembro de 2010. Leon Frejda Sklarowsky foi membro da então Comissão de Juristas que elaborou o Projeto de Lei da atual Lei de Falências e Recuperações e foi defensor da arbitragem no aludido projeto.

<sup>15</sup> NASCIMENTO, Sônia Mascaró. *Meios alternativos de resolução de conflitos. Jornal Correio Braziliense*, Caderno Direito & Justiça, edição de 13 de abril de 2009, p. 1.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Pedro Alberto Costa Braga de. *Solução extrajudicial de controvérsias. Jornal Correio Braziliense*, Caderno Direito & Justiça, edição de 25 de agosto de 2008, p.3.

falência.

É bom dizer que a demora na tramitação da lei foi prejudicial ao sistema concursal. Após 11 (onze) anos de tramitação no Congresso Nacional a lei jamais pode ou poderá corresponder aos fiéis anseios sociais ao tempo de sua concepção. A Lei de Recuperações e de Falências, embora recentemente incorporada ao ordenamento jurídico, já dá sinais de potenciais e futuras alterações, em curto prazo, como se vê dos Projetos de Lei em curso no Parlamento, os quais serão indicados ao longo dos comentários.

Recentemente experimentamos a mesma situação com a chegada do Código Civil, em 2002. Grande parte da sociedade civil se viu frustrada quando se deparou com o texto aprovado, após 26 anos de tramitação no Congresso Nacional. Há em tramitação no Poder Legislativo projetos buscando a alteração de vários preceitos do novo Código, aliás, velho! O Código Civil, de 2002, já foi alterado algumas vezes. A técnica legislativa brasileira é tão ruim, que além da demora, quando a lei é aprovada, já está defasada. Pior, ainda, na maioria dos casos, a redação final da lei apresenta-se sem a devida revisão sistemática! Triste realidade!

No caso da Lei de Recuperações e de Falências não é diferente. No nascedouro da reforma tinha-se a ideia de criar lei de reorganização da empresa, de natureza econômica. A Lei de Recuperações e de Falências, embora cuide da recuperação, não é legislação propriamente de reorganização econômica. Certamente, com o tempo, o mercado ao atestar à sua deficiência exigirá alterações, como ocorrera recentemente na Argentina e no Chile.

Porém, nesse momento, é fundamental dizer que a Lei de Recuperações e de Falências, embora contendo vários equívocos, é de vanguarda, se comparada com o obsoleto Decreto-Lei nº 7.661/1945.

A Lei de Recuperações e de Falências contém imperfeições. Todavia, em linhas gerais, encontra-se em sintonia com os sistemas jurídicos de quebra dos principais países europeus e sul-americanos, o que autoriza afirmar que se apresenta relativamente atual, mormente em razão da incorporação do instituto da recuperação judicial – a grande novidade.

A recuperação judicial tem tratamento específico. O art. 47 é o norte da recuperação. A recuperação, judicial ou extrajudicial, como já dito, visa superar a crise econômico-financeira. Em tese, os meios de recuperação indicados no art. 50 permitirão a preservação da empresa.

O Brasil, deitado eternamente em berço esplêndido, parece querer acordar do sonho profundo! A Lei de Recuperações e de Falências ao reconhecer a função social da empresa permitiu que o empresário ou a sociedade empresária em crise econômico-financeira que exerça regularmente atividade econômica há mais de 2 (dois) anos possa pleitear a recuperação, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 48, incisos I a IV, e atendida à documentação indicada no art. 51.

O pedido de recuperação apresenta particularidades, ou seja, o processamento da recuperação judicial é diferente da extrajudicial, esta com planos de adesão ou obrigatório, que, por sua vez, é diverso do pedido formulado por microempreendedor individual, microempresa e empresa de pequeno porte, com plano especial.

As microempresas e as empresas de pequeno porte poderão formular pedido de recuperação mediante a apresentação de plano especial. A recuperação com base no plano especial somente abrangerá os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasses de recursos oficiais e os previstos nos §§ 3º e 4º, do art. 49, da LRF.

