

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VITÓRIA CONTE NARDI

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UMA NOVA
VISÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTIDO NA LEI Nº 11.101/2005**

SÃO PAULO

2019

VITÓRIA CONTE NARDI

PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UMA NOVA
VISÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTIDO NA LEI Nº 11.101/2005

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcelo Fortes Barbosa Filho

SÃO PAULO

2019

VITÓRIA CONTE NARDI

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UMA NOVA
VISÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTIDO NA LEI Nº 11.101/2005**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Prof. Marcelo Fortes Barbosa Filho (Orientador)

2º Examinador

3º Examinador

Data:

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UMA NOVA
VISÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTIDO NA LEI Nº 11.101/2005**

Vitória Conte Nardi¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto analisar o Princípio da Preservação da Empresa sob o viés prático de sua aplicação nos casos de recuperação judicial, a partir das práticas do devedor, bem como das concessões e chancelas pelo poder judiciário. Busca tratar das abusividades que permeiam a utilização do mencionado princípio, deturpando a função social da empresa, no intuito de manter estruturas sem viabilidade econômica no mercado e que, por fim, acabam por onerar tanto seus credores, quanto o próprio mercado. Portanto, chegou-se à conclusão de que a solução pela liquidação da empresa, de forma organizada, proporciona maiores benefícios à sociedade como um todo.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Princípio da Preservação da Empresa. Função Social. Abusividade. Viabilidade Econômica.

ABSTRACT

This article refers to the analysis of the Preservation of Viable Business Principle under the practical bias of its application in cases of judicial reorganization, based on the practices of the debtor, as well as concessions and authorization by the Judicial System. It seeks to deal with the abuse that permeates the use of the principle, corrupting the social function of the company, in order to maintain structures that are not economically viable in the market, and which, after all, brings encumber both its creditors and the market itself. Therefore, it was concluded that

¹ Aluna graduanda do curso de Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: vitorianardi@hotmail.com.

the solution is the liquidation of the company, in an organized way, that provides greater benefits to the whole society.

Keywords: Judicial Reorganization. Preservation of Viable Business Principle. Social Function. Abusiveness. Economic viability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. CONTEXTO DO SURGIMENTO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 2. SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 3. OS MECANISMOS LEGAIS QUE TÊM ALICERCE NO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 4. A ABUSIVIDADE NAS PRÁTICAS DO DEVEDOR PARA OBTER A APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 5. CRÍTICAS SOBRE A APLICAÇÃO DO MECANISMO DENOMINADO *CRAM DOWN*. 6. A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA E A LIQUIDAÇÃO JUDICIAL. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de fazer exposições acerca do princípio contido no art. 47 da Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação Judicial e Falência (“LRF”), o Princípio da Preservação da Empresa, bem como seus desdobramentos. Pretende analisar a aplicação de tal princípio em situações variadas, de acordo com o atual cenário econômico-financeiro à luz de entendimentos doutrinários da área do direito recuperacional, com foco, essencialmente, na construção de críticas à utilização do aludido princípio e sua aplicação de forma deturpada pelo devedor ou pelo próprio poder judiciário.

Os dispositivos legais que dão suporte ao instituto da recuperação judicial, vêm expostos na LRF, calcados no Princípio da Preservação da Empresa. Na contramão do Decreto-lei 7.661/1945, a nova lei (LRF) trouxe mecanismos para que fosse protegida não somente a empresa em si, mas também protegida a função social que desempenha no núcleo onde está inserida, levando em conta a sua atuação e o impacto das suas atividades, de forma direta ou indireta.

No entanto, conforme será demonstrado, verifica-se que o princípio em tela vem sendo utilizado como fundamento para manutenção de empresas inviáveis no mercado, deturpando a sua finalidade.

Ainda, nota-se que o desvio de finalidade vem ocorrendo através de mecanismos oferecidos pela própria LRF e com chancela do judiciário. Dessa forma, o que se pretende expor são as máculas do sistema jurisdicional que dão guarida a esse instituto e, por fim, analisar alternativas que dão uma solução coerente ao problema.

1. CONTEXTO DO SURGIMENTO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Com o advento da nova lei de falências e recuperação judicial (LRF), a Lei 11.101/2005, que entrou em vigor em 08.06.2005, o regime das concordatas, instituído pelo Decreto-lei 7.661/1945, foi extinto, abrindo-se espaço para novos institutos que cuidaram de tratar de forma apropriada a situação das empresas em um determinado momento de crise, possibilitando, com a ajuda do poder judiciário, o seu soerguimento no mercado econômico-financeiro, sendo esses institutos a Recuperação Judicial e a Recuperação Extrajudicial e, em última instância, tem-se a própria Falência, caso eventualmente não haja a superação da crise.

A concordata, tratada no antigo Decreto-lei, tinha como objetivo dar uma solução ao problema de potencial insolvência do devedor, de modo a se evitar (concordata suspensiva) ou prevenir (concordata preventiva) sua falência. Tratava-se de um instrumento que oferecia a possibilidade de o devedor reestruturar seus passivos e recuperar-se desse período conturbado.

O Decreto-lei oferecia ao devedor meios de renegociação do seu passivo, com o auxílio e chancela do poder judiciário, a partir do permissivo da expansão dos prazos de pagamento aos credores, bem como o abatimento de certa parcela do valor quirografário inadimplente.

Assim, pela definição dada a esse instituto por Ecio Perin Junior, tem-se que

Concordata pode ser definida como um favor legal que possibilita ao comerciante a dilação no prazo de vencimento ou a remissão parcial no valor de certas obrigações devidas, evitando ou suspendendo a falência. [...]

