

Direito da Empresa em Crise

A nova Lei de Recuperação da Empresa

Jorge Lobo

*Procurador de Justiça e Professor de Direito
Empresarial.*

1. A LEI Nº 11.101, DE 09.02.05

Após mais de onze anos de tramitação no Congresso Nacional, o Poder Executivo promulgou a Lei nº 11.101, de 09.02.05, "que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária" - "LRFE", passando o Brasil a integrar seletivo grupo de países em que se prioriza a reestruturação, o saneamento, a recuperação e o desenvolvimento das empresas em crise econômica e financeiramente viáveis, ao invés da venda, em público leilão, a qualquer preço, dos bens que possuem para pagamento aos seus credores.

A incorporação ao direito positivo brasileiro do "Direito da Empresa em Crise" trará enormes benefícios para as micro, pequenas, médias e macro sociedades empresárias em momentâneas dificuldades econômico-financeiras e/ou estruturais e/ou administrativas e/ou operacionais e/ou societárias, que exploram atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços no país, como diligenciarei demonstrar neste estudo¹

¹ Observo, desde logo, que o estudo se limitará ao instituto da recuperação judicial.

Antes, porém, permito-me reproduzir, em parte, o artigo "Céticos e Crentes", de minha autoria, publicado no jornal Valor, edição de 21.07.2004, sob o título "A nova proposta de recuperação de empresas no Brasil", em que procurei resumir os pontos de vista antagônicos dos estudiosos da novel legislação.

2. "CÉTICOS E CRENTES"

"Os céticos - e são a maioria, pelo menos por enquanto - declaram que:

(1º) a ação de recuperação judicial é exatamente igual à arcaica concordata preventiva, com outra denominação e 'roupagem';

(2º) o instituto da recuperação não 'deu certo' nem nos EUA, onde surgiu, em 1978, nem na França, com a Lei 98-95, aperfeiçoada em 1994, apesar dos esforços de seus acólitos;

(3º) a recuperação judicial é onerosa e complexa, defeitos insanáveis que a comprometem de forma irremediável;

(4º) o Poder Judiciário não está preparado para aplicar a LRFE por carecer de juízes com tempo disponível e pleno domínio da matéria, em que os aspectos econômicos prevalecem sobre os jurídico-formais, além de não contar com infra-estrutura e corpo técnico capacitados a auxiliá-los no exame e decisão sobre o plano de reorganização, particularmente quanto à viabilidade econômico-financeira da empresa;

(5º) no nosso país, o devedor quer sempre pagar o menos possível, a 'perder de vista', e o credor quer receber o máximo rapidamente, o que se choca com o espírito da lei, que busca a conciliação e a composição dos interesses em conflito;

(6º) a obrigatoriedade da juntada de certidões negativas de débitos tributários até a prolação da sentença concessiva da recuperação, e o fato de a União, estados e municípios não poderem perdoar, nem total, nem parcialmente, as dívidas fiscais, mas apenas concederem parcelamentos, dificultará sobremaneira a salvação da empresa em crise;

(7º) o estado de crise econômica das empresas é, na imensa maioria dos casos, motivado por problemas gerenciais, os quais a LRFE não resolve, porque os administradores são mantidos em seus

cargos e funções durante o processamento da ação de recuperação judicial, salvo se ficar constatado que deram azo à debacle;

(8^o) somente a empresa está legitimada a requerer a recuperação, o que é péssimo, pois na maioria das vezes o faz tardiamente, razão pela qual os trabalhadores e os credores também deveriam poder pleiteá-la;

(9^o) é mais rápido e eficiente liquidar a empresa combatida e vender seus ativos para as suas concorrentes, que também absorvem os empregados, do que salvar um 'corpo enfermo';

(10^o) na nova lei, que tem caráter publicístico, na qual se prioriza a salvaguarda da empresa, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores e da coletividade, a atuação do Ministério Público é residual e insignificante, na contramão da Constituição Federal de 1988, que lhe garantiu novas atribuições e poderes, cuja execução e exercício têm sido notáveis, conforme noticiado quase diariamente pela mídia.

Os crentes - ainda poucos, mas otimistas - afirmam que:

(1^o) estamos no 'fundo do poço' em matéria de Direito Falimentar, e qualquer novo instituto é melhor do que a superada concordata preventiva;

(2^o) após longa tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, temos uma lei que rivaliza com os melhores diplomas legais do mundo, quiçá os supera, por ser mais inovadora;

(3^o) a LRFE alberga múltiplos interesses - da empresa, empregados, credores, coletividade, interesse público e social - ao invés apenas dos interesses do devedor e seus credores;

(4^o) ao alinhar, como principais finalidades, atender os direitos e interesses da empresa, dos empregados e dos credores, a LRFE dá um gigantesco passo à frente em relação à atual concordata preventiva e significativo avanço em relação às demais legislações, inclusive a americana, a francesa e a alemã;

(5^o) ao prever a participação dos credores no exame, discussão e elaboração do plano de reestruturação da empresa, a LRFE deixa de ser um artificial 'benefício ou favor legal', e passa a ser um instrumento eficaz de reorganização da empresa, no qual os credores terão papel decisivo;

(6º) salta aos olhos que é melhor reestruturar, sanear e recuperar a empresa econômica e financeiramente viável do que quebrá-la, liquidá-la e extinguí-la;

(7º) o instituto da recuperação é uma evolução - não uma má cópia - da concordata preventiva;

(8º) o Judiciário e o Ministério Público, dado o caráter publicístico e não privatístico da lei, têm importantes papéis a cumprir;

(9º) a falência, para o devedor, é o 'fim da linha', a ruína econômica e moral, e, para os credores, a perda de dinheiro e do cliente, enquanto a recuperação é uma oportunidade concreta de o devedor reerguer-se e saldar suas obrigações e dívidas;

(10º) a recuperação extrajudicial, remédio simples, prático, econômico e rápido, será a solução para muitas micro, pequenas, médias e até grandes empresas."