O plano especial contemplará o pagamento dos créditos em até 36 (trinta e seis) meses, com valores monetariamente atualizados e acrescidos de juros de 12% (doze por cento) ao ano e o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da distribuição do pedido. Estabelecerá também a necessidade de autorização do Juízo da

Recuperação, ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, quando for o caso, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

O pedido com base no plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição, tampouco das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano. Significa dizer, em outras palavras, que credores não alcançados pelo plano poderão promover execuções e ações em desfavor do devedor, inclusive formular pedido de falência, o que se apresenta como verdadeira antinomia.

É impensável tal instituto, da forma como posto na Lei de Recuperações e de Falências, do ponto de vista econômico ou sob o enfoque processual, eis que não gera segurança jurídica ao devedor e aos credores alcançados pelo plano diante do potencial risco de declaração de quebra. Ademais, o inciso III, do art. 48, é inconstitucional, eis que apresenta condições desfavoráveis ao microempresendedor individual, à microempresa e à empresa de pequeno porte, na obtenção da recuperação judicial, se comparadas com o inciso II, do mesmo artigo, que indica as condições para os demais agentes econômicos.

O legislador criou 2 (dois) modelos de recuperação: judicial e extrajudicial. No judicial, todo o processamento do pedido opera-se exclusivamente perante o Poder Judiciário. No extrajudicial, o ato jurídico – que é a negociação direta do devedor com os seus credores e a celebração de acordo ou plano de recuperação – deveria limitar-se ao ambiente extrajudicial, nos limites físicos do estabelecimento, porque o acordo ou o plano de adesão firmado, por si só, gera efeitos, não havendo necessidade de homologação judicial. Trata-se, em verdade, de composição firmada entre as partes.

Esclareça-se que a recuperação extrajudicial alcança basicamente os credores quirografários e os seus efeitos são diversos da recuperação judicial, como já dito.

Os arts. 163 e 164, da Lei de Recuperações e de Falências, autorizam o devedor a pedir a homologação do plano de recuperação em relação a todos os credores por ele abrangidos. Tal situação opera verdadeiro rito ordinário no processamento do pedido, o que descaracteriza a natureza extrajudicial da recuperação, transformando-a em judicial.

A celeridade do processo, na prática, certamente ficará longe de materializar-se. Somos otimistas, porém realistas. Não enxergamos grandes mudanças ou avanços na celeridade das demandas porque o modelo processual brasileiro, no Direito Processual Comercial, especialmente no Direito Concursal, ainda é imperial, essencialmente cartorial. O modelo é arcaico, formal e burocrático, distante de atender os anseios dos jurisdicionados. O mesmo ocorre no Direito Processual Civil.

As verdadeiras mudanças somente se operarão quando a sociedade, devidamente organizada, representada por seus variados segmentos, exigir postura de coragem dos nossos parlamentares, com reformas estruturais visando à celeridade do processo, com a redução do número de recursos e dos prazos, além de alterações substanciais dos ritos, atos e outros procedimentos que estrangulam o processamento de qualquer pedido judicial.

Mais cedo ou mais tarde chegará o dia em que o processo será reconhecido, na prática judiciária, como meio, jamais como fim; que a essência é o Direito Material e esse deverá prevalecer sempre sobre as fórmulas do Direito Processual. Nós, processualistas, devemos trabalhar urgentemente pela reformulação dos ritos e fórmulas processuais, sob pena de desgaste e desprestígio de nossa ciência. A sociedade não mais tolera a demora na prestação jurisdicional!

Importante dizer que muitas são as diferenças entre a recuperação e a concordata. Não é possível aqui apontar cada uma delas. Contudo, a principal reside na essência dos institutos. A concordata preventiva não era instituto próprio para a recuperação da atividade econômica. Era favor legal típico de moratória que visava exclusivamente o pagamento dos credores, sem

qualquer preocupação com o devedor. As estatísticas indicaram que o concordatário quase sempre teve a concordata rescindida, com a declaração da falência.

Na concordata, a preocupação principal sempre foi o credor e o crédito; o procedimento era de moratória visando pagar, essencialmente, o crédito, e jamais recuperar a atividade econômica. Esse foi o modelo histórico e nunca houve preocupação com a preservação da empresa. O concordatário, quase sempre, foi incapaz de recuperar-se e diante da impossibilidade material era naturalmente empurrado para a falência; essa, como se sabe, é o fim da linha; é a treva; é literalmente a morte da atividade empresarial, com direito a choro, caixão, vela preta e missa de sétimo dia; é o túnel sem luz. Portanto, raras foram às concordatas exitosas.

