

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

MIGUEL ANGELO DURÇO VIEIRA CINTRA

**PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA: crítica à jurisprudência de
assistencialismo ao devedor**

Juiz de Fora

2021

MIGUEL ANGELO DURÇO VIEIRA CINTRA

PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA: crítica à jurisprudência de assistencialismo ao devedor

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como pré-requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito na área de Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Karol Araújo Durço.

Juiz de Fora

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO**MIGUEL ANGELO DURÇO VIEIRA CINTRA****PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA: crítica à jurisprudência de assistencialismo ao devedor**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Civil sob orientação do Prof. Dr. Karol Araújo Durço.

Orientador: Prof. Dr. Karol Araújo Durço
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Fabrício de Souza Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora.

PARECER DA BANCA

- APROVADO
 REPROVADO

Juiz de Fora, ____ de ____ de 2021.

RESUMO

Este trabalho aborda as mudanças principiológicas introduzidas no direito concursal brasileiro pela Lei 11.101/2005 e a forma como foram recepcionadas pelos tribunais. Faz-se uma análise do novo instituto introduzido pela Lei, a recuperação judicial, ressaltando os avanços proporcionados por ele se comparado à antiga concordata, especialmente no que diz respeito à preservação das empresas quando ocorre a insolvência da pessoa que as explora. Após, é sugerido que haja cautela por parte do intérprete da Lei quando do estudo dessa inovação, já que tem se tornado comum uma supervalorização da recuperação judicial e uma confusão entre ela e a ideia de preservar as empresas. Em seguida, busca-se demonstrar que a falência também é um mecanismo bastante eficiente na preservação das empresas. Por fim, são analisadas decisões judiciais que vão em sentido contrário à Lei por motivo da confusão entre recuperação judicial e preservação da empresa. O trabalho é concluído sugerindo aos aplicadores da Lei que superem as confusões apontadas entre certos conceitos, bem como a visão pejorativa que ainda recai sobre o instituto da falência.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Falência. Preservação da Empresa. Lei 11.101/2005. Decisões Judiciais.

ABSTRACT

This paper approaches the modifications of the principles introduced to the Brazilian insolvency and creditor rights legal system by the Federal Law no. 11.101/2005, and the way these modifications have been received by the courts. It analyzes the new legal mechanism of business reorganization, emphasizing the advances it represents if compared to the old reorganization system, especially in regards to the preservation of the company when the insolvency of its personification occurs. Then, it is suggested that the law interpreters must have some caution in the studies around this innovation, since it is becoming common the misconception between the procedure of business reorganization and the preservation of the company itself. After that, the paper seeks to demonstrate that the liquidation procedure is also a very efficient mechanism to preserve the company value. Lastly, some judicial decisions against the law are analyzed, and their foundation in the misconception between the preservation and reorganization of the company. The paper concludes suggesting to Law applicators the surpass of some misconceptions that were appointed, and also the negative view that surrounds the liquidation procedure.

Keywords: Business reorganization. Bankruptcy. Preservation of the company. Federal Law 11.101/2005. Judicial decisions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 A Recuperação Judicial.....	07
3 A Função Social da Empresa.....	09
4 Além da Recuperação Judicial.....	11
5 A Preservação da Empresa na Falência.....	15
6 Princípio da Preservação da Empresa em Juízo.....	21
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	31
8 REFERÊNCIAS.....	33

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 11.101/2005, o direito concursal brasileiro foi severamente alterado, tanto em suas regras e procedimentos como em sua estrutura principiológica. Nas próximas páginas, algumas dessas mudanças serão exploradas, com especial foco no princípio da preservação da empresa, mas passando pela proteção ao interesse dos credores, pela separação entre empresa e empresário, bem como pela proteção ao crédito.

O trabalho começa com uma breve análise dessa nova forma de se ver a insolvência, que se tornou comum ao redor do mundo no início do milênio, especialmente depois da publicação pelo banco mundial do *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*, em 2001. A partir daí, chega-se à conclusão de que essa alteração de paradigma com relação à legislação anterior tem reunido, ao longo dos anos de vigência da nova Lei, interpretações exageradas ou equivocadas por parte dos seus aplicadores.

Enquanto o novo procedimento, que é a recuperação judicial, tem sido priorizado e aplicado muitas vezes de forma contrária à Lei, a alteração dos princípios relacionados à falência tem sido ignorada. A pedra fundamental dessa problemática é a confusão entre preservação da empresa e recuperação judicial.

Será defendido, então, que a recuperação judicial é, ao lado da falência, um mecanismo para preservar a empresa quando sua personificação enfrenta grave crise financeira, e por isso não devem ser confundidos meio e fim. Ambos os procedimentos podem de forma igualmente eficaz promover a preservação da empresa, mesmo que o façam sob diferentes enfoques, já que na recuperação judicial há a manutenção da titularidade pelo devedor, e na falência tudo é liquidado.

Por fim são eleitas decisões judiciais para exemplificar o objeto de crítica do trabalho, propondo em seguida que o princípio da preservação da empresa não seja confundido com a aplicação da recuperação judicial a qualquer custo, e que a falência não seja mais vista de forma pejorativa pelos aplicadores da Lei, de modo que ambos os procedimentos sejam entendidos como alternativas válidas e eficientes de se promover a preservação da empresa.

O trabalho se justifica, portanto, na tentativa de contribuir para a aplicação mais eficiente e racional dos mecanismos legais atualmente disponíveis na matéria de insolvência empresarial e para um ambiente de maior segurança jurídica.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei 11.101/2005, conhecida como Lei de Recuperação Judicial e Falências, revogou, como consta em seu art. 192, o Decreto-Lei Nº 7.661, de 21 de junho de 1945, visando a substituí-lo. Com o advento da nova Lei em 2005, o ordenamento jurídico brasileiro passou a propiciar um novo mecanismo para lidarmos com a insolvência do empresário e da sociedade empresária: a recuperação judicial.

Esse instituto veio para, em certa medida, substituir a concordata, mas trazendo maior foco em formas de, concretamente, viabilizar a manutenção e continuidade da empresa. A concordata era prevista no Decreto-Lei Nº 7.661/45, consistindo, basicamente, em um meio de postergar e reduzir o pagamento de débitos para evitar (concordata preventiva) ou suspender a falência (concordata suspensiva), mas apenas com relação aos quirografários até então existentes. Como um breve alívio, a concordata possibilitava a reunião de maior capital de giro, eventualmente viabilizando a manutenção das atividades lucrativas e, conseqüentemente, garantindo uma chance de o devedor superar a crise financeira.