3. "QUEM DEVE GANHAR"

PLATÃO, ao discorrer sobre a questão fundamental da teoria do Estado, indagou: "Quem deve governar?" "A maioria, a minoria, as elites, os eleitos?" A resposta, que ressoa até hoje: os sábios, as elites, a aristocracia, daí a origem do governo aristocrático-absolutista.

ROUSSEAU, muitos séculos após, ao urdir a sua teoria da democracia, declarou que "quem deve governar" "é a vontade coletiva", a maioria, as massas, e não a minoria, as elites.

MARX, ao enfrentar o tema, pregou, com ênfase, que a maioria (de proletários) e não a minoria (de capitalistas) deve governar.

Vê-se, portanto, que, ao longo da História da Filosofia, variaram, profundamente, as respostas à mesma pergunta, assim como, no decorrer da História do Direito Comercial, radicalmente diferentes e, por vezes, conflitantes, foram as reações ao fenômeno patológico da falência e as respostas à questão: "insolvente o devedor, quem deve ganhar?"

No início da Civilização Romana, como, de resto, na de diversos povos da Antiguidade, o devedor, sujeito a uma execução privada de índole penal, ficava à mercê do credor, que podia dispor do seu corpo e da sua vida, eis que a obrigação era um vínculo estrita-

mente pessoal, direito do credor contra e sobre a pessoa física do devedor.

Ao doutrinar sobre a execução dirigida pelo credor contra o devedor, ALFREDO BUZAID destacou: "... se o executado não satisfizesse o julgado e se ninguém comparecesse para afiançá-lo, o exeqüente o levava consigo, amarrando-o com uma corda, ou alge-mando-lhe os pés... Durante a prisão era levado a três feiras sucessivas e aí apregoado o crédito. Se ninguém o salvasse, era aplicada ao devedor a pena capital... Havendo pluralidade de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado"².

O poder de vida e de morte do credor sobre o devedor insolvente desapareceu em 428 a.C. com a *lex poetelia-papiria*, quando o patrimônio, e não a pessoa do devedor, passou a responder por suas dívidas, embora, encerrada a execução dos bens e não paga a totalidade das dívidas, o devedor fosse penalizado com a "nota de infâmia".

A propósito desse estigma, SOARES DE FARIA ensinou: "... mesmo depois que desapareceram as penas corporais, e que uma legislação mais humana suavizou o regime rigoroso das primeiras leis romanas, a 'nota de infâmia' marcava, como ferro em brasa, o devedor: adería ao falido como a carne ao osso. Falência e falido sugeriam para logo a idéia de fraude. A falência cobria o devedor de desprezo e ridículo, e sobre sua cabeça caía o ódio do credor prejudicado"³.

Essa "nota" ou "pena de infâmia" acompanhou o devedor insolvente, comerciante e não-comerciante, até a Idade Média, pois ao falido, nas categóricas palavras de RUBENS REQUIÃO,⁴ "se reservava toda a sorte de vexames, que o tornava um réprobo social", razão pela qual se diz amiúde que na Itália, na França e na Inglaterra do Período Medieval, o Direito Falimentar se caracterizava pelo nítido objetivo de punir com sanções humilhantes o devedor impontual, conforme se depreende da célebre fórmula *fallite sunt fraudatores*

² Do concurso de credores no Processo de Execução. São Paulo, Saraiva, 1952, p. 43, nº 3

³ Da concordata preventiva da falência, São Paulo, Saraiva, 1932, p. 10, nº 1

⁴ Curso de Direito Falimentar. São Paulo, Saraiva, 1975, v. I, p. 9

e da conhecida e divulgada expressão *fallitui ergo fraudator* cunhada por BALBO.

Não obstante mitigado nas legislações modernas, prossegue o ilustre SOARES FARIA, "nem por isso perdeu o instituto da falência seu caráter repressivo: desaparecido o costume de estigmatizar o falido, expondo publicamente, com sinais materiais e externos, o seu infortúnio, nem por isso desapareceu o caráter infamante que acompanha a falência, como a sombra o corpo, e não raro vemos manifestar-se, com acentuada insistência, o regresso à fórmula de BALBO, dominante na Idade Média, para a qual falência e fraude são expressões correlatas"⁵.

Aos poucos, todavia, e particularmente no auge da II Revolução Industrial, constatou-se que nem sempre, quiçá a maioria das vezes, a derrocada do devedor - já aí transformado em empresa, ainda que micro, pequena e média, em sua imensa maioria - não provinha de artifícios fraudulentos ou escusos, não tinha a finalidade de lesar ou prejudicar credores, não visava ao enriquecimento ou ao locupletamento indevido e ilegal do devedor, mas era decorrência natural de negócios arriscados, empreendidos por pessoas sérias, probas e trabalhadoras, porém sem experiência e capacidade, em um mercado incipiente e em constante e ininterrupta e frenética transformação.