A concordata preventiva da Encol, no passado recente, bem revela essa situação. A Encol teve a falência decretada, por conta da rescisão da concordata preventiva. Indaga-se: de que serviu a falência? A quebra não resolveu o problema econômico de ninguém; ao contrário, os credores: trabalhadores, fornecedores, mutuários, banqueiros e o Estado nada ou quase nada receberam ou receberão. Todos perderam!

Certamente, à época, estivesse a Encol em recuperação judicial, com plano de recuperação contemplando o pagamento de obrigações a curto, médio ou longo prazo, sob o firme controle do Comitê e da Assembleia Geral de Credores e sob a fiscalização do administrador judicial, tudo seria diferente. Nesse particular, invocamos, também, o caso do Grupo Sharp, cujo depoimento do então perito contador, na concordata preventiva, transcrito nesta obra, bem indica quão importante é a recuperação econômica.

Com a introdução da recuperação no Direito Concursal Brasileiro o enfoque é outro; a preocupação é a preservação e a manutenção da empresa, dos empregos e da geração de riquezas e tributos. É por isso que podemos afirmar que existem diferenças substanciais entre os institutos da concordata e da recuperação, o que impossibilita, tecnicamente, realizar comparações.

Temos de buscar o aperfeiçoamento da Lei de Recuperações e de Falências. A lei merece reparos, em curto espaço de tempo, para atender a realidade socioeconômica de nossa complexa sociedade. Como já dito, há Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional visando modificá-la. Apontamos, desde logo, dentre outras, algumas medidas importantes que poderão ser adotadas, em futuro breve, a saber: a) eliminar ou diminuir a carga processual contida na lei, aplicando-se preferencialmente, de forma exclusiva, os Códigos de Processo Civil e Penal, imprimindo-se uniformidade nos procedimentos; b) unificar os institutos concursais, contemplando o regime comum e o regime especial em legislação única, compreendendo: a insolvência, a intervenção, a liquidação extrajudicial, a administração temporária, a recuperação extrajudicial, a recuperação judicial e a falência; c) eliminar a insolvência civil como rito da execução de quantia certa contra devedor insolvente, no Livro II, no Processo de Execução, com a unificação de todo o sistema concursal, aplicando a Lei de Recuperações e de Falências às sociedades simples e às pessoas naturais; d) criar Juízos Especializados para o processamento dos pedidos de recuperação e de falência de microempreendedor individual, de microempresas e empresas de pequeno porte, além de pessoas naturais e sociedades simples; e) preparar adequadamente os Juízes de Direito das Varas de Recuperações e de Falências, exigindo-lhes melhor preparo profissional para enfrentar as demandas próprias do Juízo Universal da Falência e da Recuperação;<sup>17, 18</sup> f) facilitar o preenchimento dos requisitos e condições para o processamento

<sup>17</sup> GUERRA, Luiz. *Competência exclusiva do juiz de direito titular nos processos de insolvência: críticas ao descumprimento do art. 92, I, do CPC, por parte das Corregedorias de Justiça e a atuação passiva dos magistrados das Varas de Recuperações e de Falências*. Brasília: Revista Guerra Jurídica – Revista Guerra de Direito Empresarial & Direito Processual Comercial, da Guerra Editora. Disponível em: <<http://www.guerraeditora.com.br/revistaguerrajuridica>>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

da recuperação judicial; g) diminuir a burocracia e a ritualística dos pedidos de recuperação e de falência; h) estimular e facilitar o processamento da recuperação extrajudicial mediante a criação de mecanismos de solução de controvérsia, fomentando-se e fortalecendo-se a arbitragem no âmbito das Juntas Comerciais, Federações e Associações de Comércio, Indústria e Serviço, deixando exclusivamente para o Poder Judiciário a solução dos conflitos não dirimidos extrajudicialmente; e i) complementar as disposições contidas na lei mediante a indicação de soluções e alternativas econômicas visando recuperação da atividade empresarial, a exemplo de implantação de política de crédito, com linha específica, e criação de fundo gestor para concessão de recursos ao devedor empresário em crise, com baixo custo financeiro.