Por remissão parcial deve-se entender uma redução no valor de certas obrigações devidas pelo comerciante, mais especificamente falando, uma redução no valor dos débitos de natureza quirografária, ao passo que por dilação no vencimento entende-se uma prorrogação no prazo para o pagamento das referidas obrigações.²

Entretanto, apesar de a concordata ter sido um projeto inaugural no sentido pró-devedor, e mesmo dando a este alguns benefícios, ao longo do tempo se demonstrou ineficaz, deixando de atingir sua finalidade. Tendo em vista a rigidez do Decreto-lei 7.661/1945 na determinação das formas e prazos de pagamento, bem como a exclusividade dos credores quirografários para a submissão das condições previstas no Decreto, deixando-se de incluir

² PERIN Junior, Ecio. Curso de direito falimentar: atualizado de acordo com o novo código civil (Lei 10.406/2002)/Ecio Perin Junior. 2ª. ed. rev. atual. E ampliada – São Paulo: Editora Método, 2004. pp. 255-256.

outras classes de credores, que poderiam seguir com as suas respectivas execuções contra o devedor, constatou-se uma frustração na utilização de tal instrumento.

Nessa linha, Alessandra de Azevedo Domingues, afirma que

O insucesso da concordata, enquanto remédio para solução das empresas em crise, restou patente quando verificado que quase 90% (noventa por cento) das empresas concordatárias foram à falência.

[...] durante décadas em que vigia o Decreto-lei em questão, verificou-se que o modelo concursal eleito era igualmente inadequado e ineficaz a regular a realidade econômica das empresas inseridas em contextos complexos de governança corporativa, de grupos econômicos, de crescimento das relações internacionais e de globalização, inclusive em razão de ter eleito o conceito de comerciante, ao invés do conceito de empresa [...].

Favorecia o ganho individual dos credores em detrimento da perda de empregos, da geração de riquezas e perda econômica para a sociedade, indo na contramão da tendência mundial dos sistemas concursais pautados na preservação da empresa.³

Ainda, segundo o discorre em sua obra Marcelo Sacramone:

A concessão ou rejeição da concordata cabia ao Magistrado exclusivamente e não dependia de qualquer consentimento dos credores. Quanto à viabilidade econômica da empresa, os embargos seriam acolhidos apenas se evidente a impossibilidade de cumprimento.

Muitas concordatas, desse modo, foram concedidas para empresários sem condições efetivas de se reestruturarem e em detrimento da vontade da maioria dos credores, o que permitiu apenas uma maior dilação de prazo para a liquidação dos ativos e um maior risco de desvio de bens.

Por outro lado, ainda que o comerciante pretendesse efetivamente se reestruturar com a concordata, o engessamento do instituto não permitia sua adequação à realidade da atividade. Os meios de recuperação eram restritos. Somente os créditos quirografários ficavam sujeitos à concordata (art. 147 do Dec.-Lei n. 7.661/45), que se restringia a lhe garantir a remissão ou dilação do pagamento apenas.⁴

Em que pese ter sido verificada a ineficiência do mencionado instrumento legal, é possível notar que o instituto da recuperação judicial que conhecemos hoje em dia foi construído com base no conceito da concordata, a partir dos – mesmo que rígidos – permissivos concedidos legalmente, que visavam a recuperação da empresa em crise.

Assim, desviando de todas as incoerências verificadas no antigo Decreto-lei, e buscando harmonizar o direito positivado com a realidade econômica do sistema empresarial e comercial do país, os legisladores trataram de criar regras e procedimentos mais viáveis, priorizando a proteção de todos os sujeitos dentro do processo recuperacional.

³ DE LUCCA, Newton & DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.) – Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 82-83.

⁴ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à lei de recuperação de empresas e falência / Marcelo Barbosa Sacramone. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 188.

Segundo Marcos de Barros Lisboa:

O espírito geral que norteou a elaboração da nova lei foi justamente a adequação do sistema falimentar ao atual estágio de desenvolvimento da economia brasileira, em geral, e das relações comerciais em particular.

Mecanismos de alinhamento de incentivos foram criados, acompanhando a direção que vem sendo seguida pelos países que recentemente reformaram sua legislação falimentar.⁵

Portanto, a lei atual, diferentemente do Decreto-lei, buscou oferecer proteção aos credores e, ainda, proporcionar maior guarida às empresas com viabilidade de se reestabelecerem no mercado, garantindo maior efetividade ao regime recuperacional, através do Princípio da Preservação da Empresa, trazido nas entrelinhas do art. 47 da LRF, da seguinte forma:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.⁶

Referido princípio, conforme se verá adiante, se tornou essencial para o embasamento de teses a favor do devedor, e tem como objetivo auxiliar a superação do momento de crise, reestabelecendo a ordem econômica do negócio perante a sociedade. Além disso, referido princípio é fundamento para decisões proferidas por magistrados para a flexibilização de normas da LRF, a fim de que sejam concedidos alguns tipos de benefícios ao devedor.

2. SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A nova lei de falências e recuperação judicial tem, segundo o legislador, o primordial objetivo de proteger tanto credores, como devedores, salvaguardando, sobretudo, também a empresa. A exposição de motivos⁷ da mencionada LRF justifica a proteção da empresa pelo papel que esta exerce no macro cenário econômico nacional e, também, pela

⁵ LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica na nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.) Direito falimentar e a nova de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 42-43.

⁶ Disponível em site do planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.

⁷ Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 - Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 22/2/1994, Página 1987 (Exposição de Motivos). Disponível em site <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>.

geração de empregos à população que, ao fim e ao cabo, contribui de igual forma na circulação de capital, movimentando a economia do país.

Assim, segundo a exposição de motivos da LRF, é possível observar que o interesse do empresário propriamente dito foi bruscamente afastado, fazendo prevalecer o interesse social, de acordo com a relevância e viabilidade da continuação da atividade desenvolvida pela empresa em crise. Além disso, busca priorizar uma participação mais ativa dos credores dentro do processo recuperacional, tendo em vista que o credores também possuem grande interesse na rápida e efetiva recuperação da empresa em crise.

Confirmando as intenções postas pelo legislador, Alexandre Lazzarini disserta que

O princípio da preservação da empresa, acolhido na Lei nº 11.101/05, dá uma nova característica à empresa, deslocando-a de uma condição limitada ao interesse de seus sócios, para elevar ao patamar de interesse público, ou seja, passa a ser considerada como uma *instituição* e não mais uma relação de natureza *contratual*. Deixa de ter a dependência da vontade dos sócios para, no caso, passar a atender outros interesses (a função social, os empregados, os credores, etc.) que se sobrepõem ao interesse dos sócios.⁸

A função social contida no princípio em questão faz referência, essencialmente, a questões econômicas que influenciam no desenvolvimento da sociedade como um todo. O ente de iniciativa privada, além de servir para atender aos interesses dos seus sócios empresários, é a engrenagem que movimenta o desenvolvimento econômico do país. A função social da empresa abrange quesitos variados, como por exemplo, a produção de bens e serviços, geração de empregos, movimentação do mercado financeiro, construção de relações com entes internacionais etc.