Por isso, quase todos os países, diante do insolvente "sem culpa", tão vítima dos fatos e das circunstâncias quanto seus credores, procuraram proteger e auxiliar o devedor honesto e de boa fé: de início, através da "moratória da falência" e da "adjudicação de bens", e depois, a partir da segunda metade do século XIX e, sobretudo, durante o século XX, através da "concordata preventiva da falência", da "falência com continuação de negócios" e da "concordata suspensiva da falência", quando, então, passaram a coexistir, em geral regulados no mesmo diploma legal, dois institutos diferentes por sua natureza, fundamentos e objetivos, um - a falência ou quebra ou bancarrota -, com a finalidade única de proceder à arrecadação, avaliação e alienação dos bens do devedor para pagar aos seus

⁵ Ob. cit., p. 11, nº.1

credores; outro - a concordata, preventiva e suspensiva, -, com o escopo exclusivo de conceder ao devedor maiores prazos de pagamento de suas dívidas ou o perdão parcial delas ou ambos, à revelia e até mesmo contra a vontade dos credores, que nada podiam fazer - e não podem, pois o modelo subsiste em inúmeros países -, eis que a concordata preventiva e também a suspensiva são "favores" ou "benefícios legais", assegurados, por lei, aos devedores probos e bem intencionados, infelizes no desenvolvimento de seus negócios.

Na segunda metade do século XX, diversos países deram-se conta de que era imperioso e urgente implementar uma profunda e radical mudança na legislação falimentar, que privilegiasse a reestruturação, o saneamento e a recuperação das empresas econômica e financeiramente viáveis e/ou social, política e estrategicamente importantes, e, ao mesmo tempo, que garantisse os direitos e interesses de empregados e credores, por todos os modos e meios possíveis, e não apenas mediante a concessão de maiores prazos e/ou perdão parcial de suas dívidas.

Quase quarenta anos após, constata-se que o Direito Concursal, moderna denominação do antigo Direito Falimentar, após sofrer profundas modificações, está fundamentado em dois institutos, o da recuperação da empresa e o da falência.

O instituto da falência ou quebra ou bancarrota busca, em todos os sistemas jurídicos, exclusivamente, (a) arrecadar os bens do devedor; (b) avaliá-los; (c) vendê-los e (d) pagar credores.

O instituto da recuperação ou reorganização ou reestruturação é tratado de formas diferentes nas diversas legislações contemporâneas, podendo-se agrupá-las a grosso modo em quatro sistemas:

(1º) sistema clássico: privilegia o devedor, concedendo-lhe o favor ou benefício legal da concordata preventiva ou suspensiva; aquela, para evitar a falência, esta, para fazê-la cessar, ambas favorecendo o insolvente, ainda que irrecuperável, com dilação dos prazos de pagamento das suas dívidas e/ou o perdão parcial, desde que preenchidos poucos pressupostos formais;

(2º) sistemas americano e alemão, recentemente adotado pelos portugueses: priorizam o crédito, pois visam, fundamentalmente, à satisfação dos credores (Código de Bancarrota americano, títu-

lo XI, capítulo XI; Lei de Insolvência alemã de 1994, § 1º, e Código Português, art. 1º);

(3º) sistema francês: objetiva alcançar a reestruturação da empresa, com a finalidade de mantê-la em ativa operação e salvar os empregos dos trabalhadores e, se possível, atender aos direitos e interesses dos credores (Lei 85-98, art. 1º);

(4º) sistema escandinavo: colima a reorganização, o saneamento e a salvação da empresa com a participação direta e essencial dos credores, com o objetivo de recuperar a empresa, manter em pleno funcionamento os postos de trabalho e garantir a realização dos créditos de financiadores e fornecedores de mão-de-obra e de materiais.

A "Lei de Recuperação e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária" recém-promulgada filia-se ao quarto sistema e tem por escopo propiciar condições objetivas para que as empresas, seus sócios ou acionistas, seus empregados, seus credores, seus clientes, a comunidade, a sociedade e o Estado ganhem, daí a resposta à questão formulada de início: com a novel legislação brasileira sobre recuperação da empresa, todos devem ganhar.

4. A FALÊNCIA DO DIREITO CONCURSAL CLÁSSICO

É fato notório que os instrumentos legais existentes até a década de setenta do século XX, engendrados para resolver a crise da empresa, não atenderam às expectativas de seus idealizadores, porque, por exemplo: (a) o processo de suspensão de pagamentos na Espanha; (b) a concordata preventiva, a administração controlada e a administração extraordinária das grandes empresas na Itália; (c) a concordata e a liquidação judiciária na França; (d) a *corporate reorganization* de 1938 nos EUA e (e) a concordata na Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda, Suíça, Argentina, Brasil e na maioria dos países da América Latina, não produziram resultados satisfatórios, por faltar o interesse geral e coletivo de sanear e recuperar a empresa, daí haver se tornado imperioso aperfeiçoar os mecanismos jurídicos existentes e, se possível, criar novos, que substituíssem, com vantagens, a concordata e a falência.

A partir de 1978, (a) com a *corporate reorganization* americana; (b) as leis francesas nº 84-148, de 01.03.1984, e 85-98, de 15.01.1985, relativas à prevenção e ao regulamento amigável das

dificuldades das empresas e à recuperação e à liquidação judiciária das empresas, respectivamente; (c) a lei inglesa de 1986; (d) a lei alemã de 1994; (e) as leis italianas de 1999 e 2003, que dispõem, respectivamente, sobre a "nova disciplina da administração extraordinária das grandes empresas em estado de insolvência" e "medidas urgentes para a reestruturação industrial de grandes empresas em estado de insolvência"; (f) a lei mexicana de 2000 e (g) a lei portuguesa de 2004, os objetivos passaram a ser (a) salvar a empresa devido ao interesse público e social em conservar-se um organismo produtor de bens e riquezas e empregador de mão-de-obra, e (b) assegurar o recebimento dos créditos.