A questão da especialização de juízos e tribunais, como forma de garantir qualidade na prestação jurisdicional, nas demandas mercantis,<sup>19</sup> é antiga e remonta ainda ao Código de França, de 1807, quando se discutia o privilégio da classe dos comerciantes.

A discussão da especialização perdurou por toda a Europa, ainda ao tempo da unificação das obrigações civis e mercantis.<sup>20</sup> Todavia, não temos receio de oferecer posição sobre o assunto. Em Ciência Jurídica, como em todas as demais, o objeto tende a ser cada vez mais específico e complexo, sendo, pois, impossível conhecer e dominar todo o conhecimento científico. Portanto, a especialização no Direito Empresarial, especialmente no Direito Concursal se impõe como forma de celeridade na prestação jurisdicional e na qualidade das decisões judiciais.

Dentro dessa perspectiva há de se louvar a iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a criação de Turma Especializada em Direito Falimentar e Direito Recuperacional, o que garante prestação jurisdicional de qualidade, com celeridade, diminuindo, inclusive, consideravelmente o número de recursos contra as decisões proferidas.

Nessa linha de pensamento forçoso é reconhecer a necessidade de criação de Juízos e Tribunais Especializados. O Juiz da Vara Comum, da Vara Cível – cuida basicamente das questões da vida cotidiana, a exemplo de contratos de locação, execução de títulos, questionamentos sobre posse e propriedade e ações de responsabilidade civil. Esse magistrado não tem a experiência e a vivência das questões mercantis de maior complexidade, no mundo empresarial.

Não há como exigir decisão célere e de qualidade nas questões mercantis,<sup>21</sup> salvo se houver mudança de postura por parte dos responsáveis pela formação do cenário jurídico nacional mediante políticas públicas, com investimento no preparo dos juizes, com estudo e treinamento específicos, além da criação de juízos e tribunais especializados, versando sobre: a) mercado de capitais (valores mobiliários e bolsa de valores), mercado financeiro (títulos, fundos, aplicações, recuperações de crédito, operações de asseguramento ou securitização de créditos etc); b) societário (incorporação, transformação, fusão e cisão, contratos de *trespasse*, arrendamento, disputas entre sócios sobre controle acionário, acordo de acionistas, dissolução de sociedades etc); c) de contratos mercantis diferenciados (franquia empresarial, *leasing* de aeronaves, *factoring*, afretamento de navios, transferência de tecnologia, marcas e patentes etc);

<sup>18</sup> GUERRA, Luiz. *Competência exclusiva do juiz de direito titular nos processos de insolvência: equívoco das Corregedorias de Justiça*. Revista Letrado, periódico do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP – abril de 2011.

<sup>19</sup> *Espaço Jurídico Bovespa*:

VARAS EMPRESARIAIS REDUZEM AS CHANCES DE DECISÕES SEREM REFORMADAS. Disponível em: <<http://www.bovespa/espacojuridico>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

<sup>20</sup> GUERRA, Luiz. *Teoria geral dos títulos de crédito e institutos conexos: comentários à teoria geral dos títulos de crédito e institutos conexos no Código Civil: atributos dos títulos de crédito: títulos ao portador: títulos à ordem: títulos nominativos: penhor de direitos e títulos de crédito: outros institutos conexos: prescrição cambiária: interrupção da prescrição: cessão de créditos: assunção de dívidas*. Brasília: LGE, 2007. p. 17-30.

<sup>21</sup> LAPOLLA, Marcelo. *Atuação da CVM em processos judiciais condiz com busca por qualidade em decisões*. Disponível em: <<http://www.bmf&bovespa/espacojuridico>>. Acesso em 20 de outubro de 2011.

e d) administração de crise econômico-financeira (recuperação judicial, recuperação extrajudicial, falência, intervenção e liquidação de sociedades), se o juiz não foi e não está preparado para conhecer e decidir questões diferenciadas e especializadas.