Dessa forma, corroborando com esse entendimento, Gladston Mamede, afirma o seguinte:

A recuperação judicial de empresas tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica [...] atendendo ao cânone constitucional inscrito no artigo 3º, II e III, que definem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...].⁹

Assim, tem-se que os objetivos do Princípio da Preservação da Empresa ultrapassam os interesses individuais e privados da entidade, do sócio empresário, ou de seus

⁸ DE LUCCA, Newton & DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.) – Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 124-125.

⁹ MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas - Direito Empresarial Brasileiro, 10ª edição. p. 123.

controladores. Esses objetivos visam um bem maior, a coletividade. Segundo os comentários contidos na obra de Sérgio Campinho, também é possível confirmar o viés social desse princípio.

Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem.¹⁰

De tal modo, conclui-se que o legislador buscou ressaltar que a empresa, apesar de ter suas funções privadas, tem também reconhecida sua função social. Por essa razão, buscou dar um tratamento jurídico adequado para as empresas que enfrentam crises econômicas ao longo da sua atividade. O suporte dado às empresas, subsidiado pelo Princípio da Preservação da Empresa, instituído por lei, tem fundamento na crença de que a empresa é capaz de superar um momento de crise, que muitas vezes decorre de fato externo, fora de seu alcance, com o objetivo de manter a economia do país estável, e sempre fomentando seu crescimento.

Inclusive, novamente, segundo entendimento doutrinário de Gladston Mamede, pode-se concluir que o fator que leva uma empresa a clamar por ajuda do poder judiciário é bastante abrangente:

O legislador reconhece que crises são inerentes à empresa, podendo resultar do processo de mundialização, do envelhecimento da estrutura produtiva material (maquinário, instrumental) ou imaterial (procedimentos de administração, logística etc.), entre outros fatores. Não se encaixa facilmente em análises maniqueístas (bom pagador ou mau pagador, honesto ou desonesto) [...].¹¹

Cabe ao judiciário entender, então, pela possibilidade de manutenção da empresa, através da concessão da recuperação judicial, desde que atendidos os requisitos previstos na LRF, conforme previsão do art. 58, após analisada a viabilidade de recuperação da empresa pela assembleia geral de credores.

Essa questão merece todo o enfoque desse trabalho, porque a viabilidade de recuperação da empresa é algo que, apesar de ser questão de apreciação exclusivamente

¹⁰ CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa / Sérgio Campinho; prefácio do Ministro Luiz Fux. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 130- 131.

¹¹ Mamede, Gladston. Falência e recuperação de empresas / Gladston Mamede. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 123.

assemblear, deveria ser um critério para filtrar a ampla concessão de recuperações judiciais, com fundamento na aplicação desgovernada do Princípio da Preservação da Empresa.

3. OS MECANISMOS LEGAIS QUE TÊM ALICERCE NO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A LRF tratou de oferecer diversos meios para que a empresa em crise e suas atividades sejam preservadas. Segundo Alessandra de Azevedo Domingues, a nova lei proporciona “a adoção, pelo devedor, de soluções de mercado para reestruturação da empresa, de mecanismos flexíveis além da remissão das dívidas e da dilação dos prazos de pagamento, estas livres de amarras legais antes existentes.”¹²

A título de exemplo, a Lei confere ao devedor a possibilidade de elaboração de um plano de forma livre (art. 53 e ss. da LRF), desde que não desrespeitadas as demais disposições legais. O pagamento aos credores pode variar do tradicional pagamento em pecúnia, o tratamento entre credores poderá ser distinto a depender da classe de credores, ausência de juros, permissão de deságios consideravelmente expressivos e prazos extremamente alongados, entre outros aspectos.

Ademais, existem permissivos legais, concedidos pelo poder judiciário através de decisões proferidas pelo juízo competente, para que se evite o risco de uma eventual quebra da empresa ao longo do período de processamento da recuperação judicial pleiteada, até que seja finalmente concedida. Por exemplo, a prorrogação do período de suspensão de todas as execuções contra o devedor que, em tese, não poderia exceder o prazo de 180 dias, para que a empresa possa tomar o “fôlego” necessário da crise em que está imersa (art. 6º, §4º - *stay period*, da LRF).

Além do *stay period*, podemos citar também o dispositivo legal que dá ao juízo recuperacional a possibilidade de conceder a recuperação judicial mesmo que não cumpridos os requisitos obrigatórios previstos no *caput* do art. 58 da LRF, abrindo-se uma exceção à regra, autorizada pelo parágrafo primeiro do mesmo art. 58, através do mecanismo denominado *cram down*.

¹² DE LUCCA, Newton & DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.) – Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 66.

Esses mecanismos são, de fato, importantes para que seja reestabelecida a ordem interna e externa da empresa em crise. Interna porque dá à empresa o prazo necessário para que possa ser feita uma reorganização de seu sistema financeiro e administrativo, podendo ser estabelecidas novas ordens para a operação de suas atividades a partir da crise instalada. E externa porque garante que a empresa não será executada por seus credores nesse interregno, bem como poderá oferecer a esses credores um plano que seja compatível com a sua possibilidade de pagamento.

Entretanto, atualmente, é possível notar que tais mecanismos vêm sendo utilizados de forma abusiva pelos devedores, através da elaboração de planos de recuperação judicial com excessivos deságios e prazos muito demorados, condições essas que só acarretam benefícios ao próprio devedor, deixando seus credores à mercê do plano apresentado. Em demasiada maioria das vezes¹³, os planos apresentados pelos devedores são aprovados em sede assembleia geral de credores, pelo fato de ser a única alternativa do credor, a não ser a decretação da falência da entidade, caso a votação fosse pela rejeição do plano, sendo esse um cenário muito mais desfavorável aos próprios credores.

