

SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI

***A RECUPERAÇÃO JUDICIAL
DE SOCIEDADE POR AÇÕES***

***O Princípio da Preservação da Empresa
na Lei de Recuperação e Falência***

 **MALHEIROS
EDITORES**

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADES POR AÇÕES

*O Princípio da Preservação da Empresa
na Lei de Recuperação e Falência*

© SHEILA CHRISTINA NEDER CERZETTI

ISBN 978-85-392-0121-1

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.*

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição

PC Editorial Ltda.

Capa:

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

04.2012

*À minha mãe,
CHRISTINA RIBEIRO NEDER CERZETTI,
pela educação no amor.*

*A ROBERTO LUIZ CORCIOLI FILHO,
pela alegria da vida compartilhada.*

A esperança está, evidentemente, na larga e criativa interpretação de princípios gerais, como o da preservação da empresa, por jurisprudência e doutrina. Só eles têm capacidade de alargar o enfoque, incluir interesses diversos e tentar organizá-los dentro de uma empresa em recuperação. A essa tarefa é que se dedicou, com afinco e capacidade, SHEILA CEREZETTI.

Sua longa e profícua pesquisa no Direito Comparado permite relativizar as crenças e duvidar de resultados econômicos. Sua tese de Doutorado que agora vem a público é pesquisa séria, com resultados interpretativos promissores, e se traduz em livro que merece atenta leitura e profunda reflexão.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

SUMÁRIO

<i>Agradecimentos</i>	7
<i>Prefácio</i>	9
<i>Introdução</i>	15

PRIMEIRA PARTE

O CAMINHO RUMO À PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

<i>CAPÍTULO 1 – OBJETIVOS E INTERESSES PROTEGIDOS PELA DISCIPLINA JURÍDICA CONCURSAL: UM BREVE DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO</i>	27
<i>1.1 A sanção ao devedor no Direito Romano: da punição pessoal ao concursum creditorum</i>	30
<i>1.2 A Idade Média e a proteção do ius mercatorum</i>	41
<i>1.3 O movimento de codificação posterior à Idade Média</i>	52
<i>1.4 Direito pátrio: a evolução pendular entre os interesses do devedor e dos credores</i>	56
<i>1.4.1 O período colonial e as Ordenações portuguesas</i>	57
<i>1.4.2 Os inconvenientes do Código Comercial</i>	60
<i>1.4.3 A relevância da participação dos credores no Decreto 917/1890</i>	65
<i>1.4.4 A Lei 2.024/1908 e o reforço das atribuições do juiz</i>	70
<i>1.4.5 O Decreto 5.746/1929: retrocesso na legislação falimentar</i> ...	74
<i>1.4.6 O Decreto-lei 7.661/1945 e a ação de concordata</i>	76
<i>1.4.7 A Lei 11.101/2005 e a afirmação do princípio da preservação da empresa</i>	79
<i>1.5 Breves apontamentos acerca do desenvolvimento histórico</i>	82
<i>CAPÍTULO 2 – A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA À LUZ DO DIREITO ESTRANGEIRO</i>	88
<i>2.1 A formação histórica da valorização da preservação da empresa: o sistema norte-americano como o berço dos mecanismos de recuperação</i>	91

4.1.2.4.1	Consideração no momento da homologação	336
4.1.2.4.2	Instrumentos de prevenção e de controle de abusos	344
4.1.2.4.2.1	Instrumentos de prevenção	344
4.1.2.4.2.2	Instrumentos de controle	350
4.1.3	<i>A homologação do plano de recuperação: a indispensável aplicação de princípios e regras gerais de recuperação de empresas?</i>	358
4.1.3.1	<i>Necessário tratamento igualitário aos credores?</i>	365
4.1.3.2	<i>O Best Interest of Creditors Test</i>	377
4.1.3.3	<i>Uma combinação heterodoxa em busca do equilíbrio</i>	383
4.1.4	<i>A condução da empresa em recuperação</i>	386
4.1.4.1	<i>Vantagens e desvantagens da manutenção do devedor na direção dos negócios: a relevância dos deveres fiduciários</i> .	389
4.1.4.2	<i>Discussões acerca da caracterização do “devedor” nos arts. 64 e 65 da Lei 11.101/2005</i>	398
4.1.4.3	<i>Gestor judicial: o administrador eleito pelos credores e as implicações aos demais interessados</i>	408
4.1.5	<i>Comitê de credores e administrador judicial: a relevância dos órgãos de fiscalização</i>	412
4.1.5.1	<i>O comitê de credores</i>	412
4.1.5.2	<i>O administrador judicial</i>	419
4.1.5.3	<i>Interesses protegidos pela atuação dos órgãos de fiscalização</i>	421
4.2	<i>A recuperação judicial de empresas no Brasil: um instituto a ser aprimorado</i>	425
	Conclusão	426
	Referências bibliográficas	431