Com efeito, a evolução histórica do instituto da falência em verdade demonstra que há hoje, mais do que nunca, um grande interesse do Estado na permanência das empresas econômica e financeiramente viáveis e/ou social, política e estrategicamente importantes, o que fez surgir o denominado "princípio da conservação da empresa", segundo o qual ela "representa um valor objetivo de organização que deve ser preservado", pois toda crise da empresa causa um prejuízo à comunidade, daí apregoar-se que o Direito Concursal clássico se tornou obsoleto, há muito se falando da *bancarotta della bancarotta*, do *fallimento del fallimento* e da *inattualità del fallimento*, e da sua necessária reforma.

Dentre as inúmeras críticas ao sistema vigente, destacam-se:

(1º) deve-se eliminar o dualismo institucional entre a falência e a concordata;

(2º) deve-se extinguir o instituto da concordata, já que resultou inoperante para a salvaguarda da empresa, e

(3º) a finalidade precípua da lei não deve ser a liquidação do patrimônio do devedor, mas a recuperação da empresa econômica e financeiramente viável por todos os modos e meios possíveis.

Essa "nova filosofia do Direito da insolvência" e esse "novo Direito da empresa em crise", além de estimularem a criação de procedimentos para-falimentares, pré-concursais, pré-falimentares e pós-falimentares⁶, de natureza extrajudicial e judicial, com vistas

⁶ Vide meu estudo "Direito da Crise Econômica da Empresa", in *Direito Concursal*, Forense, 3ª ed., p. 180 e segs.

a reorganizar, sanear e reerguer a empresa em momentâneas dificuldades, deixam ao largo teorias e ideologias já superadas e substituem o caráter privatístico e a concepção liberal do vetusto Direito Falimentar por uma revolucionária concepção publicística e social, provocando uma sensível modificação na maneira de encará-lo, entendê-lo e aplicá-lo.

Por isso, as leis, promulgadas nos últimos anos para disciplinar o fenômeno da crise da empresa preocupam-se sobretudo com o valor da empresa em funcionamento, o que levou a doutrina a rever a noção de pressuposto objetivo dos procedimentos concursais, a criar a dicotomia entre pressuposto objetivo jurídico e pressuposto objetivo econômico e a propor a sua "desjurisdicização".

Com efeito, quando a finalidade da lei é a liquidação da empresa, basta a existência do pressuposto objetivo jurídico do inadimplemento ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos; todavia, se a *ratio legis* é a salvação da empresa (*sauvetage de l'entreprise*), os critérios econômicos passam ao primeiro plano, daí dizer-se, em síntese, que quando o escopo da lei é recuperar a empresa, deve-se considerar não o pressuposto objetivo jurídico do inadimplemento de obrigação líquida e certa de título que legitime a ação de execução ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos das dívidas vencidas, mas o pressuposto objetivo econômico do estado de crise da empresa ou, melhor ainda, o pressuposto objetivo do tipo aberto, para usar a linguagem do discurso tipológico de KARL LARENZ, sendo imprescindível bem compreender esta distinção e bem dominar os fundamentos, os princípios e as finalidades do novo instituto, para tratar, com proficiência, do moderno Direito Concursal e para interpretar e aplicar o "Direito da Empresa em Crise" .

Salta aos olhos que uma reforma tão radical e profunda exige que se a empreenda sem pressa, sem improvisações, sem prazos; que se a leve a cabo após exaustiva análise do Direito Comparado e longo e meditado estudo da doutrina nacional e estrangeira; que se a realize mediante amadurecida reflexão, prudência e imaginação, na esteira do pensamento do Prof. PIERO PAJARDI: "Não perder de vista o passado, isto é, a tradição, entender perfeitamente o presente, encarar com imaginação, intuição, inteligência e, acima de tudo,

prudência e responsabilidade, as possibilidades de desenvolvimento do sistema em sua marcha evolutiva⁷.

Foi o que o Brasil acabou de fazer, embora timidamente, como veremos no item 6 infra.

5. NATUREZA, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO "DIREITO DA EMPRESA EM CRISE"

É ponto pacífico, aceito e consagrado universalmente, que o legislador deve inspirar-se, na elaboração das novas regras do Direito Concursal, em normas de Direito Público, pôr de lado o caráter privatístico que sempre o dominou e abandonar a idéia de que, insolvente o devedor, cumpre executar e liquidar o seu patrimônio, para satisfazer os direitos e interesses dos credores.

Ao dar-se ênfase ao manifesto interesse público do processo de reerguimento da empresa econômica e financeiramente viável, impõe-se, como conseqüência inelutável:

(1º) observar à risca os preceitos constitucionais em matéria de: (a) direito do trabalho, (b) direitos sociais, (c) princípios gerais da atividade e da organização econômica e (d) função social da propriedade e da empresa;

(2º) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do juiz e

(3º) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do Ministério Público.