4. A ABUSIVIDADE NAS PRÁTICAS DO DEVEDOR PARA OBTER A APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

É possível afirmar que a reiterada prática de elaboração de planos “abusivos” desvirtua o instituto da recuperação judicial, que tem por finalidade o soerguimento da empresa em crise e busca sempre salvaguardar os direitos de todos os partícipes do processo.

Conforme entendimento de Gladston Mamede, o plano de recuperação deve ser elaborado ponderando-se o equilíbrio de atendimento de interesses das partes, tanto do devedor quanto de seus credores.

O plano proposto e, mesmo, aquele que venha ser aprovado pela assembleia de credores, deve atender aos princípios jurídicos, inclusive socialidade, eticidade e moralidade (artigos 421 e 422 do Código Civil): deve equilibrar interesses de credores e devedor, mostrando-se proporcional em relação a todos os créditos, salvo renúncia por seus titulares.¹⁴

¹³ Dados recolhidos do estudo estatístico realizado por Waisberg, Ivo, Sacramone, Marcelo Barbosa, Nunes, Marcelo Guedes, e Corrêa, Fernando. “Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência”, demonstra que, em varas especializadas de falência e recuperação judicial, o percentual de aprovação dos planos de recuperação é de 68,7%, enquanto nas varas comuns o percentual é de 78,6%.

¹⁴ Mamede, Gladston. Falência e recuperação de empresas / Gladston Mamede. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 158

A elaboração do plano, sabe-se, é de competência exclusiva do devedor, tendo este a liberdade para formular sua proposta da maneira que melhor lhe convir e atendendo aos seus interesses, desde que não abarque nenhuma ilegalidade. Todavia, há a necessidade de levar-se em conta se as condições do plano atendem também aos interesses dos credores.

Além disso, as formalidades para apresentação do plano (art. 53, inciso I, II e III da LRF) foram criadas para que ficasse visível ao credor a realidade econômica da empresa e demonstrar, assim, se o plano apresentado se mostra, no mínimo, razoável.

Conforme entendimento Ricardo Negrão:

Exige a lei que a viabilidade econômica do plano seja demonstrada, o que somente pode ser feito por análise técnica competente (art. 53, II). A discriminação pormenorizada dos meios de recuperação (art. 53, I) possibilita aos credores considerarem a factibilidade do plano, mesmo sem conhecimentos técnicos, fundados na experiência comum de exercício da atividade empresarial. O resumo (art. 53, I) é a descrição pormenorizada da integração entre os vários meios empregados e o resultado pretendido em cada fase de sua implantação.¹⁵

Todavia, o que ocorre na prática, é que mesmo demonstradas as condições do plano, e constatada que algumas delas chegam a ser extremamente desvantajosas aos credores, o plano acaba por ser aprovado em sede de assembleia geral de credores. Dessa forma, a aprovação do plano implica, então, no entendimento da viabilidade econômica e do soerguimento da empresa.

A viabilidade econômica da empresa é questão de deliberação exclusiva dos credores, em sede de assembleia, conforme a aprovação do plano posto em pauta. Nesse sentido, confirma o voto do Exmo. Ministro do e. STJ Luís Felipe Salomão:

DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, **o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia** (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), **não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear**. 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ. 3. Recurso especial não provido.¹⁶ – grifos nossos.

¹⁵ NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa, vol. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos / Ricardo Negrão. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 205.

¹⁶ STJ – REsp 1359311/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09.09.2014.

Ocorre, porém, que o atrelamento da aprovação do plano à constatação da viabilidade econômica da empresa, acarreta em julgamento muitas vezes equivocado de tal questão.

Por isso, em contrapartida do julgado acima colacionado, Walfrido Jorge Warde Jr. e Guilherme Setoguti J. Pereira entendem que

[...] atendidos os requisitos legais, o juiz deverá conceder a recuperação judicial, cujo plano foi aprovado em assembleia de credores [...], [mas,] além desses requisitos formais, cabe ao juiz apreciar também a viabilidade do plano, na medida em que na recuperação há também um interesse público envolvido, que deve ser tutelado pelo juiz. A aprovação do plano, assim, não seria resultado de um mero juízo negocial entre devedor e credores, mas deve atender também outros propósitos, como o de oferecer uma solução de continuidade à atividade empresarial e, conseqüentemente, permitir a recuperação da empresa.¹⁷

Porém, apesar do entendimento acima transcrito ser o mais coerente, a análise da viabilidade da empresa, na prática, ainda cabe exclusivamente aos credores.

Assim, o que vem ocorrendo ultimamente é a decisão pela aprovação do plano em assembleia geral de credores, com o único e exclusivo objetivo de atender aos interesses particulares de cada credor, no intuito de receberem seu crédito, e não em razão de estarem depositando ali sua confiança de que a empresa realmente detém potencial para continuar suas atividades no mercado.

Assim, quando o credor sobrepõe seu interesse particular sobre a visão social da recuperação judicial, deixando de fazer uma triagem analítica para poder considerar se de fato há alguma perspectiva de a empresa em crise se recuperar, acaba-se por manter estruturas inviáveis no mercado, sob o manto da proteção do poder judiciário.

Tal fator acarreta na manutenção de empresas frágeis, porém ativas no mercado, e que não têm o necessário para dar continuidade às suas atividades por muito tempo. O problema surge, então, porque estar-se-ia ocupando um lugar no sistema econômico-financeiro, que poderia ser preenchido por outro ente que teria condições de prosperar e agregar a economia do país.

Ainda que os credores optem pela aprovação do plano, mesmo que verificadas condições não satisfatórias, e que haja desconfiança sobre a prosperidade da empresa, fica evidente que tal posicionamento se dá em razão da ausência de caminhos alternativos, a não ser

¹⁷ ELIAS, Luis Vasco (coord.). 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 494.

a quebra da empresa que, atualmente, é o pior cenário para o credor, tendo em vista que as perspectivas de recebimento do seu crédito seriam drasticamente diminuídas.