Não havia preocupação com um planejamento adequado das medidas necessárias para dar eficiência à empresa, mas esperava-se que o melhor fosse feito pelos administradores com o capital liberado pela concordata. Já que estamos tratando de empresas cujos recursos são alocados de forma ineficiente, ocasionando a insolvência de sua personificação, a ausência do estudo de viabilidade e de mudanças estruturais na distribuição desses recursos dificilmente produzia efeito diverso da simples prorrogação de uma inevitável falência.

A Recuperação Judicial, por sua vez, tem como objetivo principal a efetiva superação da crise que levou à insolvência, numa perspectiva duradoura que permita a continuidade das atividades do devedor, como se vê no art. 47 da Lei 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.

Para atingir esse objetivo, é praticada uma sequência de atos no sentido de dar eficiência à organização das atividades e à alocação dos recursos disponíveis, como alteração na gestão, novação das obrigações em termos viáveis, venda parcial de bens, dentre outras

previstas ou não no art. 50 da referida Lei. Não se trata, portanto, de um simples alívio para oportunizar eventualmente a recuperação, como na antiga concordata, pois o processo é voltado a traçar e executar uma estratégia individualizada com chance plausível de alcançar esse objetivo. Sobre este tema, Rubens Approbato Machado (2005, p. 166):

O plano deve permitir que a empresa tenha condições de melhorar sua rentabilidade e a capacidade de geração de caixa, para possibilitar a continuidade das operações e volte a operar normalmente, após o cumprimento das providências previstas. Ou seja, o plano não é apenas um conjunto de ações de curto prazo para dar uma sobrevida à empresa, mas, sim, um planejamento de reestruturação sustentado.

O processo de recuperação judicial é dividido em três fases. A primeira fase, que é a postulatória, começa com o requerimento do credor e termina com a decisão que defere ou não o processamento da recuperação judicial; a segunda fase, deliberativa, começa com o deferimento do processamento e termina com a aprovação do plano pelos credores; a terceira, onde se executa o plano, começa com sua aprovação e termina com a sentença que reconhece o cumprimento das obrigações estabelecidas.

Logo na fase inicial da recuperação judicial, conforme art. 51 da Lei 11.101/2005, o requerente deve expor as causas do pedido de recuperação, as causas da crise financeira que levou à insolvência, juntar as demonstrações contábeis referentes aos três últimos exercícios sociais, contando com balanço patrimonial, demonstração de resultados e relatório do fluxo de capital com sua projeção futura. Preenchidos os requisitos e apresentada a documentação como elencado no mencionado art. 51, o devedor deve apresentar seu plano de recuperação no prazo de sessenta dias, como se vê mais adiante no art. 53, sob pena de convalidação em falência. Nesse plano, o devedor deve descrever de modo detalhado os meios que serão adotados para promover o soerguimento financeiro, demonstrar a viabilidade da recuperação e apresentar um laudo de avaliação dos ativos.

Logo no início, então, o procedimento já está preocupado em reunir informações que possibilitem a compreensão detalhada das causas da insolvência e da viabilidade ou não de tornar novamente lucrativa a empresa. Se o objetivo do instituto é a superação da crise, não há dúvidas que a recuperação judicial se mostrou um enorme avanço se comparada à concordata, tendo em vista que existe uma real preocupação com a possibilidade e com os meios para alcançar esse objetivo.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O grande foco dado à preservação da empresa advém de certo consenso no sentido de que sua existência é benéfica às pessoas e à comunidade ao redor, pois gera renda para os trabalhadores e suas famílias, produz riqueza e alimenta o Estado a partir do pagamento de tributos. Os benefícios trazidos à comunidade e ao Estado pela exploração de empresas pelos indivíduos é o que se convencionou chamar de sua função social. Atender à função social da empresa é o grande objetivo daqueles que a exploram, pois assim estariam atendendo simultaneamente aos diversos interesses envolvidos nesta operação, inclusive os seus próprios.

Segundo Gladston Mamede (2010, p. 08):

[...] não se pode jamais descurar 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.

Para cumprir esse papel denominado função social, porém, é necessário que a atividade seja lucrativa, de modo que a riqueza gerada seja convertida em lucro para os investidores, prestadores de serviços e fornecedores, em salários para os trabalhadores, em desenvolvimento social e tecnológico para a comunidade, melhoria da qualidade de vida, etc.

Empresários ou sociedades empresárias insolventes são, portanto, incapazes de dar cumprimento à função social da empresa que exercem, pois não produzem a riqueza necessária para atender a esse fim, mas, do contrário, consomem os recursos que são escassos e essenciais para a vida humana e para o desenvolvimento econômico. A recuperação judicial vem para evitar que uma crise temporária ou circunstancial destrua todo o esforço que foi necessário para a organização da empresa, e possibilitar ao insolvente uma nova chance de gerar riquezas e dar cumprimento à função social da empresa ao invés de vê-la liquidada.

Assim, a inovação trazida pela Lei 11.101/2005, nesse aspecto, pode ser resumida na compreensão, por parte do Estado brasileiro, de que o exercício empresarial de atividade econômica é um dos fatores que possibilita aos indivíduos o suprimento de suas necessidades

como alimentação, moradia, lazer, planejamento familiar, saúde e educação, entre outros, e que o empresário deve ser estimulado.

4. ALÉM DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Devemos evitar, porém, ao nos debruçarmos sobre esse tema, entender que o sucesso do plano de recuperação judicial é um objetivo soberano da Lei 11.101/2005, e que deve ser atingido a qualquer custo quando se verifica a insolvência do empresário ou da sociedade empresária.

Essa interpretação pode acontecer quando analisamos de forma muito didática as inovações oriundas da modificação legal operada em 2005. Apesar de a preservação da empresa ser um dos princípios motivadores da implementação da Lei e orientadores da sua aplicação, a implementação e o sucesso de um plano de recuperação judicial não é como um fim que justifica a utilização de qualquer meio. Não há, também, uma relação de identidade entre a recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa, ou uma soberania deste “princípio” em relação a outros carreados pela Lei 11.101/2005.

Manoel Justino Bezerra Filho (2013, p. 140), por exemplo, relaciona o interesse dos credores necessariamente ao sucesso da recuperação judicial, o que não é automaticamente verdadeiro nem em situações em que fosse possível afirmar com certeza que o plano de recuperação atingiria seu objetivo. Além de sugerir que a aprovação e aplicação de um plano de recuperação judicial é objetivamente o interesse dos credores, o autor também deduz uma ordem de importância entre interesses estabelecida pela Lei 11.101/2005, figurando em primeiro lugar a manutenção da atividade, seguida dos postos de emprego e, por último, o interesse dos credores:

[...] a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades nas finalidades que diz perseguir, colocando com primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá a possibilidade de manter também o emprego dos trabalhadores. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer o ‘interesse dos credores’. Esta é a ordem de prioridade que a Lei estabeleceu.

Esse tipo de leitura é comum, e leva a entender que o interesse dos credores pode ser sacrificado se o objetivo maior de recuperar o devedor de sua crise financeira e os postos de trabalho ganhar uma chance a mais de sucesso. Não há indício, porém, de que isso seja verdade. Primeiro porque nem sempre é possível reorganizar os recursos alocados na

atividade empresarial de forma eficiente, ou seja, nem sempre a recuperação do devedor é viável. Em muitos casos a recuperação judicial seria ainda mais destrutiva, dando sobrevida a um organismo que consome mais recursos que produz, prejudicando ainda mais o interesse dos credores e da comunidade como um todo.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 115-116):

“Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas, ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem.

Francisco Satiro (2013), por sua vez, escreveu:

(...) a empresa que se pretende preservar é aquela “viável economicamente”. Não há nenhum interesse em manter-se vagando “semi-viva” no mundo dos negócios uma estrutura frágil que esteja fadada à falência. Um mecanismo eficiente de tratamento de empresas em crise irá pressupor a disponibilidade de meios de recuperação para negócios eficientes, e a liquidação rápida dos inviáveis, numa verdadeira profilaxia do mercado.

Ainda, Ecio Perin Júnior (2009, p. 124):

Em realidade, deve-se observar atentamente e valorar os riscos caso a caso, para verificar a conveniência ou não de uma intervenção de fato na empresa em crise. Isso porque alguns interventos equivocados de “salvamento” da empresa em crise, ineficiente e obsoleta, podem gerar custos sociais ainda maiores e desproporcionais, que significarão a manutenção das condições de dificuldade econômico-financeira dessa empresa.

Em segundo lugar porque, mesmo sendo possível de algum modo reerguer o devedor de sua crise, é impossível que isso seja calculado e objetivamente demonstrado, devido à infinita quantidade de variáveis envolvidas. Ninguém pode afirmar com certeza que determinado plano de recuperação terá êxito, de modo que decidir por sua implementação é apostar com fundamento numa percepção subjetiva da realidade apresentada.

É por isso que a Lei 11.101/2005 atribui a decisão de aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação exclusivamente aos credores. São eles os mais afetados pela implementação do processo de recuperação judicial, e que têm efetivamente algo a perder, pois já prestaram serviços ou negociaram de forma onerosa com o devedor; a coletividade, na pior das hipóteses, deixará de ganhar.

Portanto, por mais promissor e atrativo que seja o plano, o juiz não poderá escolher por sua aplicação no lugar da assembleia-geral de credores. Se e como serão colocadas em prática medidas para evitar a falência, somente essa assembleia deliberativa pode decidir.

Não há também, na Lei, a noção de um interesse objetivo dos credores de um empresário ou sociedade empresária em situação de insolvência. Assim, a decisão dos credores também não está, legal ou idealmente, vinculada à ideia de recuperação. Ou seja, não é previsto na Lei 11.101/2005 um mecanismo para desconsideração de voto em razão de ser contrário à ideia de recuperação do devedor e, também, não há justificativa teórica para que tal dispositivo existisse. O interesse que os credores defendem na assembleia é subjetivo, podendo variar muito em cada um dos grupos ou em cada credor tido individualmente, e nada deslegitima esse fato, nem mesmo o princípio da preservação da empresa, como ensina SATIRO (2013):

O credor tem direito de preferir a falência à recuperação judicial do devedor sem que isso importe em desqualificação da sua manifestação de vontade através do voto na AGC. A inconveniência da manutenção de créditos de difícil solução por longo período; as condições de pagamento, não obstante objetivamente interessantes, podem estar em desacordo com as políticas praticadas pelo credor e contaminar futuros negócios; o custo de acompanhamento da recuperação judicial pode não justificar os correspondentes benefícios; em suma, não são poucos os argumentos legítimos para que um credor, de boa fé, vote contra a aprovação de um plano de recuperação judicial.

A dedução das prioridades da Lei 11.101/2005 é feita por FILHO (2013, p. 140) a partir da ordem em que estão redigidos os objetivos da recuperação judicial no art. 47. Essa ordem, porém, não decorre de preferência ou de prioridade, mas da simples impossibilidade material de escrever as palavras umas por cima das outras. Quando o art. 47 diz:

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.

Está pressuposto que a assembleia de credores já manifestou seu interesse na implementação do plano, com o processamento da recuperação judicial. Como dito acima, e também nos termos dos artigos 56, §8º e 58-A da Lei 11.101/2005, fosse outra a deliberação da assembleia de credores, nem ao menos deveria haver recuperação judicial, e isso esvaziaria de sentido falar em seus objetivos.

O atendimento ao interesse dos credores também é um dos princípios do direito concursal brasileiro, e não é inferior ou submetido ao princípio da preservação da empresa; o atendimento de um não prejudica o outro, pois não são excludentes.

A Lei 11.101/2005 conjuga vários interesses em seu texto, e possui outros meios além da recuperação judicial para promover, quando possível, a preservação da empresa. Apesar disso, é comum que esse procedimento implementado mais recentemente seja considerado o único meio para atingir o objetivo de preservar a empresa.

Isso decorre também da confusão entre empresário e empresa, bem como de certa visão pejorativa que recai sobre a falência. A falência já existia há muito no direito brasileiro, mas foi fundamentalmente alterada pela 11.101/2005. Atualmente ela visa, assim como a recuperação judicial, a preservar a empresa e simultaneamente a atender ao interesse dos credores.

No próximo tópico, separa-se o conceito de empresário e empresa para, em seguida, demonstrar indícios de que a preservação da empresa é um objetivo também da falência, e que pode ser promovida nesse procedimento com a mesma eficácia que na recuperação judicial.

5. A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA

O empresário é, nos termos do art. 966 do Código Civil, aquele que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. Se o empresário é quem exerce a empresa, esta, por sua vez, deve ser a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Daí decorre a enorme diferença entre preservar a empresa e recuperar o devedor que a exerce de uma crise financeira.

Vale deixar claro, nesse ponto, que a recuperação do devedor de sua crise deve sim ser buscada sempre que possível, e também ressaltar que a decisão acerca dessa possibilidade é sempre da assembleia-geral de credores. Não obstante, o princípio do qual tanto se fala e que dá fundamento a todo o direito concursal brasileiro é o da preservação da empresa, não do devedor. O empresário ou a sociedade empresária são peças fundamentais na produção de riquezas, e devem ser estimulados, mas devedores específicos não são o foco de proteção da Lei 11.101/2005.

Se o foco da Lei é, então, a preservação da empresa, e não necessariamente a recuperação da crise financeira do devedor, como dar cumprimento a esse princípio?

O exercício da atividade pelo empresário se dá a partir da organização de fatores de produção, tais como maquinário, mão de obra, tecnologia, estabelecimento de logística, técnicas e outros. Não é possível, portanto, dissociar a empresa dos bens materiais ou imateriais que estão organizados com essa finalidade de produzir ou fazer circular bens ou serviços.

Um dos maiores objetivos da Lei 11.101/2005 é dar uma destinação adequada a esse conjunto de bens e de contratos correlacionados (que somados formam a empresa), de modo que a insolvência da pessoa que os explora não signifique a perda do valor agregado decorrente dessa pré-organização, e que aqueles recursos rápida e eficientemente possam ser realocados de forma lucrativa no mercado, seja pela reorganização ou pela liquidação. Dessa maneira é que a Lei busca verdadeiramente a preservação da empresa.

No Brasil, a reorganização se dá pela recuperação judicial, quando os credores aprovam um plano de recuperação. Quando os credores não aprovam ou quando não há interesse por parte do devedor em propor um plano, dá-se a falência. Não há, porém, uma

relação de antagonismo ou preferência entre os dois procedimentos, mas, na verdade, tratam-se de dois mecanismos para atingir o mesmo fim.

Existe uma série de indícios de que a falência passou a ser, com o advento da Lei 11.101/2005, assim como a recuperação judicial, um mecanismo para preservar a utilidade econômica dos bens materiais e imateriais alocados em certa empresa que se tornou ou se mostrou ineficiente, seja a partir da simples alteração da sua titularidade ou da reorganização desses recursos de modo que possam gerar riqueza e, portanto, cumprir com sua função social. Mais recentemente, esse foco da falência na preservação da empresa foi evidenciado ainda mais devido às alterações implementadas pela Lei 14.112/2020, como se expõe logo à frente.

Apesar de não ser absoluto, único ou superior aos seus pares, e de não se confundir o com o princípio da recuperação do devedor a qualquer custo, é evidente que o princípio da preservação da empresa é um dos fundamentos da Lei 11.101/2005, e deve ser buscado, na medida do possível, seja na liquidação ou na reorganização da empresa. Um dos indícios mais evidentes desse fato está na eleição de princípios e objetivos de ambos os procedimentos.

Assim como o mencionado art. 47 da Lei 11.101/2005, que elenca os objetivos da recuperação judicial incluindo a preservação da empresa e a manutenção da fonte produtora entre eles, o art. 75, que tem o mesmo caráter principiológico com relação à falência, demonstra semelhante preocupação preservacionista. Para o tema aqui abordado, merecem destaque os incisos I e II do art. 75, bem como seu parágrafo 2º, com redação dada pela recente publicada Lei 14.112/2020, que em diversos dispositivos reforça a intenção de preservar, na liquidação, a organização dos bens explorados pelo devedor:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:

I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa;

II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e

III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

§ 1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia.

Fica evidente que não se trata apenas de um processo de liquidação para satisfação dos credores em concurso, pois existe uma enorme preocupação com a realocação dos ativos na economia, de modo que sua destinação produtiva tenha continuidade através de outro empresário ou sociedade empresária. Fazendo isso, além de atender ao princípio da preservação da empresa, será também potencializado o valor do ativo em favor dos credores. Neste sentido, Sérgio Campinho (2010, p. 304):

Deflui do artigo 75 da Lei a visão da preservação, otimização e utilização produtiva dos bens, ativos e recursos - financeiros, econômicos e de pessoal -, inclusive os intangíveis que se encontram dispostos no exercício da empresa.

Esses objetivos são cumpridos através da forma que a Lei indica para a realização do ativo. Vejamos, por exemplo, a prioridade de alienação em bloco do ativo, conforme estabelecido no art. 140 da Lei 11.101/2005:

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

- I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;
- II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;
- III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;
- IV – alienação dos bens individualmente considerados.

A ordem de preferência estabelecida no art. 140 prevê que os bens devem ser alienados de modo a preservar ao máximo a organização produtiva preexistente, seja de maneira integral ou por sub unidades produtivas nas quais os bens se relacionam entre si com

certa finalidade produtiva (estabelecimentos). A prioridade máxima é a venda unitária de toda a empresa, pois assim se preservaria ao máximo a organização preexistente, e, em seguida, de estabelecimentos, caindo até quando só for possível a venda dos bens isoladamente.

Esse critério dá preferência, portanto, à manutenção da organização e da atividade a que estão afetados os bens e à reincorporação dessas unidades de produção na economia.

O objetivo maior continua sendo, porém, atender à maior quantidade possível de créditos. Para atender a esse objetivo, o procedimento legal busca maximizar o valor do ativo do devedor, através de formas eficientes de alienação, o que concomitantemente resultará numa maior taxa de preservação da empresa (sempre que materialmente possível).

Enquanto maior o valor obtido pela realização do ativo, mais credores serão alcançados e mais perto de integralmente quitados os créditos chegarão. Manter os conjuntos de bens relacionados entre si na produção ou distribuição de bens preserva o valor agregado por essa organização e potencializa o retorno que será obtido pela venda, já que assim são cortados os custos que um eventual comprador teria para montar novamente toda a unidade produtiva e a logística de lucro. Ao mesmo tempo, e por consequência, a realocação desses recursos no mercado é promovida com maior eficiência, dando continuidade à sua destinação empresarial, mesmo que pelas mãos de outro agente econômico.

Em situações em que seja viável, por exemplo, realizar a alienação de toda a empresa em bloco único, a preservação da empresa é promovida na falência com eficiência máxima, assim como se um excelente plano de recuperação judicial tivesse sido aplicado com sucesso. A única diferença seria a titularidade da empresa, mas, como dito, não estamos a tratar de um princípio da recuperação da crise financeira do devedor, mas da preservação da empresa.

Tal situação pode acontecer quando a viabilidade econômica da empresa é muito evidente (a ponto de encontrar-se compradores do bloco único), mas não há interesse por parte dos credores no plano oferecido, ou acordo com relação à modificação de seus termos, ou ainda quando a causa da ineficiência está diretamente ligada ao empresário. Não existiria, nessas situações, indicativo algum de prioridade da recuperação judicial para promover a preservação da empresa, até porque a falência se prestaria a papel idêntico.

Por isso, a separação entre empresa e empresário deve estar tão clara na mente do intérprete quanto o real sentido do princípio da preservação da empresa.

A recuperação judicial é um mecanismo de reorganização da empresa que mantém sua titularidade intocada em boa proporção (não necessariamente na totalidade, já

que a alienação de alguns bens ou estabelecimentos pode ser uma das estratégias previstas no plano), enquanto a falência, através da venda em bloco, pode alcançar objetivo idêntico, mas com alteração da titularidade.

Nesse sentido, Marlon Tomazette (2011, p. 265) ensina que, na falência, *“não se busca apenas a eliminação de empresas arruinadas, mas sim a otimização dos recursos produtivos com a possível continuação da atividade com outros sujeitos”*.

Em apoio a essa estratégia de realização do ativo em blocos encontramos a continuação provisória das atividades do devedor, prevista no art. 99, inciso XI da Lei 11.101/2005, que é planejada e realizada caso a caso. Ela é concebida para manter o funcionamento de toda a empresa ou de estabelecimentos específicos. Dessa forma, busca-se preservar a unidade organizacional de bens com potencial lucrativo, facilitando a venda em bloco e preservando ainda mais o valor agregado, já que possibilita a venda de um estabelecimento em pleno funcionamento. Para atender ao interesse dos credores, tenta-se preservar o valor agregado dos estabelecimentos a partir da manutenção da sua organização ativa, e, deste modo, acaba-se por manter a destinação produtiva dos bens alocados na empresa, preservando-a.

Além disso, a continuação provisória das atividades facilita a manutenção de contratos estratégicos para a unidade produtiva em questão, o que pode promover ainda mais a preservação do valor enquanto garante também o interesse de trabalhadores.

Existe um concurso interno entre os créditos extraconcursais, como se vê no artigo 84 da Lei 11.101/2005, e, agora, com a nova redação dada pela Lei 14.112/2020, as obrigações decorrentes da continuação provisória das atividades é uma das prioridades elencadas logo no inciso I-A do artigo.

Ainda nesta linha temos a venda imediata dos ativos, como previsto nos artigos 75, §2º e 139, excelente inovação com relação ao antigo Decreto Lei nº 7.661/45, que não possibilitava o início da avaliação e alienação ordinária dos bens antes da formação do quadro de credores. Devido às dificuldades e aos riscos advindos da continuação provisória das atividades, tal como o agravamento da situação do passivo e os prejuízos decorrentes da demora, como a deterioração, a Lei 11.101/2005 possibilita que a alienação seja feita o mais rápido possível. Isso também acaba por promover maior conservação do valor desses ativos e a preservação da empresa na medida em que eles são reincorporados na economia com presteza.

Com a venda em bloco, a continuação provisória das atividades e a venda imediata dos ativos, a preservação da empresa pode ser, na falência, a mesma que se daria com a recuperação judicial. A diferença significativa seria com relação ao devedor, seja empresário ou sociedade empresária, que necessariamente é afastado da titularidade da empresa na falência, enquanto a regra para a recuperação judicial é o contrário, geralmente mantendo-se o devedor como titular de grande parte ou da totalidade da empresa.

Se a preservação máxima possível será alcançada ou não, os fatores mais determinantes serão externos ao procedimento adotado (se de reorganização ou de liquidação) e à atuação do juiz; terão ligação com a realidade circunstancial da empresa, dos bens afetados a ela, das condições do mercado, e até mesmo do desempenho do administrador judicial, dos credores e do devedor. O direito concursal deve apenas oferecer os mecanismos necessários para alcançar esse objetivo caso os fatores externos possibilitem a preservação.

Através dos meios escolhidos para realizar o ativo no procedimento de liquidação, portanto, a legislação brasileira promove, por uma consequência lógica, a maximização da redistribuição dos recursos da empresa no mercado, de modo que sejam novamente alocados eficientemente na produção e circulação de riquezas, mantendo, tanto quanto possível, a organização preexistente dos bens e do feixe de contratos aliado a essa cadeia produtiva. É através desses métodos que se promove a preservação da empresa também na falência.

Dessa forma, se os credores decidirem pela inviabilidade do plano de recuperação ou, mesmo que o aprovem, se ele não obtiver sucesso e houver a convolação da recuperação judicial em falência, ainda não há prejuízo ao princípio da preservação da empresa, que pode ser atendido na falência com a mesma eficácia que na recuperação judicial.

6. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM JUÍZO

Não obstante o que foi dito até agora, é muito comum encontrar não somente posições doutrinárias, mas decisões judiciais confundindo o significado do princípio da preservação da empresa com a recuperação judicial a qualquer custo, o que decorre de certa confusão entre empresa e empresário, bem como da ideia de que na falência não se promove a preservação.

Nessas decisões, os órgãos jurisdicionais forçam a aprovação e aplicação do plano de recuperação judicial em nome do princípio da preservação da empresa, ignorando ou relativizando normas legais muito claras em sentido contrário. Há também aquelas que ignoram ou relativizam garantias e direitos conferidos a credores pela Lei sob o mesmo pretexto de promover a preservação da empresa, enquanto estão, na verdade, buscando um sucesso artificial do plano de recuperação implementado.

No Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por exemplo, encontra-se um caso no qual não foi obtido o quórum de aprovação na assembleia de credores nos termos do artigo 45 ou 56-A da Lei 11.101/2005 ou o quórum alternativo previsto no art. 58, §1º (comumente comparado ao *cram down* do direito americano), mas os órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instância forçadamente aprovaram sua aplicação, sob o argumento de que “*Cumpre ao juiz da recuperação promover a fiscalização do feito, bem como analisar de forma integrada o plano recuperacional aprovado, em busca da preservação da empresa, com a conservação da fonte produtora e estimulação da atividade econômica*”.

O requisito para aprovação previsto no art. 58, §1º, inciso III da Lei 11.101/2005 foi conscientemente ignorado em nome de promover a preservação da empresa, quando, na verdade, o que se estava promovendo era o processamento da recuperação judicial ao custo do interesse dos credores.

Como já dito, é impossível fazer um juízo objetivo da viabilidade do devedor em crise recuperar-se financeiramente, motivo pelo qual a Lei 11.101/2005 atribuiu o poder de decisão a respeito da aprovação, modificação ou rejeição do plano aos credores, que são os mais afetados por ele.

É uma decisão que eles podem e devem tomar de acordo com seus interesses individuais, independentemente deles coincidirem ou não com a ideia de recuperação do devedor, e isso de maneira alguma prejudica a preservação da empresa. O controle realizado

pelo juiz quanto à aprovação do plano é exclusivamente a respeito da legalidade do ato, não podendo adentrar no mérito do que motivou ou deveria motivar os credores em seus votos. Não há nenhuma análise sobre ilegalidade do voto na decisão, ou abuso do direito, mas o simples fato de ter o credor ido contra a aprovação do plano foi considerado algo inadmissível, um abuso da minoria, como se vê neste outro trecho do julgado:

Como se vê, a rejeição do plano por classe composta por um único credor implicaria, sempre, no afastamento da recuperação e na convalidação em falência, o que não pode ser admitido, especialmente tendo-se em vista a interpretação sistemática da norma em referência.

Não há de se admitir, portanto, e de acordo com o entendimento desta Câmara Reservada, o abuso da minoria, de modo que o Tribunal referenda a r. decisão recorrida e que concedeu a recuperação judicial da agravada, devendo-se proceder, neste momento, à análise das demais teses do recorrente.

Oriundo de agravo de instrumento julgado também pelo TJSP, há um Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e interposto pelo Banco do Brasil S/A em face de decisão interlocutória que deferiu o processamento do plano mesmo depois de reconhecer que não estavam presentes os requisitos legais de quórum para a aprovação, compelindo o credor a ter seus créditos transformados em ações da devedora. O Recurso Especial recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.

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

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

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

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

6. Recurso especial não provido.

(STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.337.989 - SP (2011/0269578-5), Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado: 08/05/2018).

No mesmo sentido, destaca-se o Agravo de Instrumento nº 1.0290.15.000902-2/036, oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que manteve decisão de primeira instância homologando plano de recuperação judicial sob os seguintes argumentos:

(...) os quóruns previstos na Lei de Recuperação Judicial para a aprovação do plano de recuperação judicial não devem ser vistos de forma absoluta em homenagem aos princípios da viabilidade da empresa e da preservação da atividade empresarial.

O órgão julgador afirma que a decisão da assembleia geral não deve ser considerada quando colocada diante dos "*princípios da viabilidade da empresa e da preservação da atividade empresarial*", mas, como já dito, entender que o soerguimento é viável é uma atribuição exclusiva dos credores. Apesar da decisão ser subjetiva, e de ser materialmente impossível qualquer demonstração cabal de viabilidade da recuperação (além de os credores não estarem obrigados a desejar a recuperação), a 2ª Câmara Cível considerou que, ao invés da votação em assembleia como prevê a Lei 11.101/2005, seria necessário que o credor comprovasse a inviabilidade do soerguimento para que o plano fosse rejeitado e houvesse a convolação em falência:

(...) inexistindo indícios de inviabilidade da manutenção da atividade produtiva e dos interesses trabalhistas, fiscais e de crédito da recorrida, revela-se incabível a convalidação da recuperação judicial em falência.

Pelo que se extrai do acórdão, o credor que agravou a decisão interlocutória de primeira instância argumentou, dentre outras teses, que o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor era muito ruim, e até mesmo ilegal, devido ao extenso prazo fixado para pagamento, ausência de correção monetária e percentual de juros muito baixo.

Se observa, então, que o credor teve de adentrar em um assunto que de maneira alguma deveria ser analisado pelo órgão julgador, pois, como já dito, o mérito da decisão de votar a favor ou contra é de ordem subjetiva, e só diz respeito ao credor (a menos que a própria razão seja ilegal, o que não estava em discussão no caso). Apesar de não existir mecanismo na Lei 11.101/2005 que autorize o juiz a adentrar nos motivos pelos quais o credor não deseja a aprovação do plano de recuperação judicial, neste agravo de instrumento foi decidido que eles não eram lícitos diante da necessidade de soerguimento da sociedade empresária devedora:

Relativamente aos juros e correção monetária, o recorrente asseverou que no plano de recuperação judicial não há previsão de correção monetária, bem como os juros legais previstos foram fixados abaixo do disposto na norma legal, o que poderia gerar o enriquecimento ilícito da agravada. Entretanto, todas as cláusulas contidas no plano de recuperação judicial, inclusive aquela que diz respeito aos juros e correção monetária visam o soerguimento da sociedade empresária.

Outra decisão oriunda da 2ª Câmara Cível do TJMG que se destaca é relacionada ao prazo para apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor. Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, o artigo 6º da Lei 11.101/2005 determina a suspensão da prescrição das obrigações sujeitas à recuperação, a suspensão das execuções que estejam em curso contra o devedor, e a proibição de qualquer forma de constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor com relação a obrigações que se sujeitem à recuperação judicial.

Os efeitos do deferimento da recuperação judicial são graves para os credores, especialmente se considerarmos que não há segurança jurídica com relação aos créditos que não se sujeitam à recuperação, visto que as exceções previstas em Lei são frequentemente

afastadas em nome da “preservação da empresa”. O artigo 6º também prevê, em seu §4º que o prazo de duração desses efeitos é de 180 dias, prorrogáveis por igual período, totalizando possivelmente 1 ano de, em resumo, o congelamento das obrigações do devedor.

Esse é o chamado *stay period*, que, apesar de ter fortes consequências, possibilita ao devedor algo como aquele breve alívio que era gerado pela concordata. Nesse período, devido à gravidade de suas consequências e como vários atos devem ser nele praticados, espera-se velocidade e eficiência. Não é à toa que o devedor deve apresentar seu plano no prazo improrrogável de sessenta dias a contar do deferimento do processamento da recuperação judicial. Esse prazo está previsto no artigo 53 da Lei 11.101/2005, que é extremamente claro ao estabelecer a impossibilidade de prorrogação, pois a partir daí os credores deverão avaliar se aprovam rejeitam ou modificam o plano, e por que a assembleia geral de credores não pode ser marcada para mais de cento e cinquenta dias do deferimento da recuperação judicial (art. 56, §1º da Lei 11.101/2005).

Não obstante, no agravo de instrumento nº 1.0000.16.058650-9/003 encontra-se um exemplo de decisão judicial relativizando a expressa improrrogabilidade do prazo para apresentação do plano pelo devedor, em linha argumentativa muito similar àquelas que estão sendo exibidas, como se vê no trecho transcrito abaixo:

Havendo indícios de viabilidade da manutenção da atividade produtiva e dos interesses trabalhistas, fiscais e de crédito da recorrida, revela-se incabível a convalidação da recuperação judicial em falência, em observância ao princípio da preservação da empresa.

Sobre as obrigações que não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, mencionados anteriormente, destaca-se a decisão do Tribunal de Justiça do Pará, num caso em que créditos decorrentes de contrato de adiantamento de câmbio representavam uma grande quantidade do passivo do devedor. Como essas obrigações não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial por força do artigo 49, §4º da Lei 11.101/2005, e como se tratava de uma porcentagem enorme do passivo, a viabilidade do soerguimento era altamente questionável.

O caminho natural seria, portanto, a liquidação eficiente do ativo a partir dos métodos mencionados anteriormente, de modo que a empresa fosse preservada ao máximo nesse processo. Foi decidido, porém, que as obrigações decorrentes do adiantamento de

câmbio deveriam sujeitar-se à recuperação judicial, sob o argumento de que existiria um conflito material entre os artigos 47 e 49, §4º da Lei 11.101/2005.

Já no conflito de competência 145.027/SC, oriundo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Superior Tribunal de Justiça desconsiderou que créditos constituídos após o requerimento da recuperação judicial não se sujeitam aos seus efeitos, e decidiu que o juízo competente para decidir sobre a execução de créditos trabalhistas posteriores ao pedido do devedor era o juízo da recuperação. Vejamos a ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO TRABALHISTA. PROSSEGUIMENTO. ATOS DE CONSTRIÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. No caso de deferimento da recuperação judicial, a competência da Justiça do Trabalho se limita à apuração do respectivo crédito (processo de conhecimento), sendo vedada a prática, pelo citado Juízo, de qualquer ato que comprometa o patrimônio da empresa em recuperação (procedimento de execução).

2. Classificam-se como extraconcursais os créditos de obrigações que se originaram após o deferimento do processamento da recuperação, prevalecendo estes sobre os créditos concursais, de acordo com os arts. 83 e 84 da Lei nº 11.101/2005.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, como forma de preservar tanto o direito creditório quanto a viabilidade do plano de recuperação judicial, a execução de créditos trabalhistas constituídos depois do pedido de recuperação judicial deve prosseguir no Juízo universal.

4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Blumenau/SC.

(Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 145.027/SC. Segunda Seção. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 24 de agosto de 2016. Publicado em 31 de agosto de 2016)

Além de mais uma vez verificar-se a confusão entre interesse dos credores e processamento de uma recuperação judicial, há uma verdadeira negativa de vigência do artigo 49 da Lei 11.101/2005 em nome da *“viabilidade do plano de recuperação judicial”*.

A não sujeição de créditos constituídos depois do pedido aos efeitos da recuperação judicial se dá, principalmente, para reduzir o desestímulo à manutenção ou formação de relações com o devedor em recuperação judicial, que naturalmente advém da situação incerta e da possibilidade iminente de ser decretada a falência. Dessa maneira, o devedor ainda tem chances de conseguir crédito, de manter relações com fornecedores, prestadores de serviços, bem como de praticar outros negócios que são necessários à

manutenção das atividades. Fosse de outra forma, a situação econômica e jurídica do devedor seria o suficiente para, independentemente da ineficiência que levou à crise em primeiro lugar, inviabilizar a continuidade e lucratividade da empresa. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 191):

Os credores cujos créditos se constituírem depois de o devedor ter ingressado em juízo com o pedido de recuperação judicial estão absolutamente excluídos dos efeitos deste. Quer dizer, não poderão ter os seus créditos alterados ou novados pelo Plano de Recuperação Judicial. Aliás, esses credores, por terem contribuído com a tentativa de reerguimento da empresa em crise, terão seus créditos reclassificados para cima, em caso de falência (art. 67) (...).

Os fundamentos para a exclusão de cada categoria de credor dos efeitos da recuperação judicial variam. Os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos porque, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso a nenhum crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação.

Da mesma forma se dá com a mão de obra, de modo que o art. 49 visa a evitar desincentivos aos trabalhadores de que precise o devedor para manter suas atividades. Sob o argumento de possibilitar o sucesso do plano de recuperação judicial, o STJ desconsiderou uma regra que visa exatamente a este objetivo, além de deixar de observar o princípio da proteção aos trabalhadores e da segurança jurídica.

No último exemplo fica muito evidente o que está sendo sugerido neste trabalho, pois o efeito da decisão é exatamente o oposto daquele visado, mas, em todos os casos expostos até então, a desconsideração ou flexibilização de regra clara do texto da Lei sob o pretexto de fazer valer o princípio da preservação da empresa só fez, na verdade, prejudicar ou ir em sentido contrário a ele. As decisões foram confirmadas em primeira, segunda instância e no Superior Tribunal de Justiça, e todos esses órgãos jurisdicionais utilizaram-se de fundamentos muito parecidos, que envolvem as confusões mencionadas ao longo do trabalho entre a preservação da empresa e a recuperação judicial acima de tudo ou a superação da crise do devedor.

Um último caso que se considera interessante mencionar é o da recuperação judicial do Grupo Oi, em processamento perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, envolvendo também os créditos não sujeitos à recuperação judicial nos termos do artigo 49, “caput” da Lei 11.101/2005. Devido à grande quantidade de créditos dessa natureza

e ao receio de que isso inviabilizasse o sucesso do plano de recuperação, o TJRJ publicou, a pedido da 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, o Aviso nº 37/2018, que visava a submeter todos os créditos extraconcursais ao seguinte procedimento:

Os processos que tiverem por objeto créditos extraconcursais devem prosseguir até a liquidação do valor do crédito. Com o crédito líquido, e após o trânsito em julgado de eventual impugnação ou embargos, o Juízo de origem expedirá ofício ao Juízo da Recuperação Judicial comunicando a necessidade de pagamento do crédito. 4. O Juízo da Recuperação, com o apoio direto do Administrador Judicial, o Escritório de Advocacia Arnoldo Wald, receberá os ofícios e os organizará por ordem cronológica de recebimento, comunicando, na sequência, às Recuperandas para efetuarem os depósitos judiciais. 4.1. A lista com a ordem cronológica de recebimento dos ofícios e autorização para efetivação dos depósitos judiciais ficará à disposição para consulta pública no site oficial do Administrador Judicial www.recuperacaojudicialoi.com.br, sendo dispensável a solicitação dessa informação ao Juízo da Recuperação. 5. Os depósitos judiciais dos créditos extraconcursais serão efetuados diretamente pelas Recuperandas nos autos de origem, até o limite de 4 milhões mensais, de acordo com a planilha apresentada pelo Administrador Judicial. Os processos originários deverão ser mantidos ativos, aguardando o pagamento do crédito pelas Recuperandas. 6. Esse procedimento pretende viabilizar tanto a quitação progressiva dos créditos extraconcursais, quanto a manutenção das atividades empresariais e o cumprimento de todas as obrigações previstas no Plano de Recuperação Judicial.

Esses credores que, segundo a Lei 11.101/2005, teriam o direito de prosseguir normalmente com suas execuções obedecendo somente às restrições ordinárias impostas pela Lei civil, de repente se viram obrigados a aguardar em uma fila de pagamento limitado a certo montante mensal. A quantidade de ofícios recebidos era tão grande que inviabilizou a manutenção do procedimento, o que nos leva ao motivo desse exemplo ter sido escolhido. Em 2020 foi publicado pelo TJRJ o Aviso 78/2020, modificando o procedimento para pagamento de créditos constituídos após o deferimento do processamento da recuperação judicial, indicando contas bancárias para que fosse feita penhora pelos juízos competentes até um certo limite. Alcançado esse limite, o juízo competente para a execução do crédito e o juízo onde está sendo processada a recuperação judicial devem interagir para que seja indicado um bem para a satisfação da obrigação sem prejudicar a viabilidade do plano.

Apesar dos fundamentos da decisão gravitarem em torno da dificuldade material e logística que estava sendo enfrentada pela referida Vara Empresarial para dar cumprimento ao procedimento anteriormente elegido, o novo aviso atende aos ditames da Lei 11.101/2005. Os

direitos e as garantias dos credores deixaram de ser reduzidos, de modo que a execução procede normalmente no juízo competente, mas estabeleceu-se uma lógica de cooperação jurisdicional nos termos dos artigos 67, 68 e 69 do Código de Processo Civil.

Como se demonstrou ao longo deste capítulo, as pequenas confusões conceituais e principiológicas envolvendo o direito concursal crescem e se acumulam a ponto de gerar uma série de decisões judiciais que caminham em direção absolutamente contrária à Lei 11.101/2005.

Pequenos desvios acumulados acabaram por resultar num quadro geral cada vez mais estranho às regras e princípios legais envolvendo a matéria. Na verdade, já é possível se falar em um direito concursal próprio dos tribunais e estranho à Lei 11.101/2005, com toda uma principiológica própria, onde a falência é um mal a ser evitado, vigorando os princípios da preservação do devedor e da recuperação judicial a todo custo.

Nessa série exemplificativa de julgados é possível observar a forte tendência de desconsideração de regras dispostas claramente na Lei 11.101/2005 em nome de promover a recuperação judicial ou dar a ela mais chances de sucesso, a partir de argumentos que sugerem a correspondência desse procedimento com a preservação da empresa e com o atendimento aos princípios da Lei, quando, na verdade, tanto a preservação da empresa pode ser alcançada na falência como existem outros princípios importantes que foram considerados pelo legislador no momento da confecção da Lei.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O foco dado pela Lei 11.101/2005 ao princípio da preservação da empresa é inegável, tratando-se certamente de um dos mais importantes ditames a ser seguido no processo concursal, seja na liquidação ou na reorganização. A Lei 14.112/2020 veio para reforçar ainda mais essa ideia, introduzindo um mecanismo de propositura de plano de recuperação judicial pelos credores, uma nova lista de princípios para a falência no art. 75, nova ordem de pagamento de credores concursais e também entre os extraconcursais.

Não obstante, o princípio da preservação da empresa não pode ser interpretado como um princípio da prioridade da recuperação judicial, ou da persecução de sucesso de um plano de recuperação a qualquer custo. A preservação é promovida a partir da conservação da organização da empresa exercida pelo devedor, dos contratos estratégicos que se relacionam com a cadeia produtiva, e do valor agregado por esse conjunto sinérgico já existente.

Percebe-se algumas correntes de pensamento tendentes a entender, porém, que é o processamento de uma recuperação judicial o fator determinante para se verificar a preservação da empresa, mesmo que não haja indícios apontando nesse sentido. O processo de insolvência deve ser visto como um processo único, independentemente se a solução encontrada será a liquidação ou a reorganização do ativo, pois em ambos os casos os principais objetivos a serem alcançados serão o atendimento do interesse dos credores e a preservação da empresa. Por isso, os intérpretes e aplicadores da Lei, especialmente nos tribunais, devem evitar promover, em nome da aplicação e do sucesso da recuperação judicial, a supressão de direitos e garantias de credores, a modificação de procedimento ou outros mecanismos pré-definidos pelo legislador.

A legislação em vigência foi obtida a partir da ponderação e conjunção dos interesses e princípios envolvidos no direito concursal, e isso seguindo os preceitos democráticos de representação e legitimidade, a partir de legisladores eleitos pelo povo. Essa maneira de agir não aprimora a legislação, mas perverte seu sentido; não reduz as perdas econômicas decorrentes da insolvência e não incentiva a preservação de empresas, mas gera um ambiente de insegurança jurídica que é prejudicial até mesmo para empreendimentos que teoricamente poderiam ser saudáveis. Sugere-se, então, que os aplicadores da Lei 11.101/2005 se atenham mais ao texto legal, o que, a partir de uma separação mais clara entre o conceito

de empresário e empresa, bem como da superação de concepções antiquadas do processo falimentar, se revelariam mais eficientes na busca pela preservação da empresa.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 06/07/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 05/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 05/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art69>. Acesso em: 05/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm>. Acesso em: 05/05/2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Conflito de Competência nº 145.027/SC. Segunda Seção. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 24 de agosto de 2016. Publicado em 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600128510&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 06/07/2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.337.989/SP (2011/0269578-5), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma: 08/05/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&te>

rmo=201102695785&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 06/07/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.058650-9/003, Relator: Des. Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/09/2017, publicação:21/09/2017. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=10&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=recupera%E7%E3o%20judicial%20art.%2053&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em 08/07/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0290.15.000902-2/036, Relator: Des. Caetano Levi Lopes, Órgão Julgador: 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 21/08/2018, data de publicação: 31/08/2018 <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=12&totalLinhas=22&paginaNumero=12&linhasPorPagina=1&palavras=prazo%20apresenta%E7%E3o%20plano%20recupera%E7%E3o%20judicial&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em 07/07/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2017379-32.2014.8.26.0000, Relator: Des. Enio Zuliani, Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 11/09/2014, data de Publicação: 18/09/2014 Disponível em <

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Pará**. Acórdão nº 96.498, Agravo de Instrumento 2011.02975299-57 (0000005-09.2010.8.14.0028), Relatora: Des. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO, julgado pela 5ª Câmara Cível Isolada em 07/04/2011, Data de Publicação: 15/04/2011. Disponível em <http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=cache:s9SOd5EkkmwJ:177.125.100.71/acordao/20110297529957+2011.02975299-57&proxystylesheet=consultas&ie=UTF-8&client=consultas&site=jurisprudencia&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8> Acesso em 06/07/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. **Aviso nº 37**. 2018. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/4782087/23-05-2018.pdf>> Acesso em 09/07/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. **Aviso nº 78**. 2020. Disponível em <<https://recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2020/10/AVISO-TJ-78-2020.pdf>> Acesso em 09/07/2021

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa - o novo regime de insolvência empresarial**. 5ª edição, São Paulo: Renovar, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

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

MAC NICOL, Donald; MURCHED, Badih Sanna. Plano de recuperação. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova Lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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

PERIN JÚNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SATIRO, Francisco. **Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial** in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge;

GUERREIRO, Carolina Tavares. Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. Quartier Latin, São Paulo, 2013. Disponível em <https://www.researchgate.net/profile/Francisco-Satiro/publication/283503466_Autonomia_dos_credores_na_aprovacao_do_plano_de_Recuperacao_Judicial/links/563b8fa708ae45b5d286915e/Autonomia-dos-credores-na-aprovacao-do-plano-de-Recuperacao-Judicial.pdf>. Acesso em 06/07/2021.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Vol. 3, São Paulo: Atlas, 2011.

WORLD BANK. *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*. 2001. Disponível em <<https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/936851468152703005/the-world-bank-principles-and-guidelines-for-effective-insolvency-and-creditor-rights-systems>> Acesso em 09/07/2021.