INTRODUÇÃO*

Após clamores doutrinários¹ e pressões internacionais² em prol da aprovação de novo diploma legal acerca do direito concursal brasileiro, entrou em vigor, em 2005, a Lei 11.101, de 9 de fevereiro do mesmo ano (Lei de Recuperação e Falência). A novel lei buscou colocar o ordenamento pátrio em sintonia com tendências constatadas no século XX em diversos Países, notadamente ao contemplar mecanismos de recuperação de empresas em crise.

* Todas as transcrições nos rodapés obedecerão à ortografia da época em que os textos foram escritos.

1. V.: Rubens Requião, “A crise do direito falimentar brasileiro – Reforma da Lei de Falências”, *RDM* 14 /24-25 e 33, São Paulo, Ed. RT, 1974; Nelson Abrão, “Algumas sugestões para uma nova lei concursal”, *RDM* 31/31, São Paulo, Ed. RT, 1978; Waldírio Bulgarelli, *O Novo Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 155; Paulo Salvador Frontini, “Reflexões sobre a reforma da Lei de Falências”, *RDM* 31/43, São Paulo, Ed. RT, 1978; Manuel Justino Bezerra Filho, “Exame crítico do Projeto da Lei de Falências – ‘Recuperação de empresa’ ou ‘Recuperação do crédito bancário’”, *RT* 822/128-129, São Paulo, Ed. RT, 2004; Frederico Augusto Monte Simionato, “A reforma da Lei de Falências frente à reorganização econômica da empresa”, *RDM* 108/17-18, São Paulo, Malheiros Editores, 1997; José Anchieta da Silva, “Projeto de Lei de Falências e a realidade brasileira”, *RDM* 135/110-126, São Paulo, Malheiros Editores, 2004; Carlos Henrique Abrão, “A preservação e a recuperação da empresa em crise”, *RT* 822/197, São Paulo, Ed. RT, 2004; Paulo Roberto Colombo Arnoldi, “O novo modelo jurídico da empresa nacional e a reforma da Lei de Falências”, *RT* 663/252, São Paulo, Ed. RT, 1991; e Rubens Sant’Anna, “A falência da empresa: realidade contemporânea e perspectivas futuras”, *RDM* 64/43-45, São Paulo, Ed. RT, 1986.

2. Cf.: Mauro Rodrigues Penteado, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 58; Christoph G. Paulus, “Global insolvency law and the role of multinational institutions”, *Brooklyn Journal of International Law* 32 (2006-2007), p. 756. Com relação à influência de organismos internacionais nas reformas concursais em diferentes países, v. Jay Lawrence Westbrook, “The globalisation of insolvency reform”, *New Zealand Law Review* (1999), p. 402.

plicação do procedimento falimentar. As críticas a ele feitas não foram poucas,¹⁶³ e logo se previu sua breve sobrevivência.¹⁶⁴

Consoante Trajano de Miranda Valverde,¹⁶⁵ a causa do maior dos males desse decreto foi a ampla autonomia dada aos credores, os quais teriam sido dotados de muitos direitos e nenhuma obrigação.

1.4.6 O Decreto-lei 7.661/1945 e a ação de concordata

O Decreto-lei 7.661, de 21.6.1945, reforçou a diminuição da participação dos credores nas decisões acerca do destino do devedor insolvente e transferiu ao magistrado da falência as mais relevantes competências decisórias.

A quebra poderia decorrer tanto da impontualidade no pagamento de obrigação líquida (art. 1º) quanto da ocorrência de certos atos ou fatos (art. 2º). Em consonância com as práticas anteriores, manteve-se a aplicabilidade do instituto falimentar apenas aos comerciantes.

O devedor poderia evitar a declaração de sua quebra caso – dentre outras hipóteses – a concordata preventiva fosse requerida antes da sua citação para ciência do pedido de falência formulado por um ou mais credores. A legislação previa, contudo, não apenas a concordata preventiva, como também a suspensiva.

Ocorre que as concordatas então disciplinadas distinguiram-se profundamente das concordatas anteriormente descritas. Até então, dentre

163. Cf. comentário ilustrativo de Almachio Diniz: “Agora veio a lei contra o comerciante, a lei sitiante, que fez retroagir o nosso direito de fallencia a um grau atrazadissimo de comprehensão juridica. Em todo o mundo, que tem legislado sobre fallencias, nunca houve a preocupação de arruinar o devedor, arruinando tambem os credores, como no Brasil, com o Decreto 5.746, de 9.12.1929. A pratica vai demonstrar a inefficiencia desta Lei, e a jurisprudência vai assignalar os prejuizos que ella determinará na economia geral do commercio brasileiro. Incontestavelmente, a Lei 2.024, de 1908, como obra que honra ao seu elaborador, sobreviverá na reminiscencia do jurista nacional como a melhor das nossas leis” (*Da Fallencia – Theoria dos Factos e Pratica dos Principios à Luz da Lei 5.746, de 9 de Dezembro de 1929, e da Ultima Jurisprudência dos Juizes e Tribunaes da Republica*, cit., 2ª ed., pp. 55-56, nota de rodapé 95a).

164. Essa foi a opinião de Almachio Diniz, *Da Fallencia – Theoria dos Factos e Pratica dos Principios à Luz da Lei 5.746, de 9 de Dezembro de 1929, e da Ultima Jurisprudência dos Juizes e Tribunaes da Republica*, cit., 2ª ed., p. 23.

165. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de Junho de 1945)*, cit., vol. 1, p. 18.

outras características,¹⁶⁶ as concordatas eram marcadas pela aceitação de determinada maioria dos credores, a qual se apresentava como requisito à homologação do acordo pelo magistrado.¹⁶⁷

Consoante o Decreto-lei 7.661/1945, todavia, a concordata – instituto de cunho marcadamente processual – passou a ser integralmente decidida pelo juiz, o qual, independentemente da opinião dos credores sobre o assunto, julgava sobre a procedência do pedido do devedor com base nos critérios legalmente estabelecidos. Esse mecanismo decisório aplicava-se tanto às concordatas preventivas quanto àquelas destinadas a cessar o processo falimentar.

Aos credores restava a possibilidade de embargar a concordata, alegando, dentre outros motivos, (i) que seu sacrifício seria maior que no caso de falência ou que, evidentemente, a concordata não poderia ser cumprida; (ii) a inexatidão de documentos elaborados pelo síndico ou comissário, e que facilitavam a concessão da concordata; (iii) a existência de ato de má-fé ou fraude. No caso de concordata preventiva a ocorrência de fato que pudesse ser caracterizado como crime falimentar também poderia ser utilizada como argumento à apresentação de embargos pelo credor.

Sobre o assunto, cumpre destacar o primeiro argumento acima mencionado – qual seja, a alegação de que a concordata acarreta prejuízo mais amplo ao credor que aquele que seria verificado caso fosse

166. Trajano de Miranda Valverde resume da seguinte maneira as regras acerca da concordata até a aprovação do decreto-lei: “Desde o Código de 1850 até a lei vigente, exclusive, as seguintes regras se mantinham firmes: (a) não pode haver concordata quando o falido ou devedor agiu com culpa ou fraude; (b) para validade da concordata é necessário que a proposta tenha sido apoiada por determinada maioria de credores e de créditos; (c) é reconhecido aos dissidentes o direito de se oporem à homologação da concordata; (d) a sua eficácia em relação a todos os interessados depende de sentença homologatória do juiz; (e) com a homologação forma-se a concordata, que se torna obrigatória para todos os credores, salvo os privilegiados e os que têm garantia real; (f) a concordata pode ser rescindida em determinados casos. (...) A lei vigente, porém, tomou outro rumo, cancelando a regra sob a letra ‘b’, pois que prescinde do consentimento dos credores para a concessão da concordata” (*Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de Junho de 1945)*, 2ª ed., vol. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1955, pp. 104-105).

167. Para uma revisão das teorias acerca da natureza jurídica da concordata, v.: Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de Junho de 1945)*, cit., 2ª ed., vol. 3, pp. 105 e ss.; e Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, cit., 5ª ed., pp. 307-309.

decretada imediatamente a liquidação do devedor.¹⁶⁸ Cuida-se, conforme abaixo tratado, da mesma concepção hoje encontrada em diversas legislações que contam com mecanismos de recuperação de empresas, as quais garantem, como proteção individual do credor, o recebimento de no mínimo o mesmo valor que seria auferido na ocorrência da falência.

Destarte, nesse período consolida-se a concepção de que o benefício da concordata deveria ser concedido pelo juiz mediante a satisfação, pelo devedor, de todos os requisitos legais, afastando-se a participação dos credores quando da avaliação do pedido do devedor. Esse aspecto contribuiu para que a concordata passasse a ser vista como favor legal.

Como justificativa a essa mudança radical alega-se que ao juiz foi creditada essa relevante função pois se acreditava que ele seria capaz de resolver com honestidade o conflito de interesses individuais e de preservar a empresa.¹⁶⁹ Note-se que pela primeira vez se fala em *preservação da empresa*, muito embora se busque alcançar esse objetivo por meio de instituto que não se mostrou suficientemente estruturado para tal fim.¹⁷⁰

Décadas depois o legislador brasileiro atenta a esse tema, afastando a concordata do sistema concursal brasileiro e nele introduzindo institutos expressamente destinados a permitir a recuperação da empresa

168. O TJSP reconhece a aplicação desse requisito de mais ampla satisfação dos credores (v. 4ª Câmara de Direito Privado, AI 126.912-4/6, rel. Des. Jacobina Rabello, j. 14.10.1999), sendo que em decisões mais recentes, mas acerca de caso em que se aplicou a legislação já revogada, afirmou a necessidade de observância desse critério de pagamento mínimo e manteve, sob esse argumento, o indeferimento de um pedido de concordata preventiva (v. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI 442.907-4/8-00, rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 18.10.2006, e AI 442.908-4/2-00, rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 9.8.2006). Em outras situações o mesmo Tribunal já havia feito menção à possibilidade de indeferimento do benefício em caso de sacrifício aos credores (v. 3ª Câmara de Direito Privado, AI 163.308-4/0, rel. Des. Carlos Stroppa, j. 7.11.2000).

169. Cf. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de Junho de 1945)*, vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1948, p. 220.

170. Interessa indicar que em outros ordenamentos que contavam com o instituto da concordata – como na Itália, por exemplo – o tema da preservação do organismo produtivo também foi tratado pelos juristas, mas com o reconhecimento de que a conservação da empresa não poderia ser considerada a finalidade do procedimento, mas apenas um instrumento a ser utilizado conforme a conveniência dos credores (cf. Alberto Jorio, “Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi”, *Giurisprudenza Commerciale* I (1994), pp. 506-507).

em crise. Note-se que essa providência já era clamada pela doutrina há tempos,¹⁷¹ lembrando-se que a matéria da concordata deveria ser atualizada, em vista da concepção da empresa como ente que congrega inúmeros interesses e cuja preservação deveria ser almejada pelo ordenamento jurídico.

1.4.7 A Lei 11.101/2005 e a afirmação do princípio da preservação da empresa

A Lei de Recuperação e Falência, diploma regulador da recuperação judicial e extrajudicial e da falência de empresários e sociedades empresárias, introduziu profunda modificação no direito concursal brasileiro.

Pela primeira vez o direito positivo nacional conhece mecanismos especificamente criados para viabilizar a superação da crise empresarial,¹⁷² afastando-se de institutos como a concordata e a moratória.¹⁷³ Repele-se, destarte, a ideia de que as dificuldades econômico-financeiras devem necessariamente caminhar à liquidação dos ativos do devedor, em vista da melhor satisfação dos seus credores.¹⁷⁴

171. Exemplificativamente, pode-se citar Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, cit., 5ª ed., p. 307. Para outras referências no mesmo sentido, v. a “Introdução”, acima.

172. Lembre-se que a jurisprudência brasileira já caminhava nesse sentido sob a vigência do Decreto-lei 7.661/1945. Para uma detalhada pesquisa jurisprudencial nesse sentido, v. Adriana Valéria Pugliesi Gardino, *A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em Crise no Direito Brasileiro*, dissertação (Mestrado), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2006, pp. 54 e ss.

173. Isso não significa, contudo, que o parcelamento de débitos e a concessão de prazos para pagamento de dívidas não sejam mais possibilidades disponíveis ao devedor que almeja adimplir suas obrigações. Tais caminhos podem ser traçados pelo devedor, por exemplo, por meio de sua previsão em um plano de recuperação. Note-se, ademais, que algumas características da concordata permanecem presentes na atual legislação concursal, especificamente nas regras relativas ao conteúdo do plano de recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte (v. arts. 70 a 72 da Lei de Recuperação e Falência).

174. Klaus J. Hopt nota que os objetivos liquidatórios de procedimentos concursais já não satisfazem as necessidades da sociedade e da economia atual – fato que seria comprovado pelo movimento, anterior às últimas reformas concursais aprovadas em inúmeros Países, de previsão legal de concordatas e acordos como mecanismos para evitar a quebra (“Das Unternehmen in der Krise: Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht”, in R. Birk e K. Kreuzer (orgs.), *Das Unternehmen in der Krise, Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsver-*

Por esse motivo, ao lado da falência, foram previstos novos institutos destinados a recuperar a empresa, almejando-se, com sua utilização, a manutenção das sociedades viáveis.¹⁷⁵ Trata-se da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, mecanismos que têm como objetivo a reorganização da empresa viável em crise,¹⁷⁶ visando a impedir sua prematura liquidação.

O art. 47 da Lei de Recuperação e Falência é responsável pela declaração das finalidades a serem perseguidas pelo novo instituto da recuperação judicial de empresas.¹⁷⁷ O dispositivo em tela estimula o exercício da função social da empresa e partilha do entendimento de que há diversos centros de interesses que gravitam em torno da empresa e que justificam sua preservação.

O princípio da preservação da empresa foi expressamente declarado pelo art. 47. E, assim sendo, deve informar todo o desenrolar do procedimento de recuperação judicial. A preservação da empresa é um dos propósitos do novo instituto legal, que se preocupa com a reestruturação da fonte produtora, em vista de sua continuidade no mercado.

A positivação do princípio da preservação da empresa no capítulo destinado à recuperação judicial demonstra a atribuição de relevância aos diversos interesses que envolvem a sociedade¹⁷⁸ e que contribuem à

gleichender Sicht: Verhandlungen der Vereinigten Fachgruppen für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht und für vergleichendes Arbeits- und Sozialrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Göttingen vom 18-20.9.1985, Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1986, p. 16).

175. Outra não é a leitura do STF acerca dos propósitos da Lei de Recuperação e Falência: “Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada” (ADI 3.934-2, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.5.2009).

176. Há que se esclarecer, desde logo, que a criação das recuperações judicial e da extrajudicial não significa que elas devam ser os caminhos privilegiados em todos os casos de crise econômico-financeira. Na verdade, tão relevante quanto a recuperação de empresas viáveis apresenta-se a célere liquidação das inviáveis.

177. Trata-se de dispositivo cuja fonte é o art. 1º da Lei 85-98, de 25.1.1985, atualmente estabelecido como art. L. 620-1 do *Code de Commerce* francês. Confira-se a aproximação entre os dois textos: “Art. L. 620-1. Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi et l’apurement du passif”.

178. Outro não é o entendimento de Fábio Konder Comparato ao mencionar que a empresa é centro de múltiplos interesses, como os interesses dos empregados,

formação do denominado e controvertido *interesse social* – o qual, em acepção institucionalista, é identificado exatamente com a preservação da empresa.¹⁷⁹

Sabe-se que, ao menos na declaração dos seus princípios informativos, a Lei de Recuperação e Falência afastou-se da perspectiva liquidatório-solutória informadora da legislação antiga e, buscando adaptação às atuais perspectivas do direito concursal,¹⁸⁰ voltou-se à atribuição de amplo valor à manutenção da empresa.

No mesmo diapasão, passou a contemplar na empresa em crise interesses extrassocietários distintos daqueles até então nela encontrados. A existência de interesses outros que não aqueles entre devedor e credores tornou-se tema recorrente na Lei de Recuperação e Falência. O direito positivo começou, assim, a considerar importante um tema há tempos tratado pela doutrina,¹⁸¹ admitindo que a empresa envolve diversificados interesses e acarreta consequências relevantes a todos que, direta ou indiretamente, estejam a ela ligados.

Considerando-se o conteúdo do art. 47, há que se reconhecer que o mencionado pêndulo parece ter se afastado de seu movimento viciado para tratar, de forma inovadora, da proteção da empresa e do amplo espectro de interesses por ela abrangidos. A exatidão dessa conclusão e o efetivo alcance de uma tal finalidade louvável dependerão, contudo, da correta utilização dos mecanismos legais e da interpretação que será dada aos diversos artigos da Lei de Recuperação e Falência, uma vez que alguns deles parecem não estar em plena consonância com os princípios informadores do novo sistema concursal brasileiro.¹⁸²

dos minoritários, do empresário, dos credores, da região, do Fisco e do mercado em geral (*Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, cit., p. 102).

179. Cf. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 34. O tema será tratado em detalhe no Capítulo 3, abaixo.

180. Cf. Jorge Lobo, “Direito da crise econômica da empresa”, *RDM* 109/65, São Paulo, Malheiros Editores, 1998. O autor destaca que o denominado “direito da empresa em crise” – que, conforme sabido, foi proposto como substituto ao antigo direito de quebra – já apontava novas diretrizes ao direito concursal, o qual deveria visar a garantir os direitos e interesses do devedor e dos credores, mas sobretudo os da própria empresa, seus empregados, consumidores e comunidade em que atua.

181. Cf. Waldírio Bulgarelli, *O Novo Direito Empresarial*, cit., p. 158.

182. Para uma análise detida dos artigos da Lei de Recuperação e Falência relacionados à recuperação judicial de empresas em crise, v. Capítulo 4, abaixo.

Por fim, ressalte-se que, muito embora a Lei de Recuperação e Falência seja deveras elogiada, principalmente pelos avanços introduzidos no que diz respeito à previsão de mecanismos destinados ao reerguimento de empresas em crise, ela também trouxe uma nova perspectiva ao próprio processo falimentar, que, nos termos do art. 75, deve privilegiar a realização dos bens da massa de forma conjunta, buscando-se, assim, a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa.¹⁸³

1.5 Breves apontamentos acerca do desenvolvimento histórico

Levando-se em consideração o acima exposto, impossível deixar de notar que a perspectiva atual dos fenômenos de crise difere imensamente daquela adotada durante grande parte do percurso histórico delineado.

O movimento que acarretou a mudança de paradigmas do direito concursal foi informado pela percepção de que sua concepção tradicional estava em crise. À ideia então corrente de eliminação absoluta de empresas insolventes contrapôs-se a necessidade de criação de um sistema voltado à conservação da empresa, em vista da natureza dos interesses por ela envolvidos e das próprias dimensões por ela atingidas.¹⁸⁴

A existência de mudanças históricas no modo de enxergar os procedimentos concursais fez com que juristas criassem a ideia de que as legislações passaram por diferentes fases de desenvolvimento. Isso ocorreu tanto no que diz respeito ao desenrolar histórico global quanto no que se refere à história legislativa brasileira sobre o tema.

Em termos de análise do direito falimentar como um todo, o percurso ora descrito, em conjunto com os comentários que seguem no próximo capítulo, demonstra que o sistema concursal conheceu um período

183. Sobre o assunto, v. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, “A preservação da empresa, mesmo na falência”, in Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues (coords.), *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 517-534.

184. Nesse sentido, v. Joaquín Bisbal Méndez, *La Empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras (Una Aproximación Económica y Jurídica a los Procedimientos de Conservación de Empresas)*, cit., p. 73. No mesmo sentido, Alberto Jorio menciona que o objetivo prioritário de todo sistema moderno de procedimentos concursais é favorecer a reabilitação da empresa em crise (“Le procedure concursuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi”, cit., *Giurisprudenza Commerciale I* (1994), p. 547).

eminentemente punitivo, atravessou uma fase de objetivos absolutamente liquidatórios, alcançou propósitos conservativos, mediante a utilização de mecanismos preventivos e suspensivos, fundados em interesses essencialmente privados, e atingiu um período de valorização da preservação da empresa, em decorrência do reconhecimento de que diferentes interesses, públicos e privados,¹⁸⁵ são por ela abrangidos.¹⁸⁶

Acerca da evolução da matéria em âmbito mundial, Joaquín Bisbal Méndez¹⁸⁷ oferece interessante proposta de análise, que diferencia o tratamento da crise segundo dois métodos distintos.¹⁸⁸ O primeiro deles, cunhado de *método de mercado*, é caracterizado como fundamentalmente liquidatório e de caráter geral e judicial. Não faz distinção entre o sujeito passivo da crise, tampouco diferencia a natureza da crise ou o interesse dos credores. Baseia-se no pressuposto da maximização dos ativos,

185. Nesse sentido, Klaus J. Hopt afirma que se passou de uma proteção individual ao credor para uma proteção funcional da economia e da coletividade (“Das Unternehmen in der Krise: Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht”, in R. Birk e K. Kreuzer (orgs.), *Das Unternehmen in der Krise, Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht: Verhandlungen der Vereinigten Fachgruppen für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht und für vergleichendes Arbeits- und Sozialrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Göttingen vom 18-20.9.1985*, cit., p. 18). Acerca do desenvolvimento histórico, Michel Rouger classifica os momentos como marcados pela precaução, pela proteção e, por fim, pela prevenção (“Sur le traitement des difficultés des entreprises”, *Revue de Jurisprudence Commerciale* 1 (2004), p. 60).

186. Conforme se verá no próximo capítulo, essa sucessão de propósitos parece estar sendo repensada, na medida em que muitos sistemas concursais passam a prever mecanismos de recuperação de empresas não em vista da preservação delas, mas como meio à mais ampla satisfação dos credores. Cabe discutir se essa situação representa uma involução no desenvolvimento histórico do tema.

187. Joaquín Bisbal Méndez, *La Empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras (Una Aproximación Económica y Jurídica a los Procedimientos de Conservación de Empresas)*, cit., pp. 33-35 e 74. Outra interessante divisão de períodos históricos é apresentada por Gerardo Santini, “Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa em los sistemas de economía de mercado”, *Reforma del Derecho de Quiebra – Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal Español*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 35-42 (em que se demonstra que o reconhecimento do interesse público existente na manutenção da empresa foi sendo acentuado com o passar do tempo).

188. Note-se que o autor reconhece tratar-se de simplificação da coleção de métodos já utilizados para o trato da crise empresarial. Ocorre que os dois métodos referidos encontram-se nos extremos do conjunto e contém os aspectos mais relevantes do rol de procedimentos que os circundam (Joaquín Bisbal Méndez, *La Empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras (Una Aproximación Económica y Jurídica a los Procedimientos de Conservación de Empresas)*, cit., p. 33).

na redução dos custos, quando da negociação da distribuição de valores, e no propósito de satisfação dos credores. A característica de judicialidade decorre do fato de que a resolução dos conflitos potenciais entre as partes é atribuída aos tribunais. O segundo método, por seu turno, cuida da crise empresarial sob distinto enfoque. Cunhado de *governativo*, esse método é identificado como especial, conservativo e administrativizado. A primeira característica decorre da maneira pela qual os sujeitos passivos são individualizados – ou seja, nenhum ente em crise é considerado igual a outro, e sua crise não é equivalente à enfrentada por outros. Da mesma forma, os credores não são vistos como iguais e se reconhece que seus interesses podem ser diferentes daqueles detidos por partes que não estejam contratualmente vinculadas ao devedor. De acordo com esse método, almeja-se a conservação por meio de um plano capaz de alterar a estrutura creditícia do devedor e de maximizar o valor da empresa em funcionamento. Ao mesmo tempo são previstas regras que permitam a imposição do plano a credores dissidentes. Ademais, reconhecendo-se que a crise abrange interesses públicos e privados, a resolução de conflitos é mediada por órgão e critérios administrativos.¹⁸⁹ Conclui-se que o mote do método fundamenta-se (i) na crença de que só se pode alcançar a minimização dos custos mediante a maximização do valor da empresa e (ii) no reconhecimento de que, muito embora a liquidação possa trazer benefícios a algumas categorias de afetados pela crise empresarial, o resultado final decorrente da liquidação imediata envolveria um custo coletivo que dificilmente seria compensado por essa vantagem particular.

Essa classificação, proposta na década de 80 do século XX, foi bastante apropriada para a época em que foi formulada, pois tratou especificamente dos então correntes movimentos conservativos consubstanciados nas leis americana, francesa e italiana.¹⁹⁰

189. De acordo com o autor, isso significa que ao Estado é atribuído um papel de destaque na decisão sobre a conservação da empresa. Ao invés de mero expectador de acordos entre devedor e credores, o Estado passa a atuar de forma a complementar a participação dos particulares envolvidos, os quais não seriam capazes de visualizar o conjunto de interesses abarcados pela recuperação. Assim, “la decisión sobre la permanencia de la empresa no puede continuar produciéndose como si el deudor y los acreedores siguieran siendo los únicos afectados” (Joaquín Bisbal Méndez, *La Empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras (Una Aproximación Económica y Jurídica a los Procedimientos de Conservación de Empresas)*, cit., p. 75).

190. Ressalte-se que a doutrina se refere, inclusive, a uma *filosofia de la conservación* que teria marcado a década de 80 do século passado mas que teria sido substituída pela ideia de que o direito concursal deve exercer uma função prevalente-

Com relação ao direito concursal pátrio a separação de períodos foi indicada por Trajano de Miranda Valverde,¹⁹¹ que afirmou ter o instituto falimentar no Brasil passado por quatro fases. Segundo o jurista, a primeira delas teve início com a publicação do Código Comercial, sendo bastante marcada pela influência francesa, e findou com o advento da República. Sob o mesmo raciocínio, a próxima fase, que compreende a vigência do Decreto 917/1890 e da Lei 859/1902, foi marcada pela completa modificação da estrutura legislativa até então vigente, destacando-se aspectos como a caracterização do estado de falência com base em atos ou fatos indicados em lei e a instituição de meios preventivos à falência. A terceira fase é apontada como aquela que começa com a entrada em vigor da Lei 2.024/1908, passa pelo Decreto 5.746/1929 e termina com a aprovação do Decreto-lei 7.661/1945. Seu início seria caracterizado pela simplificação processual introduzida pela Lei 2.024, mas não mantida pelo documento legislativo falimentar subsequente, e pela ampla autonomia atribuída aos credores, nos termos do Decreto 5.746 – aspecto que, para o autor, foi a principal causa dos males dessa fase. O diploma falimentar de 1945 foi responsável pela última fase citada pelo autor.

A aprovação da Lei de Recuperação e Falência, contudo, não permite a conclusão de que a quarta fase de Trajano de Miranda Valverde ainda esteja em curso. Na realidade, caso se mantenha a continuidade das fases indicadas pelo jurista pátrio, os delineamentos feitos no que tange a essa lei demonstram com clareza que ela alterou por completo o sistema até então vigente, iniciando a mais nova fase do Direito Brasileiro sobre a empresa em crise.

Note-se que a modificação do Direito pátrio se insere em um movimento internacional de alteração das legislações concursais. Sabe-se que a partir das últimas décadas do século passado diversos Países adaptaram suas leis concursais de forma a incluir a previsão de institutos que permitem a reestruturação e a recuperação de empresas em crise. Esse foi o caso, por exemplo, de Países como França, Alemanha, Itália-

mente solutória, primando pelos interesses dos credores e possibilitando, sempre que esses interesses assim forem atendidos, a conservação da empresa. Nesse sentido, v. Ángel Rojo, “La reforma del derecho concursal español”, in Ángel Rojo (org.), *La Reforma de la Legislación Concursal: Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 102-103.

191. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei 7.661, de 21 de Junho de 1945)*, cit., vol. 1, pp. 15-19.

lia, Portugal, Espanha e Argentina.¹⁹² Contudo, note-se que não se pode identificar nesse movimento um delineamento uniforme do trato da crise empresarial. Na verdade, como se verá no Capítulo 2, infra, muito embora as adaptações legislativas tenham sido formuladas na mesma época e em grande parte informadas por princípios disseminados por esforços de organizações internacionais como o Banco Mundial,¹⁹³ muitos diplomas diferem em seus objetivos.¹⁹⁴

A sucinta apresentação da separação do direito falimentar em fases e a constatação de movimentos de reforma concursal em variados Países servem apenas para corroborar a afirmação de que o atual diploma brasileiro de recuperação de empresas e falência representa profunda modificação no tratamento das empresas em crise¹⁹⁵ – alteração, essa, que, para produzir os efeitos desejados, deve ser acompanhada pelos aplicadores e intérpretes da lei.

A principal lição do desenvolvimento histórico, que se buscou apresentar no presente capítulo, deve ser a de que os institutos criados no Direito Romano e estatutário, adotados e aperfeiçoados pelos povos ao longo do tempo e que permanecem até hoje nas legislações concursais, muito embora úteis, foram criados sob a perspectiva e para tornar possível a satisfação dos interesses dos credores. O momento atual, contudo,

192. Nos mencionados Países trata-se, respectivamente, dos seguintes diplomas: Leis 84-148 e 85-88; a *Insolvenzordnung/InsO*, de 1994; a lei de 14.5.2005, de n. 80; o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas/CIRE, aprovado pelo Decreto-lei 53/2004, de 18 de agosto; a *Ley Concursal*, de 9.7.2003; e a *Ley 24.522 (Ley de Concursos y Quiebras)*, de 1995.

193. Após detalhado estudo, o Banco Mundial divulgou em 2001 um conjunto de princípios e diretrizes voltado à eficácia dos sistemas de insolvência e de execução de dívidas. O documento pode ser encontrado em “A reforma da legislação falimentar – *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Right Systems*”, RDM 122/75-167, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

194. No mesmo sentido, Axel Flessner destaca que a disciplina do tema difere de País para País, inclusive no que diz respeito aos princípios fundamentais do instituto (“La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di Diritto Comparato”, *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali* 1 (2009), p. 2).

195. Ao que tudo indica, a aprovação da Lei de Recuperação e Falência representa um afastamento da crença de que as regras concursais devem ter “índole privatística” – característica presente, como nota Jorge Lobo, desde os primórdios do direito falimentar (“Parecer sobre o ‘Anteprojeto Legislativo de Concordatas e Falências’”, *ADV – Advocacia Dinâmica* agosto/1992, p. 7).

é marcado pela alteração dos objetivos, o que implica a necessária modificação de muitos dos institutos, práticas e mentalidades acerca do direito concursal, que agora se torna o direito da empresa em crise, cuidando não apenas da sua falência como também, sempre que viável, da sua reorganização e da sua recuperação, mediante a tutela dos mais amplos interesses por ela abrangidos.