Ainda que sejam apresentadas objeções ao plano em sede processual, muitas vezes o devedor opta pela manutenção das cláusulas já propostas e, mesmo assim, o credor vota pela sua aprovação, porque qualquer cenário, mesmo que ruim, se mostra mais vantajoso à falência. Levando isso em consideração, pode-se concluir que a abusividade está implícita nos atos do devedor.

5. CRÍTICAS SOBRE A APLICAÇÃO DO MECANISMO DENOMINADO *CRAM DOWN*

Ainda que os credores decidam por um caminho diverso do comum nas assembleias gerais, reprovando o plano, declarando, dessa forma, a inviabilidade da recuperação da empresa, a Lei acaba por oferecer mais um mecanismo que, em benefício do devedor, faculta ao juízo recuperacional conceder a recuperação judicial, desde que atendidos alguns requisitos previstos na própria LRF.

A LRF determina em seu art. 58 que

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.¹⁸

Ou seja, cumpridos os requisitos previstos em Lei o juízo deverá conceder a recuperação judicial pleiteada. Entretanto, no parágrafo primeiro do mencionado artigo, a própria Lei faz uma exceção. Caso o devedor não tenha atingido os requisitos mínimos legais, em relação ao quórum na assembleia geral de credores, a Lei oferece um “quórum alternativo” para que o devedor possa conseguir a almejada recuperação judicial.

Art. 58. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

¹⁸ Disponível em site do planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1o e 2o do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1o deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

A aprovação do plano pelo §1º do art. 58 da LRF,

[...] é denominad[o]a por Alberto Camiña Moreira *cram down* brasileiro, por assemelhar-se ao instrumento norte-americano previsto no §1.129 do *Bankruptcy Code*. A expressão foi cunhada pela doutrina do país do norte para regular o ato de ‘o juiz impor aos credores discordantes o plano já apresentado pelo devedor e já aceito por uma maioria’.¹⁹

Assim,

[...] no *cram down*, o magistrado pode forçar uma das classes de credores minoritários a seguir a maioria, ainda que a Assembleia não conte com o quórum necessário, mas desde que se alcance um percentual mínimo de aprovação de participantes.²⁰

O permissivo legal previsto no parágrafo primeiro para aprovação do plano e concessão da recuperação judicial é um mecanismo de preservação da empresa, definido por Lei, mas ao mesmo tempo retira dos credores a soberania que lhes foi conferida pela mesma Lei, em sede de atos assembleares, que tinha por finalidade atingir o equilíbrio entre a relação credor-devedor.

Aos credores foram conferidos os poderes para decidir sobre a aprovação ou não do plano de recuperação judicial e, por consequência, a viabilidade da manutenção das atividades da empresa em crise. Quando o juiz atua nesse ponto do feito para conceder a recuperação, a partir do permissivo do art. 58, §1º, verifica-se que o poder conferido aos credores fica suprimido, pelo menos de certa parcela destes.

Segundo entendimento de Sheila Neder Cerezetti,

[...] o *cram down* é um instrumento de superação do veto de uma classe de credores. Sua utilização depende da adequada proteção aos direitos das classes de credores que desaprovaram o plano. Pode-se dizer, assim, que dois parecem ser os principais objetivos do instituto ora em comento: (i) a superação do veto de uma classe de credores dissidente com vistas à aprovação do plano, e, por outro lado, (ii) a proteção aos interesses e direitos dessa classe.

[...] se, de um lado, o *cram down* protege a recuperação da empresa por meio da superação do veto de uma classe, de outro, ao agir como instrumento de imposição do

¹⁹ NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa, vol. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos / Ricardo Negrão. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.p. 209

²⁰ SANTOS, Paulo Penalva. Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei n.º 11.101/05. Coordenador Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 122.

plano de recuperação a uma classe dissidente, deve zelar pelos interesses e direitos dos credores que não aprovaram o plano.²¹

Assim, o principal problema nesse instrumento, conforme exposto acima, é a ausência de tratamento à classe que tem seu poder vetado, ficando vinculada à decisão de outras classes que, muitas vezes, podem ter um tratamento mais arrojado no plano do devedor.

A Lei dá diretrizes para o tratamento igualitário numa estrutura horizontal (mesma classe) entre os credores, em caso de rejeição do plano, porém, deixa de se atentar à estrutura vertical de credores (classes distintas), podendo acarretar situações onde uma classe sairá mais prejudicada que outra, conforme expõe Eduardo Secchi Munhoz:

[...] o art. 58 não cuida das relações verticais entre os credores ao conferir ao juiz o poder de superar o veto de uma classe, o que pode levar a resultados injustos e inusitados. Pode-se cogitar, por exemplo, de que, observados os requisitos do art. 58, o juiz venha a aprovar um plano de recuperação que preveja pagamento integral à classe dos credores quirografários, mas que não assegure o mesmo tratamento à classe dos credores trabalhistas, ou aos credores com garantia real, que receberiam apenas um parcela de seus créditos, a despeito dessas classes virem em primeiro lugar em relação à primeira na ordem de classificação (art. 83).²²

A possibilidade da ocorrência de uma situação como essa viola os direitos dos credores. Além disso, partindo-se do pressuposto que o *cram down* veta o voto de uma determinada classe, fere-se também a prerrogativa da participação ativa do credor na recuperação judicial, explicitada na exposição de motivos da LRF.

Recente julgado do e. STJ, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, demonstra claramente a abusividade do poder judiciário nesse tocante, flexibilizando a Lei ainda mais, quando da concessão do *cram down*, mesmo sem o devedor ter atingido os requisitos necessários para tanto. Tendo em vista que os requisitos para o *cram down* já são excepcionais, pela ausência do alcance quórum comum, pode-se afirmar que o STJ cumpriu por dar o *cram down* do próprio *cram down*.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise

²¹ CERZETTI, Sheila C. N. et al. A Prevalência da Vontade na Assembléia-Geral de Credores em Questão: O *Cram Down* e a Apreciação Judicial do Plano Aprovado por Todas as Classes. In: Revista de Direito Mercantil nº 143. p. 214.

²² MUNHOZ, Eduardo Secchi. Seção IV: Do Procedimento de Recuperação Judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 288.

empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.

2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58.

3. O microssistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF.

4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois "presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfaz a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento.