Em 1988, GIUSEPPE BAVETA, Professor Associado na Universidade de Palermo, no excelente estudo "Il Diritto dell'Impresa in Crisi", publicado na revista *Il Diritto Fallimentare*⁸, advertiu aos amantes do milenar Direito Falimentar que, da pena criativa e ousada dos doutos, apesar de extraordinários percalços e incompreensões, começava a despontar uma complexa e desafiadora disciplina jurídica, diversa, por inúmeras razões, do arcaico Direito de Quebra, cuja denominação, propôs, poderia ser "Direito da Empresa em Crise", inspirado, nas palavras sábias de ANGEL ROJO FERNANDES-

⁷ "Non perdere di vista il passato, cioè la tradizione, capire perfettamente il presente, prospettarsi con fantasia, intuizione, intelligenza e soprattutto prudenza e responsabilità, le possibili vie di sviluppo del sistema nella sua marcia evolutiva".

⁸ Milão, Casa Editrice Dott, v. LXIII, p. 351-364.

RIO, numa "nova filosofia do Direito Concursal", que pretende garantir não apenas: (a) os direitos e interesses do devedor; (b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiçá sobretudo, (c) os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades societárias, econômicas, financeiras, administrativas, gerenciais, técnicas e tecnológicas da empresa não atingem somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da reorganização, saneamento, preservação e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente MASSAGUER FUENTES, segundo o qual o "Direito da Insolvência", que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais; daí concluir-se que o "Direito da Empresa em Crise" tem natureza publicística e por fundamentos preceitos de ordem constitucional e legal, que visam salvaguardar a empresa, os postos de trabalho e os direitos dos credores.

Por isso, como tenho acentuado há mais de quinze anos, para salvar a empresa em estado de crise econômica, é mister observar os seguintes princípios básicos:

(1ª) lei especial - diferente, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, da lei de falências - deve prever um processo judicial de reorganização e um procedimento extrajudicial de reorganização;

(2ª) para liderar a reorganização judicial, deve-se preparar uma "magistratura econômica", proba e capaz, consciente de seus deveres e responsabilidades e, para assessorá-la, criar órgãos de supervisão do processo judicial, formados por credores (comitê de credores) e por empregados (comitê de empregados); na reorganização extrajudicial, o procedimento deve ser capitaneado por uma "empresa saneadora", assistida pelos comitês de credores e de empregados;

(3º) a reorganização econômica, financeira, técnica tecnológica e gerencial da empresa deve gozar de prioridade absoluta;

(4º) as soluções para os problemas da empresa devem ser presididas por razões de ordem econômica e social e não jurídico-processual;

(5º) a lei especial de reorganização deve fixar, como meios de recuperação, os comuns ao Direito comercial, e, ainda, medidas diversas de administração pública da economia;

(6º) as normas reguladoras da reorganização devem orientar-se em cânones da Justiça Distributiva e do Direito Público.

A Lei nº 11.101, de 09.02.2005, inspirou-se, em parte, nesses fundamentos e princípios, como passo a demonstrar.

6. NOÇÕES GERAIS SOBRE A LRFE

6.1. Estrutura e sistemática interna

O processo legislativo de elaboração das leis "reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia... quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis"⁹.

Para evitar esses males e perigos, as leis devem primar pela clareza e precisão, notabilizar-se pela disposição ordenada das matérias e esmerar-se na busca da coerência lógica e harmonia interna de suas normas, no que se convencionou chamar de estrutura e de sistemática interna, aquela encarregada do exame da estrutura básica da lei, para evitar a configuração de antinomias.

Quanto à estrutura, a LRFE, divide-se, adequadamente, em capítulos e seções, consoante o revogado DL nº 7.661/45.

Quanto à sistemática interna, a LRFE, nos capítulos I a III, é, por vezes, obscura e tautológica, além de conter antinomias de ordem lógica, teleológica, valorativa e de avaliação¹⁰

⁹ VICTOR NUNES LEAL, *apud* GILMAR MENDES, "Questões Fundamentais da Técnica Legislativa", *Boletim ADV*, v. 02/92, p. 46.

¹⁰ Sobre a "antinomia de avaliação", leia-se NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Polis, 1ª ed., p. 90/91.

6.2. Inovação

A LRFE, ao disciplinar o instituto da reorganização do empresário e da sociedade empresária produtora¹¹ ou distribuidora de bens ou de serviços, e inserir o país no movimento universal de discussão e aplicação do "Direito da Crise Econômica da Empresa" ou "Direito da Empresa em Crise"¹², o faz com espírito inovador.

Com efeito, ao estabelecer, como objeto da recuperação judicial, o saneamento "da situação de crise econômico-financeira" da empresa e, como fim, na esteira do sistema escandinavo, garantir "a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores" (art. 47), dá um passo à frente em relação aos modelos americano e germânico, que privilegiam, exclusivamente, os interesses dos credores, e também ao francês¹³, que busca a preservação apenas da empresa e do emprego, preocupando-se, tão-só, com o "levantamento do passivo", pondo em segundo plano o pagamento aos credores, o que é nefasto, como demonstra a experiência, pois a reestruturação e superação da empresa em crise dependem, primordialmente, dos credores¹⁴.

6.3. Lei de ordem pública

A LRFE é uma lei de ordem pública, composta por normas cogentes ou imperativas, inderrogáveis pela vontade das partes¹⁵.

¹¹ Creio que a expressão "reorganização da empresa" é mais adequada do que "recuperação da empresa", eis que alguns dos meios especificados no art. 50, p. ex., inciso II, levam à "reorganização" (nos casos de cisão total, incorporação e fusão, nos quais a empresa se extingue) e não à "recuperação" da empresa.