O assunto merece reflexão das autoridades judiciárias, com a criação de Varas Empresariais e Tribunais dotados de magistrados preparados e especializados para enfrentar as complexas questões de Direito Comercial e seus subramos, inclusive orientar a jurisprudência no complexo mundo do Direito Empresarial. A feliz iniciativa dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo,<sup>22</sup> Rio de Janeiro, Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal, com a criação de Varas Empresariais, copiando o bem sucedido modelo norte-americano da Corte de Justiça de Delaware,<sup>23</sup> que se especializou, por definição de seus próprios juízes, nas causas mercantis e empresariais é exemplo que deve ser seguido por todos os Tribunais de Justiça do Brasil visando oferecer prestação jurisdicional de qualidade.<sup>24</sup>

Somos favoráveis a criação de Juízos e Tribunais Especializados visando imprimir celeridade no processamento dos pedidos de recuperação e de falência e respectivos recursos. Ao menos a criação de Turmas ou Câmaras, a exemplo do que já ocorre, hoje, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais.

A Lei de Recuperações e de Falências contém duas manifestas inconstitucionalidades, a saber: a) no inciso I, do art. 2º, ao excluir do seu alcance as sociedades de economia mista e as empresas públicas (inciso II, do § 1º, do art. 173, da CF/88); e b) no inciso III, do art. 48, ao exigir das microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) prazo maior do que o previsto para os agentes econômicos comuns.

No primeiro caso, o legislador não tem justificativa para excluir tais entes do alcance da lei porque as sociedades de economia mista e as empresas públicas têm sujeição ao regime jurídico de Direito Privado quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, como aponta o art. 173, § 1º, inciso II, da CF/88.

Com efeito, tais empresas não podem ser excluídas, por força do princípio da eficiência da Administração Pública, estatuído no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que aponta: *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*. Logo, é flagrante a inconstitucionalidade contida no inciso I, do art. 2º, da Lei de Recuperações e de Falências, esperando-se, assim, que as entidades legitimadas promovam a competente Ação Direta de Inconstitucionalidade em prol do prestígio do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, zelando-se pelo dinheiro e interesse públicos no desempenho da atividade econômica.

Também verificamos que a exclusão de outros entes públicos e privados, a exemplo de bancos, seguradoras e sociedades de previdência complementar, do alcance da lei, não reside em critérios científicos. O simples fato de existir lei específica para tais segmentos econômicos não impede que a Lei de Recuperações e de Falências contemple a recuperação e a quebra de tais agentes econômicos. Como já exposto, é hora de banir os casuísmos e concentrar todos os

<sup>22</sup> HÁFEZ, Andréa. *Entrevista - TJSP retoma espaço e influência na formação da jurisprudência em Direito Empresarial*. Disponível em: <<http://www.bovespa/espacojuridico.com.br>>. Acesso em 20 de outubro de 2011.

<sup>23</sup> GUERRA, Luiz. Palestra proferida pelo Professor Luiz Guerra no Congresso Internacional realizado em Fortaleza, em maio de 2011, sobre a A Reforma do Direito Processual. O tema da palestra foi Reforma do Direito Processual Comercial – Reforma do Código Comercial Brasileiro e o Processo Falimentar: ações e recursos falimentares e recuperatórios.

<sup>24</sup> *Espaço Jurídico Bovespa:*

JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA PODE INTERFERIR NA ESCOLHA DO LOCAL DA SEDE DA EMPRESA. Disponível em <<http://www.bovespa.com.br/investidor/juridico>>. Acesso em 7 de julho de 2008.

institutos numa única lei, uniformizando-se o Direito Concursal Brasileiro.

Na segunda hipótese, o legislador ao exigir prazo maior das microempresas e empresas de pequeno porte, como requisito objetivo para o pedido de recuperação, na comparação com os demais agentes econômicos, violou diretamente o tratamento diferenciado, porém mais favorável garantido às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), como autorizado pelo art. 170, inciso IX, e art. 179, da Constituição Federal: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. E mais: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.*

De constitucionalidade duvidosa apresenta-se o art. 40, da Lei de Recuperações e de Falências, ao tratar da Assembleia Geral de Credores, quando afirma: *Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembleia geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos.* Injustificável tal proibição!

Essa determinação, sem justificativa jurídica, ofende princípios elementares previstos na Carta Federal, no art. 5º, que aponta: *a) inciso XXXIV: são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...); e b) inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.* Esclareça-se, de logo, que a proibição contida no art. 40, da LRF, não visou resguardar a ordem pública, tampouco quaisquer dos valores próprios do instituto da suspensão de segurança, sendo certo que as partes envolvidas em eventuais litígios são ou serão empresários ou sociedades empresárias, entes típicos do Direito Privado.

O art. 40, da LRF, inibe a aplicação do art. 273, do Código de Processo Civil – que cuida da antecipação da tutela. A redação do art. 40 também impede a incidência dos arts. 796, 798 e 888, do CPC – que trata das medidas cautelares e do poder geral de cautela.

Vamos cuidar, neste livro, dos institutos da recuperação e da falência, comentando todos os artigos, individualmente considerados. Paralelamente, quando a hipótese comportar e a matéria exigir, procederemos aos comentários necessários comparando os atuais preceitos legais com àqueles previstos na legislação revogada, no Decreto-Lei nº 7.661/1945, de modo a emprestar relativo estudo comparativo.

Esta obra não tem por objetivo estudar os institutos apontados mediante comparação de posições doutrinárias, de ilustres e doutos falencistas. Não é nosso propósito repetir o que já está consolidado em doutrina anterior. A finalidade deste ensaio é ousar na interpretação dos preceitos, na visão solitária do autor, na livre perspectiva do professor em sala de aula, livre-pensador, embora compromissado com a Ciência Jurídica.

Sabemos que estamos à mercê das severas críticas. Porém, acreditamos que elas ajudarão a construir, no futuro, obra de melhor porte, com substância e perfeição. Não teremos receio de reconstruir pensamentos equivocados, quando do amadurecimento das ideias e das renovadas interpretações que ainda virão através da jurisprudência. Vamos tomar de exemplo o grande comercialista italiano, Cesare Vivante, que, após defender a unificação das obrigações civis e

mercantis durante quase meio século, reconheceu, publicamente, o seu equívoco, em 1919.<sup>25</sup>

A Lei de Recuperações e de Falências é muito jovem. Não houve tempo suficiente para o amadurecimento das ideias acerca dos novos institutos e dos temas abordados.

A recuperação judicial da Varig, de fato, dada a sua repercussão nacional e internacional, transformou-se em caso emblemático, apresentando-se como o primeiro grande teste à aplicação dos princípios contidos na nova lei. Também merecem destaques as recuperações judiciais da Parlatat e a falência da Vasp, ambas em curso na Justiça de São Paulo. Esses casos têm merecido especial acompanhamento.<sup>26, 27</sup>

A propósito, tomando-se o caso Varig, de repercussão nacional e internacional, como teste de aplicação da lei. Por conta de sua dimensão, repercussão e importância para o assentamento das novas ideias é que coligimos e inserimos nessa obra matérias jornalísticas sobre a crise econômico-financeira da referida companhia aérea, na tentativa de enriquecer o livro e quebrar a monotonia dos comentários. Inserimos, ainda, o plano de recuperação e algumas decisões visando, assim, emprestar riqueza ao trabalho, com os comentários realizados ao longo da obra.<sup>28, 29, 30</sup>

Sem a pretensão de esgotar o estudo, a obra, fruto da interpretação isolada do autor e sob o risco da exegese precipitada, mesmo porque somos obrigados a reconhecer que a lei merecerá, ao longo de sua maturação, variada interpretação doutrinária ou jurisprudencial, poderemos certamente cometer equívocos. Com humildade, iremos interpretar a LRF e com coragem enfrentaremos as críticas, com a preocupação de rever, sempre que necessário, em posteriores edições, posicionamentos anteriormente adotados.

Finalmente, embora haja discordância de nossa parte quanto à estruturação temática adotada pela Lei de Recuperações e de Falências, iremos acompanhá-la para facilitar a compreensão e o desenvolvimento do estudo. Para melhor disposição didática, primeiro, transcreveremos o preceito legal, em destaque. Após, realizaremos os comentários necessários, dispondo o pensamento em parágrafos numerados, de modo a tentar facilitar a localização do leitor durante o estudo. Essa estrutura se repetirá ao longo da obra.

Espera-se que a nova lei mereça atenção necessária por parte dos cientistas, desejando que as inovações, mais que incorporadas ao ordenamento jurídico, sejam, de fato, aplicadas, com

<sup>25</sup> GUERRA, Luiz. *Teoria geral dos títulos de crédito e institutos conexos: comentários à teoria geral dos títulos de crédito e institutos conexos no Código Civil: atributos dos títulos de crédito: títulos ao portador: títulos à ordem: títulos nominativos: penhor de direitos e títulos de crédito: outros institutos conexos: prescrição cambiária: interrupção da prescrição: cessão de créditos: assunção de dívidas*. Brasília: LGE, 2007. p. 25.

<sup>26</sup> *Jornal Estado de São Paulo*:

COM A IMINÊNCIA DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA DA VASP PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, O EMPRESÁRIO WAGNER CANHEDO, DONO DA COMPANHIA AÉREA, ENTROU COM PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA OUTRAS EMPRESAS DE SUA PROPRIEDADE. Disponível em: <<http://www.ultimosegundo.ig.com.br/economia>>. Acesso em 10 de setembro 2008.

<sup>27</sup> *Jornal Estado de São Paulo*:

O JUIZ ALEXANDRE LAZZARINI, DA 1ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DE SÃO PAULO, DECRETOU A FALÊNCIA DA VASP. Disponível em: <<http://www.ultimosegundo.ig.com.br/economia>>. Acesso em 10 de dezembro de 2006.

<sup>28</sup> SANTOS, Paulo Penalva. Caso Varig: *Paulo Penalva conta a experiência*. *Jornal do Commercio*, 29 de março de 2006, p. B-6.

<sup>29</sup> *Jornal Correio Braziliense*:

Caderno de Economia, edição de 12 de julho de 2006, p. 10. ÚNICA PROPOSTA FEITA PARA COMPRA DA VARIG PREVÊ USO DE CRÉDITO TRABALHISTA DOS FUNCIONÁRIOS COMO PARTE DO PAGAMENTO. Sindicato Nacional dos Aeronautas diz que empregados não foram consultados.

<sup>30</sup> *Jornal Correio Braziliense*:

Caderno de Economia, edição de 13 de junho de 2006, p. 10. JUIZ IMPÕE CONDIÇÕES PARA APROVAR VENDA DA VARIG À TGV E TRANSFERE A DECISÃO PARA AMANHÃ.

serenidade e maturidade, de modo que possamos ter efetivada a recuperação da atividade econômica, realizando-se, de verdade, a principal finalidade da lei: a função social da empresa.

Devemos prestigiar a recuperação econômica e superar a traumática experiência das concordatas. As nefastas concordatas, como previstas no revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945, não de ser lembradas, sempre, de modo a evitar os resultados negativos do passado, e, assim, tanto possível, também inibir a declaração da falência cujo decreto não interessa a ninguém.

É certo que a lei não é perfeita. Há muito defendemos a sua modificação, o seu aperfeiçoamento. Prova disso são as várias observações que lançamos no curso da obra, nos comentários realizados e na apresentação dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Não há lei perfeita. A construção da legislação ideal é permanente. Portanto, há que se buscar o seu aperfeiçoamento.<sup>31</sup>

Muito ainda temos a evoluir no complexo universo do Direito Concursal. Por isso defendemos o aperfeiçoamento da LRF, inclusive com alterações pontuais, emprestando-se cada vez mais natureza econômica à legislação concursal, além de viabilizar o processamento da recuperação e da falência através de varas e tribunais especializados.

Depositamos confiança no instituto da recuperação como solução para a crise econômico-financeira. Contudo, o sucesso desse instituto depende e dependerá sobremaneira dos operadores do Direito: advogados, doutrinadores e juízes. Dependemos de avançada construção doutrinária e da evolução da jurisprudência para os tempos atuais!

Temos de ter cuidado com a correta interpretação da lei e seu espírito inovador. Temos de ter visão do mercado e do mundo dos negócios para bem aplicar a lei. Que fique claro que a lei veio para viabilizar a manutenção da empresa, e não para o fechamento de suas portas! É assim que se deve pensar, agir e decidir: devemos prestigiar a produção de riquezas, a geração de empregos e rendas e o crescimento econômico do Brasil. Chega de equívocos!

---

<sup>31</sup> PECORARO, Eduardo. *É chegada a hora de aperfeiçoar a lei 11.101/2005*. Disponível em: Acesso em 20 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.gtma.com.br>>. Acesso em 20 de outubro de 2011.