5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do *cram down*, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.

6. Recurso especial não provido.²³

O julgado acima transparece a abusividade do poder judiciário na aplicação do Princípio da Preservação da Empresa, concedendo a recuperação judicial através do *cram down* de forma flexibilizada.

Essa flexibilização acabou por calar a vontade de uma determinada classe de credores, que votou pela rejeição do plano e, por fim, terminou prejudicada, sob a fundamentação de que “*somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.*”

Entretanto, em contrapartida da fundamentação do STJ, estando-se diante de uma possível aprovação de plano por via alternativa à comum, já não está mais prevalecendo um interesse tão comum assim, tendo em vista que o plano já foi desaprovado pelo quórum legal. Flexibilizar um dispositivo que já é alternativo às vias comuns é abusivo para com os credores.

Ao fim, isso demonstra tão somente a descompensação do sistema jurídico atual, que está pendente para o benefício do devedor, sempre calcado no Princípio da Preservação da

²³ STJ – REsp 1337989/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08.05.2018.

Empresa, mas que, no entanto, deixando de considerar que a LRF tem o escopo de proteger todos os partícipes do processo, tanto credores, quanto devedor.

Em que pesem todas as críticas expostas, sabe-se que o instrumento do *cram down* tem, de fato, o cunho de evitar que prevaleça o voto abusivo de uma determinada classe de credores, contrariando uma maioria, em meio a outras classes de credores, e indo na contramão do interesse público e da função social da empresa em recuperação. Dessa forma, Eduardo Secchi Munhoz entende que

No sistema da recuperação, [...] o instituto do *cram down*, concebido justamente para permitir que o juiz possa interferir, superando o veto ao plano imposto por uma classe de credores, sempre que tal rejeição contrarie o interesse público na recuperação da empresa; em outras palavras, sempre que esse veto expresse uma posição individualista, incompatível com a proteção dos demais interesses em jogo. Os critérios definidos pela lei em relação ao *cram down* refletem exatamente essa preocupação e devem ser considerados melhores ou piores de quanto alinhados se posicionam com relação à função pública da recuperação judicial.²⁴

E, ainda, segundo Campinho:

Há que ser, portanto, repelida qualquer conduta de credor ou credores reveladora de uma intenção de frustrar, ainda que por simples capricho, a possibilidade de preservação da empresa desenvolvida pelo seu devedor.²⁵

Todavia, cabe ao judiciário realizar uma análise do cenário em que tal abuso teria ocorrido, tendo em vista que muitas vezes a classe que vota pela não aprovação do plano está diante cláusulas que extrapolam os limites da razoabilidade, o que a leva à preferência pela liquidação da empresa.

A problemática que envolve o tema do *cram down* está na questão de que a LRF deixa de conferir tratamento aos credores dissidentes e não zela pelos direitos desses credores, obrigando-os a aceitar um plano insatisfatório e que, muitas vezes, pode ser, inclusive, oneroso.

Afirma-se oneroso, porque, as condições do plano podem variar demasiadamente, contraindo ônus aos credores com a manutenção de advogados atuantes no feito até que se dê por encerrado o período de fiscalização judicial, bem como com a novação da dívida do devedor, abatendo porcentagem expressiva do crédito do credor.

²⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Seção IV: Do Procedimento de Recuperação Judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 289.

²⁵ CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa / Sérgio Campinho; prefácio do Ministro Luiz Fux. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 190

Quando se está diante de planos irrazoáveis, fica clara a percepção que a empresa não possui subsídios para prosperar, estando constatada sua debilidade financeira e ausentes condições para o seu soerguimento, o que deveria levar a empresa, imediatamente, à liquidação.

6. A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA E A LIQUIDAÇÃO JUDICIAL

Pelos pontos já discorridos, pode-se perceber que o sistema jurisdicional brasileiro concede proteção descomedida às empresas em crise, sempre com fundamento no Princípio da Preservação da Empresa.

De fato, a empresa deve ser preservada para que continue exercendo sua função social no cenário econômico do país, entretanto, a empresa que merece guarida jurisdicional é aquela economicamente viável. O que vem acontecendo atualmente, é a aplicação do aludido princípio de maneira desenfreada, sem uma análise pormenorizada das condições da empresa que se está buscando proteger.

Não há sentido algum na manutenção no mercado de empresas que estão imersas numa crise e não têm sequer meios para atingir seu *status quo ante* para poder continuar desempenhando seu papel social.

A análise que se mostra necessária para poder entender pela viabilidade da empresa, ou não, está atrelada a diversos fatores, como por exemplo se a empresa oferece bens e serviços que se mostram úteis e demandados na sociedade atual ou se tratam-se de bens e serviços que caíram em desuso. Deve-se verificar se a crise não comprometeu toda a linha de organização da empresa, se de fato é possível dar continuidade às suas atividades, ou até mesmo se houve o cometimento de fraudes ou demais atos ilícitos que acarretaram uma situação crítica à empresa.

Verificados tais quesitos, se a empresa não demonstrar sinais vitais para embasar seu pedido de recuperação judicial deverá ser determinada sua liquidação.

Nesse sentido, Alexandre Lazzarini disserta que há diversos fatores que podem levar uma empresa a encerrar suas atividades:

Não é um princípio jurídico, mas econômico, pois não se relaciona a aplicação de regras jurídicas para a subsistência da empresa, mas subordina-se a situação posta pelo mercado, por exemplo:

Organização administrativa da empresa: a má gerência;

b) O mercado

b.1) fornecedor: ressalvadas hipóteses em que a recusa de fornecer matéria prima decorre do abuso do poder econômico, não há como se impor ao fornecedor que abasteça a empresa em crise, se não há confiança, pelo menos;

b.2) financeiro: a empresa em crise não consegue crédito;

b.3) consumidor: de nada adianta, por exemplo, a empresa em crise ter produtos e crédito se não há mercado consumidor (seja por falta de qualidade ou de utilidade ou de preço do produto);

b.4) trabalhador: pessoas desmotivadas, desqualificadas ou desinteressadas pelo trabalho na referida empresa.