Por oportuno, advirto que, nos comentários que se seguem, usarei, de preferência, a palavra "empresa", como sinônimo e abreviatura de "sociedade empresária", e, vez por outra, "devedor", pois, em virtude do elevado custo e da complexidade da ação de recuperação judicial, o novel instituto dificilmente será utilizado pelo empresário.

¹² Sobre as tendências do Direito Concursal contemporâneo, leia-se o meu "Parecer sobre o Anteprojeto Legislativo de Concordatas e Falências", ADV-COAD, Seleções Jurídicas – agosto 1992, item VII.

¹³ A Lei francesa 85-98, no art. 1º, não visa à proteção dos credores, mas ao "levantamento do passivo", e à "salvaguarda da empresa e manutenção da atividade e do emprego", razão pela qual considero a lei brasileira integrante do sistema adotado na Suécia e Noruega, sobrelevando notar que a LRFE vai até mesmo além, ao procurar viabilizar a realização da função social da empresa.

¹⁴ Sobre os diversos sistemas contemporâneos, leia-se o excelente livro "Il fallimento nel Mondo", CEDAM, Padova, 1988, do Prof. Piero Pajardi.

¹⁵ CAIO MÁRIO ensina, ao tratar de normas de Direito Público e de Direito Privado, que, "sem atentado à distinção das normas jurídicas nas duas categorias aqui mencionadas, uma classificação mais rigorosa não pode omitir os

6.4. Caráter publicístico

O Capítulo III, da LRFE, fundamenta-se em princípios constitucionais e legais em matéria de: (a) atividade e organização econômica; (b) função social da propriedade e da empresa e (c) direito do trabalho¹⁶.

6.5. Equilíbrio entre o Direito e a Economia

O Capítulo III da LRFE elenca preceitos de conteúdo jurídico, *v.g.*, regras procedimentais; direitos, deveres e responsabilidades dos órgãos da recuperação judicial, etc., e econômico, ao dispor sobre os meios para reorganizar e reerguer a empresa em estado de crise econômico-financeira, etc¹⁷.

6.6. Judicialidade

O devedor pode empreender sua recuperação através: (a) de ação judicial, com observância do procedimento comum previsto nos arts. 47 e segs., ou (b) de acordo extrajudicial, contemplado nos arts. 161 e segs., aquela distribuída e processada (arts. 47 a 69) e este homologado no juízo "uno, indivisível" da recuperação judicial, que é aquele em cuja jurisdição o devedor tenha situado o seu principal estabelecimento (art. 3º), havendo a LRFE instituído um "procedimento especial de recuperação judicial de microempresa e empresa de pequeno porte" (arts. 70 a 72), a exemplo: (a) do direito francês, que prevê duas modalidades: uma, qualificada de simplificada, para empresas com até cinquenta empregados, a imen-

chamados *princípios de ordem pública*, da maior repercussão na vida social. Não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, *princípios de direito privado*. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, *princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo*. Seu campo de ação é o direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprimem-lhes funda analogia com o direito público. Por isso se denominam *leis ou princípios de ordem pública*, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia" (Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2004, 20a ed., v. I, p. 18).

¹⁶ A propósito dos princípios constitucionais fundamentais aplicáveis a matéria, consulte-se o meu estudo "Soluções para a crise da empresa e a Constituição Econômica do Brasil", *Revista dos Tribunais*, 1994, v. 699, p. 15-22.

¹⁷ No estudo "A crise da empresa: a busca de soluções", *Revista dos Tribunais*, 1991, v. 668, p. 35-46, desenvolvi o tema com ênfase para as considerações de ordem econômica.

sa maioria em França; outra, para as demais, denominada principal ou geral ou comum; (b) do "Anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa", que elaborei e encaminhei, em 1991, ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, o qual, nos arts. 5º a 95, disciplina o "procedimento comum", e, nos arts. 96 a 106, o "procedimento sumário"¹⁸.

6.7. Procedimentos preliminar, preparatório e de execução

A ação de recuperação judicial divide-se em três fases procedimentais: uma, preliminar; outra, preparatória, e, por último, uma de execução.

O procedimento preliminar tem início com o ajuizamento da petição inicial da ação de recuperação e termina com o seu deferimento ou indeferimento (arts. 51 e 52, da LRFE).

O procedimento preparatório (arts. 6º, § 4º, 52 a 58) destina-se à análise, aprovação e homologação judicial do plano de recuperação, não podendo exceder 180 (cento e oitenta) dias, iniciando-se "o processamento da recuperação judicial" com o deferimento da petição inicial (art. 52, *caput*) e terminando quando o juiz, considerando preenchidos os requisitos formais e substanciais da ação de recuperação judicial, profere sentença definitiva, de caráter constitutivo (arts. 58 e 59), deferindo a recuperação judicial e, em consequência, modificando ou extinguindo as situações jurídicas até então existentes entre a empresa e seus credores.

O procedimento de execução (art. 61) visa pôr em prática as medidas propostas no plano, começando com a sentença constitutiva que homologa o plano de recuperação, aprovado pela assembléia geral de credores ou não impugnado (art. 58), e encerrando-se com a decisão judicial prevista no art. 63, *caput*.

6.8. Objetos e fins da ação de recuperação judicial

A ação de recuperação judicial tem por objeto "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira" da empresa e por fim "permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego

¹⁸ O texto do "Anteprojeto" forma o "Apêndice B", do livro *Direito Concursal*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, 3a ed., p. 331 a 370.

dos trabalhadores e dos interesses dos credores" e promover "a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica" (art. 47), devendo a assembléia geral de credores, convocada e instalada na forma da lei, fazer uma acurada ponderação dos interesses da empresa, dos empregados e dos credores (art. 35 e segs.), quando deliberar sobre o plano de recuperação, aprovando-o, aditando-o ou modificando-o.

6.9. Órgãos da ação de recuperação judicial

Atuam, obrigatoriamente, na ação de recuperação judicial: (a) o juiz; (b) o representante do Ministério Público e (c) o administrador judicial.

Podem vir a integrar a ação de recuperação judicial, dependendo das circunstâncias: (a) a assembléia geral de credores, quando constituída, dividida por classes de credores (1) trabalhistas, (2) com direitos reais de garantia e (3) quirografários ou com privilégios especiais ou com privilégios gerais ou subordinados (art. 41, I a III); (b) o comitê de credores, quando formado por deliberação da assembléia geral de credores com representantes (1) dos empregados com dois suplentes, (2) dos credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais com dois suplentes, e (3) dos credores quirografários ou com privilégios gerais com dois suplentes (art. 26, I a III); (c) o gestor judicial, nomeado pelo juiz para exercer as funções de gestor e representante da empresa em crise, quando da destituição de seus administradores (art. 65).

6.9.1. O juiz

O juiz, na ação de recuperação judicial, bem como no processo civil comum, exerce: (a) poderes "de caráter jurisdicional"; (b) "de feição instrumental", e (c) poderes administrativos¹⁹.

Na ação de recuperação judicial, ao exercer os poderes de caráter jurisdicional, instrumental ou administrativo, o juiz não fica refém das deliberações da assembléia geral ou do comitê de credores.

¹⁹ Vide primorosa lição do emérito J. C. BARBOSA MOREIRA, "Reformas Processuais e Poderes do Juiz", *Revista da EMERJ*, v. 22, p. 59 a 69, sobre os poderes do juiz no processo civil comum.

res ou das decisões do administrador judicial, pois, ao ordenar o processamento da ação, presidir o processo de recuperação, proferir despachos, decisões e sentenças e superintender a administração da empresa em crise, deve fazê-lo com tirocínio, competência e plena liberdade, formando sua convicção, seu livre convencimento, de acordo com as provas dos autos, ciente de que seus atos estão sujeitos a recurso (cfr., p. ex., art. 59, § 2º)²⁰.

6.9.2. O Ministério Público

O Ministério Público, como órgão da lei e fiscal de sua fiel execução, atua, na tutela do interesse público e na defesa dos superiores interesses da Justiça, em todas as fases da ação de recuperação judicial, inclusive antes do despacho de processamento, independentemente de requerimento da empresa, credores, administrador judicial ou qualquer interessado, com ampla e irrestrita legitimidade para recorrer, em primeiro e segundo grau de jurisdição.

6.9.3. A assembléia geral de credores

A assembléia geral de credores tem amplas atribuições (art. 35, inc. I, alíneas *a* a *f*), destacando-se a deliberação sobre: "aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor" (alínea *a*, do inc. I, do art. 35); "a constituição do comitê de credores, a escolha de seus membros e sua substituição" (alínea *b*); "nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor" (alínea *e*).

A forma de convocação, instalação e deliberação da assembléia geral está regulada nos arts. 36 a 45, da LRF.

A LRFE prevê, taxativamente, que a decisão da assembléia geral, convocada, instalada e realizada de acordo com as prescrições legais, obriga todos os credores sujeitos à ação de recuperação judicial, inclusive os que não compareceram ao conclave, os que, embora presentes, se abstiveram de votar e os dissidentes.

²⁰ Sobre as atribuições e poderes do juiz na ação de recuperação judicial, vide Comentários ao art. 58, do livro *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, coord. por Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 152 e segs.

Entre os principais efeitos da deliberação da assembléia geral poderão estar, dependendo do plano de reestruturação aprovado pelos credores: (a) perdão parcial e/ou concessão de condições especiais e/ou dilação de prazos de pagamento de dívidas da empresa em crise; (b) cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral ou cessão de cotas ou ações; (c) alienação do poder de controle; (d) substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos de gestão; (e) concessão aos credores de direito de eleição em separado de membros do conselho de administração e da diretoria e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; (f) aumento do capital social; (g) trespasse ou arrendamento de estabelecimentos; (h) redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; (i) dação em pagamento e novação de dívidas; (j) constituição de sociedade de credores; (l) venda parcial de bens do devedor; (m) equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza; (n) usufruto da empresa; (o) administração compartilhada; (p) emissão de valores mobiliários; (q) constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor; etc.

Como explicar-se que tantas e tão graves conseqüências possam afetar os direitos e interesses dos credores contra a sua expressa manifestação de vontade ou sem a sua formal aquiescência?

Como justificar, por exemplo, a autêntica e notória "desapropriação" dos direitos dos credores no caso de perdão parcial de dívidas? E a frustração de suas legítimas expectativas de receberem o que lhes é devido no prazo contratado ou terem alteradas, à sua revelia, as condições pactuadas originalmente? E o risco de a devedora ser cindida, incorporada, fundida ou transformada em sociedade diversa? E a imposição de pagamento através de dação, sem os credores haverem concordado, expressamente, em receber bem diverso do contratado e/ou de novação modificativa do objeto ou do sujeito passivo da obrigação? E a constituição de sociedade de credores em flagrante violação do art. 50, XVII, da CF, que garante ao indivíduo o direito fundamental de só participar de qualquer tipo de sociedade quando quiser e bem entender? E a venda de bens do devedor, inclusive de seu principal estabelecimento, em detrimento

das garantias dos credores representadas por bens imóveis, móveis e semoventes, que compõem o seu ativo permanente e realizável?

A explicação e a justificativa estão na teoria do esforço compartilhado (para salvar a empresa em estado de crise econômico-financeira).

A teoria do esforço compartilhado aplica-se àquelas situações que reclamam e impõem a revisão das obrigações pecuniárias em pleno vigor, decorrentes de atos jurídicos perfeitos e acabados, que fazem "lei entre as partes" desde os romanos, em virtude de finalidades que determinam a intervenção do Estado no domínio dos contratos privados por razões de ordem política, social, econômica, financeira, administrativa, cambial etc.

7. PONDERAÇÃO DE FINS E DE PRINCÍPIOS

Como reiteradamente acentuado, a nova LRFE tem por objeto sanear o estado de crise econômico-financeira da empresa e por finalidades salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos com fundamento nos princípios (a) da conservação e da função social da empresa; (b) da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e (c) da segurança jurídica e da efetividade do Direito.

Para bem aplicá-la e dela extrair todas as virtudes que contém, explícitas e implícitas, os operadores de Direito serão obrigados a realizar criteriosa "ponderação de fins e ponderação de princípios".

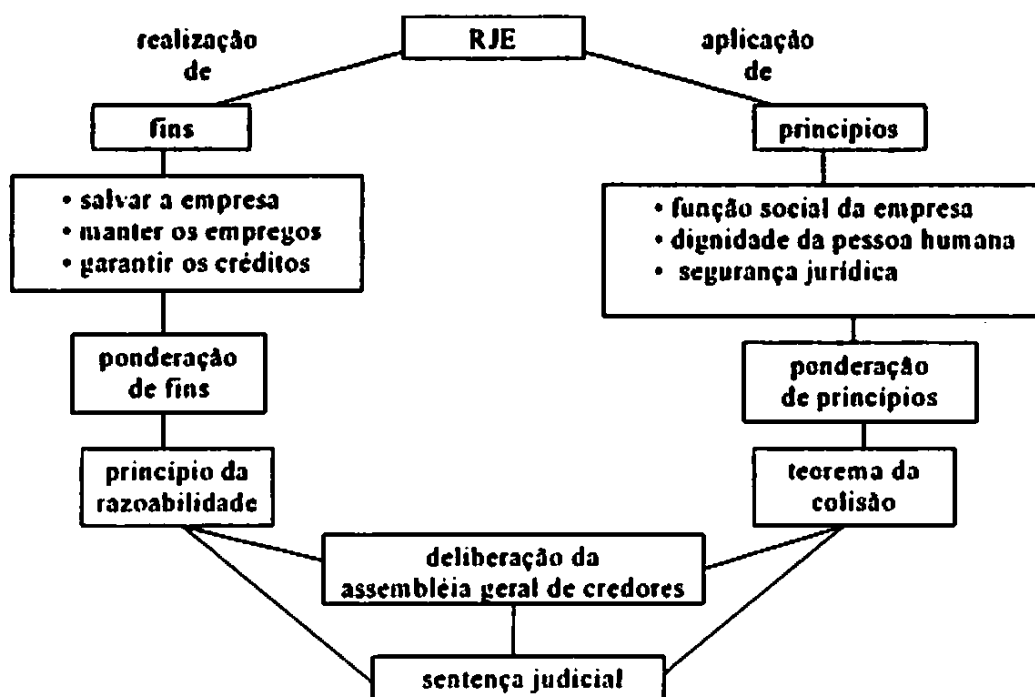
Juridicamente, ponderação - de bens, de valores, de interesses, de fins, de princípios - significa "atribuir pesos a elementos que se entrelaçam" com o escopo de "solucionar conflitos normativos" (HUMBERTO ÁVILA), sendo certo, como ensina DANIEL SARMENTO, que "a solução do conflito terá de ser casuística" e estará "condicionada pelas alternativas pragmáticas para o equacionamento do problema".

No caso da ação de recuperação judicial da empresa, a assembleia geral de credores, primeiro, depois, o Ministério Público e, por derradeiro, o juiz da causa deverão sopesar a realização dos fins - salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos -, através do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o "sacrifício" de determinado fim se indispensável para o saneamento da empresa ou

o "sacrifício" parcial do interesse da empresa em benefício de empregados e credores etc., pois, como ressaltam os franceses, os procedimentos coletivos são "procedimentos de sacrifício" que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores²¹.

Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na "ponderação de princípios" - o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito -, através do "teorema de colisão" de ALEXY, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois "possuem uma dimensão de peso", verificável caso a caso.

Por isso, aos que sustentam ser a função do magistrado na ação de recuperação judicial de empresa simplesmente formal, o que o transformaria em mero homologador das deliberações da assembleia geral de credores, respondo que o juiz, no processo de reorganização da empresa, exerce, em toda sua plenitude, poderes de caráter jurisdicional ou "poderes-fim", "poderes-meio" ou "instrumentais" e "poderes administrativos", e, ao exercer os poderes jurisdicionais, deve levar em conta, para decidir com proficiência, o seguinte quadro sinótico:



²¹ Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris: Economica, 1991, Tome 2, 3e éd., p. 113.

E, ao proferir sentença concessiva da recuperação judicial, deve levar a cabo (a) o controle da legalidade formal, (b) o controle da legalidade material e (c) o controle do mérito, consoante o seguinte quadro sinótico:

