

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO – EDAP
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VICTORIA RACHEL LIMA SANTOS

**ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DA CONCORDATA E A CHEGADA DA
LEI Nº 14.112/2020**

**BRASÍLIA
NOVEMBRO, 2021**

VICTORIA RACHEL LIMA SANTOS

**ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DA CONCORDATA E A CHEGADA DA
LEI Nº 14.112/2020**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marlon Tomazette.

**BRASÍLIA
NOVEMBRO, 2021**

Victoria Rachel Lima Santos

Análise histórica acerca do instituto da Recuperação Judicial: Considerações sobre a origem da concordata e a chegada da lei nº 14.112/2020

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a conclusão da Graduação em Direito da EDAP/IDP.

Brasília, 29 de Novembro de 2021.

Professor Dr. Marlon Tomazette (IDP)
Professor Orientador

Professor Dr. Rafael Santiago (IDP)
Membro da Banca Examinadora

Professor Dr. Leandro Gobbo (IDP)
Membro da Banca Examinadora

À Angela Maria, à Edna Crispim e ao Victor, minha
fortaleza. E ao meu pai, minha eterna saudade.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é o resultado de longos meses dedicados exclusivamente à confecção deste, e a concretização de um sonho pessoal e familiar de concluir a graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Durante cinco anos, esperei ansiosamente por esse momento que evidenciaria um divisor em minha vida, passando da experiência de estudante e transmutando para a carreira profissional na advocacia.

Primeiramente, reconheço o verdadeiro mérito e prestígio daqueles que até aqui me acompanharam, me confortaram e me auxiliaram a superar perdas insubstituíveis e que nos momentos de tensão usaram do seu carinho para me amparar. Minha trajetória até aqui só foi possível graças à junção dos esforços de três anjos e à essas pessoas devo a minha eterna gratidão, sem elas eu não teria conseguido ir tão longe. Assim sendo, agradeço imensamente à minha mãe, Angela Maria dos Prazeres Lima e a minha mãe do coração, Edna Lima Crispim, e a minha saudade eterna, meu pai que faleceu no ano de 2019 e que a ele não foi permitido acompanhar de perto uma das minhas maiores vitórias.

Angela Maria dos Prazeres Lima, minha mãe e acima de qualquer coisa a pessoa que eu mais admiro, ser sua filha é um imenso privilégio. Obrigada pelas inúmeras conversas, por me acalmar e, principalmente, por sempre acreditar em mim e embarcar em todas as minhas aventuras, por ser a minha maior admiradora, minha fortaleza e base sólida a qual eu retorno os meus valores todos os dias. Agradeço em especial, à sua atenção em tudo o que eu faço.

Edna Lima Crispim, minha tia e minha mãe do coração que me trouxe para Brasília na busca de uma vida melhor e mais confortável, onde durante um mês eu estive sob os seus cuidados e tutela. Especialmente, por ser tão generosa comigo. Obrigada por sempre me acolher, me abraçar e me dizer as mais belas palavras do mundo. Agradeço pela imensa confiança e espero algum dia conseguir agradecer por todas as vezes que a senhora me ajudou e me tranquilizou.

Antonio Augusto Santos, meu pai, amado e rígido, quero agradecer pela oportunidade de ter sido sua filha durante esses 20 anos que convivemos juntos, em um olhar não tão próximo, mas com o coração carregado de amor e bons sentimentos. Infelizmente você partiu depressa e me deixou com a missão de auxiliar e guiar o meu irmão pelos caminhos da moral e da felicidade. Hoje é um dia especial e eu gostaria de partilhar o encerramento de mais um ciclo ao seu lado, mas carrego a certeza de que onde você estiver estará torcendo por mim e enquanto

essa certeza estiver em meu coração eu não estarei sozinha. Pai, obrigada pelas palavras às vezes rígidas aos olhos de quem via de fora, mas que de toda forma me fizeram ser forte e construíram o meu pensamento até aqui, enquanto eu guardar seus ensinamentos eu não estarei diante da sombra.

Marlon Tomazette, meu orientador e quem tanto admiro no universo da advocacia, que me ensinou Direito Empresarial. Agradeço por sua humanidade e simplicidade ao ensinar, por sempre ter disponibilidade para me atender. Em especial, pelas incontáveis conversas e revisões de texto. Ao senhor eu devo o meu eterno reconhecimento, carinho e admiração. Sua orientação foi de suma importância e eu jamais teria concluído de forma brilhante sem o seu auxílio. Estar há um ano sob o crivo da sua percepção e do seu olhar atencioso é um imenso privilégio. Ser sua aluna foi uma maravilha, o senhor me fez ser uma apaixonada pelo Direito Empresarial, matéria que tanto me acolheu e me mostrou o horizonte e o verdadeiro trajeto que quero seguir daqui para frente. Obrigada por me concedido o privilégio de ser sua aluna e orientanda durante a graduação.

Por fim, agradeço aos meus amigos e em especial à Ana Luísa Araújo, Beatriz Albuquerque, Lorryne Sousa Pereira e Vinicius Belus, amizades que fiz no início da graduação e que somaram em minha vida. Como verdadeiras almas nos encontramos e inseparáveis nos tornamos. Agradeço pelas incontáveis conversas, conselhos e risadas. A faculdade não seria a mesma sem a presença de vocês. Espero que aquilo que construímos no decorrer de cinco longos anos transcenda para toda a vida, foi bom partilhar esses cinco anos de curso com todos vocês.

RESUMO

A presente monografia visa trabalhar com a análise da legislação falimentar, especialmente a partir do marco do Decreto-lei nº 7.661/45 que instituiu a Concordata e falência, pretende-se analisar a evolução acerca do instituto de insolvência empresarial, vislumbrando em um primeiro momento as formas de recuperação concedida aos empresários à época e em que medida o conceito de empresário era entendido. Nesse ponto, fará um comparativo acerca da evolução dos conceitos de empresa e empresário, na medida em que houve uma grande alteração de tais conceitos tendo em vista não só as modificações sociais a partir da Revolução Industrial, mas com o novo parâmetro adotado através da Teoria da Empresa.

Nesse contexto, a legislação vem sendo aprimorada trazendo à baila a necessidade de renovação dos dispositivos legais acerca da regulamentação da falência do empresário e da sociedade empresária, trazendo novos marcos legais para o deferimento de tais procedimentos. O presente trabalho compreende na análise do aparato histórico do sistema de insolvência concursal, perpassa o instituto da Concordata, a chegada da lei nº 11.101/2005 e, posteriormente, a alteração legislativa que houve no campo da lei citada anteriormente com o advento da lei nº 14.112/2020.

No que tange a relevância da temática abordada no escopo do texto, essa se assenta na função social que deve cumprir a empresa em exercício, isto é, a importância em se compreender a necessidade da atividade de empresa não só pela ótica do empresário, mas tendo em mente aquilo que se encontra por trás da estrutura da empresa que são os trabalhadores e a destinação da propriedade a uma finalidade social que é a geração de renda e empregos.

A técnica substancial da pesquisa é a dogmática-instrumental, como já definia e estudada por Miracy Gustin, em um primeiro momento se identificará as omissões legislativas a partir da análise do Decreto-lei nº 7.661/1945 que instituiu a concordata, demonstrando suas falhas materiais e posteriormente o surgimento da lei nº 11.101/2005, conhecida como lei de recuperação de empresas e falência que tentou basilar as falhas ocorridas anteriormente. Quanto ao instituto da Recuperação Judicial será feita uma análise principiológica dada a natureza do tema que será desenvolvido na pesquisa teórica-argumentativa. Ainda, será desenvolvida princípios fundamentais da recuperação judicial construído por meio da técnica epistemológica, ou seja, o estudo aprofundado de categorias fundamentais que conduziram a edição da lei.

Por fim, o trabalho concluiu que com a consolidação da lei nº 14.112/2020 em complemento a lei nº 11.101/2005, se teve uma maior protagonismo dos credores quando da decisão de processamento da recuperação judicial, levando em consideração que os temas do plano alternativo são listados conforme o entendimento dos credores em AGC e, especialmente, nas formas de satisfação do crédito fiscal, com a retirada de parcela do patrimônio empresarial disponível e inúmeras garantias concedidas ao fisco pela lei.

Palavras-chave: Plano Alternativo; Direito Falimentar; Credores; Crédito; Empresário.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – artigo

CND - Certidão Negativa de Débitos

EPP – Empresas de Pequeno Porte

ME – Microempresas

PIB – Produto Interno Bruto

RJ – Recuperação Judicial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A SUPERAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 7.661/1945 E O SURGIMENTO DA LEI Nº 11.101/2005.....	12
2.1. Origem da Concordata – Decreto-lei nº 7.661/194	16
2.2. A ineficiência da Concordata perante Credores e a necessidade de um novo Diploma Legal	21
3. RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA LEI NA Nº 11.101/2005	24
3.1. Especificidade do procedimento falimentar e o diálogo com a Recuperação Judicial.....	30
3.2. A crise instaurada e a viabilidade de regeneração da empresa	34
3.3. A exigência de regularidade da atividade desenvolvida	37
3.4. A importância da Assembleia Geral de Credores no processo de Recuperação Judicial	39
3.5. O aspecto social da Atividade Empresária e o princípio da Função Social da Empresa	44
3.6. O Princípio da Manutenção da Empresa	48
4. A CRISE PROVOCADA PELA COVID-19 E A EDIÇÃO DA LEI Nº 14.112/2020.....	49
4.1. A ampliação do poder do credor fiscal e a sua posição de privilégio durante a RJ.....	53
4.2. A inserção do novo art. 56, § 4º no direito falimentar e a mitigação da autonomia do empresário	58
5. CONCLUSÃO	65
6. REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, a unidade da Recuperação Judicial surge em contrapartida à antiga Concordata, em primeira linha houve a possibilidade de restauração da empresa que enfrenta uma crise econômico-financeira. No entanto, o advento da Concordata não alcançou os efeitos esperados tendo em vista que não garantia a participação dos credores na solução da crise, em vista disso, houve a necessidade de um novo diploma legal que garantisse respaldo a credores, devedores e, principalmente, que proporcionasse segurança jurídica e melhor tratamento das atividades empresariais. Diante disso, é editada a lei nº 11.101/2005 disciplinando toda a matéria falimentar até o ano de 2020.

Na época em que houve a promulgação do diploma legal se questionou pontos sensíveis que a lei optou por não tratar e que impediu o processo de recuperação de algumas empresas, por exemplo, o fenômeno da transnacionalidade. Fato é que a lei de Recuperação de Empresas e Falência já nasceu desatualizada e teve como o resultado a criação do direito casuisticamente, sobretudo, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Importa consignar que o direito falimentar tem como intento a proteção aos credores em face do desenvolvimento da atividade econômica empresarial, e salvaguardar o empresário quando a crise instituída na empresa não é reversível por soluções de mercado. Em uma visão macro é possível perceber os impactos que o mercado e sociedade sofrem em virtude de uma crise, a falta de regulamentação específica em determinadas matérias fragiliza o mercado, sensibiliza investimentos futuros e impede novos entrantes.

Do ponto de vista econômico é notório que a estagnação das empresas reflete diretamente no PIB do país, em outras palavras, a curva da circulação de riquezas é achatada e, por isso, é necessário a construção de um mercado suficientemente forte para minimizar tais impactos e, se necessário a intervenção do Estado por meio da Recuperação ou da Falência.

O ponto focal dessa abordagem é compreender como o fenômeno da Recuperação Judicial é capaz de garantir fôlego ao empresário e assegurar ao mesmo tempo a gerência de seu empreendimento, possibilitando melhores escolhas para alocar seus recursos e posteriormente o retorno de forma sólida e não fragilizada ao mercado, por outro lado, pretende-se entender como a inserção do credor no rol de legitimados para apresentação do plano de

recuperação pode inviabilizar a reestruturação da empresa e retira o controle gerencial do empresário. Dessa forma, será feita uma análise da origem da insolvência empresário no Brasil, tendo como marco principal o Decreto-lei nº 7.661/1945 que instituiu o sistema de Concordata.

O respectivo estudo permeia a compreensão do instituto da recuperação judicial desde os primórdios até a legislação atual, aqui será analisada a evolução do processo de insolvência e até que medida tal evolução promoveu efetivos avanços no sentido de melhorar o sistema da recuperação judicial.

Além disso, será analisada as nuances acerca da nova lei falimentar em que pese a inserção do credor como legitimado para apresentação do plano alternativo de Recuperação Judicial introduzido no art. 56, § 4º da lei nº 14.112/20. Em que medida a rejeição do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor-empresário e a faculdade de apresentação do plano alternativo por credores pode acarretar na criação de novas obrigações para o devedor e antecipar a decretação de falência?

Outro ponto sensível toca à exigência da Certidão Negativa de Débitos para concessão do parcelamento especial do crédito tributário, isto é, o condicionamento a apresentação de uma CND não revela possibilidade para o seu cumprimento, tampouco criaria uma camada maior de proteção ao fisco, isso porque as execuções fiscais não são suspensas durante o procedimento de recuperação, dessa forma a não apresentação da CND convolaria a recuperação judicial em falência e ao mesmo tempo seria uma antinomia ao princípio da manutenção da empresa, restaria então superado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema dado que durante anos foi dispensada a apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários.

Com o início da pandemia provocada pela Covid-19, diversas empresas paralisaram suas atividades e, conseqüentemente, o número de recuperações judiciais e falências se elevou. Tendo esse plano de fundo a crise pandêmica motivou calorosos debates acerca da modificação da lei no âmbito do legislativo em razão do abalo econômico. Desse modo, em um acentuado debate político-institucional é aprovada a lei nº 14.112/20, em parte o novo diploma legal concretizou o direito que na prática vinha sendo aplicado por tribunais superiores, ratificando entendimentos já consolidados e disciplinando demandas trazidas anteriormente a Covid-19 e que necessitavam de regulamentação para melhor fruição do procedimento de recuperação.

Em verdade a lei nº 14.112/20 incluiu novos artigos o que tornou a lei ainda mais robusta, inúmeras alterações foram feitas nos dois cenários, mas, principalmente, no campo da Recuperação Judicial com a ampliação do rol de legitimados para apresentação do Plano de Recuperação, sob a ótica do empresário, é preciso refletir o grau de autonomia deste frente ao novo legitimado, melhor dizendo até que ponto a autonomia do empresário-devedor no desempenho de suas atribuições está sendo preservada.

O novo normativo permite ao credor decidir a melhor forma de alocar o ativo da empresa, afastando o comando do empresário dado que a recusa do Plano de Recuperação Judicial apresentado pelo devedor permite ao credor apresentar um novo plano a ser cumprido pelo empresário. Cabe à nova legislação regulamentar os limites de atuação dos credores perante o juízo, e estabelecer os limites do poder de alteração do plano de recuperação judicial, garantindo a independência na gestão empresarial sendo esse aspecto basilar do desenvolvimento da atividade econômica.

Para tanto, o primeiro capítulo destina-se a compreender o instituto da Concordata, que em primeiro momento foi responsável por instituir a recuperação e a falência do empresário, passando a identificar as omissões legislativas a partir da análise do Decreto-lei nº 7.661/1945 que institui a concordata, demonstrando suas falhas materiais e posteriormente o surgimento da lei nº 11.101/2005, conhecida como lei de recuperação de empresas e falência que tentou basilar as falhas ocorridas anteriormente. O segundo capítulo explorará as bases principiológicas do direito concursal, apontando as soluções emitidas pela lei em face de uma crise superável. Por fim, o terceiro capítulo observará as mudanças falimentares no contexto da nova legislação e o comportamento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ sob a incongruência da lei e seu atual entendimento.

A metodologia a ser utilizada no presente trabalho será método dedutivo, mediante abordagem explicativa e descritiva, tangenciando os aspectos que se propõe a analisar no decorrer do texto. O problema específico é analisar em que medida a lei nº 14.112/2020 ao inserir o plano alternativo de recuperação judicial prejudicou a autonomia do empresário. Em um segundo momento será analisada a posição de privilégio do fisco dentro da recuperação judicial na medida da proteção do crédito tributário.

2. A SUPERAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 7.661/1945 E O SURGIMENTO DA LEI Nº 11.101/2005

As atividades empresariais compõem parte significativa da economia de um país, é a partir do desenvolvimento de uma empresa que se tem a geração de riquezas, oportunidades de trabalho e alavancagem do Produto Interno Bruto - PIB, ou seja, a empresa é parte central do desenvolvimento econômico de um país e do seu reconhecimento como Estado soberano.

Tendo esse espelho, é possível observar na história dois grandes marcos da evolução do comércio. Em um primeiro momento, observamos que a França foi pioneira no tratamento do Direito Comercial de forma individualizada, no ano de 1807, conforme afirma André Santa Cruz “A edição do Código Francês de 1807 é considerada o marco inicial do direito comercial no mundo” (CRUZ, 2021, p.21), promulgou o Código Comercial, que regulava todas as práticas de mercancia, para a concepção francesa todos os indivíduos de que de alguma forma praticavam atos de comércio estava abarcado pela legislação comercial. Mas, um ponto sensível que não foi tratado naquela época e que é de suma importância para compreender a sistemática do Direito Falimentar é a definição clara do empresário e quem seria esse sujeito de direitos e obrigações.

Do ponto de vista objetivo da história, o Código Italiano foi a baliza para evolução e constatação do conceito de empresário, ora chamado de comerciante e, posteriormente, empregado o conceito de empresário. No ano de 1942, se tem uma reconstrução do conceito de comerciante não sendo reduzido apenas a prática de atos de comércio, mas assumindo posição robusta, passando a adotar a nomenclatura empresário como aquele que desenvolve uma atividade econômica com a finalidade de gerar riquezas, assim afirma Lemos Junior.

(...) o termo “empresa” teve seu surgimento no Código francês de 1807, ao referir-se ao contrato de empresa, ao fornecimento de serviços, dentro da matéria de competência dos tribunais do comércio. Foi somente no Código Civil italiano (1942), que a empresa foi acolhida sob manto do empresário, do estabelecimento e da atividade, contrapondo-se à teoria dos atos de comércio, até então em vigor, mas que já não garantia o comércio em evolução. (JUNIOR, 2009, p.21)

De outra forma, explica Ricardo Negrão em um aspecto moderno, o conceito que se molda por trás das características de empresário é aquele que exerce de forma profissional uma “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, excluída

a profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística.” (2020, p. 59). Com o novo paradigma do conceito de empresário e com as demandas advindas pelo empresariado brasileiro, surge no ano de 1850 o Código Comercial, esse normativo regulamentou no Brasil as atividades de comércio, estabelecendo em primeira linha aquilo que era considerado um ato sujeito a regulação comercial no Brasil, sendo assim, o legislador originário no regulamento 737 de 1850 estabeleceu de modo expreso tal parâmetro, como acentuado por Fábio Ulhoa Coelho.

O regulamento 737, também daquele ano, que disciplinou os procedimentos a serem observados nos então existentes Tribunais do Comércio, apresentava a relação de atividades econômicas reputadas da mercancia. Em linguagem atual, esta relação compreendia: a) compra e venda de bens móveis ou semoventes, no atacado varejo, para revenda ou aluguel; b) indústria; c) bancos; d) logística; e) espetáculos públicos; f) seguros; g) armações e expedição de navios. (COELHO, 2011, p.28).

O Código Comercial no Brasil teve sua vigência significativamente curta, e por esse motivo, a classe dos empresários demandavam um diploma legal que tratasse da empresa em crise. Nesta conjuntura, surge a Concordata, em 21 de junho de 1945, uniformizada no Decreto-lei nº 7.661/45, a concordata foi um instituto que se aproximou do que hoje é a atual recuperação judicial por manter os sócios de empresas e administradores no comando da empresa. De forma categórica se pretendia não um acordo entre credores e devedores diante de uma crise econômica no bojo da empresa. Mas, uma espécie de gentileza concedida pelo Poder Judiciário na figura do Juiz com alta discricionariedade no que toca ao deferimento ou não do pedido de concordata.

A possibilidade de renegociação limitava-se a questões mínimas da esfera do cotidiano empresarial, não comportando todas as demandas trazidas pela própria seara e dinâmica do mercado, apesar da concordata ter tido vigência durante sessenta anos muitos dos empresários se viram prejudicados diante das omissões legislativas do instituto, isso porque a legislação que instituiu a Concordata não ofertava espécies de parcelamento do crédito e de formas de investimento para manutenção da atividade empresária, isto significa que a Concordata que tinha finalidade a injeção do recursos para não convação em falência acaba por conduzir a empresa para o seu fechamento total porque não oferecia nenhuma garantia para credores e devedores, assim explica Carlos Souto Junior.

A concordata, portanto, malgrado constituir-se no instrumento jurídico indispensável à recuperação econômico-financeiro dos empresários, com o correr do tempo foi-se mostrando inadequada, entre outras coisas, por não

assegurar ao devedor os recursos financeiros fundamentais para a manutenção dos estoques e continuação da atividade empresarial. De outro lado, sem garantia efetiva de receber seus créditos, as instituições financeiras recusavam-se, sistematicamente, a financiar a atividade negocial dos concordatários, tornando impraticável o fiel cumprimento das obrigações destes, o que, na prática, culminava na convalidação da concordata em falência, com prejuízos insanáveis para o devedor, fornecedores e empregados. (SOUTO JUNIOR, 2006, nº 1096).

A substituição da Concordata era inevitável e primordial para o sistema empresarial, a legislação não oferecia participação aos credores no momento de renegociar as dívidas, impossibilitando melhores soluções para as partes devedor-empresário e credores, à vista disso, era fundamental uma legislação que garantisse melhor participação dos credores no momento da decisão e da criação de um mercado forte para que nem todos os casos fossem resolvidos unicamente na esfera judicial. A questão em série é patrimonial, e por tal, razão a dinâmica do próprio mercado é resolver conflitos de concorrência e resolver por meio de soluções de mercado tais situações.

A Concordata foi revogada com a posterior aprovação da lei nº 11.101/2005, todavia, há quem afirme que houve a revogação tácita do instituto antes mesmo da edição de um novo normativo, isso se dá em decorrência da sua não utilização por operadores da atividade empresarial econômica, dado que os empresários não encontraram motivos para usar do instituto já que a possibilidade de retorno ao mercado era sufocada pela falta de incentivo ao crédito e ao refinanciamento das dívidas.

A legislação concordatária era vista como um mecanismo de severa punição ao empresário, penas cruéis eram impostas a esses empresários, assim como a pena de morte, ou seja, o caráter da dívida que deveria ser patrimonial era estendida para outros campos como forma de quitação, para além disso também era visível a falta de interesse dos próprio credores e devedores em utilizar o sistema que não operava de forma adequada de modo a oferecer mecanismos de injeção de esperança na regeneração da empresa.

Anteriormente, na Idade Média o empresário que precisava se socorrer do instituto da Falência ou Concordata era considerado um fraudador e enganador, assim aduz Amador Paes de Almeida “A falência na Idade Média era considerada um delito, sujeitando o falido às punições que iam da prisão à mutilação ‘Falliti sunt fraudatores’, como já se observou. Os falidos são fraudadores, enganadores, velhacos” (ALMEIDA, 2013, p.39). Inicialmente, o Decreto-lei nº 7.661/45 previa a possibilidade de recomposição da empresa, no entanto, perante

a sociedade e até mesmo por parte dos credores o empresário não era bem quisto, isto é, o empresário precisava das ações de concordata ou falência era visto como alguém de péssima índole e não como alguém que montou um negócio que não deu certo. Dessa forma, a legislação concursal à época via tal disposição como um mecanismo para penalizar o empresário, como expõe Manuel Bezerra Filho.

A falência e também a concordata na forma como se encontravam estruturadas no Dec.-lei 7.661/1945, não ofereciam possibilidade de solução no sentido de propiciarem ao então comerciante, hoje empresário ou sociedade empresária, em situação de crise, a possibilidade de se recuperar. O falido nunca foi bem visto pelos demais circunstantes, seja pelos credores, seja pelo próprio Judiciário. (FILHO, 2013, p. 48)

Anos depois, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência nº 11.101/2005, seria promulgada em decorrência das mudanças estruturais nos atos comerciais. Importa consignar que a Teoria da Empresa ressignificou a percepção da sociedade acerca da empresa em crise, essa teoria foi responsável por nortear toda a legislação falimentar antiga e atual. Nesse ponto, a nova legislação concursal outorgava e permitia o resgate da empresa que atravessava uma crise econômica e financeira em alternativa à convolação em falência, diferentemente da Concordata onde espécies de parcelamentos e benefícios são concedidos aos empresários e sociedades empresárias. A legislação passada que inaugurou à Concordata o empresário poderia ter sua vida ceifada por seus próprios credores quando do não cumprimento de suas obrigações, isso ainda na Idade Média, conforme explica Maria Carla Pereira Ribeiro.

Naquele tempo, a insolvência era punida com a morte real ou civil do devedor, que poderia inclusive ser considerado escravo do credor, em razão do não cumprimento de suas obrigações. Os extremados costumes da época admitiam inclusive que, na hipótese de pluralidade de credores de um mesmo devedor, poderiam aqueles matá-los e dividi-lo em partes, de forma a punir a inadimplência. (RIBEIRO, 2006, p. 508)

Com a Teoria da Empresa como novo referencial para o Direito Falimentar, o direito de recuperação passou a garantir a participação ativa de credores e devedores no procedimento de recuperação judicial, importa dizer que, a Recuperação Judicial é um acordo concursal, em outras palavras, é um acordo entre devedor e credor sem a interferência do poder judiciário, salvo em hipóteses de fraude e para o exercício do controle de legalidade. No que tange a legitimidade ativa do pedido de recuperação judicial, esse não se difere do contexto da Concordata, abrange apenas aos empresários e as sociedades empresárias.

A crise refletida no plano da Recuperação Judicial é aquela que ao mesmo tempo traz esperança de regeneração da empresa. Assim dizendo, a recuperação judicial tem como objetivo preservar a empresa que é uma fonte produtora cujo os impactos serão amortizados, por conseguinte, diante possibilidade de recuperação da empresa e estando preenchidos todos os requisitos indispensáveis a sociedade empresária ou empresário farão jus ao procedimento da Recuperação Judicial.

2.1 Origem da Concordata – Decreto-lei nº 7.661/1945

A Concordata no Brasil, teve como influência os ditames da Itália, visto que em primeira linha houve uma legislação para dispor acerca da temática empresarial falimentar. A legislação dispunha de duzentos e dezessete artigos neles constavam as modalidades de Concordata, forma e requisitos legais a serem cumpridos pelo devedor-empresário para que esse pudesse se valer da ação de concordata. O instituto tentou minimizar os impactos sofridos pelo empresário por meio de uma crise passível de solução, entretanto, muito se criticou que as ações de concordata somente abrangiam o passivo quirografário, como expõe José Xavier Carvalho de Mendonça.

Consiste, em sua ampla concessão, num acordo especial entre o devedor e os seus credores quirografários, unânimes ou representados por certa maioria, tendo por fim evitar a declaração da falência ou fazer cessar os efeitos de que já existe declarada (MENDONÇA, 1947, p. 330)

A concordata, como mencionado anteriormente teve como berço à Itália, que proclamou em primeira linha a legislação concursal. Dessa forma, a ideia de acordo entre credores e devedores foi lançada para o Brasil ainda no ano de 1850, a Concordata não tinha as bases do Decreto-lei nº 7.661/45, se primava pela opinião e gestão dos próprios credores, dessa forma, o instituto previsto no Código Comercial servia para privilegiar unicamente os credores em detrimento das dívidas contraídas por seus devedores.

Se identifica que a Concordata na história obteve duas facetas, a primeira delas com a promulgação do Código Comercial e a segunda dela no ano de 1945, pós revolução industrial e período de maior valorização das atividades empresariais e do trabalho humano sendo esse um dos principais princípios na esfera da Recuperação Judicial. Nessa esteira, a pré-concordata teve como observância a concordância dos credores para a submissão ao procedimento, ao passo que, na concordata instituída no Decreto-lei nº 7.661/45 os parâmetros de avaliação foram modificados bastando cumprir os requisitos impostos pela lei. É possível perceber que anteriormente o credor era a principal figura atuante no processamento de uma concordata, os

credores dispunham de um máximo poder, vez que em uma visão macro o maior beneficiário era o próprio credor e não o devedor, isso nos lembra o período romano.

Apesar disso, o Código Comercial em conjunto com a Concordata nele estabelecida caíram e desuso e, posteriormente, foram revogados e com isso novas demandas do direito falimentar foram sendo questionadas e levadas até o Poder Judiciário. E em função disso, a nova Lei de Concordata e Falência foi aprovada cujo intento é reformar o sistema anteriormente deficitário e impiedoso. O novo sistema passou a valorizar os requisitos objetivos empregados pela lei, afastando o caráter discricionário da legislação concursal passada, uma vez que bastava que o empresário-devedor cumprisse cumulativamente todos as exigências do Decreto-lei para o obter o deferimento da concordata, o dispositivo 140 do decreto dispõe por exclusão as condições.

Art. 140. Não pode impetrar concordata:

I - o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio;

II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do artigo 8º;

III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular.

IV - o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida. (BRASIL, 1945).

Para além disso, a lei optou por separar o instituto em dois momentos, o primeiro deles se refere a Concordata Preventiva que consistia na análise do Poder Judiciário em verificar a possibilidade de regeneração da empresa antes da falência, ou seja, a capacidade de superação da crise além do preenchimento dos requisitos dispostos em lei, por exemplo, o registro da empresa na Junta Comercial. Esse instituto tinha como finalidade precípua o rápido pagamento da dívida, diversamente do que ocorreria em uma simples ação coletiva que levaria anos para ser tramitada e deferida.

Nesse ponto, podemos concluir que a Concordata Preventiva é uma espécie regalia concedida pelo juiz ao empresário que demonstrasse requisitos de honestidade, preocupação com o pagamento de seus credores e desenvolvimento saldável de suas atividades, objetivando que a empresa não seja considerada falida, em outros termos, evita que a empresa feche, assim leciona Rubens Requião.

Constitui um benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa-fé, infeliz em seus negócios. Tem ela por finalidade facilitar o pagamento dos credores, com dilações de prazo ou remissão de parte da dívida, e, conseqüentemente, permitir ao empresário evitar a falência, reconstituindo e prosseguindo em sua atividade. (REQUIÃO, 1992, p. 24)

No decorrer da tramitação da ação de Concordata, o empresário continua no comando e na gestão de suas atividades, é similar ao que acontece na recuperação judicial. Contudo, existe a figura do Comissário que se assimila a função do administrador judicial no campo da recuperação judicial. O comissário é uma pessoa nomeada pelo juiz de direito para fiscalizar os atos do empresário, como a verificação e habilitação dos créditos, o comissário é aquele que servirá como intermediário do juiz, todos os atos devem ser notificados e autorizados previamente pelo juiz, por exemplo, a venda de algum estabelecimento da empresa cuja autorização do juiz é imprescindível.

No tocante a Concordata Preventiva, importa consignar as ramificações previstas no art. 156 do Decreto-lei nº 7.661/45.

Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz, que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva.

§ 1º. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de:

I - 50%, se for à vista;

II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 06, 12, 18, ou 24 meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses. (BRASIL, 1945)

O artigo citado acima dispõe de algumas das classificações acerca da concordata preventiva, em primeiro lugar o disposto no inciso I do art. 156, se constata uma das formas de concordata, a concordata remissória que é aquela cujo pagamento se dá de forma à vista e/ou parcial, isto é, uma espécie de perdão judicial equiparado ao perdão visto em dívidas de matéria tributária. Em um segundo momento, verifica-se a presença da concordata moratória que consiste na ampliação do prazo para pagamento da dívida existente, tais possibilidades concedem ao credor a chance de não fechar as portas da empresa pela falência, permitindo a negociação das suas dívidas com os credores.

A Concordata Preventiva é requerida antes do procedimento falimentar, ou melhor, cobre a empresa para que essa não seja empurrada para falência, por outro lado, a Concordata

Suspensiva é requerida durante o procedimento falimentar, esse novo modelo de Concordata garante ao empresário um paliativo dos efeitos negativos da falência.

O objetivo da Concordata Suspensiva como a própria nomenclatura nos sugere é a suspensão da falência, é considerada o último ato possível ao empresário de sanar suas dívidas e evitar a venda da empresa, contudo, é preciso atender dois requisitos indispensáveis, assim ilustra Rubens Requião.

Dois são, especificamente, os pressupostos do pedido de concordata suspensiva; a existência do estado de falência em que se encontre o devedor e a não existência de recebimento de denúncia ou queixa resultante de inquérito policial procedido pelo síndico no processo de falência. (REQUIÃO, 1992, p. 138).

A primeira imposição legal é do ponto de vista da existência, é necessário que exista uma empresa em estado de falência, a comprovação do estado de falência se dá pela sentença condenatória de falência. Já o segundo requisito é consagrado na premissa de que o devedor é honesto.

Importa assentar que, na Concordata Suspensiva não se tem a figura do comissário como na concordata preventiva, aqui o juiz nomeara a pessoa do síndico. O síndico, na bem verdade, já teve acesso a todos os balanços da empresa e, portanto, se houvesse alguma fraude ele já teria apresentado em juízo. Para o deferimento do pedido de Concordata Suspensiva se faz necessário a demonstração de viabilidade econômica de restauração da empresa, mediante a apresentação das soluções pensadas pelo empresário para que seja possível a recuperação empresarial.

Outrossim, concedido o pedido de Concordata Suspensiva o devedor que antes se encontrava em estado de falência tem essa suspensão e volta ao comando da empresa e de sua respectiva administração, saindo do status de massa falida. Outro ponto, é o com o deferimento do pedido o empresário tem o prazo de 30 dias, de acordo com o art. 183 do Decreto-lei nº 7.661/1945.

Art. 183. Passada em julgado a sentença que conceder a concordata, os bens arrecadados serão entregues ao concordatário, que readquirirá direito à sua livre disposição, com as restrições estabelecidas no artigo 149; se a concordata fôr de sociedade em que haja sócio solidário não comerciante, êste receberá, ao mesmo tempo, os bens que lhe pertencam, readquirindo idêntico direito, sem outras restrições que as das cláusulas da concordata.

Parágrafo único. O prazo para o cumprimento da concordata inicia-se na data em que passar em julgado a mesma sentença, devendo o concordatário, dentro dos trinta dias seguintes a essa data e sob pena de reabertura da falência:

- I - pagar os encargos e dívidas da massa e os créditos com privilégio geral;
- II - exhibir a prova das quitações referidas no n° I do art. 174;
- III - pagar a percentagem devida aos credores quirografários, se a concordata fôr a vista. (BRASIL, 1945).

Em caso de descumprimento de alguns dos compromissos assumidos na ação de Concordata se tem a convolação em falência, nos casos de indeferimento do pedido terá a continuidade do processo de falência. Com relação a forma de extinção da Concordata, a terminologia adotada é a rescisão, que pode acontecer por alguns fatores, o primeiro deles é pelo cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor. Em segundo lugar pelo descumprimento de alguma obrigação assumida perante credores como dito anteriormente, e, por fim, pelo pedido de desistência da ação de concordata por parte do devedor, o art. 150 do Decreto-lei n° 7.661/1945 elenca as hipóteses em que a concordata poderá ser rescindida.

Art. 150. A concordata pode ser rescindida:

- I - pelo não pagamento das prestações nas épocas devidas ou inadimplemento de qualquer outra obrigação assumida pelo concordatário;
 - II - pelo pagamento antecipado feito a uns credores, com prejuízo de outros;
 - III - pelo abandono do estabelecimento;
 - IV - pela venda de bens do ativo a preço vil;
 - V - pela negligência ou inação do concordatário na continuação do seu negócio;
 - VI - pela incontinência de vida ou despesas evidentemente supérfluas ou desordenadas do concordatário;
 - VII - pela condenação, por crime falimentar, do concordatário ou dos diretores, administradores, gerentes ou liquidantes da sociedade em concordata.
- 1º A falência ou a rescisão da concordata de sociedade em que houver sócio solidário, importa a rescisão da concordata dêste com os seus credores e particulares. (BRASIL, 1945)

Em relação ao pedido de desistência, as consequências se diferenciam se for concordata suspensiva ou preventiva. Na ocasião da Concordata Suspensiva corrobora com o restabelecimento da falência da empresa que havia sido suspensa para recuperação, no entanto, na Concordata Preventiva isso não ocorre de imediato, a convolação em falência depende da prévia análise de viabilidade de recuperação da empresa ou não, o juiz fará a análise da situação da empresa.

2.2 A ineficiência da Concordata perante Credores e a necessidade de um novo Diploma Legal

A ruptura do paradigma da Concordata se demonstrou na necessidade do assentamento de uma nova legislação concursal brasileira, na época em que a legislação concordatária surgiu ainda não se tinha um grande desenvolvimento tecnológico e industrial no país, por esse motivo as demandas trazidas pelo setor comercial eram basicamente do cotidiano rural, então o instituto ainda que considerado precário perdurou durante tanto tempo. Sendo assim, os valores atualmente arregados para consolidação de uma empresa não existiam, tais como, o princípio da preservação da empresa, função social da empresa, valorização do trabalho humano e o princípio do *par conditio creditorum*.

Nesse sentido, a sociedade passou a demonstrar novas necessidades e assunção de novas obrigações sociais, conseqüentemente, o posto anteriormente ocupado pelo comerciante como desenvolvedor de uma simples atividade de comércio, passou a adotar uma posição mais robusta e, com isso, o setor empresarial à época alavancou partindo do ponto de que a própria legislação estava obsoleta e já não comportava as inovações ocorridas no setor industrial-empresarial.

A Concordata que durante sessenta anos perdurou e tentou amenizar a falência do empresário se mostrava cada vez mais ineficaz, na medida em que muitos dos empresários que a requeriam acabam por desistir do processo antes mesmo da metade da sua execução, pois o processo de Concordata garantia mínimas condições de recuperação e parte dos juízes se viam na obrigação de criar a legislação no caso concreto (*praeter legem*) para fornecer suporte mínimo ao empresário, se demonstrava desinteressante porque muitos deles não retornariam as suas atividades, como aponta Jorge Lobo.

Um eficiente mecanismo de recuperação das empresas em estado de crise econômica e que inserisse o país entre aqueles que não apenas estimulam a criação de novas empresas, competitivas e rentáveis, mas por igual, que se preocupam em não deixar perecer as já constituídas e em pleno funcionamento (LOBO, 1999, p. 266)

A empresa séculos atrás era vista tal como uma máquina cuja serventia era unicamente de circulação de riquezas, valores sociais eram excluídos dessa rentabilidade. Ao passo que, com a evolução social-econômica vimos que a empresa passou a mudar não só o seu paradigma,

mas de muitos subalternos trazendo o aspecto de que a empresa possui uma função social que é a de gerar emprego e renda familiar.

O Decreto-lei nº 7.661/1945, não satisfazia os anseios da sociedade, vez que essa não estava preparada para dar os novos contornos à empresa. A empresa passou a ser enxergada de maneira ampla, não focada somente na relação de empresarial, mas no atendimento da função social que é a manutenção da fonte produtora, além de vontades individuais do devedor, as energias empenhadas naquele momento são dirigidas a uma vontade coletiva e essa é superior, assim leciona Gladson Mamede.

Não se pode jamais descuidar do papel desempenhado pela empresa na sociedade, ou seja, sua função social. A empresa é bem jurídico cuja proteção se justifica não apenas em função dos interesses de seus sócios, mas de seus empregados, fornecedores, consumidores, investidores, do próprio Estado, enfim, da sociedade que, mesmo indiretamente, se beneficia de suas atividades. Essas particularidades justificam a previsão, inclusive, de um regime alternativo à falência. (MAMEDE, 2010, p.08)

Logo, podemos afirmar que passou a adotar a empresa não como um fator isolado, e sim um conglomerado de fatores sociais que juntos podem ser devastados com a falência. Outro ponto forte para a inovação na legislação concursal foi certamente a ausência de participação dos devedores na processo de Concordata, visto que, alguns dos devedores além de não participarem ativamente do processo de modo a opinar das decisões que seriam tomadas no juízo falimentar, alguns dos créditos permaneciam excluídos, a de se afirmar que uma pequena parcela do crédito era subordinado a Concordata, isso não significa que os demais credores não tinham direito a receber o seu respectivo crédito, mas que para eles o processo não favorecia sua posição, assim comenta Bezerra Filho.

O que se verificava é que o sistema do Dec.-lei 7.661/45 não conseguiu proteger os credores da empresa concordatária ou falida e não conseguia também, por outro lado, preservar a atividade empresária, apresentando-se como sistema incapaz de preservar qualquer tipo de interesse, atendendo apenas, na grande maioria das vezes, ao empresário oportunista e desonesto. (FILHO, 2007, p. 42).

O âmbito de proteção do procedimento era vislumbrado apenas ao devedor, em outras palavras, parte dos credores foram excluídos do procedimento, isso porque o mecanismo de resgate da economia era pautado em muitas das vezes no protagonismo único do devedor. Desse modo, o decreto se demonstrava obsoleto perante o atual cenário político-econômico do país, e com isso, os inúmeros questionamentos do setor econômico foram aparecendo ao ponto da

necessidade da proclamação de um novo diploma legal. Principalmente, no momento de mudança da mentalidade pós constituição de 1988 e entrada em vigor do atual Código Civil de 2002 que estabeleceu novos preceitos basilares não só do Direito Civil, mas do Direito Comercial.

No tocante ao não tão novo direito comercial, é necessário compreendermos que anos se passaram desde o estabelecimento da ideia de comerciante até a passagem para os conceitos de empresa e empresário, “empresa é uma atividade e, como tal, deve ter um sujeito que a exerça, o titular da atividade, denominado de empresário”. (TOMAZETTE, 2020, p. 41). Surge então a compreensão da empresa como não apenas uma máquina para geração de riquezas, mas como um ambiente que emprega pessoas e famílias, nesse momento, pós aprovação de Código Civil Brasileiro, nasce o sentimento e a necessidade de uma nova legislação falimentar que irá incorporar princípios capazes de promover inovação no mercado, provocando assim a entrada de novos empresários, demonstrando uma legislação apta a socorrer-lo em um momento de crise.

Com base nisso, podemos compreender a sistemática da Lei de Recuperação de Empresas e os motivos pelos quais essa legislação se reporta ao empresário e as sociedades empresárias, trazendo a participação efetiva dos credores em todos os atos decisórios da empresa que se encontra em crise. A promessa da nova legislação foi não só a recuperação da empresa em seu aspecto econômico, mas, também, em seu aspecto social.

Devemos observar que a inovação legislativa pretende abarcar novos empresários e não apenas aqueles que praticavam atos simples de comércio em atenção a própria composição da sociedade naquela época, os múltiplos interesses daqueles que participavam do cotidiano da empresa são distintos e não abrangidos pela antiga legislação que ora carecia de entendimento técnico no tocante ao ativo da empresa, ora carecia de prerrogativas para viabilizar a recuperação desta.

Nesse parâmetro, a Teoria da Empresa, constituiu perfeitamente a superação do conceito de comerciante que anteriormente era utilizado indistintamente para qualquer tipo de atividade mercantil desenvolvida, validando a característica da empresarialidade, tornando os atos puramente mercantis obsoletos, restando agora os conceitos de empresa e empresário definidos no o art. 966 do Código Civil: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” (BRASIL, 2002).

O elemento de empresa é composto pela conjugação de quatro componentes que são explorados pelo empresário, tecnologia, riqueza, natureza do negócio, capital e trabalho, os conceitos de empresa e empresário não se confundem, no entanto, se complementam. Contudo, empresa não pode ser compreendida como estabelecimento, ou seja, conjunto de bens utilizados para o desenvolvimento da atividade empresária. Do mesmo modo, alude Marlon Tomazette que “a empresa, entendida como a atividade econômica organizada, não se confunde nem com o sujeito exercente da atividade, nem com o complexo de bens por meio dos quais se exerce a atividade, que representam outras realidades distintas” (TOMAZETTE, 2020, p. 68), ao passo que o empresário é absolvido pelo próprio de conceito de empresa, ou seja, aquele que compreende o exercício dos quatro fatores elencados acima.

3. RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA LEI NA Nº 11.101/2005

A lei nº 11.101 de 2005, surgiu em reforma ao sistema anteriormente adotado que com o passar de décadas se demonstrou insuficiente, logo, a lei modificou aspectos substanciais do ponto de vista da Recuperação Judicial, possibilitando agora dois sistemas, o primeiro deles é a recuperação convencional de empresas operada pelo poder judiciário a pedido do próprio empresário-devedor, outro mecanismo agora outorgado é a recuperação extrajudicial que pela própria nomenclatura nos permite compreender como aquela que terá o seu processamento fora do juízo falimentar.

A chegada da nova legislação falimentar decorre de um processo legislativo que buscou melhorar o sistema de insolvência empresária no Brasil, dessa forma, houve a ruptura do sistema da Concordata e da Falência. A nova legislação teve como pilar de sustentação as omissões legislativas ocorridas no passado que não comportavam as necessidades dos empresários e das sociedades empresárias atuais. No ano de 2002 ocorreu a aprovação do atual Código Civil brasileiro e com ele eclodiu o novo direito empresarial que nos permitiu a compreensão da Teoria da Empresa.

Antes a empresa era observada apenas com um órgão gerador de riquezas e que todos os riscos do empreendimento em somatório a assunção das obrigações, recaem sobre a pessoa do empresário, do outro lado, a teoria da empresa nos mostra que, o desenvolvimento da atividade empresária tem seus riscos limitados à empresa, isto é, a empresa que responde pelas obrigações assumidas dentro da atividade de empresa exercida pelo empresário, é claro que quando as obrigações da empresa não são adimplidas é possível que ter o redirecionamento da

execução para os sócios e esses responderão por tais obrigações nas hipóteses previamente delimitadas pelo próprio Código Civil e até mesmo a responsabilização com o patrimônio pessoal do sócio, estamos falando aqui dos sócios que possuem responsabilidade ilimitada.

Com relação ao empresário individual, ou seja, aquele que desenvolve a atividade econômica colocando o seu patrimônio pessoal por conta e risco da atividade, esse não terá os riscos do empreendimento limitados a figura de empresa, vez que explora a atividade com seu próprio patrimônio, noutras palavras, a ele incube a responsabilidade pessoal, não haverá distinção patrimonial.

Nessa conformidade, a legislação dispõe acerca dos institutos da recuperação judicial, recuperação extrajudicial e da falência afirmando que são procedimentos exclusivos do empresário e da sociedade empresária. O empresário como explicado em capítulo anterior, é aquele que desenvolve a atividade econômica de forma a obter riquezas para si, assim concorda Fábio Ulhoa Coelho quanto ao conceito de empresa, explicando que a empresa é “a atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços” (COELHO, 2002, p. 19). A legislação tratou ampliar o entendimento ao produtor rural que cumprindo os requisitos necessários gozará da condição de empresário.

Nesse ponto cabe sublinhar que durante a vigência da Concordata o produtor rural foi excluído, não podendo usufruir do mecanismo de renegociação coletiva de suas dívidas, ocorre que com o advento do Código Civil de 2002 e, posteriormente, a consolidação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, houve a inclusão do produtor rural como empresário, desde que registrado na junta comercial. O registro do produtor rural é facultativo, tendo em vista que a atividade desenvolvida por ele poderá consistir em atividade de empresário ou não, o registro importará em uma formalidade do ato não se trata de um documento que constitutivo da atividade em si, do mesmo modo elucida o art. 971 do Código Civil.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro. (BRASIL, 2002).

Cabe explicar que apesar do registro do produtor rural ser facultativo para ser considerado empresário, em alguns casos o registro empresarial junto à junta comercial se demonstra indispensável, é a situação vislumbrada na concessão de Recuperação Judicial. Resta

lembrar que o agronegócio no Brasil reflete grande parte do Produto Interno Bruto - PIB do país e para esse agente econômico é preciso oferecer o desentrelaçamento da produção assolada por uma crise, diante disso é plenamente viável o restabelecimento das atividades rurais por meio da Recuperação Judicial, no tocante a legitimidade ativa deste, é baseada no cumprimento das obrigações específicas de empresário e, principalmente do registro de empresa, como dispõe o art. 48 da lei nº 11.101/2005.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. (BRASIL, 2005).

Diante do que foi exposto, podemos concluir que ao se definir empresa e empresário a legislação não significa excluir a possibilidade de novos entrantes neste conceito, é o exemplo clássico do produtor rural que é alçado à condição de empresário, o temor de muitos operadores do direito após a ampliação da sistemática falimentar ao empresário rural perpassa os limites materiais, ora não haveria uma descaracterização do conceito de empresário, apesar disso, a narrativa empregada é outra, uma vez que para o deferimento da Recuperação Judicial é necessária a juntada da certidão da empresa no Registro Público de Empresas.

Em síntese, o empresário rural que não está registrado goza da característica empresarial, mas se encontra em situação irregular, de modo diverso ocorre quando se tem o registro que apesar de não ser elemento constitutivo da atividade empresária, confere estabilidade, segurança jurídica ao ordenamento jurídico e a oportunidade de se utilizar dos benefícios do processo de recuperação, como explica Felipe Poli de Siqueira e Oksandro Osdival Gonçalves.

Caso fosse aceita a recuperação judicial de empresários que não estivessem preenchendo as condições necessárias para o seu pedido, ficaríamos diante da quebra da racionalidade econômica proposta pela Lei n. 11.101/2005 e romperíamos com o objetivo de redução dos riscos e da busca pelos resultados

eficientes. Por isso, as instituições econômicas devem ter a flexibilidade cogente e os mecanismos de transparência suficientes para que os agentes econômicos busquem o seu bem-estar, contudo, para isso, a lei de regência precisou criar um ambiente formal de negociação e de cooperação, ou seja, de diminuição dos custos (SIQUEIRA, GONÇALVES, 2016, p. 64).

Passando para análise específica da Recuperação Judicial, essa é considerada uma forma alternativa a decretação de falência, importa no reconhecimento de dívidas existentes perante credores em conjunto com a real vontade de pagar seus credores, refere-se a um acordo entre credores e devedores que resultará na elaboração do plano de recuperação judicial. Ademais, a crise no campo da recuperação judicial é aquela que tem o caráter de superação, melhor dizendo, é aquela que ao mesmo tempo que debilita o bojo da empresa permite cogitar a possibilidade de ser ultrapassada, essa análise perpassa o mercado.

Sendo assim, o juiz de direito não fará uma profunda análise dos balanços da empresa para enunciar a viabilidade ou não da empresa e sim o próprio empresário em conjunto com o mercado o qual está inserido examinarão a extensão da crise com a condicionante de manter o equilíbrio econômico da empresa, no tocante a viabilidade econômica da empresa, explica Sérgio Campinho.

O instituto da recuperação vem desenhando justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatiza-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 ao seu titular – 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. (CAMPINHO, 2012, p. 216).

Em consequência, observamos que a finalidade principal é a manutenção de todo o aparato da empresa, em um aspecto global serve para salvaguardar a sociedade empresária e o empresário como um todo diante de uma crise profunda, porém passageira, em outras palavras, visa proteger a empresa e oportunizar fôlego para que essa possa renegociar suas dívidas com credores e se restabelecer no mercado de forma salutar, afirma o dispositivo 47 da lei nº 11.101/2005.

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. (BRASIL, 2005).

Em relação a legitimidade do pedido de recuperação, cumpre esclarecer que apesar do empresário-devedor ser o maior interessado no restabelecimento das atividades, no entanto, existe a previsão legal de outros legitimados, entre eles destacamos o cônjuge sobrevivente em caso de morte do empresário, herdeiros, o inventariante e o sócio remanescente, desse fragmento podemos ver que existe uma ampliação para além da figura do devedor que é legitimado comumente visto, trata-se de uma legitimação extraordinária prevista no parágrafo 1º do art. 48 da lei. Cabe esclarecer que a recuperação judicial é o mecanismo de solução de problemas financeiros da empresa, no entanto, a legitimidade ativa do pedido é daquele que exerce a empresa ou dos legitimados citados acima, isto é, a figura da empresa e do empresário não se confundem.

No caso do empresário individual, o cumprimento dos requisitos que serão analisados pela própria pessoa do empresário, podendo a pessoa dele postular o pedido de recuperação judicial, é importante consignar que não caberá o exercício desta atribuição para um terceiro, por exemplo, um preposto ou administrador da empresa.

No que se refere às sociedades empresárias de forma geral o requerimento da recuperação judicial é feito após a deliberação dos sócios a partir disso estará impressa a manifestação de vontade da sociedade que prevalece sobre a decisão isolada do sócio, apesar do requerimento ser formalizado pelos administradores não significa afirmar que a vontade social não importa, é necessário que haja a manifestação da coletividade. Apesar da lei nº 11.101/2005 não ter tratado de forma expressa a possibilidade de consolidação processual, ou melhor da formação de litisconsórcio ativo, não existe vedação. A formação de litisconsórcio é possível nos casos de sociedades que integram um mesmo grupo econômico.

Nessa ótica, o art. 69-G e 69-I ambos incluídos pela lei nº 14.112/2020, abrangem a possibilidade de consolidação processual a partir do reconhecimento da personalidade jurídica própria que preservando a sua autonomia poderão ter destinos, isto significa que, à partir da escolha do administrador judicial que será um único para conduzir o processo, será possível o desmembramento do mesmo processo em partes e cada uma das empresas poderá apresentar o seu próprio pedido de recuperação judicial, embora possa apresentar um único plano se assim quiserem.

É viável o fracionamento em razão da incidência dos devedores que preservam sua autonomia, podendo cada um dos devedores optarem pela forma de recuperação que melhor lhe convier, diante disso, percebe-se que dentro de um mesmo processo decisões diferentes poderão ser tomadas, desse jeito, empresas poderão ter sua falência decretadas por sentenças e outras o deferimento da recuperação judicial.

Cenário diferente acontece na consolidação substancial que já ocorria na prática, mas foi incluída no texto legal da lei nº 14.112/2020, as possibilidades do litisconsórcio são limitadas, não significa que havendo consolidação processual automaticamente há de se falar em consolidação processual, aqui além das sociedades integrarem um mesmo grupo econômico e formam o litisconsórcio, a autonomia dela é restrita, significa dizer que todos os atos serão únicos, portanto, todos estão sujeitos a uma única decisão, quer seja o deferimento da recuperação judicial quer seja a decretação de falência, desse modo tece André Santa Cruz.

Como não há independência entre os devedores, que são tratados como um só, na consolidação será apresentado um plano unitário, o qual será submetido a uma assembleia geral que reunirá os credores de todos os devedores (art. 69-L, § 1º), de modo que o destino do grupo será o mesmo: ou será concedida a recuperação judicial, em caso de aprovação do plano, ou será decretada a falência, em caso de rejeição (§ 2º). (CRUZ, 2021, p. 916).

Para além disso, ao menos dois dos requisitos legais devem ser provados, quais sejam, a) existência de garantias cruzadas; b) relação de controle ou de dependência; c) identidade total ou parcial do quadro societário; e/ou d) atuação conjunta no mercado entre os postulantes. A consolidação substancial é uma medida excepcional utilizada quando entre o passivo e o ativo do devedor se encontra em confusão patrimonial, é perceptível que todas as classes são atingidas em detrimento da decisão do juiz em que pese a decisão ser a mesma para todos os agentes envolvidos.

3.1 Especificidade do procedimento falimentar e o diálogo com a Recuperação Judicial

Aprofundado o tema da Falência, antes de qualquer coisa é necessário fazer a distinção entre as duas esferas, se a recuperação judicial é um acordo concursal, a falência é uma execução concursal que visa o encerramento por completo das atividades empresariais. É uma medida drástica em que a empresa enfrenta uma crise irreversível, o ponto central para compreender se uma empresa é viável ou inviável de recuperação é extensão da crise, por isso, a importância da análise dos balanços da empresa nos últimos anos e da observância por parte dos sócios. Nessa esteira, o melhor caminho a ser percorrido é o do encerramento das atividades

rapidamente, já que uma empresa em funcionamento gera débitos tributários, débitos de aluguel e outras despesas essenciais à própria manutenção do empreendimento.

Dessa maneira, o processo de falência permite a quitação das dívidas de maneira organizada para que nenhum crédito fique de fora, desse trecho podemos extrair a ideia central de *par conditio creditorum*, primar pelo tratamento igualitário entre os credores de mesma classe, sobre isso aponta o art. 126 da lei nº 11.101/2005 “art.126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta lei” (BRASIL, 2005). Por isso, se conclui que a falência é uma execução concursal, ou seja, é uma execução coletiva que corre sobre um rito específico que é o falimentar. Na falência se tem a presunção de insolvência, entretanto, essa insolvência não é empresária, isto é, da pessoa do empresário e sim a insolvência jurídica, sendo assim será decretada a falência estando presentes uma das hipóteses elencadas no art. 94 da lei.

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

- I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;
- II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;
- III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:
 - a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
 - b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
 - c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
 - d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
 - e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
 - f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
 - g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. (BRASIL, 2005).

Nessa sequência, nota-se que estando presente um dos requisitos acima listados é factível o pedido de falência. No que tange a legitimidade do pedido, essa possui um rol maior que a recuperação judicial, podendo requerer a falência o próprio devedor, o cônjuge sobrevivente, o cotista ou acionista. Na esfera falimentar, o atestado de falência é a sentença de

decretação de falência, a sentença é o documento que consubstancia o estado de fato da empresa irrecuperável. O empresário é forçado a liquidar o ativo, de maneira simplista a falência nada mais é que uma execução coletiva própria para pagar os credores de um devedor observando a uma ordem de pagamento, essa ordem de preferência é balizada pela própria legislação como forma de organizar os créditos de cada credor e, posteriormente, pagá-lo.

Diante da decretação da falência, alguns efeitos são imputados, como a imposição de regime especial que o de execução concursal, vencimento antecipados das dívidas, o afastamento do empresário da administração das atividades e com isso a nomeação do administrador judicial que ficará responsável por fiscalizar as atividades do empresário e auxiliar o juiz na gestão da falência, além da constituição da massa falida que será responsável pelo pagamento do administrador judicial e das demais despesas decorrentes do processo de falência.

Nesse contexto se insere a ideia de *par conditio creditorum*, manter o tratamento igualitário entre credores de mesma classe, atesta-se que os credores de mesma classe são compostos por credores cujo crédito possui a mesma natureza, dado isso a legislação tratou de editar uma lista taxativa acerca dos créditos submetidos à falência. Por esse ângulo, extraímos a classificação dos créditos, nessa esteira, liquidado o ativo da empresa, o substrato obtido com a alienação será distribuído aos credores em ordem.

Em primeiro lugar, serão pagos os créditos prioritários, esses são os créditos trabalhistas com salários vencidos até três meses anteriores à decretação de falência e limitado a cinco salários mínimos por trabalhador, entre os créditos denominados como prioritários localiza-se os créditos decorrentes as despesas substanciais à condução da falência.

Em segundo lugar, serão pagos os credores extraconcursais, são os créditos referentes aos que se tornaram credores após a instauração da falência, por exemplo, o administrador judicial, os trabalhadores que permaneceram trabalhando na empresa durante o período de tramitação da falência, empréstimos feitos com o próprio credor, as custas da massa vencida e os tributos. Importa assinalar que é possível que a empresa continue funcionando com a decretação da falência por um período delimitado no tempo, isso ocorre para que os prejuízos não sejam ainda mais elevados, tal como a perda dos insumos da empresa.

Por fim, serão pagos os créditos concursais, o credor trabalhista é um dos primeiros credores concursais a serem pagos em virtude da natureza alimentar do crédito, todavia, há uma limitação ao valor do crédito que equivale a até 150 salários mínimos, por outro lado, para o trabalhador que sofreu acidente do trabalho não existe limite. Temos a garantia real, cujo limite é o valor do bem, o tributário, privilégio especial, privilégio geral, cabe explicar que a ordem de classificação dos créditos foi alterada pela lei nº 14.112/2020, sendo assim, os créditos anteriormente categorizados como privilégio geral e especial foram retirados da lista, passando a ser incluídos tão somente como crédito quirografário.

Nesse ponto, o quirografário é a classe com menos prestígio dentro da ordem falimentar, isso porque resta a esse credor o remanescente do crédito trabalhista e da garantia real, as mulas e o subordinado. É de referir que os créditos são pagos seguindo a ordem, essa ordem é a classificação dada pela própria lei e somente passam para o pagamento de outra classe se tiver esgotado o pagamento daquela dada classe por completo.

Ocorre que determinadas ações não são atraídas pelo juízo universal da falência, significa dizer que quando da instauração do procedimento falimentar tais ações não serão tramitadas no Juízo Falimentar, mas no juízo que se encontram. Destaca-se as ações trabalhistas e execuções fiscais, bem como as demandas por quantia ilíquidas que serão apuradas fora do juízo falimentar e que não serão suspensas com o deferimento do pedido de recuperação judicial ou com a decretação de falência, desse mesmo modo afirma o dispositivo 6º da lei nº 11.101/2005.

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

§ 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica (BRASIL, 2005).

Após a elaboração da lista de credores feita pelo Administrador Judicial, onde este classifica os créditos, se tem a realização do ativo que é a transformação dos bens do devedor

em pecúnia, essa alienação só ocorre com a devida autorização do juiz, ou seja, o administrador tem a função apenas de organizar as listas de credores e fiscalizar os atos do empresário. Porém, as decisões importantes, tal como a venda da empresa ou dos bens separadamente dela necessita de autorização do Juiz de Direito, a assembleia geral de credores e o comitê de credores, este por último se tiver já que não é elemento obrigatório, podem opinar, no entanto, a decisão final de autorização ou não da venda é o Juiz. Nessa esfera é importante considerar o que diz Marlon Tomazette.

Promovida a realização do ativo e a distribuição do que foi apurado entre os credores, nada mais justifica a continuação do processo falimentar. Se não existem mais recursos disponíveis, não há sentido em manter em andamento um processo com o objetivo de pagar os credores. Assim, após a realização do último rateio, deve-se iniciar o procedimento para encerrar o processo de falência. (TOMAZETTE, 2020, p.563).

Com isso, temos o encerramento da falência com a apresentação de todas as notas fiscais que estão sobre a custódia do Administrador Judicial ao Juiz, as contas deverão ser apresentadas no prazo de 30 dias como nos mostra o artigo “art. 154. Concluída a realização de todo o ativo e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias. (BRASIL, 2005)”. Sendo as contas aprovadas o processo é encerrado, em caso de rejeição das contas apresentadas é possível recorrer, os interessados deverão impugnar as contas apresentadas pelo administrador no prazo de 10 dias, não restando nenhuma irregularidade juiz irá proferir a sentença de encerramento.

Assim, o juiz irá proferir a sentença de encerramento de falência levando em consideração o relatório final previsto no art.155 do referido diploma, sendo este um documento essencial para o encerramento do processo uma vez que comprova a quitação de todas as dívidas do empresário. Adianta-se que o fechamento de uma empresa não configura a sentença de morte do empresário para empreender, em outras palavras, não significa dizer que ele não pode voltar para o mercado de empresas, pelo contrário a própria legislação falimentar incentiva que esse empresário retorne as atividades, não com a empresa antiga agora dissolvida, mas com outra. Existe sempre uma expectativa do mercado de que este recomece uma nova atividade, oportunizando novos empregos e alavancagem do setor e, conseqüentemente o crescimento do Produto Interno Bruto – PIB do país.

3.2 A crise instaurada e a viabilidade de regeneração da empresa

Como mencionado anteriormente, a crise refletida na esfera da Recuperação Judicial é aquela que ao mesmo tempo traz esperança de regeneração empresarial. Assim dizendo, a recuperação judicial tem como objetivo preservar a empresa que é uma fonte produtora cujo os impactos serão amortizados, portanto, diante possibilidade de recuperação da empresa e estando preenchidos todos os requisitos indispensáveis a sociedade empresária ou empresário farão jus ao procedimento da Recuperação Judicial. Dessa maneira, podemos observar que o requisito primordial é a viabilidade de recuperação, igualmente afirma Fábio Ulhoa Coelho.

Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, a sociedade empresária que a postula deve mostrar-se digna do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la. Essas condições agrupam-se no conceito de viabilidade da empresa, a ser aferida no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial. (COELHO, 2002, p. 404).

A viabilizada empresarial é auferida, portanto, a partir da realidade do mercado a que se insere aquela atividade, que não deve ser compreendida como uma sentença de morte e sacrifício exacerbado por parte do empresário ou da sociedade empresária, devendo ser algo que seja deliberadamente facilitado a partir da realidade do mercado, o sacrifício imposto para a recuperação da empresa seria afirmar que está não se encontra apta a operacionalizar o procedimento, assim pontua Marcio Luiz Aguiar.

Uma empresa é viável quando sua recuperação não exige mais sacrifícios por parte dos envolvidos no processo do que demandaria a liquidação. Em rigor, a viabilidade de uma empresa em crise deve ser mensurada na realidade de mercado, pois é em seu bojo e de acordo com as suas leis que a atividade econômica mantida e recuperada operará. (AGUIAR, 2006, p. 119).

A crise empresarial pode ocorrer por diversos fatores, por exemplo, confusão patrimonial, má gestão dos sócios, entre outros. Ao se deparar com uma crise empresarial, algumas soluções extrajurídicas são possíveis, é o que chamamos de soluções de mercado. Relativamente ao conceito de crise, faz necessário delinear as crises que mais se repetem no âmbito da recuperação judicial, nesse contexto, a crise financeira se revela a mais comum entre as crises, como afirma Fábio Ulhoa Coelho “a constante incapacidade de a empresa fazer frente às próprias dívidas, com os recursos financeiros à disposição” (COELHO, 2008, p. 231), é

aquela que o empresário não é capaz de saldar efetivamente suas dívidas frente à sociedade pela ausência de recursos financeiros.

Nesse contexto, tem de ser levar em consideração o grau de importância e relevância social e econômica daquela empresa, é preciso por sua vez verificar se os custos para se recuperar não são superiores ao ônus de seu encerramento total. Isto é, somente a renegociação das dívidas daquela empresa será suficiente para a sua restauração no mercado, o estudo de viabilidade empresarial perpassa não só o aspecto macro financeiro, mas questões sensíveis, tal como relevância do empreendimento no setor de mercado. Tendo essa premissa em mente, é notória a necessidade de união de esforços de todos que estão dentro da relação empresarial dentro daquela empresa recuperanda, trabalhadores, devedor, credor, administrador judicial e o próprio poder judiciário, assim afirma Eduardo Goulart Pimenta.

O auxílio de pessoas ligadas à administração de empresas, contabilidade e economia é de imprescindível valia na realização de uma tarefa que está longe de se esgotar nas previsões legais. Ao jurista cumpre balizar o trabalho dos profissionais de outras áreas, tornando de seu conhecimento quais são os interesses a serem respeitados na recuperação da empresa e os limites e exigências estabelecidos pelo ordenamento jurídico. É apenas com o trabalho harmônico – e com a indispensável cooperação de sócios, empregados, credores, e Poder Público – que se pode viabilizar a recuperação de uma empresa. (PIMENTA, 2006, p. 182).

Em contrapartida ao conceito de crise financeira identificamos a crise patrimonial que pela própria terminologia nos sugere a crise assentada na ausência de patrimônio líquido suficiente para saldar as dívidas perante credores. Por fim, a crise econômica que está atrelada a ausência de lucro do negócio empreendido, explica Marlon Tomazette “a atividade tem rendimentos menores do que seus custos, isto é, trabalha no prejuízo” (TOMAZETTE, 2020, p.14), podemos citar como exemplo, o caso da Uber e da 99 Pop, empresas que os balanços econômicos apontam para uma linha de não lucratividade e altas despesas, o lucro é baixo se comparado ao prejuízo que é suportado.

As soluções de mercado, são devolvidas a partir da dinâmica do mercado e dos esforços empenhados por esse mercado, entretanto, para que essas soluções sejam exequíveis é importante um mercado sólido economicamente para não apenas suportar os impactos, mas para o estabelecimento de segurança para se fazer investimentos naquele dado negócio, a ideia de segurança jurídica para o investimento permeia a estabilidade da lei falimentar do país em conjunto com a atuação do poder judiciário, cuja função é garantir a possibilidade de

recuperação daquela empresa e de devolução dos valores aportados para os devedor, é sabido que a estruturação de uma lei falimentar é capaz de ditar parte da economia de um país. Nessa ótica aponta Marlon Tomazette.

Tal investimento pode se dar de diversas formas, como a aquisição de ativos, o trespasse de estabelecimento, a incorporação de sociedade, a aquisição de controle, entre outros mecanismos. Com esses investimentos, há uma boa chance de que a crise seja superada, restabelecendo-se o bom andamento dos negócios. Tais soluções do mercado são regidas pelas normas inerentes ao negócio realizado, não havendo um tratamento especial por se tratar de uma forma de superação da crise da empresa. (TOMAZETTE, 2020, p. 15)

De igual modo concorda Sheila C. Neder Cerezetti e Emanuelle Urbano Maffioletti, ao esclarecer sobre o elevado investimento e financiamento que as empresas recuperandas necessitam nesse momento e as medidas legais que poderão ser adotadas para alcançar tal finalidade. Nessa linha, se a empresa não está falida, e a empresa é de grande porte, o mercado consegue identificar que ela está sendo trucidada por uma em crise, duas soluções poderão ser tomadas, a primeira delas é a venda da empresa se for o caso, já a segunda é que empresários outros invistam nessa empresa como sócios para que essa possa se reerguer perante o mercado, podendo receber investimentos e financiamentos sendo elemento indispensável para que a empresa possa voltar às suas atividades normalmente.

Já a transferência do controle societário ou outras formas de reorganização societária (cisão, fusão, incorporação), além de constituírem uma possível fonte de recursos para pagamento das dívidas, podem implicar a alocação da atividade da empresa em recuperação a um novo empresário, capaz de, por via de novos investimentos, da implementação de novos métodos de gestão, ou de ganhos de sinergia ou de escala, dar à empresa o maior valor possível. (CEREZETTI e MAFFIOLETTI, 2015, p. 272).

A ausência de um mercado sólido economicamente acaba empurrando empresas para a esfera da falência e obsta a impedir novos entrantes no mercado em decorrência do despreparo financeiro do país. Contudo, ambos os investimentos que poderão ser feitos comportam uma margem de risco muito grande, isso se dá pela competitividade do mercado, mas também em função da concorrência desleal formulada, por exemplo, por cartéis, falhas de mercado e o alto custo de transação.

Nessa sequência, é interessante lembrar que apesar da falência encerrar as atividades da empresa, tal instituto prima pelo princípio da preservação da empresa, isso porque em um primeiro momento se tentará a alienação total da empresa, afinal, a empresa é uma universalidade de fato, importa frisar que o estabelecimento empresarial continuar no mesmo

local, a empresa como um edifício não é dissolvida tendo o potencial de ser alienada para terceiro e manter a continuidade da atividade empresarial desenvolvida naquele segmento, assim explica Gladston Mamede.

A Lei 11.101/05 permite a preservação da empresa, apesar da insolvência do empresário ou sociedade empresária. Isso é possível pela transferência da empresa a outrem que, pagando por ela, manterá seu funcionamento, atendendo à sua função social. O ex-titular mantém falido e o valor da alienação ingressa para a massa. A liquidação do patrimônio empresarial não mais se confunde com a extinção da empresa. Isso é viável pois se transfere apenas do ativo, sem o respectivo passivo, que será mantido na massa falida. (MAMEDE, 2020, p.222)

Apesar disso, nem toda crise é passível de recuperação, sendo assim, nem todas as empresas gozam da segurança da superação da crise empresarial, é preferível à falência diante da proporção devastadora da crise, é o que chamamos de insolvência jurídica total. A falência pode ser uma ótima solução para esses casos, liquidando o ativo circulante da empresa e pagando os respectivos credores.

3.3 A exigência de regularidade da atividade desenvolvida

Apesar da lei tratar da situação do empresário e da sociedade empresária, o diploma legal não se aplica indistintamente para todos os empresários e para todos os tipos de sociedades. No campo da recuperação judicial o rigor é maior, sendo imprescindível que o empresário esteja registrado na junta comercial e preencha os requisitos materiais necessários. Em outros termos, apenas as empresas registradas dispõem de legitimidade para o pedido, apesar do registro empresarial não ser elemento obrigatório para ostentar a condição de empresário se faz necessário para obter o deferimento da Recuperação Judicial, ou contrário do que ocorre na falência, cuja a apresentação do registro é dispensável, como expõe o art. 48 da lei nº 11.101/2005 que para além de elencar a necessidade estar regular há mais de dois anos é preciso o cumprimento de outros quatro requisitos legais mencionados anteriormente, mas que serão aprofundadas agora.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

~~III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;~~

(Revogado)

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Na hipótese do inciso I, o legislador evidenciou a impossibilidade do pedido de recuperação judicial após a decretação de falência, por uma questão lógica o empresário-devedor terá que demonstrar que não é falido, ou que os débitos decorrentes do processo de falência já tenham sido devidamente extintos por decisão judicial com trânsito em julgado. Cabe aclarar que, o “falido” que consta no inciso em epígrafe se reporta ao empresário individual, contudo, a mesma sistemática aplicada a esse devedor se estende para a conjuntura das sociedades empresárias, na medida em que os sócios de responsabilidade ilimitadas que foram considerados falidos por meio da sentença não poderão pedir recuperação judicial, salvo se os débitos advindos da sociedade anterior tenham sido quitados e esses sócios apresentem a sentença que afirma a narrativa acima.

A logística dos incisos II e III da lei nº 11.101/2005, dialogam entre si visto que o empresário-devedor fica impedido de pedir recuperação judicial se há menos de cinco anos tiver usufruído de tal benefício, o mesmo entendimento é aplicado para as Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP. Por último, em relação ao inciso IV, exige em primeiro lugar que o empresário individual não tenha sido condenado por nenhum crime falimentar, e na condição de sócio controlador ou administradores de sociedade empresária não tenha sido condenado por crime falimentar cuja previsão legal consta nos dispositivos 168 a 179 da citada lei, se trata de um elemento impeditivo para o deferimento do pedido de recuperação.

Perante o exposto, a necessidade do exercício regular da atividade empresária há mais de dois anos para que não se configure uma fraude, a lógica da recuperação judicial é garantir esse benefício para os devedores reconhecidos como de boa-fé e sujeito idôneo, quer dizer, a exigência de regularidade empresarial representa a preocupação do empresário frente a sociedade já que o devedor não é afastado da administração da empresa durante o período de recuperação, continuando à frente de suas funções, assim expõe Marlon Tomazette.

Em razão da necessidade da regularidade do exercício da empresa é que as sociedades em comum e os empresários individuais de fato não têm acesso à recuperação judicial. Tais sujeitos, embora sejam empresários, a princípio abrangidos pela recuperação, não conseguem preencher o requisito do exercício regular da atividade, na medida em que eles não são sequer

registrados na junta comercial. Desse modo, incentiva-se o exercício regular e formal da atividade, pois sem ele a recuperação judicial é inacessível. (TOMAZETTE, 2020. p. 89).

A comprovação do status de empresário regular constitui requisito de admissibilidade para concessão da recuperação judicial, logo, se percebe que a sociedade empresária irregular, bem como o empresário individual irregular não podem usufruir do procedimento por não preencherem o requisito da regularidade da atividade há mais de dois anos. Os impedimentos tangenciados demonstram que o legislador exige o cumprimento de todos os requisitos indispensavelmente, isto é, são requisitos materiais cumulativos para o processamento do pedido de recuperação judicial e ocorre antes mesmo do deferimento do pedido.

3.4 A importância da Assembleia Geral de Credores no processo de Recuperação Judicial

A Assembleia Geral de Credores, atualmente, desempenha o papel de maior importância dentro da Recuperação Judicial, como explicitado anteriormente, a recuperação judicial é um acordo concursal e pela natureza de acordo importa na concordância mútua entre as partes – credor e devedor. Desse modo, a assembleia geral participa de todos os atos de uma Recuperação Judicial, desde a confecção do plano, tendo a possibilidade de aceitar, rejeitar e reformular ou apresentar um plano alternativo, esse último incluído com a lei nº 14.112/20, que estabeleceu tal faculdade nas hipóteses delimitadas em lei.

A Assembleia Geral de Credores é composta pelos credores daquele dado devedor, porém, nem todos os credores são submetidos à falência e à recuperação judicial, a consequência disso é a supressão do direito de voto no âmbito das reuniões da assembleia, dada a natureza do procedimento alguns credores não são atraídos pelo juízo universal falimentar, por exemplo a Fazenda Pública, dessa forma o art. 41 da lei nº 11.101/2005 expõe os credores que poderão participar da assembleia geral e em seguida deliberar sobre os assuntos de interesse coletivo.

Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:
I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;
II – titulares de créditos com garantia real;
III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.
IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. (BRASIL, 2005).

É possível vislumbrar que a Assembleia Geral de Credores é constituída tanto no processo de falência como no processo de recuperação judicial, inúmeros poderes são conferidos aos credores que compõe a assembleia, porém, os papéis desempenhados por eles na assembleia são distintos a depender do tipo de procedimento visando ora a recuperação, ora falência.

Nesse ponto, cabe deslindar que a participação dos credores no processo será diferente com mais ou menos poder de decisão. Salienta-se que esses credores possuem interesses comuns, os interesses são de uma dada coletividade, não se busca o favorecimento pessoal, mas o favorecimento de uma coletividade de credores, existe, portanto, uma comunhão de vontades e de esforços e por meio dessa união se pretende a satisfação dos créditos de cada classe, expõe João Pedro Scalzilli e Luíz Felipe Spnelli.

Consiste a assembleia geral de credores na reunião da coletividade de credores para a tomada de decisões estratégicas sobre a recuperação judicial ou a falência. Sua função é formar e expressar a vontade da coletividade (do grupo de credores), a partir das vontades individuais manifestadas. (SCALZILLI e SPNELLI, 2018, p. 285).

A Assembleia será convocada nas situações em que a lei dispõe da necessidade obrigatória desta, por sua vez os credores e devedores poderão convocar a assembleia em outras oportunidades que não estejam descritas na lei, em suma a convocação da assembleia traz à baila a oportunidade de manifestação dos credores. Será obrigatória a convocação segundo Gladston Mamede nos seguintes casos.

A Lei 11.101/05 prevê casos em que a convocação da assembleia de credores é obrigatória: (1) na recuperação judicial de empresa, havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, convoca-se a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano proposto (artigo 56); (2) na recuperação judicial de empresa, se afastado o empresário ou do administrador societário das atividades, cabendo-lhe deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor (artigo 65, caput e § 2º); e (3) a sentença que decretar a falência convocará a assembleia para constituir o comitê de credores, podendo ainda autorizar a manutenção do comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial (artigo 99, XII). (MAMEDE, 2020, p. 83)

Convocada a Assembleia Geral de Credores serão debatidos termos específicos da recuperação judicial ou da falência, essa convocação deve atender algumas formalidades, tal como a publicação do edital de convocação, esse é, portanto, o documento de efetivação do chamamento dos credores para comporem a assembleia e debaterem. Nessa ocasião e para dar visibilidade ao edital a legislação previa que esse deveria ser publicado em jornais de grande

circulação, sede, filial e em órgãos oficiais. No que diz respeito ao prazo, é preciso atentar a tempestividade do edital que precisa ser publicado com antecedência mínima de 15 dias.

Com o advento da lei nº 14.112/2020, a antiga previsão legal acabou por decair em certa medida, assim dizendo, o edital de convocação segue ainda o prazo de 15 dias de antecedência mínima, entretanto, em relação a forma de publicizar o edital houve uma mudança, será publicado no diário oficial e disponibilizado via eletrônica para o administrador judicial. O edital trará as informações básicas e necessárias para que os credores consigam se ambientar da convocação, trará: local, data, hora, cópia do aviso de convocação, como aduz o art. 36 da lei nº 14.112/2020.

Art. 36. A assembleia-geral de credores será convocada pelo juiz por meio de edital publicado no diário oficial eletrônico e disponibilizado no sítio eletrônico do administrador judicial, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, o qual conterá: [\(Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020\) \(Vigência\)](#)

I – local, data e hora da assembleia em 1ª (primeira) e em 2ª (segunda) convocação, não podendo esta ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da 1ª (primeira);

II – a ordem do dia;

III – local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembleia.

§ 1º Cópia do aviso de convocação da assembleia deverá ser afixada de forma ostensiva na sede e filiais do devedor.

§ 2º Além dos casos expressamente previstos nesta Lei, credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe poderão requerer ao juiz a convocação de assembleia-geral.

§ 3º As despesas com a convocação e a realização da assembleia-geral correm por conta do devedor ou da massa falida, salvo se convocada em virtude de requerimento do Comitê de Credores ou na hipótese do § 2º deste artigo.

O parágrafo 2º do citado artigo, elucida a situação em que a assembleia poderá ser convocada fora das hipóteses previstas em lei, nota-se que existe uma porcentagem mínima que precisa ser consolidada para que a convocação seja deferida pelo juiz de direito. Relativamente, às despesas contraídas pela assembleia fixadas no parágrafo 3º, será de incumbência do empresário-devedor arcar com os gastos, ao passo que na falência as despesas serão assumidas pela massa falida. Vale ressaltar que os credores que formam a Assembleia Geral de Credores não percebem qualquer remuneração para realizar suas respectivas atribuições, diferentemente do administrador judicial que terá uma remuneração fixada nos limites da lei.

Percebemos que a constituição da Assembleia Geral de Credores perpassa algumas fases, em primeiro lugar se tem a composição da assembleia pelos credores e aqui alguns

credores são afastados como observado em momento oportuno, em sequência a convocação da assembleia nas hipóteses listadas e para esse chamamento se faz necessário um documento formal que é o Edital de convocação, o quórum de deliberação que precisa ser atingindo.

Quanto ao exercício do direito de voto e a presidência da assembleia que representa a organização dos interesses é presidida por um membro que é o administrador judicial em conjunto com o secretário que será nomeado para o desempenho das atribuições entre os credores presentes na assembleia.

Em respeito ao que anteriormente foi dito, o voto é contado pelo valor do crédito do credor, assim expõe André Santa Cruz “A contagem de votos é feita com base no valor dos créditos de cada credor, de modo que, numa determinada votação, um titular de crédito de valor muito elevado terá muito mais “votos” do que um titular de crédito de valor irrisório”. (CRUZ, 2021, p. 902). O direito de voto é exercido pelos credores que compõem o quadro geral de credores, em síntese aqueles que não compõem o quadro geral de credores não possuem o direito a voto e, conseqüentemente, não serão considerados para formação do quórum de deliberação.

O quórum de instalação de assembleia, via de regra, segue a maioria, isto é, sendo os termos do plano aceito pela maioria que é representada por mais da metade dos votos dos créditos presentes. Entretanto, não se aplica indistintamente para todas as situações, nas pautas sobre rejeição, aprovação e modificação do plano de recuperação judicial, cada classe vota separadamente, devendo atingir a maioria simples de cada classe, significa dizer que todos da classe precisam concordar com os termos ajudados, explica o art. 45 da lei nº 11.101/2005.

Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. ([Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014](#))

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito. (BRASIL, 2005)

Com a reforma, existe a possibilidade da assembleia não ser realizada pela via tradicional, de forma presencial e na sede da empresa, é plenamente viável que as deliberações de assembleia ocorram por meio da assinatura do termo de adesão, se trata de um documento formal, escrito e solene que possui a mesma validade jurídica da deliberação em assembleia tradicional, desde que seja respeitado o quórum consignado acima, sobre isso tece o art. 45-A, § 4º, da lei nº 14.112/2020.

Art. 45-A. As deliberações da assembleia-geral de credores previstas nesta Lei poderão ser substituídas pela comprovação da adesão de credores que representem mais da metade do valor dos créditos sujeitos à recuperação judicial, observadas as exceções previstas nesta Lei.

§ 4º As deliberações no formato previsto neste artigo serão fiscalizadas pelo administrador judicial, que emitirá parecer sobre sua regularidade, com oitiva do Ministério Público, previamente à sua homologação judicial, independentemente da concessão ou não da recuperação judicial. (BRASIL, 2020).

É facultado a assembleia constituir o Comitê Geral de Credores que poderá se manifestar durante a formação da assembleia geral de credores, no plano da recuperação judicial o Comitê tem o poder de fiscalizar os atos praticados pelo devedor durante o prosseguimento da recuperação somado com o poder de fiscalizar a licitude dos atos, visando observar o cometimento ou não de algum ato que importe na falência, o cometimento de qualquer ilicitude poderá convolar o pedido de recuperação judicial em falência vez que terá configurado crime falimentar, no tocante aos poderes do Comitê de Credores aponta o art. 27, inciso II, da lei nº 11.101/2005.

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

II – na recuperação judicial:

- a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;
- b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;
- c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial. (BRASIL, 2005).

Nesse ínterim, o Comitê de Credores possui o poder de fiscalização, entretanto, no campo da falência esses poderes são ampliados na medida em que alguns atos de expropriação podem ser executados desde que se tenha a interveniência e autorização do juiz, nesse caso, o administrador levará a vontade coletiva de alienar bens do devedor até o juiz e, em sequência o

juiz irá proferir sua decisão, no tocante às prerrogativas do Comitê, exhibe o dispositivo 27, inciso I, da lei nº 11.101/2005 explica.

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;
- b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;
- c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;
- d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;
- e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores;
- f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei; (BRASIL,2005).

Do tratamento do art. 27 da lei, percebemos o Comitê de Credores é considerado um órgão de fiscalização e apoio, uma vez que além de fiscalizar os atos do administrador e da sociedade como um todo o Comitê possui o poder de decisão, ao contrário do que ocorre na assembleia geral de credores que a contagem ocorre de forma individual, ou seja, conta-se o voto individual de cada credor, na esfera do Comitê a contagem é feita por cabeça, desconsiderando o crédito originário daquele credor. Mas, ainda assim, é preciso atingir a maioria para a tomada de decisão, não atingindo a maioria caberá ao Administrador Judicial desde que esse não possua qualquer interesse sobre o assunto que está sendo debatido, vez que o interesse dele configura um impedimento para atuar. Diante disso, as decisões do comitê são anotadas pelo Administrador Judicial cuja função é promover o melhor entendimento entre as classes e, posteriormente, repassar todas as informações para o Juiz, verifica-se que o administrador judicial é uma espécie de assistente do juiz.

3.5 O aspecto social da Atividade Empresária e o princípio da Função Social da Empresa

O manto da recuperação recai desde a cadeia de produção até o leviatã estatal em sua relação fiscal. Deste modo, é ideal que se ofereça uma segunda oportunidade ao empresário, dado que a econômica tem significativa perda quando uma empresa tem sua falência decretada por sentença judicial, esses impactos são externalizados para todos os intervenientes, não ficando limitados apenas ao empresário e/ou sociedade empresária, mas repassando à todos, quer-se dizer ao fisco, trabalhadores e credores, aqui assenta o aspecto social da empresa.

A recuperação judicial não está restrita a questões pessoais do empresário ou da sociedade empresária, mas em uma visão global/social serve para proteger os interesses de todos do país como um todo. Nesse cenário, as sociedades empresárias são responsáveis pela

maior parte da economia do país, garantindo que a economia não se estatize com o passar dos anos, protegendo à concorrência de mercado, em consideração a isso, o interesse principal é a melhor alocação dos recursos de maneira favorável em todos os parâmetros da cadeia produtiva, nesse espectro afirma André Ramos Tavares.

Além de garantir empregos, o bom funcionamento empresarial arrecada fundos para o Estado, por meio de tributos, presta serviços à comunidade, mobiliza a economia de mercado e contribui, em maior ou menor escala, para o desenvolvimento nacional, especialmente considerando que o mercado encontra-se fortemente interligado. (TAVARES, 2013, p.105).

A função social da empresa passou a ser adotada em um contexto de mudança do paradigma da própria função empresarial diante do um novo contexto social-cultural, a empresa é afastada do caráter puramente individual para uma esfera global onde se tem a valorização da mão de obra humana e o cumprimento de uma função social. Apesar de tal normativo não fazer referência específica a função social da empresa, primando pela análise da Constituição da República Federativa do Brasil é possível aplicá-lo a empresa tendo como base a visão de que é um princípio assentado em norma constitucional, assim diz o art.170, incisos III e IV da norma em comento.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência; (BRASIL, 1988).

A livre concorrência, bem como o cumprimento da função social da propriedade são deveres do devedor e devem ser fiscalizados não só por ele, mas por seus credores, de modo que constitui elemento essencial e indispensável para a compreensão da nova empresa ditada pelo Código Civil. A função social da propriedade privada foi adaptada para a empresa porque os anseios apesar de diferentes partilham de similaridade como destinar a terra a alguma finalidade, preservando os valores básicos e essenciais para convivência estável no ambiente.

O processo de recuperação judicial garante a minimização dos efeitos negativos que seriam externalizados para todos os integrantes incorporados no bojo da relação empresarial. À vista disso, percebemos que, o plano de recuperação judicial tem como sustentação dois pilares, o princípio da função social da empresa e o princípio da preservação da empresa, que auxiliam no desenvolvimento da atividade empresária, visando manter o seu pleno funcionamento e preservando todas as cadeias a qual se insere a empresa, como leciona Gladston Mamede.

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente; tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais, que não só prejudica o empresário ou sociedade empresária, prejudica todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado. (MAMEDE, 2020, p. 439)

Neste seguimento, o princípio da função social da empresa objetiva garantir a harmonia entre todos os elos da cadeia empresarial sendo amparada e resguardada pelo citado princípio. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXII traduz a função social como direito fundamental ao exercício do direito de propriedade, por trás do direito de propriedade extraído artigo em comento existe um preceito fundamental que vai além das vontades individuais do devedor, as energias empenhadas naquele momento são dirigidas a uma vontade coletiva e essa é superior. Identifica que o princípio da função social da empresa e o princípio da preservação da empresa garantem o desenvolvimento saudável da atividade acarretando em estabilidade e segurança no empreendimento que por si só é de alto risco, nesse sentido corrobora Marcelo Sacramone.

A atividade empresarial permite o desenvolvimento econômico nacional, o surgimento de novas tecnologias, o aumento da concorrência entre os fornecedores, a redução dos preços dos produtos disponibilizados aos consumidores e o aumento da quantidade de empregos oferecidos para a população. Sua consecução, entretanto, submete o empresário a grande risco de insucesso, seja em razão de inadequação à dinâmica do mercado, seja em virtude de eventual incorreção de decisão gerencial. (SACRAMONE, 2018, p. 47)

Conforme mencionado acima, o risco de empreender sempre existirá e, em concordância com Marcelo Sacramone, a legislação tratou de tal previsão quando instituiu a Recuperação Judicial, tendo como objetivo garantir um ambiente seguro para empreender e uma garantia para o empresário que eventualmente passe por uma crise em sua empresa tenha mecanismos para salvá-la diante de uma crise. De mesmo modo esclarece Ana Frazão de Azevedo Lopes.

A função social não tem, portanto, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins da sociedade, até porque isto implicaria a violação da dignidade dos empresários. O objetivo da função social é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, reinserindo a solidariedade social na atividade econômica. (...) Ocorre que esses compromissos não são atingidos quando a empresa se restringe a não prejudicar os consumidores e os demais cidadãos. Já se viu que o cumprimento da função social, no seu aspecto positivo, não diz respeito apenas à ausência de prejuízos; mais do que isso, exige a existência de benefícios sociais. (LOPES, 2006, p. 281)

No entanto, o princípio da função social da empresa é condicionado no âmbito da Recuperação Judicial, na medida em que para o gozo deste princípio é preciso a concordância entre credor e devedor pois o princípio da manutenção da empresa protege a empresa em seu aspecto coletivo, prevalecendo por sua vez o interesse desde quando da feição do plano de recuperação.

Logo, o que se entende pelo princípio da função social da empresa é a demonstração da responsabilidade social do empresário em que pese o cumprimento de seus deveres como gestor da atividade empresária, demonstrando o compromisso com seus funcionários, consumidores, fisco, entre outros. Desse jeito, se percebe que a função social da empresa é também uma garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, de modo que torna possível o exercício desta com as garantias fundamentais que o empresário ao assumir a atividade precisa cumprir estritamente, explica Vitor Biccias Mossoli.

A função social não tem, portanto, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins da sociedade, até porque isto implicaria a violação da dignidade dos empresários. O objetivo da função social é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, reinserindo a solidariedade social na atividade econômica. [...] Ocorre que esses compromissos não são atingidos quando a empresa se restringe a não prejudicar os consumidores e os demais cidadãos. (MOSSOLI, 2015, p.463).

O referido princípio é observado pelos tribunais quando do deferimento do processo de recuperação judicial, levando em consideração que é necessário dar uma chance ao empresário que dá destino a sua propriedade e manter aquela atividade, o cumprimento da função social da empresa é visualizada também diante do desenvolvimento da sua atividade desempenhadas pelos funcionários que ali se encontram em diálogo com o princípio da manutenção da empresa.

3.6 O Princípio da Manutenção da Empresa

O princípio da manutenção da empresa tem fundamento constitucional na medida em que decorre do próprio princípio da função social da empresa, tal princípio norteia a atividade empresarial colocando no centro dessa atividade não as preferências indissolúveis do credor ou do devedor, mas a vontade universal da coletividade, assim expõe Marlon Tomazette “O interesse individual na liquidação não se justifica, devendo ceder lugar ao interesse coletivo da manutenção da atividade.” (TOMAZETTE, 2020, p.81). Tendo como base o que foi exposto em linhas anteriores, podemos verificar que o citado princípio tem como finalidade precípua a

preservação não só da empresa como estrutura, mas do aparato social dela, nessa perspectiva podemos afirmar que não se prevalece a vontade individual do operador.

A empresa em funcionamento permite a alavancagem da economia, norteado pelo princípio da função social da empresa é que se tenta ao máximo preservar as características primordiais do citado princípio, é melhor não só para empresário manter a empresa em funcionamento como para os empregados que dependem do andamento daquele segmento, ou seja, a empresa não pode ser considerada apenas como uma estrutura, como um simples estabelecimento privado, é necessário anotar a composição dela integralmente, isto é, como um conjunto de interesses coletivos dado que pessoas prestam serviços naquela localidade da empresa e podem ficar desempregados quando do seu encerramento, assim confirma Gladston Mamede.

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente; tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais, que não só prejudica o empresário ou sociedade empresária, prejudica todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado. Note-se, porém, que se fala em preservação da empresa por sua função social; fala-se, igualmente, em preservação da fonte produtora. Não se fala em preservação do empresário ou sociedade empresária, nem em proteção aos interesses econômicos desses. (MAMEDE, 2020, p.440).

Em consonância com o que foi explicado acima, concorda Emerson Luís Dal Pozzo, a empresa para além de geração de bens e riquezas a ela comporta a função de gerar renda a seus trabalhadores e alavancando por sua vez o desenvolvimento socioeconômico do país, sobretudo internalizando os efeitos negativos que seriam externalizados para terceiros não apenas da cadeia empresarial de produção.

Preservação da empresa: em razão de sua função social a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros. Do excerto se pode depreender, portanto, que a ratio da recuperação é a função social adstrita ao exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, à luz dos danos potenciais que sua extinção acarreta, ainda que em prejuízo dos credores que terão seus direitos alterados. Sobreleva o aspecto implícito da função social da empresa, dele derivando o princípio da preservação da empresa. (POZZO, 2020, p. 176-177)

O princípio da manutenção da empresa permite que as atividades sejam continuadas sem que essas fiquem sobrestadas, dando importância a todos os pontos da empresa, tais como, o tempo da empresa no mercado, a quantidade de funcionários, a sua importância perante o mercado. Em suma, o legislador quis afirmar que havendo a possibilidade de não empurrar a empresa para falência é importante manter suas atividades em pleno andamento porque os impactos do sobrestamento das atividades são distribuídos a todos da cadeia empresarial.

4. A CRISE PROVOCADA PELA COVID-19 E A EDIÇÃO DA LEI Nº 14.112/2020

A crise sanitária provocada pela COVID-19, teve início no país chinês no final do ano de 2019 e com os altos níveis de morte provocada pelo vírus o mundo voltou os olhares para o país chinês, ainda não se sabia ao certo o que estava acontecendo com o país em comento. No entanto, o que parecia o problema de um único país logo alcançou uma esfera global, atingindo de forma escalonada o mundo inteiro e chegando ao Brasil. Com a chegada do vírus ao Brasil e com a identificação do seu poder destrutivo tendo em vista que inúmeras pessoas se infectaram rapidamente e da mesma forma faleceram rapidamente, o Congresso Nacional posicionou-se por meio do Ministério da Saúde no sentido de decretar o status de calamidade pública, sendo assim, foi editada a Portaria nº 188, em 3 de fevereiro de 2020.

Art. 1º Declarar Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional conforme Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011; Art. 2º Estabelecer o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) como mecanismo nacional da gestão coordenada da resposta à emergência no âmbito nacional. (BRASIL, 2020)

Com fundamento na portaria nº 188, a primeira solução tomada para evitar o contágio em massa da população foi o fechamento de estabelecimentos comerciais públicos e privados, dessa forma, as atividades empresariais se viram estagnadas em um primeiro instante, não obstante, o que se pensou era que esse período de lockdown das atividades comerciais seria a curto prazo, contudo, o decreto que em um primeiro momento foi editado para o período de 15 dias logo se prolongou por meses.

O cenário à época fez com que diversos empresários tivessem a quebra por completo de suas empresas, tal fato foi evidenciado com a estagnação da economia do país, visto que houve a interrupção do sistema de exportação, importação, fechamento de fronteiras e o próprio fechamento dos estabelecimentos que foi feito a nível federal, claro mantendo os Estados, Distrito Federal e Municípios sua autonomia político-administrativa.

O sobrestamento das atividades comerciais não se deu em sua integralidade, as atividades tidas como essenciais foram mantidas em pleno funcionamento, importante ressaltar que a definição do rol de atividades tida como essenciais levou em consideração tão somente as diretrizes dos órgãos de controle, em um diálogo entre o Poder Público Federal e o Ministério da Saúde, desse jeito, as atividades essenciais foram taxadas como: farmácias, hospitais, supermercados, entre outros.

Em consonância com o que foi exposto, é possível verificar o confronto do regramento imposto às atividades comerciais com aquilo que é assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 170 e conjunto com análise do artigo 5º, inciso XIII, na medida em que nenhum trabalho necessita de autorização para funcionamento, colocando a prova os princípios da livre iniciativa e da isonomia, ou seja, seria possível que o poder público definisse as atividades que poderão funcionar, nesse contexto expõe os mencionados dispositivos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. (BRASIL, 1988).

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988)

Diante do explicitado acima, se percebe a ofensa à própria Constituição Federal, diante da listagem do rol das atividades essenciais e com a retiradas das atividades ditas como empresárias conforme o Código Civil e a Lei de Recuperação de Empresas e Falências grande parte dos empresários e das sociedades não conseguiram suportar o custo financeiro que teriam que suportar para reinventar-se com uma atividade que teria que ocorrer em regime de teletrabalho, já que durante certo tempo o trânsito de pessoas também foi limitado aos trabalhadores que desempenhavam as atividades consideradas como essenciais à população.

Por outro lado, a medida conveniente para que as atividades não essenciais não fossem paralisadas por completo foi a implementação do regime de teletrabalho, no entanto, os gastos

de um funcionário em regime de teletrabalho onde as atividades são desenvolvidas preponderantemente fora das dependências do empregador são custeadas por esse empregador, pelo desenvolvedor da atividade econômica. Ainda com essa solução, não foi possível para muitos empresários arcar com os gastos de manter parte ou todos os funcionários em regime não presencial.

Com isso, as empresas viram à falência não como uma solução pensada, mas com a única solução que lhe foi apresentada e sem chances de mudança em meio as dificuldade de restabelecimento financeiro já que o aporte que seria feito e que muitas empresas fizeram restaram insuficientes para solucionar a crise econômico-financeira que estava sendo enfrentada, com o aumento das demanda do mercado o poder público se viu na situação de provedor dessas empresas em crise e dos empresários, desse jeito em um diálogo político se pensou na edição de uma nova legislação falimentar, já que a legislação não permitiu que tais empresários se recuperasse. Vimos isso com o fechamento de tantas empresas durante a crise pandêmica poderia ocorrer fechamento de mercado, onde determinados setores do mercado poderiam obter grande parte do mercado e assim obter monopólio, ferindo a livre concorrência, princípio basilar para o desenvolvimento de um mercado sólido e eficiente.

A pandemia fomentada pela COVID-19 provocou instabilidade em diversos setores e classes da sociedade, mas certamente o mercado foi o setor mais afetado com o sobrestamento completo de suas atividades, sendo permitidas exclusivamente às atividades listadas como essenciais pelo poder público, como consequência os empresários tiveram que arcar não só os custos inerentes ao fechamento da empresa, mas com o pagamento do saldo aos seus credores que durante a pandemia as dívidas se intensificaram com o pedido de abertura de novos créditos por esses devedores as instituições financeiras na tentativa de se reerguer. Nesse ponto, podemos afirmar que o mercado como função essencial a economia se viu prejudicado e sem perspectiva de retorno das atividades.

Observamos anteriormente como o mercado reagiu a instauração da crise pandêmica e como a ausência de preparo técnico por parte do poder público corroborou com a falência de diversas empresas e sociedades empresárias. Nesse contexto, é preciso enfrentar a articulação não política, mas jurídica por trás da edição da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. A legislação falimentar sofreu duas grandes reformas ao longo de décadas, a primeira delas foi a retirada do sistema de Concordata e Falência que perdurou durante quase sessenta anos, no ano

de 2005, surge, a lei nº 11.101 que até meados de 2020 era responsável por regulamentar o sistema de insolvência jurídica do empresário e das sociedades empresárias,

Com a instauração da pandemia, houve a necessidade de mudança do paradigma da falência e da recuperação judicial diante dos índices de falência a requerimento do próprio devedor. Dessa maneira, o Congresso Nacional em 24 de dezembro de 2020 promulga a lei nº 14.112/2020 que não revogou a antiga lei, mas a complementa e ressignifica o uso dos institutos trazendo novas hipóteses de recuperação e esticando o rol de legitimados ativos para apresentação do plano de recuperação judicial e oportunizando novas formas de acesso ao crédito e parcelamento que será detalhado mais à frente.

A lei nº 14.112/2020, nasce da necessidade em se modernizar o sistema de insolvência jurídica empresarial, na tentativa de propiciar ao credor maior margem de negociação de suas dívidas, ampliando os prazos que anteriormente eram tidos como improrrogáveis, regulamentando novas formas de empréstimos, novas condições de garantias, possibilidade de conciliação e mediação no processo de recuperação, limitação dos créditos que poderão ser encapsulados pelo sistema, entre outras inovações. A lei nº 14.112/2020, pretende complementar a legislação passada, a promessa da lei em epígrafe é tornar mais célere o sistema de insolvência empresarial concedendo maiores estímulos para que os empresários e as sociedades empresárias o procurem quando necessário.

Especialmente, no tocante a possibilidade de apresentação do plano alternativo que será apresentado pelo próprios credores em assembleia e a posição de privilégio do fisco com a proteção acentuada do crédito tributário que será explorado em tópico posterior, interessa dizer que notadamente neste ponto a lei nº 14.112/2020 protegeu exaustivamente os credores, vez que em assembleia esses compõe a parcela com maior poder de mando a eles, cabe a decisão de aceitação ou não do plano e até mesmo a convalidação em falência quando da recusa, no entanto, a legislação ainda previu a possibilidade de uma vez recusado o plano de recuperação os credores apresentem um novo e alternativo, ou seja, a margem de negociação e autonomia empresarial fica restrita aquele plano pré-aprovado.

No que corresponde o crédito tributário, ideia essa que será demonstrada no próximo subcapítulo, se percebe uma ineficiência no sistema de parcelamento, bem como o uso indevido da Certidão Negativa de Débitos Tributários, o legislador deixou de tratar se a ausência do cumprimento da CND prevista no art. 57 do referido diploma justificaria a convalidação em

falência, resta a jurisprudência consolidar posição acerca da dispensa ou indispensabilidade das Certidão Negativa de Débitos Tributários.

Fato é que, a referida legislação trouxe consigo a correspondência do que na prática já havia se fazendo, especialmente no que diz a respeito a dilatação do prazo para cumprimento das obrigações advindas do plano de recuperação. Todavia, pontos sensíveis não foram tratados de maneira pormenorizada ou de forma exemplificativa, desse jeito, caberá em outra oportunidade aos tribunais superiores e, em especial ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, regulamentar e deslindar possíveis questões que serão postuladas perante o poder judiciário. A lei nº 14.112/2020 trouxe de forma massificada as modificações no tocante ao direito falimentar, porém, optou por não disciplinar as normas específicas atinentes a determinados pontos que mereciam tratamento especial em razão do bem jurídico que está sendo tutelado e protegido.

4.1 A ampliação do poder do credor fiscal e a sua posição de privilégio durante a RJ

Após a aceitação do plano de recuperação judicial em face dos credores temos a fase seguinte que é a apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários, relativamente a essa parte é preciso compreender que tal previsão durante muitos anos se demonstrou ausente, na medida em que os tribunais superiores desconsideravam em grande parte a previsão constante no art. 57 da lei nº 11.101/2005, contudo, a legislação que instituiu tal previsão não se atentou ao grau de complexidade para que o devedor apresentasse tais certidões, o que acarretou na dispensabilidade das certidões pelos tribunais.

Nesse quesito, para se tentar o cumprimento do dispositivo citado anteriormente, vem, o art. 68 que tentou deslindar como seria feita a apresentação dessas certidões e facilitou o acesso à essa por meio da criação de um parcelamento tributário especial, inicialmente o parcelamento especial ampliaria o prazo de apresentação e concederia maior benefício fiscal, estimulando o empresário a socorrer-se pela via da recuperação judicial. É preciso afirmar que a lei do parcelamento específico foi criada tardiamente e prejudicou o acesso essencial aos créditos e as formas de parcelamento da dívida do devedor em recuperação judicial.

A experiência brasileira relativamente ao parcelamento tributário se demonstrou falha, vez que o legislador ao autorizar tal previsão não regulamentou corretamente a questão enfatizada, sendo assim, só em momento posterior houve a instituição da lei nº 13.043/14 que

disciplinou especificamente sobre a questão tributária, apesar disso, muitos tribunais acabaram ainda sim, não aplicam o dispositivo da citada lei por acreditar que ainda que da ausência da apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários, o credor estatal. Concluímos que, o crédito tributário não fica desamparado quando do deferimento da recuperação judicial, isso porque as execuções fiscais não são suspensas durante o processo de recuperação, caso o fisco queira antecipar a satisfação de seu crédito este poderá o fazer pela via da execução individual comum, diferentemente dos demais credores que não poderão executar o devedor na via comum.

Neste enquadramento, cabe aclarar que caso a CND fosse documento indispensável para concessão de recuperação judicial e o empresário-devedor não apresentasse e tivesse como consequência a convolação em falência, restaria o fisco em posição desfavorável em relação à categoria de recebimento e satisfação do crédito no juízo falimentar, mas poderia executar pela via individual, garantir a recuperação judicial parece ser mais benéfico para todos os integrantes da relação empresarial, já que na realidade prática o crédito tributário é que o empresário-devedor deixar de pagar primeiro quando da instauração de uma crise econômico-financeira, isso ocorre em detrimento dos altos níveis de juros, correções e alto custo de transação, nesse sentido afirma Célio Gomes dos Santos Júnior.

A experiência comum revela que empresas em situação de crise econômica financeira sempre apresentam débitos tributários. É fato notório que o empresário ou sociedade empresária utiliza uma escala de preferências numa situação de crise econômico financeira, atrasando primeiro o pagamento dos tributos, em seguida os quirografários e, por último, os direitos trabalhistas, de sorte que, na prática, não haverá devedor em recuperação que não apresente débitos fiscais (SANTOS, 2010, p. 39).

Nesse caso, se faz interessante resguardar a possibilidade de a empresa conseguir usufruir da recuperação judicial, a proteção que a legislação passada e atual concede ao crédito tributário é superior a proteção dada aos demais créditos que restam à sorte da decisão do ente fiscal. É sabido que o crédito tributário é de suma importância para o ente estatal. Apesar disso, se considerarmos que o volume das dívidas de uma empresa e os altos níveis de juros decorrentes do crédito tributário observaremos que a maior parte das dívidas do empresário-devedor se dá em relação ao crédito tributário, e aqui desconsiderado os valores decorrentes das multas, considerando especialmente a obrigação tributária.

A posição de supervalorização do crédito tributário decorre da possibilidade de recebimento em primeiro lugar, tal outorga confere posição mais vantajosa ao fisco em relação

aos demais créditos, vez que esse possui poder para vetar pontos específicos do plano de recuperação judicial, diante disso, caberia ao fisco em detrimento do princípio da preservação da empresa e da função social da empresa abrir mão de parcela de seus privilégios, nessa esteira concorda Julio Kahan Mandel.

O fisco deveria dar a sua contribuição para a recuperação da empresa, abrindo mão de seus privilégios, pois em tese a Fazenda/Governo são os maiores interessados na manutenção de uma unidade produtiva e deveriam oferecer uma maior dose de sacrifício para apoiar sua recuperação, e não o contrário (MANDEL, 2005, p. 135).

No que respeita ao acima exposto, durante a recuperação judicial o bem jurídico principal a ser tutelado e protegido é a manutenção do aparato da empresa como um todo, especialmente em respeito ao princípio da função social da empresa é manter o funcionamento desta para manutenção dos empregos que são gerados por ela. Aqui, existe a ausência dessa proteção constitucional, pois ao pensar nas execuções fiscais individuais que não são suspensas com o deferimento da recuperação judicial poderá ter atos de constrição patrimonial, tal como a penhora de bens que resultará em maior morosidade e impraticabilidade dos fundamentos que se propõe uma recuperação, restando o ativo alocado de maneira desarmoniosa.

Outro ponto a ser considerado perpassa a possibilidade de se insurgir diante de determinadas condições postas em acordo com os demais credores. O poder de vetar disposições do plano, compreende na possibilidade de alocar o ativo da empresa de acordo com as pretensões da entidade estatal, em outras palavras, a faculdade apresentada no art. 73, inciso VI da lei nº 14.112/2020 dispõe sobre a possibilidade do fisco requerer a convolação da recuperação judicial em falência mediante a sua própria vontade, o resultado de tal requerimento é a invalidação dos atos até então intentados e executados pelo empresário e administrador judicial sobre a chancela do juiz. Haveria, portanto, um receio do empresário em ter sua recuperação judicial convolada em falência em razão da insuficiência de recursos para pagamento do crédito fiscal, nesse ponto, é importante mencionar que na maioria dos casos o maior detentor de valores a serem pagos na classe de credores é a entidade tributária.

Nesse contexto, as disposições constantes no artigo em epígrafe fomentam a ineficiência do modelo de recuperação, isso porque o fisco – Fazenda Pública poderá se opor as disposições do plano de recuperação após a sua apresentação ou antecipadamente, nesse ponto, a Fazenda Pública ainda que se tenha a aprovação do plano de recuperação judicial seguindo o quórum previsto em lei, ou ainda que admitido pela via do *cram down* não sofrerá com esses impactos.

Em segundo lugar, há de se ressaltar o esquema da alocação efetiva do ativo que com a intervenção do fisco na aprovação poderá sofrer com a perda do interesse de possíveis investidores ante a chance de ocorrer a invalidade de todos esses atos, causando, dessa forma, prejuízo de investimentos no momento de promover investimentos, acarretando em desincentivo de possíveis investidores.

A lei nº 14.112/2020 que promoveu alteração do art. 10-A da lei nº 10.522/2002 no tocante a forma de parcelamento para os devedores em recuperação judicial, ofereceu formas alternativas de parcelamento e dilatou as prestações do parcelamento, passando 84 vezes para 120 vezes, entretanto, apesar de tal ampliação não se demonstra tão eficiente para o devedor, uma vez que beneficiou tão somente o fisco e não concedeu outros benefícios interessantes ao devedor em recuperação judicial, que apesar de reduzir a alíquota incidente nos meses em que decorrer o parcelamento não apresenta alta expressividade para manutenção da empresa durante a recuperação. O pano de fundo dessa discussão é o não prejuízo do crédito tributário, isto é, a proteção é relativamente a um crédito em específico da Fazenda Pública e não a manutenção da empresa em si.

O parcelamento tributário concedido pela nova legislação, especificamente na hipótese do art. 73, § 3º, há de considerar a possibilidade da empresa que tenta se recuperar não conseguir, isso ocorre porque se ao tempo do financiamento oferecido pelo ente tributário não restarem bens aptos a garantir a execução, poderá o fisco simplesmente convolar a recuperação judicial em falência, nesse ponto cabe aclarar que a hipótese em comento refere-se a art. 73, § 3º é “Considera-se substancial a liquidação quando não forem reservados bens, direitos ou projeção de fluxo de caixa futuro suficientes à manutenção da atividade econômica para fins de cumprimento de suas obrigações, facultada a realização de perícia específica para essa finalidade.(NR)” (BRASIL, 2020), dá convolação da recuperação em falência os riscos e eventuais danos não são maximizados pelo devedor-empresário.

Importa ressaltar que, existe insegurança jurídica em relação a essa forma de parcelamento, restando o empresário adequar-se às necessidades impostas pelo fisco, a espécie de financiamento que lhe é permitida em lei nesta modalidade não confere a segurança necessária para que prováveis investidores aportem recursos na empresa em processo de recuperação, sob pena de ter a falência desta decretada, restando a esses credores habilitarem o seu crédito no juízo falimentar, correndo os riscos de não conseguir receber a integralidade do investimento feito.

Similarmente à hipótese do parcelamento ser feito em mais prestações, a legislação introduziu ainda o art. 10-C na lei nº 10.522/2002, que regula a proposta da transação tributária, a legislação já previa a hipótese de parcelamento, todavia, com a positivação da lei nº 14.112/2020 como vimos anteriormente houve a introdução de novas fontes de parcelamento, desde a lei nº 11.101/2005 já se tinha a possibilidade de parcelamento específico para os devedores em recuperação judicial que poderia saldar suas dívidas frente a Fazenda Pública negociando o crédito individualmente com a própria entidade tributária fiscal.

Nesse ínterim, tal dispositivo representa uma segunda forma de parcelamento tributário, alternativamente à disposição do art. 10-A do referido diploma, apesar do dispositivo ampliar o prazo para que o devedor quite seu respectivo crédito, com redução de até setenta por cento, da leitura do escrito não se percebe a conduta ativa de cooperação da Fazenda Pública, ainda nessa seguimento, cabe dizer que ao fazer o exame de conveniência e oportunidade concede à administração pública tenha maior liberdade de ação ao proferir o seu respectivo ato, partindo do princípio que os atos proferidos pela administração pública são dotados de presunção de veracidade. No juízo de conveniência e oportunidade a administração pública possui maior possibilidade de ação, estando amparada pela discricionariedade conferida a ela por lei, ou seja, teria o empresário ou sociedade empresária sujeitos a decisão surpresa da administração pública.

Ainda sobre a hipótese levantada, caberá aos tribunais superiores rever a necessidade de se exigir as Certidões Negativas de Débitos Tributários, isso visto que, a previsão do artigo 10-C reforçou tal exigência, é manifesto que na realidade prática os tribunais vem se posicionando na dispensabilidade apresentação, no entanto caberá a análise pormenorizada da jurisprudência neste sentido, posto que não seria preciso a convolação em falência pura e simplesmente pela inobservância da regra do art. 57 da lei nº 11.101/2005.

Em suma, observa-se que a imposição dos artigos 10-A e 10-C à lei confere mais poderes ao credor fiscal, que poderá proteger seu crédito em diversas formas, tanto na espécie de parcelamento que será concedido em benefício do seu crédito, tanto na forma de decidir acerca do parcelamento já que poderá analisá-lo pela via discricionário e não vinculada. Dessa maneira, o credor tributário a partir da reforma legislativa obteve maior espaço para o recebimento de seu crédito, sendo assim, os níveis de prejuízo fiscal foram bastante reduzidos, mas em relação ao nível de colaboração desde com a empresa em recuperação é minimizado significativamente, não atendendo aos princípios básicos do direito falimentar.

4.2 A inserção do novo art. 56, § 4º no direito falimentar e a mitigação da autonomia do empresário

A incorporação do dispositivo 56, § 4º na lei nº 14.112/2020, trouxe a eventualidade de apresentação do plano de Recuperação Judicial por partes dos credores do empresário, em outros termos, a legislação que anteriormente previa tal possibilidade única e exclusivamente para o devedor agora foi ampliado, alcançando os credores. Importa destacar que, anteriormente os poderes conferidos aos credores no âmbito da Assembleia Geral de Credores e/ou do Comitê de Credores respectivamente, caso o tenha era de confeccionar em conjunto com o empresário um plano de recuperação judicial, dessa forma os esforços para editar um plano de recuperação partia não apenas da vontade individual do credor, mas dos devedores também.

Ao passo que, com a introdução do credor como legitimado para apresentação do plano quando da ausência de apresentação pelo devedor-empresário ou por outro motivo listado em lei mitiga autonomia do empresário frente o desenvolvimento de suas atividades, tal premissa se consagra na perspectiva de que os credores em conjunto poderão sozinhos editar um plano que atenda as vontades deles, credores.

Nessa circunstância, interessa recordar que o instituto da recuperação judicial visa o desenvolvimento e o restabelecimento da situação econômica da empresa, é por isso que a crise empresarial é denominada como econômico-financeira, desse jeito, a finalidade é favorecer não apenas o empresário, mas seus credores, o mercado, a órgão fiscal e trabalhadores, porém, a inovação legislativa prevê a exclusão do empresário dessa tomada de decisão quando consagrou o plano de recuperação judicial alternativo que é apresentado pelos credores do empresário-devedor, o art. 56 traz uma das hipóteses de apresentação do plano alternativo.

Art. 56 (...)

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação judicial, o administrador judicial submeterá, no ato, à votação da assembleia-geral de credores a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado plano de recuperação judicial pelos credores (BRASIL, 2020)

Existe a possibilidade de apresentação do plano de recuperação judicial alternativo em dois momentos distintos, (i) inércia do devedor; (ii) rejeição do plano apresentado. É possível que os credores rejeitem o plano apresentado pelo devedor e comunique ao juiz, lembrando que ao juiz cabe o controle de legalidade, significa dizer que não analisará as objeções dos credores ao plano apresentado pelo devedor. Na hipótese de objeção ao plano será aberto o prazo de 30 dias contados da publicação da lista de credores que é formulada pelo administrador judicial,

essa é a primeira hipótese e nesse caso se presume que o plano de recuperação já tenha sido apresentado. Entretanto, existe a possibilidade de apresentação de objeção posteriormente ao prazo de 30 dias, já que a lei assegura o prazo fatal de 60 dias para que o devedor o apresente, tal previsão consta no art. 53, parágrafo único da lei nº 11.101/2005.

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.
(BRASIL, 2005)

Apresentada as objeções em seus respectivos prazos, caberá ao juiz convocar a Assembleia Geral de Credores para que exponham suas objeções e oportunizando soluções outras não constantes no plano de recuperação apresentado pelo devedor, isto é, caberá a assembleia opinar e indicar métodos alternativos para recuperação da empresa, importa esclarecer que a Assembleia Geral de Credores será realizada com os credores que habilitados ao processo, ou seja, os credores cujos créditos estejam sujeitos ao procedimentos e que tenham direito a voz e voto, nessa oportunidade o acordo firmado entre os credores em assembleia não poderá aniquilar ou prejudicar o crédito os credores não presentes, conforme o art. 56, § 3º da lei nº 11.101/2005.

A apresentação de objeções significa que o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor não foi aceito pela classe em alguma medida precisa ser modificado, sendo assim a Assembleia Geral de Credores é convocada pelo Juiz responsável pela condução de recuperação judicial para que possam manifestar-se acerca do conteúdo do plano e assim cheguem a um denominador comum, ao juiz não cabe a análise do conteúdo da objeção, mas tão somente o controle de legalidade do ato. Havendo objeções ao plano de recuperação judicial o juiz deverá convocar a assembleia, nessa esteira traduz Amador Paes de Almeida.

Na ocorrência de objeções, o juiz convocará a assembleia geral de credores para que essa delibere sobre o plano de recuperação, devendo fazê-lo em prazo que não exceda de cento e cinquenta dias, contados do deferimento da recuperação. (ALMEIDA, 2014, p. 356).

No entanto, apesar do Juiz não possuir legitimidade para adentrar as especificidades da objeção em si, é plenamente viável o indeferimento de alguma objeção em nome do princípio da boa-fé objetiva, isto é, diante do esvaziamento da tese defendida na objeção é possível que

o juiz a indefira a objeção. Nesse espectro, a objeção detém natureza de contestação vez que requerer impugnar elemento constante no plano de recuperação, assim explica João Pedro Scalzilli.

A objeção tem caráter contestatório e pode dizer a respeito a requisitos formais ou materiais do plano. Mesmo que a LFRE não tenha expressamente disposto sobre a questão, a peça processual deve vir acompanhada da fundamentação, não podendo ser aceita objeção desmotivada ou por motivos irrelevantes. O princípio razoabilidade impõe relevância mínima na objeção apresentada pelo credor. (SCALZILLI, SPINELLI e TELLECHEA, 2018, p. 460).

De outra maneira, não havendo qualquer objeção ao plano de recuperação judicial, tem-se a presunção de que este foi admitido por todos os credores. Apesar disso, existe a remota possibilidade dos credores após a convocação da Assembleia Geral não aprovarem o plano e, nessa ocasião, os credores poderão deliberar sobre modificações do plano atual do devedor ou em caso de rejeição pela assembleia haverá a propositura do plano alternativo de recuperação judicial conforme dito antecipadamente. O poder conferido à Assembleia Geral de Credores são quatro: a) aceitação do plano de recuperação; b) rejeição; c) aprovar desde que atendidas as objeções; d) formulação do plano alternativo.

Relativamente ao formato adotado para deliberação do plano, a lei nº 14.112/2020 trouxe uma inovação e, em primeira existe a possibilidade de deliberar sobre a aceitação ou renúncia ao plano de recuperação judicial que poderá ser feita pela via remota, anteriormente não existia a possibilidade de convocação de assembleia para tomada de decisões por via alternativa que não fosse pelo sistema presencial. Contudo, a legislação em virtude do cenário atual se viu na necessidade de adotar o sistema não presencial, assim, a Assembleia Geral de Credores tradicionalmente constituída e realizada na sede da empresa na maioria dos casos poderá se fazer substituída por Termo de Adesão e todos os atos serão previamente fiscalizados pelo administrador judicial, nos termos do art. 41 da referida lei.

No caso de aceitação do plano de recuperação sem qualquer alteração, o devedor poderá providenciar a própria documentação necessária que conforme o artigo 57 da lei nº 11.101/2005 trata da apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários. Por outro lado, na hipótese de aceitação do plano de recuperação judicial com a imposição de modificações no bojo do texto será necessário o cumprimento de dois requisitos, o primeiro deles é que não se tenha prejuízo em relação ao crédito dos credores ausentes em assembleia e que o devedor expressamente admita/concorde com as modificações que foram solicitadas, feito isso, poderá

seguir para próxima fase que é a apresentação da CND, no sentido contrário à esse, quando da rejeição do plano apresentado pelo devedor, é possível que os credores apresentem o seu próprio plano, como já visto anteriormente.

Superada a discussão acerca dos poderes dos credores na Assembleia para formulação de um plano de recuperação e seus limites, passamos para as hipóteses da autonomia empresarial. É notório que, ainda que uma classe de credores não aceite o plano proposto, ainda sim esse será homologado. Esse fato ocorre em razão do que a legislação sugere como “*cram down*”, de forma simplificada, o sistema “*cram down*” visa garantir que o plano de recuperação seja homologado e posteriormente cumprido pelo devedor ainda que determinados credores não o tenham aceitado em assembleia, isso em razão do princípio da preservação da empresa, dessa forma poderá ocorrer a homologação do plano de não atingiu o quórum exigido em lei nas hipóteses do art. 58, § 1º da lei nº 14.112/2020.

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 assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei. [\(Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 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 assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

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

II - a aprovação de 3 (três) das classes de credores ou, caso haja somente 3 (três) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 2 (duas) das classes ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, sempre nos termos do art. 45 desta Lei; [\(Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

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. (BRASIL, 2020)

É notório que o *cram down* possibilita a aprovação do plano com quórum inferior ao previsto em lei, ou seja, se tem um sistema mais simplificado e com modificação do quórum para aprovação, todavia, algumas premissas são preservadas aqui, não é possível tratar de maneira diferente os credores é o que entende o § 2º do artigo 58 da lei nº 11.101/2020 no que tange esse ponto é importante dizer que, o juiz poderá admitir o plano de recuperação desde que atendidos os requisitos listados anteriormente nos art. 58, §1º e § 2º e art. 45 da referida lei,

não se tratando de uma faculdade, mas de uma imposição legal, conforme esclarece Eduardo Secchi Munhoz.

O *cram down* da lei brasileira, ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém fundamentalmente o poder de decisão com a assembléia geral de credores, quase que estabelecendo um quórum alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45; não se abre nenhuma margem para a apreciação pelo juiz da situação econômico-financeira concreta do devedor e do eventual abuso verificado no voto de rejeição do plano manifestado por uma determinada classe. Em outras palavras, o art. 58, § 1.º, acaba por criar um quórum alternativo para a aprovação do plano pela assembléia geral, além daquele previsto no art. 45. (...) A interpretação sistemática da Lei leva a concluir que, estando presentes os requisitos previstos nos incisos I a III do § 1.º e no § 2.º do art. 58, o juiz não poderá deixar de conceder a recuperação, superando, portanto, o veto apresentado por uma classe de credores. (MUNHOZ, 2005, p. 277).

Ultrapassada a consoante do *cram down* onde existe a possibilidade de submissão e admissão do plano de recuperação judicial ainda que com a negativa por parte de uma ou mais classe de credores, analisaremos a hipótese de rejeição do plano e apresentação do plano de recuperação cuja hipótese encontra-se no artigo 56, §4º da lei nº 14.112/2020, o direito dos credores em apresentar um plano alternativo decorre da legislação vigente, no entanto, não ocorre de forma imediata quando da rejeição do plano proposto pelo devedor.

Em vista disso, é preciso seguir os mesmos passos do plano de recuperação tradicional, isto é, a Assembleia Geral de Credores precisa manifestar-se no sentido positivo, dessa forma, os credores votarão sobre tal oportunidade, a votação ocorre pelo valor do crédito, de outra maneira, é considerado o valor do crédito individual de cada credor, importa lembrar que o quórum é de maioria absoluta. Nesse caso, poderá ocorrer a hipótese de que um único credor possua mais de 2/3 e será plenamente possível que esse credor rejeite o plano de recuperação acarretando, conseqüente, a hipótese de falência, ora a hipótese de edição de novo plano, assim afirma André Santa Cruz.

De acordo com o § 5º, “a concessão do prazo que se refere o § 4º deste artigo deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade dos créditos presentes à assembleia-geral de credores”. Portanto, a rejeição do plano de recuperação pela assembleia-geral não confere aos credores, automaticamente, a prerrogativa de apresentar plano alternativo: é preciso que a mesma assembleia geral delibere nesse sentido, em votação global, por maioria absoluta (contagem por valor do crédito, e não por cabeça). (CRUZ, 2020, p. 984)

Assim dizendo, a apresentação do plano alternativo está condicionada a limitações legais, é preciso para além da concordância do devedor a apresentação do laudo de viabilidade, nesse laudo constará basicamente a possibilidade financeira daquela empresa em ser recuperada, isso por meio de livros contábeis, balanços financeiros, entre outros. Não obstante a legislação falimentar concluir pela necessidade de aprovação do plano alternativo também pelo devedor, sendo esse um dos maiores interessados em ter o deferimento da recuperação judicial à empresa, é importante destacar que os limites e as formas de recuperação serão escolhidas pelos credores, isto é, por terceiros alheios ao desempenho da atividade econômica, podendo por sua vez causar o engessamento da atividade em razão do desconhecimento da melhor forma e técnica para alocar o ativo da empresa.

A mitigação da autonomia do empresário frente a tomada de decisão da sua empresa é reparada na situação em que a lei nº 14.112/2020 desprotege o devedor facilitando a recusa plano de recuperação por este, já que o juiz de direito não fará o controle das objeções especificamente, mas tão somente o controle de legalidade. Nessa circunstância os credores poderão recusar o plano de recuperação por questões individuais e de desagrado de uma única classe, interessa lembrar que a vontade que prevalece na recuperação judicial é a vontade coletiva e harmônica entre credores e devedores.

Nesse sentido, o credor que for detentor de mais de 2/3 créditos poderá recusar liminarmente o plano aventado pelo devedor, o que não é tão difícil em se obter se considerarmos que o crédito tributário é um dos maiores no âmbito da recuperação judicial, terá como consequência disso será: a) a falência; b) apresentação do plano alternativo. Ao se pensar na recusa do plano de recuperação por um único credor é possível constatar que a contagem por crédito poderá ser desinteressante se analisarmos o lado do devedor.

Por conseguinte, o empresário-devedor, acaba sendo encurralado ao plano que será apresentado pelos seus credores, sob pena de ter sua falência decretada no escoar do prazo de 30 dias. No âmbito da recuperação judicial, existe uma grande margem de negociação das cláusulas do plano, dessa maneira, o afastamento da participação do devedor quando da edição deste ocasiona o seu afastamento prévio do controle da empresa, já que para além disso existe a possibilidade de os credores ficarem à frente do controle desta.

O ponto central a ser compreendido perpassa a sistemática de que os credores poderão imprimir suas vantagens pessoais no plano alternativo e ocorrer o que nomeamos no Brasil

como *cram down*, mas de forma inversa, ou seja, o empresário-devedor sendo obrigado a aceitar aqueles termos, vez que para ele é mais vantajoso ter sua empresa recuperada a ser empurrada para falência. Desse jeito, colocamos em risco o principal objetivo do sistema de recuperação.

A apresentação do plano de recuperação judicial por parte dos credores deverá seguir os limites impostos pela lei, além dos requisitos indispensáveis para a sua aceitação, conforme expõe o art. 58 da citada lei. No entanto, a legislação não é clara o suficiente ao tornar possível a apresentação do plano de recuperação alternativo, isso porque algumas questões são levantadas, ainda que não se tenha a vinculação do devedor ao plano apresentado em uma das hipóteses listadas em lei o que aconteceria à sua empresa se ele não o aceitasse, acarretaria em falência, dessa forma, o legislador não previu outra solução para o devedor, partindo do preceito que a recuperação judicial é um acordo concursal, onde possibilidade de negociação é alta retira parcela de autonomia, pois incumbe ao devedor aceitar tais termos a fim de não ter sua falência decretada. Assim aduz Fábio Ulhoa Coelho.

A lei, contudo, não traz nenhuma regra explícita vinculando o devedor, à aprovação do plano alternativo pela AGC. Sendo a recuperação judicial, em essência, um acordo judicial feito entre o devedor em crise os seus credores sujeitos aos efeitos da novação recuperacional, por interpretação sistemática da lei não se pode chegar a nenhuma outra conclusão, senão de que o devedor não está vinculado ao plano de recuperação alternativo aprovado pela AGC. (...) Inexistindo a previsão legal de vinculação e levando-se em conta a natureza da recuperação judicial (criação de um ambiente negocial propício à reestruturação do passivo de um devedor em crise) e o direito constitucional da propriedade, não há como escapar: nenhum plano alternativo apresentado pelos credores vinculará o devedor, se este não concordar com os seus termos. (COELHO, 2021, p. 71-72).

A sensível questão perpassa a omissão legislativa nesse segmento, aqui o credor não teria outra saída, vez que da recusa do seu plano de recuperação, ou diante do decurso do prazo para deliberação acerca dessa outra solução não lhe é conferida, se não aceitar as condições impostas pelos devedores. Nesse caso, caberá aos tribunais superiores concluir pela possibilidade da abertura de novo *stay period*, para que nova deliberação seja feita, seria o caso mais uma vez dos tribunais superiores definir os limites e os contornos que serão dados quando da não aceitação do plano alternativo de recuperação judicial, seria hipótese de automática convalidação em falência ou seria necessária a oitiva de credores e devedores mediante novo *stay period* levando em consideração o fim em que se destina a recuperação judicial, em nome dos princípios nela consolidado. A lei aprovada no ano de 2020 já traz consigo grande margem de

interpretação legislativa, nesse caso, o desfecho dessa situação somente será vislumbrado por meio de decisões judiciais em casos concretos.

CONCLUSÃO

A recuperação judicial, em suma, é solidificada pela existência de dois princípios, o princípio da função social da empresa e o princípio da manutenção da empresa. Nesse sentido, ambos os princípios estão em pé de igualdade e justificam os motivos pelos quais o legislador pensou na eventualidade de ajudar o empresário ou a sociedade empresária que está passando por uma crise econômico-financeira a reerguer-se. Diante disso, no primeiro capítulo começamos a analisar como esse tratamento colaborativo entre credores e devedores antes da lei nº 11.101/2005, nessa concepção vimos que a legislação não concedia um protagonismo tão relevante a esfera de negociação entre as partes envolvidas, tanto é que apesar de longos 60 anos de validade muitos dos empresários não utilizam do mecanismo de Concordata e Falência por não verificarem instrumentos aptos a ajudá-los em meio à crise.

Vimos no segundo capítulo que com os avanços tecnológicos e, especialmente após a adoção da Teoria da Empresa como legitimadora de um novo paradigma aos conceitos de empresa e empresário houve a necessidade de uma legislação própria que regulamentasse os atos tidos como de empresa e exercidos pelo empresário. Nesse contexto, surge a lei nº 11.101/2005 que foi responsável até meados de 2020 por regulamentar toda a atividade empresária no Brasil, percebemos que a estruturação da Legislação Falimentar em um país não tem apenas aspectos patrimoniais no bojo das pessoas envolvidas naquela relação, mas que acarretam ora em benefício ora em prejuízo para a sociedade como um todo, isso porque a lei que trata do começo e do fim de uma empresa é capaz de ditar os rumos da economia daquele dado país.

Além disso, foi possível identificar que ainda que diante da solidez e da robustez empregada pela lei falimentar, algumas lacunas foram deixadas ao longo do tempo, lacunas que tiveram que ser suprida a partir do olhar dos Tribunais Superiores e, em especial pelo Tribunal de São Paulo solidificando uma jurisprudência concisa, principalmente, no que toca à recuperação judicial e a ampliação de prazos processuais.

Nessa hipótese, a lei nº 11.101/2005, deixou de fomentar a viabilidade da recuperação para alguns empresários, na medida em que não tratava de questões sensíveis e necessárias para

que esta fosse possível, fazendo com que cada processo de recuperação judicial tivesse um destino não idêntico a depender da justiça estadual que estivesse julgando o caso. O resultado de um processo tramitado em São Paulo é um processo semelhante que tramitasse em outra cidade do Brasil poderiam ter destino diverso em razão do entendimento que foi consolidado daquele tribunal e por aqueles julgadores.

No terceiro capítulo observamos o avanço legislativo no sentido de uma nova lei de recuperação de empresas e falência, é importante lembrarmos que o novo diploma legal não revogou a legislação passada, e que em grande parte positivou o que já vinha sendo reiteradamente aplicado nos casos de recuperação judicial. Aqui, se fez necessário consolidar que o presente trabalho foi centralizado em dois pilares: O primeiro deles foi a posição de destaque que o credor tributário obteve com a aprovação da lei nº 14.112/2020, isso porque o seu crédito é protegido em três vias, a primeira delas é a ausência de suspensão das execuções fiscais durante o processo de recuperação judicial, nesse sentido, atos de constrição patrimonial poderão ser feitos reduzindo os bens sujeitos à recuperação judicial, a consequência é o ativo não ser tão bem alocado.

Ainda sobre o tema, notamos que as formas de parcelamentos que poderão ser conferidos aos devedores em recuperação judicial que não disponibilizam grandes vantagens, mas que tenta proteger o crédito fiscal, na medida em que confere uma margem maior para pagamento e a possibilidade de convolar a recuperação judicial em falência quando da não apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários, apesar da maioria dos tribunais não aplicarem a disposição constante em lei, o entendimento é específicos de turmas de alguns tribunais, ou seja, não se trata de uma questão superada no âmbito da legislação, essa discussão voltou com a inserção de tal previsão na lei nº 14.112/2020.

Diante disso, visualiza-se a impossibilidade de empreender novos meios de recuperação, diante de tal possibilidade poderá intimidar possíveis investidores, já que será possível que o fisco anule todos os atos feitos até então, com a finalidade de proteger exclusivamente seu crédito, nesse ponto, é considerável que o ente tributário não colabora com os demais credores, tampouco com o credor, vez que não à abertura dos privilégios que lhe foram conferidos e que se fortificaram na lei nº 14.112/2020.

No tocante ao segundo pilar de sustentação do presente trabalho toca a possibilidade de apresentação do plano de recuperação judicial ser apresentado pelos credores do devedor-

empresário, a quem afirme que tal previsão já era facultada na lei nº 11.101/2005, mas ao longo da pesquisa percebemos que tal previsão é melhor tratada na lei nº 14.112/2020, isso porque além de um rol específico regulamentando o tema, existe ainda que forma discreta os limites que esse plano alternativo deverá seguir diante da sua edição.

Da leitura do capítulo terceiro, é observado a supressão da autonomia do empresário que fica à disposição dos credores, às possibilidades de apresentação do plano de recuperação alternativo são basicamente em dois momentos (i) rejeição do plano apresentado pelo devedor; (ii) abuso do prazo de *stay period* sem deliberação acerca deste. Ou seja, os poderes dos credores no âmbito da Assembleia Geral de Credores foram ampliados e com isso houve a supressão da autonomia do empresário, já que o Juiz de Direito da Vara Falimentar fará tão somente o controle de legalidade do plano, os credores poderão deliberar pela rejeição deste sem a intervenção do juiz.

Partindo do ponto que há credores que possuem a maior parte dos créditos esse poderá facilmente atingir o quórum necessário para aprovação de novo plano e assim o aprová-lo e, posteriormente, encurralar o devedor para que o aceite também, isso porque é melhor para ambas as partes terem o deferimento da recuperação judicial a ter a convalidação em falência.

Com isso, concluímos que ao longo dos anos a lei de recuperação de empresas e falências vem sendo modificada em razão dos avanços da sociedade e vem sendo aprimorada em razão de tais novas demandas, contudo, alguns dos erros feitos nas duas últimas legislações foram trazidas para lei nº 14.112/2020, ainda existem questões que não foram regulamentadas de forma clara e específica e que serão debatidas no âmbito dos tribunais e, mais uma vez, serão necessários que os tribunais superiores consolidou jurisprudência acerca do tema para que seja replicado em situações iguais ou similares.

No entanto, é de se reconhecer os avanços que houve entre o período de Concordata e o período atual e que a reformulação das formas de recuperação e dos meios de acesso ao crédito trazem maior possibilidade para que possíveis investidores possam ter a confiabilidade de retorno do saldo que está sendo aportado naquela dada empresa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Márcio Luiz. **Empresa: recuperação e liquidação na nova lei de falência**. Florianópolis: Habitus, 2006.

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27ª Edição: Saraiva, 2014.

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. v. 1. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, **Decreto-lei nº 5.452**, de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> acessado dia 17.11.2021.

BRASIL, **Decreto-lei nº 7.661**, de 21 de junho de 1945. Lei de falências. 1945. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm> acessado dia 17.11.2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> acessado dia 17.11.2021.

BRASIL, **Lei 11.101/05**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm acessado dia 17.11.2021.

BRASIL, **Lei 14.112/2020**, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência

do empresário e da sociedade empresária. 2020 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm> acessado dia 17.11.2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 188/2020**, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus. 2020 Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>> acessado dia 17.11.2021.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime de Insolvência Empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 14ª ed. São Paulo: RT, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. Salvador: Juspodivm, volume único. 2021.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial: Coleção Sinopse para Concursos**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm. 2021.

LEMONS JUNIOR, Eloy Pereira. **Empresa e função social**. Curitiba: Juruá, 2019 apud JUNIOR, JONATHAN MACHADO. A função social e a recuperação da empresa. Fortaleza, 2011.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª edição, 1999. Da Recuperação da Empresa – No Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano, CERZETTI, Sheila C. Neder. **Dez anos da Lei n.º 11.101/2005 - Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo. Ed. Almedina Brasil, 2015.

MANDEL, Julio Kahan. Das disposições comuns. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (org.) **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação judicial**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: Falência e recuperação de empresas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MASSOLI, Vitor Biccas. **Função Social da Empresa: Aspectos Relevantes**. In: XXIV Congresso Nacional do Conpedi - UFMG/Fumec/Dom Helder Câmara - Autonomia Privada, Regulação E Estratégia. Florianópolis, P.454-469, 2015. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/h0yx9ly1/Jgu7U1umFoz688Io.pdf>>. Acesso em 21.10.2021.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Volume VIII, 1947.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do Procedimento de Recuperação Judicial. In: SOUZA JUNIOR, F. S.; PITOMBO, A. S. A. de M. (coord). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. CARACTERÍSTICAS E DESTINAÇÃO LEGAL: quadro-resumo. In: NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Empresarial: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falência**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

POZZO, Emerson Luís Dal. **Paradigmas da função social da empresa em crise: da função social à função socioeconômica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, Volume II, 13ª edição, 1992.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de Recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. **Dos efeitos da falência sobre os créditos tributários**. 2010. Dissertação (Mestrado)- Curso de Mestrado em Direito Empresarial das Faculdades Milton Campos, Belo Horizonte, 2010.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SIQUEIRA, Felipe. GONÇALVES, Oksandro. **A recuperação judicial do empresário rural: uma análise de julgado do STJ segundo a teoria dos custos de transação**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23.

SOUTO JÚNIOR, Carlos. **Nova lei de recuperação de empresas (Lei nº 11.101/2005)**. Alguns aspectos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 1096, 2 jul. 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. São Paulo: Método, 2013.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.