Enfim, são fatos que, em regra, não são substituídos pela vontade da lei ou do juiz (art. 58, §1º, a Lei nº 11.101/05) que, contrariando a deliberação dos credores ou a perspectiva de produção e de consumo real, mantém a empresa sob a égide do princípio da preservação da empresa.²⁶

Assim, a partir da exposição acima, pode-se afirmar que a análise para um juízo adequado sobre a viabilidade da empresa vai além da votação do seu plano em assembleia geral de credores. Deve-se levar em conta todos os fatores externos e internos que interferem na manutenção da empresa saudável no mercado.

Assim, a manutenção de uma empresa inviável, com a proteção do poder judiciário, vai na contramão do próprio Princípio da Preservação da Empresa exarado na LRF, uma vez que a preservação deve ser com relação àquelas que se comprovem viáveis e demonstrem perspectivas de superação da crise.

Conforme expõe Sérgio Campinho:

A recuperação vai sempre pressupor a empresa viável, que passa por um estado de crise temporária e superável pela vontade dos credores. Um dos requisitos para se preferir a recuperação judicial à falência é justamente a confiança dos credores na demonstração de que a empresa se afigura ativa, produzindo meios capazes de superar a sua debilidade financeira. Haverá uma natural seleção entre aqueles agentes econômicos viáveis e capazes, que merecem apoio, e aqueles que devem ser alijados do convívio no mercado. Nessa ordem de fatores é que na prática, acreditamos, ter-se-á mais processos de falência do que de recuperação; mas a vocação da lei deve repousar, sempre, na prevalência do conceito recuperatório sobre o liquidatório. Conceitualmente, a recuperação é a regra e a falência a exceção. Esse é o espírito a conduzir a exegese dos preceitos da Lei n. 11.101/2005.²⁷

Apesar de a Lei envidar os maiores esforços para recuperar a empresa em crise, há situações em que esses esforços serão inúteis, sendo parte do processo reconhecer o momento em que deverá ser declarada a liquidação da empresa, de forma organizada, a fim de se evitar

²⁶ DE LUCCA, Newton & DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.) – Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 126.

²⁷ CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa / Sérgio Campinho; prefácio do Ministro Luiz Fux. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 131- 132.

maiores prejuízos ao mercado financeiro. Corroborando com tal entendimento, Gladston Mamede afirma que

O princípio da preservação da empresa, deve-se frisar, não é absoluto, ou seja, não se traduz por um impedimento de que as atividades empresariais sejam encerradas. Pelo contrário, deve-se reconhecer como algo normal, correspondente ao comum das relações jurídicas, que a empresa encerre suas atividades. Sua percepção e manifestação adequada se dá pela consideração, em primeiro lugar, dos impactos do encerramento das atividades de uma empresa, a implicar um juízo de valor; (...) A determinação do encerramento das atividades de uma empresa que crie grandes danos para o meio ambiente deixa desempregados, reduz negócios etc. Mas a manutenção de suas atividades tem resultados negativos que superam os aspectos positivos de sua manutenção. (...)

Como se só não bastasse, é indispensável proceder-se a uma avaliação de custos e benefícios das iniciativas. Em muitas circunstâncias, os atos jurídicos necessários para a preservação da empresa são de tal ordem custosos que a prudência – e o Direito – recomendam não insistir nos mesmos, pois os danos provocados pela preservação não compensam os respectivos benefícios.²⁸

Conforme se depreende do excerto acima, há casos em que a manutenção da empresa inviável no mercado pode ser muito mais onerosa, tanto para o mercado, quanto para seus credores, que sua eventual liquidação.

Atualmente, a liquidação de uma instituição é algo amedrontador, principalmente para os credores, que teriam as perspectivas de recebimento do seu crédito drasticamente diminuídas. Entretanto, assim como o Princípio da Preservação da Empresa leva em consideração o bem comum e sua função social, nesse momento também deve-se levar em conta tais aspectos.

A empresa inviável deve ser imediatamente retirada do mercado, para que encerre suas atividades de forma organizada, através do instituto da falência, dando espaço no mercado econômico-financeiro à outra empresa que venha a ocupar a mesma posição e atender a demanda da empresa falida, ou então, oferecer novos serviços, que condizem com a nova realidade.

De forma escoreita, algumas decisões cumprem em adotar tal entendimento:

DIREITO FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA. ARTS. 61, § 1º, 73 E 94, III, “g”, DA LEI N. 11.101/2005. DESCUMPRIMENTO DO PLANO APRESENTADO PELO DEVEDOR. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS, RECONHECIDAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, QUE AUTORIZAM A DECRETAÇÃO DA QUEBRA. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. 1- A recuperação judicial – **instituto que concretiza os fins almejados pelo princípio**

²⁸ MAMEDE, Gladston. Empresa e atuação empresarial / Gladston Mamede. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. pp. 50-51.

da preservação da empresa – constitui processo ao qual podem se submeter empresários e sociedades empresárias que atravessam situação de crise econômico-financeira, mas cuja viabilidade de soerguimento, considerados os interesses de empregados e credores, se mostre plausível. 2- Depois de concedida a recuperação, cabe ao juízo competente verificar se os objetivos traçados no plano apresentado foram levados a efeito pelo devedor, a fim de constatar a eventual ocorrência de circunstâncias fáticas que autorizam, nos termos dos arts. 61, § 1º, 73 e 94, III, “g”, da Lei n. 11.101/2005, sua convolação em falência. 3- **Caso se verifique a inviabilidade da manutenção da atividade produtiva e dos interesses correlatos (trabalhistas, fiscais, creditícios etc.), a própria Lei de Falências e Recuperação de Empresas impõe a promoção imediata de sua liquidação – sem que isso implique violação ao princípio da preservação empresa, inserto em seu art. 47 – mediante um procedimento que se propõe célere e eficiente, no intuito de se evitar o agravamento da situação, sobretudo, dos já lesados direitos de credores e empregados.** 4- O Tribunal de origem, soberano na análise do acervo fático-probatório que integra o processo, reconheceu, no particular, que: (i) o princípio da preservação da empresa foi respeitado; (ii) a recorrente não possui condições econômicas e financeiras para manter sua atividade; (iii) não existem, nos autos, quaisquer elementos que demonstrem a ocorrência de nulidade dos votos proferidos na assembleia de credores; (iv) nenhuma das obrigações constantes do plano de recuperação judicial apresentado pela devedora foi cumprida. 5- De acordo com o entendimento consagrado no enunciado n. 7 da Súmula/STJ, as premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido – que autorizam, na hipótese, a convolação da recuperação judicial em falência – não podem ser alteradas por esta Corte Superior. 6- Recurso especial não provido.²⁹

Apesar de o julgado acima colacionado ter reconhecido tal posicionamento somente após concedida a recuperação judicial e, posteriormente, constatado o descumprimento do plano pelo devedor, o fundamento adotado para a decretação da falência se mostra condizente com toda a exposição feita até aqui.

Isto posto, afirma corretamente Campinho que:

Propõe-se uma recuperação como meta. A filosofia é preservar a empresa por todos os meios disponíveis e, na sua impossibilidade, liquidar imediatamente o ativo para o pagamento do passivo.³⁰

Dessa maneira, tendo ocorrido a convolação da recuperação judicial em falência, partindo-se para a liquidação judicial da empresa, o judiciário deverá promover, em conjunto com seus auxiliares, o melhor cenário para que possa ser processada a falência, desburocratizando alguns trâmites e diligenciando pela celeridade e efetividade do processo, a partir da maximização da arrecadação de ativos e pagamentos aos credores.

²⁹ STJ – REsp 1299981/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.06.2013.

³⁰ CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa / Sérgio Campinho; prefácio do Ministro Luiz Fux. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 131

7. CONCLUSÃO

Por fim, pode-se concluir que o Princípio da Preservação da Empresa, trazido no âmbito do art. 47 da LRF, veio para dar proteção às empresas em crise, com o primordial objetivo de preservar a sua função social, seja no cenário econômico e financeiro, seja na geração de empregos, ou seja na relação com estados estrangeiros.

Assim, tal princípio nasceu com o intuito de manter protegida a empresa que se demonstre viável, capaz de continuar cumprindo essa sua função social. O auxílio que a LRF confere às empresas em crise, através de diversos mecanismos legais, é de suma importância para a manutenção da economia estável, bem como demais aspectos. Cumpre ressaltar que a Lei não confere guarida tão somente ao devedor, ela cuida de proteger também os seus credores, que desempenham papel fundamental no processo recuperacional, tendo em vista as disposições legais que incitam uma atuação mais ativa dos credores.

Entretanto, tais mecanismos devem ser utilizados moderadamente e com boa-fé pelo devedor, com o único objetivo de ajudar no soerguimento da empresa em situação crítica, visando sempre, em última instância, a preservação do papel que a empresa desempenha na sociedade como um todo. O que é possível notar, atualmente, é a utilização maliciosa de tais mecanismos, com intenções extremamente particulares do próprio ente privado e do empresário, que buscam eximir-se do cumprimento das obrigações contraídas ao longo de sua atividade através do instituto da recuperação judicial, driblando seus credores, em situações que, muitas vezes, não há sequer perspectiva de recuperação da empresa, utilizando-se, por fim, do Princípio da Preservação da Empresa para embasar sua pretensão.

O soerguimento da empresa, além de ser de interesse social e público, tem o interesse particular de cada credor, que busca receber o seu crédito nas condições mais favoráveis possíveis, constatando-se, então, um certo equilíbrio nessa relação processual.

Mas, conforme determina a Lei, caso ausentes as condições que proporcionam a recuperação da empresa, bem como a insatisfação dos credores, deverá ser determinada sua pronta liquidação, de forma que se abra espaço no ambiente econômico para que outro ente possa desempenhar determinadas funções.

A superação do estado de crise econômico-financeira vai depender da vontade dos credores do devedor. Reversível será ela, pois, pela combinação de esforços deste e daqueles. Nesse passo, pode-se dizer que se revelou transitória. Não se alcançando esse ponto de equilíbrio, emerge a crise insuperável, partindo-se para a eliminação da

empresa pela falência de seu titular, que resultará na liquidação do ativo insolvente para ser repartido entre seus credores, segundo um critério legal de preferências.³¹

Assim, caso o devedor seja levado à uma eventual liquidação, e para que o instituto da falência seja uma opção plausível tanto para o devedor, tanto para o credor, o judiciário deverá promover de ofício meios para tornar os processos falimentares mais céleres e efetivos, visando a satisfação dos credores, bem como do próprio devedor.

³¹ CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa / Sérgio Campinho; prefácio do Ministro Luiz Fux. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 131.

8. REFERÊNCIAS

CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa / Sérgio Campinho; prefácio do Ministro Luiz Fux. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CEREZETTI, Sheila C. N. et al. A Prevalência da Vontade na Assembléia-Geral de Credores em Questão: O Cram Down e a Apreciação Judicial do Plano Aprovado por Todas as Classes. In: Revista de Direito Mercantil nº 143.

DE LUCCA, Newton & DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.) – Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ELIAS, Luis Vasco (coord.). 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil – São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 - Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 22/2/1994, Página 1987 (Exposição de Motivos). Disponível em site <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>. Último acesso em 20.05.2019.

LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica na nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.) Direito falimentar e a nova de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAMEDE, Gladston. Empresa e atuação empresarial / Gladston Mamede. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MAMEDE, Gladston. Falência e recuperação de empresas / Gladston Mamede. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Seção IV: Do Procedimento de Recuperação Judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa, vol. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos / Ricardo Negrão. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

PERIN Junior, Ecio. Curso de direito falimentar: atualizado de acordo com o novo código civil (Lei 10.406/2002)/Ecio Perin Junior. 2ª. ed. rev. atual. E ampliada – São Paulo: Editora Método, 2004.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à lei de recuperação de empresas e falência / Marcelo Barbosa Sacramone. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Paulo Penalva. Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei n.º 11.101/05. Coordenador Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Site do planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.
Último acesso em 20.05.2019.

Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 1299981/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 11.06.2013.

Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 1337989/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08.05.2018.

Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 1359311/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09.09.2014.

WAISBERG, Ivo. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. NUNES, Marcelo Guedes. CORRÊA, Fernando. Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência.