

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
GLÁUCIA VIEIRA FÉLIX**

**O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A EXIGÊNCIA DE
CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO COMO ENTRAVE BUROCRÁTICO
À RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Nova Lima

2014
GLÁUCIA VIEIRA FÉLIX

**O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A EXIGÊNCIA DE
CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO COMO ENTRAVE BUROCRÁTICO À
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Doutor André Mendes
Moreira

Nova Lima
2014

F316 p FÉLIX, Gláucia Vieira
O princípio da preservação da empresa e a exigência de certidão negativa de débito como entrave burocrático à recuperação judicial./ Gláucia Vieira Félix – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2014.

114 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. André Mendes Moreira

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Referências: f. 111 - 117

1. Princípio da preservação da empresa. 2. Certidão negativa de débitos. 3. Reflexos econômicos. 4. Direito e economia. I. Moreira, André Mendes. II. Faculdade de Direito Milton Campos III. Título

CDU 347.736 (043)



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*O Princípio da Preservação da Empresa e a exigência de Certidão Negativa de Débito como entrave burocrático à Recuperação Judicial*” elaborada por **Gláucia Vieira Félix**, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, 31 de outubro de 2014

Alameda da Serra, 61, Vila da Serra - Nova Lima - CEP 34000-000 - Minas Gerais -Brasil. Tel/Fax (31) 3289-1900

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, o meu Senhor. A Ele dedico tudo o que sou e tudo o que um dia serei. Pelo cuidado e pelas bênçãos sem fim sobre mim derramadas.

Ao meu esposo Felipe, por tanto amor e tanto apoio para que eu pudesse crescer e aperfeiçoar meus caminhos profissionais. Por me dar forças quando precisei e por entender os momentos de ausência nesse momento tão importante da minha vida.

Ao Professor Doutor André Mendes Moreira por seus ensinamentos, pela disposição e pela constante ajuda, tonando possível e real a concretização desse sonho.

Aos meus pais, irmãos e amigos por estarem ao meu lado em todos os momentos da minha vida.

*Tudo o que está no plano da realidade, já foi
sonho um dia.*

Leonardo da Vinci

RESUMO

A sociedade atual está cada vez mais atenta aos reflexos que os institutos jurídicos produzem e como o organismo social pode ser afetado pelo agir legislativo. Como resposta a esses anseios sociais é que o instituto da recuperação judicial foi criado sob o pilar do Princípio da Preservação da Empresa, o que possibilitaria, não só a manutenção da fonte produtora, mas também dos postos de trabalho e da geração de renda e riquezas. No entanto, na contramão de seus princípios orientadores, a Lei 11.101/2005 determinou ao devedor o preenchimento de um requisito - prova da quitação dos débitos tributários - que o obriga ao impossível e obsta a possibilidade do restabelecimento empresarial ainda que economicamente viável. A presente dissertação tem, então, como objetivo principal investigar o alcance e os reflexos jurídicos e econômicos da exigência de Certidão Negativa de Débito como pressuposto ao deferimento da Recuperação Judicial de empresa em crise econômico-financeira. Para tanto, se procederá a postura adotada pelos Tribunais pátrios através da análise jurisprudencial; e também, uma análise de dados empíricos que demonstrem os reflexos econômicos provocados pelo indeferimento injusto e precoce da recuperação judicial, colaborando para o desenvolvimento da discussão através da interdisciplinaridade entre direito e economia.

Palavras-chave: Princípio da Preservação da Empresa. Certidão Negativa de Débitos. Reflexos Econômicos. Direito e Economia.

RESUMEN

La sociedad actual es cada vez más consciente de las consecuencias que las instituciones jurídicas producen y cómo la colectividad puede resultar afectada por el acto legislativo. En respuesta a estas expectativas sociales es que el instituto de recuperación judicial fue creado, bajo el pilar del Principio de Conservación de la actividad empresarial, lo que permitiría, no sólo, el mantenimiento de la fuente de la producción, sino también de empleo y la generación de ingresos y riqueza. Sin embargo, en contra de sus principios rectores, la Ley 11.101/2005 determina que el deudor presente un requerimiento - prueba del cumplimiento de las deudas tributarias – que le impone a lo imposible y impede la posibilidad de que el negocio se restablezca, aún económicamente viable. Esta tesis tiene, entonces, como principal objetivo, investigar el significado y las consecuencias jurídicas y económicas de la exigencia de certificado de liquidación de la deuda como un requisito previo a la aprobación de la Recuperación Judicial de empresas en crisis económica y financiera. Por lo tanto, vamos a llevar a cabo la postura tomada por los tribunales a través de la revisión judicial; y también un análisis de los datos empíricos que demuestran las consecuencias económicas causadas por la decisión denegatoria del procedimiento recuperatorio, que contribuyen al desarrollo de la discusión a través de la interdisciplinariedad entre derecho y economía.

Palabras clave: Principio de Conservación de la empresa. Certificado de Liquidación de la deuda. Reflexiones económicas. Derecho y Economía.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CIRE -	Código de Insolvência e Recuperação de Empresa
COFINS -	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CND -	Certidão Negativa de Débito
CPD-EN -	Certidão Positiva de Débito com efeitos de negativa
CSLL -	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CTN -	Código Tributário Nacional
EMBEL -	Empresa de Bebidas LTDA
ICMS -	Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal
INSS -	Instituto Nacional de Seguridade Social
IOF -	Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários
IPI -	Imposto sobre Produtos Industrializados
IPTU -	Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural
IPVA -	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IRPF -	Imposto de Renda da Pessoa Física
IRPJ -	Imposto de Renda da Pessoa Jurídica
ISSQN -	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
IVA -	Imposto sobre Valor Agregado
LC -	Lei Complementar
LREF -	Lei de Recuperação de Empresas e Falência
PIB -	Produto Interno Bruto
PIS -	Programa de Integração Social
RESP -	Recurso Especial
STF -	Supremo Tribunal Federal
STJ -	Superior Tribunal de Justiça
VASP -	Viação aérea de São Paulo S/A

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	HISTÓRICO DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA EM CRISE	15
2.1	Fundamentos da Recuperação Judicial no Direito Comparado	15
2.1.1	<i>Direito Francês</i>	16
2.1.2	<i>Direito Italiano</i>	19
2.1.3	<i>Direito Português</i>	21
2.1.4	<i>Direito Alemão</i>	25
2.1.5	<i>Direito Espanhol</i>	26
2.1.6	<i>Direito Norte-Americano</i>	31
2.2	Evolução do tratamento legislativo no Direito Brasileiro: da concordata à recuperação judicial	34
3	A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: INOVAÇÕES E IMPACTOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 11.101/2005	39
3.1	Objetivos norteadores da Recuperação Judicial de Empresas: Preservação e Função Social da Empresa	41
3.1.1	<i>Princípio da Preservação da Empresa</i>	43
3.1.2	<i>Função social da empresa</i>	46
3.2	Requisitos para o requerimento da recuperação judicial	49
3.2.1	<i>Legitimados ativos ao processamento da Recuperação Judicial</i>	51
3.2.2	<i>Plano de Recuperação Judicial</i>	53
3.3	Efeitos da recuperação judicial para o devedor	56
3.3.1	<i>Manutenção do devedor ou administradores na administração da sociedade empresária</i>	57
3.3.2	<i>Restrição à livre disposição dos bens</i>	58
3.3.3	<i>Extraconcursalidade das obrigações contraídas pelo devedor</i>	59
3.4	Efeitos da recuperação judicial para o credor	60
3.4.1	<i>Sujeição de todos os créditos, inclusive os não vencidos</i>	60
3.4.2	<i>Suspensão de ações e execuções</i>	61

3.4.3	<i>Novação dos créditos na recuperação judicial</i>	62
4	A INCOERÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DIANTE DOS PROPÓSITOS DEFINIDORES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	64
4.1	Noções introdutórias sobre a exigência de certidões fiscais	68
4.2	A exigência da CND como entrave burocrático ao deferimento da recuperação judicial	70
4.3	O papel do Poder Judiciário na consecução dos objetivos concretos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência	75
4.3.1	<i>Princípios e Regras: o uso da ponderação como método de aplicação do direito concursal</i>	78
4.3.2	<i>Precedentes judiciais: a flexibilização da exigência da CND como forma de se preservar a empresa em crise</i>	83
5	REFLEXOS ECONÔMICOS DA NÃO CONCESSÃO DE CND E DO CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	90
6	CONCLUSÃO	107
	REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 introduziu no ordenamento jurídico o instituto da Recuperação Judicial, como resposta aos anseios econômicos e sociais que permearam sua edição. A reforma da antiga Lei de Falências não era algo somente esperado pela sociedade brasileira, mas uma necessidade cogente. Isso porque, a legislação brasileira necessitava estabelecer um modelo mais *pro societate*, do que, especificamente, pró-credor, como buscava a concordata, seja ela suspensiva ou preventiva.

As mudanças significativas operadas pelo instituto da recuperação tem como principal fator um princípio que norteia a sua realização e concreção de seus objetivos - o Princípio da Preservação da Empresa. A ponderação entre princípios feita pelo legislador ordinário, quando do estabelecimento das regras da recuperação de empresas em crise, possibilitou uma mudança de paradigmas no direito concursal; privilegiando a manutenção da fonte produtiva, por meio da qual é possível manter a geração de renda e riquezas, os postos de trabalho, e a arrecadação tributária por parte das fazendas federal, estadual e municipal, uma vez que são imprescindíveis ao desenvolvimento econômico e social do Brasil.

Por este prisma principiológico foi possível perceber a empresa por seu aspecto dinâmico; ao reunir, em torno de si, interesses diversificados, cada qual com sua inerente importância, indo além dos interesses puramente empresariais, quais sejam, a lucratividade e prosperidade negocial. Os reflexos da quebra e encerramento das atividades de uma empresa com condições de se manter no mercado econômico são, a certo ponto, imensuráveis. Os credores verão seus interesses satisfeitos com a liquidação dos ativos, porém, a sociedade e o Estado suportarão seus nefastos efeitos.

Sendo a empresa economicamente viável, sua preservação impede que todo o esforço despendido, para que a atividade produtiva se tornasse organizada e lucrativa, tenha sido em vão. A consecução dos objetivos legais só será possível através da conjugação de esforços entre a deliberação dos credores e a atuação dos aplicadores do direito.

Apesar das inovações trazidas pela recuperação judicial, a Lei 11.101/2005 determinou, como requisito para o deferimento do procedimento recuperacional, a apresentação da Certidão Negativa de Débito, a fim de comprovar a inexistência de pendências fiscais para com as fazendas públicas federal, estadual e municipal.

Ocorre que, tal exigência é um grande contra-senso, dando à Lei um viés contraditório, abandonando preceitos legais construídos sob o princípio da preservação da empresa e os princípios constitucionais da ordem econômica e social, imprescindíveis à realização da justiça e do bem-estar sociais. Essa irracionalidade da Lei se perfaz no fato de que grande parte das empresas em crise possuem débitos fiscais, não disponibilizando de recursos suficientes para quitá-los em razão da crise econômico-financeira que enfrenta.

A obtenção da CND acaba por se tornar um obstáculo praticamente intransponível, seja pelas dívidas existentes, seja pelas formalidades e exigências descabidas que o devedor deve atender. Além de se colocar na via oposta à política de recuperação judicial; impedindo, diretamente, o soerguimento da empresa. Sendo assim, a exigência da CND consiste em mero entrave burocrático que, além de não levar à satisfação créditos tributários, acaba por interromper abruptamente a produção de bens e serviços, culminando na extinção de postos de trabalho e prejudicando os demais credores; distanciando-se, cada vez mais, daquilo que a sociedade objetivou com a proposta de uma nova Lei de falências e recuperação judicial.

Por este motivo, a interpretação dos dispositivos legais - Lei 11.101/2005 conjugado ao art. 191-A - não pode ser feita em sua literalidade, mas sim, por um prisma teleológico, buscando alcançar os fins propostos pelo legislador; pois, como já exposto, transmitem os anseios sociais, tendo em vista garantir a concretização dos fundamentos da República Federativa do Brasil, entre os quais, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa¹.

¹ Em rigor, não é o texto normativo que incide sobre o fato social, tornando-o jurídico. É o ser humano que, buscando fundamento de validade em norma geral e abstrata, constrói a norma jurídica individual e concreta, na sua bimebridade constitutiva, empregando, para tanto, a linguagem que o sistema estabelece como adequada, vale dizer, a linguagem competente. Instaura, desse modo, o fato e relata seus efeitos prescritivos, consubstanciados no laço obrigacional que vai atrelar os sujeitos da relação. (CARVALHO, Paulo de Barros. Obrigação tributária: definição, acepções, estrutura interna e limites conceptuais. Interesse Público, Belo Horizonte, v.10, n.49, p.211-232, maio 2008)

O presente estudo tem como objetivo proceder uma análise principiológica da Lei 11.101/05, que resguarda, como finalidade e fundamento, o Princípio da Preservação da Empresa, demonstrando a necessidade de uma interpretação jurídica que se adeque ao progresso social, a partir de uma construção discursiva do direito. Objetiva-se, ainda, evidenciar que a prevalência do interesse estatal - arrecadatário e imediatista - em detrimento do interesse social, culminará em um impacto econômico que inviabilizará resultados agregados mais elevados.

A fim de sejam alcançados os desígnios desse estudo, se procederá uma análise dos fundamentos da recuperação judicial no Direito Comparado - a partir da legislação concursal no Direito Francês, Português, Alemão, Espanhol e Norte-Americano - quanto à preservação de empresas em crise e os incentivos para que a atividade econômica seja restabelecida. E ainda, se analisará a evolução procedimento concursal brasileiro - da concordata à recuperação judicial - a partir dos princípios norteadores do instituto recuperacional.

A análise do tema-problema será realizada a partir da compreensão da exigência da CND como requisito à concessão da recuperação judicial e da postura adotada pelo Poder Judiciário a fim de relativizá-la; possibilitando à empresa em crise econômico-financeira, porém economicamente viável, seu restabelecimento, indo, diretamente, ao cerne da recuperação judicial.

Por fim, se demonstrará, através de levantamento de dados estatísticos, os reflexos econômicos que a não concessão de CND, em sede recuperacional, pode trazer a todo o organismo social; prejudicando, inclusive, a finalidade arrecadatária das fazendas públicas, com o encerramento precoce de uma empresa que ainda tenha possibilidade de se manter atuante no mercado econômico.

2 HISTÓRICO DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA EM CRISE

2.1 Fundamentos da Recuperação Judicial no Direito Comparado

O instituto da Recuperação Judicial é relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, pois só foi instituído no ano de 2005, com a edição da Lei 11.101. Esta lei demonstrou, em seu bojo, os anseios da sociedade, ao estabelecer uma solução à bancarrota das empresas, que acarreta gravíssimas conseqüências econômicas e sociais.

Entretanto, a recuperação judicial não é uma novidade no ordenamento jurídico de outros países, que preocupados com os rumos que a falência tomava, adotaram mecanismos capazes de atender aos intentos dos credores, sem, contudo, encerrar as atividades empresarias; buscando, sempre que possível, a preservação da empresa em crise.

O direito comparado buscou delinear as primeiras soluções para a insolvabilidade empresarial, sanando os débitos mediante acordo e concessão dos credores; propiciando uma composição de interesses entre os pólos da relação jurídica. Isto porque, o inadimplemento das obrigações contratuais, nem sempre, decorre da má-fé empresarial, mas sim do infortúnio negocial, o que fez nascer a necessidade de se alterar o paradigma liquidatório pelo recuperatório.

Assim, faz-se a análise do instituto da recuperação judicial, ou de institutos a ele equiparados, no ordenamento jurídico de países como França, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal e Estados Unidos.

2.1.1 Direito Francês

O procedimento aplicável à insolvência das pessoas jurídicas encontra-se regulado pela Lei n. 2.005-845 de 26 de julho de 2005 - *loi de sauvegarde des entreprises*, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2006, cujo texto prevê: procedimento de prevenção das dificuldades das empresas e os procedimentos conciliatórios; disposições relativas à recuperação; a *redressement judiciaire* (concordata); disposições relativas à liquidação judicial, às responsabilidades e sanções².

O *sauvegarde* francês se aplica a qualquer empresário ou comerciante, agricultores, artesãos, profissionais liberais - incluindo as profissões regulamentadas por lei - bem como, a qualquer pessoa jurídica de direito privado³.

Desde a edição da Lei de 22 de Outubro de 2010 e do Decreto de 3 de março de 2011, as instituições de crédito também podem se beneficiar do procedimento de salvaguarda financeira acelerada.

O procedimento concursal francês não é uno, prevendo a lei um procedimento informal de regularização e reorganização da empresa, e um outro procedimento formal. O procedimento informal consiste na regularização da situação empresarial através do denominado “acordo amigável”, que pode ser requerido pela empresa que se encontra em dificuldade econômico-financeira; sem, contudo, restar insolvente, demonstrando que ainda não cessou o adimplemento de suas obrigações contratuais.

² <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000632645#LEGIARTI0000006520410>

³ Art. 13. *La procédure de sauvegarde est applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé. Article L620-2 Code de Commerce.*

Esse acordo amigável será realizado mediante a atuação de um conciliador, nomeado pelo Presidente do Tribunal, por um período não superior a quatro meses, que pode ser prorrogado por mais um mês, mediante decisão fundamentada do magistrado. O conciliador tem como missão promover o funcionamento do negócio e buscar a concretização de um acordo com os credores⁴. Ao término do prazo, a missão do conciliador caduca automaticamente.

Para que se cumpra a finalidade do procedimento conciliatório e o acordo entre devedor e credores seja firmado, a lei determina que as ações e execuções em tramitação sejam suspensas⁵. Ainda durante o procedimento, o devedor fica impedido de realizar o pagamento das dívidas anteriores ao pedido de *sauvegarde*, bem como de dispor dos seus bens, sem prévia autorização do Presidente do Tribunal. Celebrados os acordos, são levados ao Presidente do Tribunal para homologação. Na hipótese de descumprimento dos acordos celebrados, considera-se a empresa insolvente e, conseqüentemente, passível de liquidação.

Quanto aos procedimentos formais, a legislação francesa previu a recuperação judicial e a liquidação judicial, ambos processados perante o Tribunal de Comércio; isto quando o devedor em dificuldades financeiras ou até mesmo insolvente for comerciante. Em departamentos onde não existem tais tribunais, a competência é do supremo tribunal⁶.

A liquidação judicial é aplicada quando a recuperação da empresa mostra-se inviável, devendo, ou cessar as suas atividades e realizar o ativo para pagamento do

⁴http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_fra_en.htm

⁵ Art.7. *L'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué. Article L611-10*

⁶ Art.15. *Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou est immatriculé au répertoire des métiers. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas. Article L621-2*

passivo, ou ser cedida a terceiros. Há ainda o instituto do *redressement judiciaire*⁷, que se destina a permitir a continuidade da operação da empresa, a manutenção do emprego e liquidação de obrigações, tendo em conta a cessação dos pagamentos. Visa resgatar a empresa, manter o negócio e emprego, limpando passivos. Já o procedimento de recuperação é destinado às empresas que se encontram em dificuldade econômico-financeira, mas são ainda viáveis. Tal procedimento terá início a pedido do devedor não insolvente, demonstrando o alcance da crise empresarial por que passa e sua incapacidade em superá-la, o que, conseqüentemente, acarretará a cessação dos pagamentos.

A Lei francesa, então, instituiu um novo sistema de insolvência objetivando a adequação de mecanismos preventivos e destacando o papel do ativo dos credores. Por isso, o procedimento de recuperação destina-se a facilitar a reorganização da empresa, a fim de permitir a continuidade da atividade econômica, a manutenção do emprego e a quitação de suas responsabilidades⁸.

Para que se dê início ao procedimento de recuperação é necessário que o devedor demonstre a natureza das dificuldades enfrentadas pela empresa; a razão pela qual não é capaz de superá-las sem que cessem os pagamentos; as perspectivas da recuperação, através da elaboração de um plano de recuperação, que será objeto de exame durante um período de observação, podendo prever ou a manutenção empresarial ou sua cessão.

O plano de recuperação da empresa não poderá exceder o prazo de dez anos para pagamento dos credores, que, neste procedimento, são apenas consultados. Na recuperação judicial atuam os seguintes órgãos: o administrador judicial, o representante dos credores e o comissário responsável pela execução do plano⁹.

⁷ Art. 88. *Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30. Article L631-1 Code de Commerce*

⁸ Art. 12. *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Article L620-1 Code de Commerce.*

⁹ <http://www.entreprises.cci-paris-idf.fr/web/reglementation/entreprises-en-difficulte/sauvegarde>

A recuperação, por transferência da empresa a terceiros, envolve uma proposta de aquisição, que poderá abranger todo o complexo empresarial, ou apenas alguns de seus estabelecimentos. A aceitação da proposta é feita pelo Tribunal e deve conter, entre outras informações, os contratos e demais obrigações assumidas pelos adquirentes, a forma de manutenção da empresa e o número de empregados que poderão ser demitidos¹⁰.

2.1.2 Direito Italiano

O direito concursal italiano era regulamentado pela *Legge fallimentare* - Régio Decreto nº 267, de 16 de março de 1942, que foi reformado pelo Decreto legislativo 09.01.2006 nº 5. Este decreto revogou o instituto da Administração Controlada (art. 187 a 193) e introduziu o instituto do *accordi di ristrutturazione*, unindo-o ao instituto da concordata preventiva, já devidamente instituída (art. 160 a 186).

O *accordi di ristrutturazione* é uma espécie de acordo extrajudicial de caráter preventivo, que tem por objetivo preservar a empresa em crise, evitando a decretação da falência. Nele, o devedor elaborará um plano de reestruturação de dívida - juntamente com um relatório elaborado por profissional competente -, que será apresentado e apreciado por credores que representem, no mínimo, sessenta por cento dos créditos. O referido acordo só produzirá efeitos após sua publicação e, por meio dele, a fim de assegurar seu cumprimento, o devedor poderá solicitar a

¹⁰ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000632645#LEGIARTI000006520410>

dilatação dos prazos para adimplemento das obrigações ou, ainda, o perdão total ou parcial das dívidas, podendo, até mesmo, solicitar a transferência de certos bens¹¹.

Já a concordata preventiva, tem como objetivo a apresentação, em sede judicial, de um plano de reestruturação da empresa ou dilatação do prazo para pagamento de suas obrigações. O devedor requererá a concordata perante o Tribunal onde se situa seu principal estabelecimento, que decidirá sobre a admissão do pedido de reestruturação ou sobre a decretação da falência.

O plano, unido ao relatório profissional, será, então, apresentado aos credores, devendo dele constar a forma de reestruturação da atividade e de satisfação dos créditos - venda de ativos, assunção, cessão aos credores ou outras operações extraordinárias -; a atribuição das atividades empresariais a um curador; a divisão dos credores em classes de acordo com a posição jurídica e dos interesses econômicos homogêneos; o tratamento diferenciado entre os credores pertencentes a diferentes classes¹².

Ademais, será apresentado, conjuntamente ao pedido de concordata preventiva, um relatório atualizado sobre o patrimônio, a situação econômica e

¹¹ Art. 182. *L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione (2).*

¹² Art. 160 *L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato; c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.*

financeira da empresa devedora, bem como a lista dos credores, com indicação de suas reivindicações, dos métodos e do prazo para a concretização da proposta¹³.

Deferido o pedido de concordata, a legislação italiana permite ao devedor a manutenção da administração de sua propriedade e do exercício da empresa, sob a supervisão do comissário judicial¹⁴. Além de garantir que todas as ações e execuções restarão suspensas, desde a data da publicação do plano de reestruturação até o momento da aprovação final do acordo¹⁵.

O comissário judicial, caso verifique ter o devedor ocultado ou escondido parte do negócio e, deliberadamente, deixado de informar uma ou mais reivindicações, enumerado passivos inexistentes, ou cometido outros atos de fraude, deverá comunicar imediatamente ao tribunal, que revogará a admissão do acordo, notificando o Ministério Público e os credores¹⁶.

A *legge falimentare* italiana permite, ainda, ao devedor - como forma de cumprir os desígnios da preservação da empresa em crise - a propositura de uma transação fiscal. Proporá, então, o pagamento, ainda que parcial, dos tributos administrados pelos órgãos fiscais, com exceção dos impostos que constituem

¹³ Art. 161. Il debitore deve presentare con il ricorso: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta (1). Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano

¹⁴ Art. 167 Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

¹⁵ Art. 168 Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore

¹⁶ Art. 173 Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente o messo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori.

recursos próprios da União Europeia. Quanto ao IVA (Imposto sobre Valor Agregado) e os impostos devidos e não pagos, é permitido, ao devedor, o diferimento¹⁷.

2.1.3 Direito Português

O Código de Insolvência e Recuperação de Empresa (CIRE), aprovado pelo artigo 1º do Decreto-lei n. 53/2004 - alterado recentemente pela Lei n. 66-B/2012, de 31 de dezembro - vem regular um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de devedores insolventes e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação dos interesses creditórios, pela forma prevista num plano de insolvência que, nomeadamente, se baseie na recuperação da empresa¹⁸.

Através da exposição de motivos do CIRE¹⁹, é possível ver que o governo português se preocupou, ao editá-lo, com a urgência na aprovação de medidas legislativas que minorem os efeitos de uma declaração, até mesmo precipitada, da falência de uma empresa, onde se almeja, tão somente, a liquidação dos ativos.

¹⁷ Art. 182. *Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea; con riguardo all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento. Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.*

¹⁸ Art. 1º do CIRE. O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.

¹⁹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis

A legislação portuguesa tem como objetivo, no denominado “processo de insolvência”, a satisfação, pela forma mais eficiente o possível, dos direitos dos credores. Essa satisfação pode se dar tanto pelo encerramento da empresa quanto pela manutenção da atividade, cabendo ao credor, caso decida pela manutenção, decidir se a atividade permanece em titularidade do devedor insolvente ou de terceiro.

Isso porque, “a vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais”²⁰. A decisão do credor, então, será, consoante espera o povo português, a melhor forma de realizar o interesse público, mantendo-se apenas aquelas empresas que são economicamente viáveis e expurgando do mercado aquelas que não sejam.

O sistema concursal português unificou os procedimentos de falência e recuperação empresarial, criando um único processo de insolvência²¹ que, como visto, pode tomar dois caminhos, ou o da liquidação do patrimônio ou a aprovação do plano de recuperação, posto ter se entendido que a insolvência não é sinônimo de falência, dado que, a impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas não significa, necessariamente, a inviabilidade econômica ou a irrecuperabilidade financeira da empresa.

Nesse sentido, o legislador português justificou a condição de eficácia da lei de insolvência:

Uma lei da insolvência é tanto melhor quanto mais contribuir para maximizar, *ex post*, o valor do património do devedor sem, por essa via, constituir, *ex ante*, um estímulo para um comportamento negligente. Com o intuito de promover o cumprimento do dever de apresentação à insolvência,

²⁰ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis

²¹ Art. 2º do CIRE. 1 - Podem ser objecto de processo de insolvência: a) Quaisquer pessoas singulares ou colectivas; b) A herança jacente; c) As associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais; d) As sociedades civis; e) As sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem; f) As cooperativas, antes do registo da sua constituição; g) O estabelecimento individual de responsabilidade limitada; h) Quaisquer outros patrimónios autónomos. 2 - Exceptuam-se do disposto no número anterior: a) As pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais; b) As empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento colectivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades.

que obriga o devedor, pessoa colectiva ou pessoa singular, titular de empresa, a requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 60 dias seguintes à data em que teve, ou devesse ter, conhecimento da situação de insolvência, estabelece-se presunção de culpa grave dos administradores, de direito ou de facto, responsáveis pelo incumprimento daquele dever, para efeitos da qualificação desta como culposa²².

Ao devedor é atribuído o dever de comunicar sua situação de insolvência dentro de sessenta dias, contados da data do conhecimento da situação, sob pena de a insolvência ser qualificada como culposa. Já ao credor, que apresentar o pedido de insolvência, a lei garantiu o benefício de classificação privilegiada de seu crédito sobre o património do devedor.

Importante ressaltar que a Lei Portuguesa, mesmo com suas alterações mais recentes, traz, em seu bojo, um modelo pró-credor, simplesmente pelo fato de estar nas mãos dos credores o poder decisório a respeito da bancarrota ou da reestruturação empresarial. Esse modelo pró-credor não significa a primazia de um procedimento meramente liquidatório, tendo em conta que, os interesses creditórios também podem ser alcançados pela manutenção da atividade produtiva.

Cabe ainda, aos credores, fixar o plano de insolvência, que será apreciado pelo juiz, por medida de controle da legalidade, a fim de se homologar o plano e alcançar os efeitos pretendidos.

A Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril introduziu no Código de Insolvência e Recuperação de Empresa o “processo especial de revitalização” das empresas em crise, previsto nos arts. 17-A a 17-I.

A finalidade desse procedimento especial é discriminada pelo art. 17-A, nos seguintes termos:

1 - O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização.

²² http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis

2 - O processo referido no número anterior pode ser utilizado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação.

Nesse processo, o devedor é identificado como aquele que não consegue cumprir pontualmente suas obrigações, ou porque não tem liquidez para saldar seus débitos ou porque não conseguiu obter crédito para isso. Esse devedor, que se encontra em dificuldade econômica-financeira, deve manifestar sua vontade de negociar com seus credores através da elaboração de um plano de recuperação da empresa; mas, para isso, é necessário que ele tenha a concordância de pelo menos um dos seus credores, por meio de uma declaração escrita²³.

Havendo a aceitação das negociações pelo tribunal competente, todas as ações propostas contra o devedor restarão suspensas até que o plano de recuperação seja homologado. A partir da aprovação e homologação desse plano, tais ações serão extintas, a não ser que o contrário esteja expressamente previsto no plano (art.17-E do CIRE).

A aprovação do plano de recuperação deverá ser unânime para que seja possível a revitalização do devedor, devendo ser, imediatamente, remetida ao juiz,

²³ Artigo 17.º-C. 1 - O processo especial de revitalização inicia-se pela manifestação de vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, por meio de declaração escrita, de encetarem negociações conducentes à revitalização daquele por meio da aprovação de um plano de recuperação. 2 - A declaração referida no número anterior deve ser assinada por todos os declarantes, da mesma constando a data da assinatura. 3 - Munido da declaração a que se referem os números anteriores, o devedor deve, de imediato, adotar os seguintes procedimentos: a) Comunicar que pretende dar início às negociações conducentes à sua recuperação ao juiz do tribunal competente para declarar a sua insolvência, devendo este nomear, de imediato, por despacho, administrador judicial provisório, aplicando-se o disposto nos artigos 32.º a 34.º, com as necessárias adaptações; b) Remeter ao tribunal cópias dos documentos elencados no n.º 1 do artigo 24.º, as quais ficam patentes na secretaria para consulta dos credores durante todo o processo. 4 - O despacho a que se refere a alínea a) do número anterior é de imediato notificado ao devedor, sendo-lhe aplicável o disposto nos artigos 37.º e 38.º

para que ele, procedendo ao juízo de admissibilidade e controle da legalidade, homologue o plano, tornando-o capaz de produzir todos os seus efeitos²⁴.

2.1.4 Direito Alemão

O direito concursal alemão, previsto no *Insolvenzordnung (InsO)*, trouxe um processo de insolvência uniforme. Por este procedimento, denominado *Regelinsolvenzverfahren*, busca-se, primordialmente, a satisfação dos direitos dos credores, através de administração, liquidação e distribuição da massa falida. Entretanto, ainda que não enfaticamente, a legislação permite o acordo entre os credores, por meio da aprovação de um plano de insolvência, a fim de que seja mantida a atividade produtiva²⁵.

O processo de insolvência regular é destinado tanto a pessoas jurídicas quanto a pessoas físicas, permitindo a essas últimas, um recomeço econômico, através do denominado *Restschuldbefreiung*, em que as dívidas, ainda por pagar, serão perdoadas após a conclusão do procedimento.

²⁴ Art.17-F 1 - Concluindo-se as negociações com a aprovação unânime de plano de recuperação conducente à revitalização do devedor, em que intervenham todos os seus credores, este deve ser assinado por todos, sendo de imediato remetido ao processo, para homologação ou recusa da mesma pelo juiz, acompanhado da documentação que comprova a sua aprovação, atestada pelo administrador judicial provisório nomeado, produzindo tal plano de recuperação, em caso de homologação, de imediato, os seus efeitos. 2 - Concluindo-se as negociações com a aprovação de plano de recuperação conducente à revitalização do devedor, sem observância do disposto no número anterior, o devedor remete o plano de recuperação aprovado ao tribunal. 3 - Considera-se aprovado o plano de recuperação que reúna a maioria dos votos prevista no n.º 1 do artigo 212.º, sendo o quórum deliberativo calculado com base nos créditos relacionados contidos na lista de créditos a que se referem os n.os 3 e 4 do artigo 17.º-D, podendo o juiz computar os créditos que tenham sido impugnados se considerar que há probabilidade séria de tais créditos deverem ser reconhecidos, caso a questão ainda não se encontre decidida. 4 - A votação efetua-se por escrito, aplicando-se-lhe o disposto no artigo 211.º com as necessárias adaptações e sendo os votos remetidos ao administrador judicial provisório, que os abre em conjunto com o devedor e elabora um documento com o resultado da votação. 5 - O juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação, nos 10 dias seguintes à receção da documentação mencionada nos números anteriores, aplicando, com as necessárias adaptações, as regras vigentes em matéria de aprovação e homologação do plano de insolvência previstas no título ix, em especial o disposto nos artigos 215.º e 216.º 6 - A decisão do juiz vincula os credores, mesmo que não hajam participado nas negociações, e é notificada, publicitada e registada pela secretaria do tribunal, nos termos dos artigos 37.º e 38.º, que emite nota com as custas do processo de homologação. 7 - Compete ao devedor suportar as custas referidas no número anterior.

²⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_ger_pt.htm

Cabe ao devedor, ou a qualquer dos credores, o requerimento do pedido de instauração de procedimento de insolvência ao Tribunal de Falências, demonstrando a incapacidade de adimplir as obrigações firmadas ou seu sobre-endividamento, caso em que, o patrimônio do devedor não é capaz de se sobrepor ao valor dos débitos existentes (§ 18, par. 2, InsO) .

Por meio desse procedimento, é dado ao devedor ou o administrador da falência, por iniciativa própria ou a pedido da assembléia geral de credores, elaborar um plano de insolvência, em que se possa vislumbrar a possibilidade de reestruturação empresarial e a consequente preservação da empresa em crise (*sanierungsplan*); ou a liquidação posterior dos ativos em razão da manutenção temporária da atividade (*liquidationsplan*); ou, por fim, a transferência, total ou parcial, do patrimônio empresarial.

Ao Tribunal de Falências não compete decidir sobre o destino da empresa em crise, uma vez que esse poder é dado á Assembleia de Credores. A ela cabe decidir sobre o fechamento ou sobre a sua continuidade - ainda que não seja na titularidade do devedor - bem como, a elaboração e apresentação de um plano de insolvência, a fim de serem satisfeitos os créditos; tal plano será previamente analisado pelo Tribunal de Falências, que deverá funcionar como mediador das negociações entre devedor e credores, para que haja acordo mediante concessões mútuas.

Ainda que o Tribunal não decida sobre o futuro empresarial do devedor, a ele compete instaurar o procedimento e nomear o administrador da falência. O administrador é a figura central do processo de insolvência regular, detendo poder administrativo e de disposição do patrimônio do devedor, formando a massa falida, a partir da qual poderão ser satisfeitos os direitos dos credores (§ 35 InsO).

Na ordem creditória, os credores da massa falida (*Massegläubiger*, v. § 53 InsO) serão os primeiros a serem contemplados. Já aqueles com crédito preferencial, não serão incluídos entre os credores da falência (§ 47, InsO).

2.1.5 Direito Espanhol

A nova Lei de Insolvência Espanhola (Lei 22/2003, de 9 de Julho de 2003), assim como visto na Lei Portuguesa e Alemã, prevê um processo uniforme, denominado concurso de *acreedores*, para situações de crise causadas pela insolvência do devedor comum, em que há latente incapacidade de cumprir obrigações anteriormente firmadas.

Consoante a exposição de motivos da *ley concursal*, a nova lei adveio de uma forte aspiração pela reforma dos institutos falimentares, que recebia fundadas críticas por suas características arcaicas e inadequadas à realidade econômica e social; pelo predomínio de determinados interesses particulares em detrimento de interesses gerais; pela violação do princípio da igualdade quando do tratamento dispensado a alguns credores; e até mesmo pela ineficiência do antigo instituto em reprimir abusos e simulações que culminavam em soluções injustas.

A nova lei espanhola, em virtude de sua flexibilidade, trouxe significativa mudança ao sistema concursal, ao permitir sua adequação a diversas situações e soluções, a fim de se alcançar o principal objetivo do instituto, qual seja, a satisfação dos direitos dos credores. Entretanto, a Lei não se preocupa apenas com a satisfação dos créditos, mas também em possibilitar a preservação e soerguimento da atividade produtiva, como se afere da própria exposição de motivos da Lei de Insolvência:

El sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Los estímulos a la solicitud de concurso voluntario, las sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitarlo y el otorgamiento al crédito del acreedor instante de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe son medidas con las que se pretende alcanzar ese objetivo.

La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución.

Os desígnios do procedimento concursal, então, podem ser alcançados através da liquidação dos ativos, ou da continuidade da atividade, com a manutenção da produção e dos postos de trabalho. A escolha entre uma dessas soluções se dará após aprovado o inventário dos ativos do devedor e a lista de credores. A manutenção da fonte produtora, somente será possível mediante a celebração de um acordo entre os intervenientes, havendo a remissão da dívida não superior a cinquenta por cento, ou a dilação dos prazos para pagamento, que não excederá a cinco anos²⁶.

A Lei espanhola traz pressupostos objetivos²⁷ e subjetivos²⁸ para a instauração do *concurso de acreedores*. Objetivamente, tem-se que o devedor deve estar em situação de crise econômico-financeira; já subjetivamente, o devedor deve ter personalidade jurídica, seja ele pessoa física ou jurídica, excluídas as entidades e os organismos governamentais²⁹.

A falência pode ser voluntária, caso em que o próprio devedor, reconhecendo sua incapacidade econômica ou a iminência dela, requererá a instauração do processo de insolvência. Será, ao revés, obrigatória, quando for requerida pelos

²⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_spa_pt.htm

²⁷ Artículo 2. Presupuesto objetivo. 1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. 3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

²⁸ Artículo 1. Presupuesto subjetivo. 1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. 2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. 3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

²⁹ La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados.

credores ou acionistas, pessoalmente responsáveis pelas dívidas da sociedade devedora³⁰.

No primeiro caso - da falência voluntária - nasce para o devedor a obrigatoriedade do pedido formal no prazo de dois meses da ciência de sua insolvência³¹. É requisito do pedido formal, a apresentação de um relatório jurídico e financeiro, um inventário de ativos e uma lista de credores, como já exposto; e, se o devedor for um comerciante, as contas anuais dos últimos três anos³². O juiz então, em juízo de admissibilidade do pedido, examinará tais documentos, a fim de comprovar a insolvência ou iminência dela, emitindo, então, a ordem de insolvência.

De forma distinta, na falência obrigatória, o juiz garante ao devedor o direito de contestar o pedido dos credores, permitindo-lhe negar os fatos alegados ou provar que a insolvência não é uma realidade latente. Caso o devedor não exerça seu direito de defesa, restará instaurado o *concurso de acreedores*³³.

O juiz competente, além impulsionar o procedimento, supervisiona as ações tomadas pelos administradores; que devem, no exercício de suas funções, fornecer informações em cooperação com o juiz, pois cabe a eles supervisionar a administração e alienação dos bens do devedor, isso quando o magistrado não retira

³⁰ Artículo 22. Concurso voluntario y concurso necesario. 1. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario. A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo. 2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.

³¹ Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

³² http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_spa_pt.htm

³³ Artículo 18. Allanamiento u oposición del deudor. 1. En el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. La misma resolución adoptará si, con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado, el deudor hubiera instado su propio concurso. 2. El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Formulada oposición por el deudor, el secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndole a éste para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria.

do devedor o poder gerencial e disposição dos ativos, entregando-os diretamente aos administradores³⁴.

Uma vez que o processo de insolvência tenha sido aberto, as execuções envolvendo bens e direitos do devedor, que foram anexos ao processo, serão suspensas e, havendo novos reforços, poderá ser iniciada; os credores devem participar do processo de insolvência, caso queiram ver seus pedidos satisfeitos. Como exceção, as execuções relativas a pessoal e assuntos administrativos, iniciados antes do processo de insolvência, poderão ser continuadas, a não ser que se relacionem com os ativos que são necessários para a continuidade das atividades empresariais ou profissionais do devedor.

Quanto à possibilidade de reestruturação da empresa em crise, a *ley concursal* concedeu ao devedor o direito de elaborar um acordo a ser apreciado pelos credores - que deverá ser aprovado por no mínimo metade dos credores quirografários - propondo o pagamento das dívidas; além de, apresentar, ainda, um

³⁴ Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor. 1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. 2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener.

Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial. 1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. 2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general. No obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado. 3. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

plano de viabilidade econômica, demonstrando sua capacidade de soergimento, a ser posteriormente homologado pelo juiz competente³⁵.

Homologado o acordo proposto, o processo de insolvência não se resolverá enquanto aquele não for, completamente, implementado. Caso não seja cumprido, nos termos aceitos pelos credores, a empresa poderá ser dissolvida.

2.1.6 Direito Norte-Americano

No direito Norte Americano, o procedimento concursal está previsto no *Bankruptcy Act* de 1898. Esse instituto foi modificado substancialmente pela edição do *Chandler Act* de 1938, especialmente quanto à reorganização empresarial,

³⁵ Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio. 1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites. 2. La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores. 3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos con la excepción del supuesto previsto en el artículo 155.4, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada. 4. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado. 5. Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

possibilitando a reformulação do caráter, predominantemente liquidatório, onde se objetivava apenas arrecadar bens do devedor, para satisfazer os créditos existentes, com a distribuição do produto da venda desses bens.

Em novembro de 1978, foi promulgada a reforma do *Bankruptcy Act*, unificando os procedimentos reorganizatórios do *Chandler Act* em seu capítulo 11, estabelecendo, assim, a *business reorganization*³⁶, que concede ao devedor a oportunidade de se reestruturar, através da elaboração de um plano de recuperação, que demonstre a capacidade do devedor em superar a situação de crise por que passa, sem que para isso tenha que cessar suas atividades e dispor de todos os seus bens.

O sistema de reorganização americano permite que o devedor permaneça na administração da empresa - *debtor in possession* - de forma limitada e condicionada por determinação judicial. Entretanto, em havendo fraude, má-fé na gestão, incompetência, ou ainda, por interesses dos credores ou do acionista, poderá ser o devedor afastado da gerência de seu patrimônio e nomeado um administrador judicial, denominado *trustee*.

O devedor pode gozar do benefício da exclusividade para apresentar sua proposta de reorganização, retirando dos credores ou acionistas a possibilidade de apresentá-la; mas, para que isso seja possível, o devedor tem o prazo de 120 dias, a contar da *order of relief*, para apresentar o plano, que deve ser aceito pelos credores.

De maneira interessante, e para garantir celeridade ao procedimento de reorganização, a legislação americana estabelece prazo para aceitação do plano, que somado ao prazo de apresentação do devedor, não ultrapassará cento e oitenta dias. O tempo gasto pelo devedor é que definirá quanto tempo a assembleia de credores terá para aprovar o plano. Sendo assim, quanto antes o devedor propuser

³⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17.

sua reorganização, maior será o prazo para que os credores, com cautela, analisem o plano e decidam por sua colaboração e, conseqüente, aprovação³⁷.

Se, contudo, findar o prazo máximo de apresentação e aceitação - ou for nomeado o administrador judicial - o devedor perderá a exclusividade, podendo qualquer credor ou acionista apresentar plano de reorganização.

Por meio do plano é possível - entre inúmeras possibilidades - que o devedor venda, total ou parcialmente, o patrimônio submetido à reorganização; ou distribua, também de forma total ou parcial, os bens para quem tenha sobre eles direito; ou

³⁷ § 1121 do U.S. Code. In verbis: "(a) The debtor may file a plan with a petition commencing a voluntary case, or at any time in a voluntary case or na involuntary case. (b) Except as otherwise provided in this section, only the debtor may file a plan until after 120 days after the date of the order for relief under this chapter. (c) Any party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may file a plan if and only if - (1) a trustee has been appointed under this chapter; (2) the debtor has not filed a plan before 120 days after the date of the order for relief under this chapter; or (3) the debtor has not filed a plan that has been accepted, before 180 days after the date of the order for relief under this chapter, by each class of claims or interests that is impaired under the plan."

ainda, proceda a alteração estatutária a fim de permitir a emissão de ações sem direito à voto³⁸.

Elaborado o plano, todas as classes de credores devem aceitá-lo para que haja homologação judicial e sejam produzidos os efeitos pretendidos. Entretanto, a lei previu a possibilidade de se ter o plano aprovado ainda que nem todas as classes o aceitem, cabendo ao juiz impor a aceitação, a fim de alcançar a melhor solução e

³⁸ (a) Notwithstanding any otherwise applicable nonbankruptcy law, a plan shall— (1) designate, subject to section 1122 of this title, classes of claims, other than claims of a kind specified in section 507 (a)(2), 507 (a)(3), or 507 (a)(8) of this title, and classes of interests; (2) specify any class of claims or interests that is not impaired under the plan; (3) specify the treatment of any class of claims or interests that is impaired under the plan; (4) provide the same treatment for each claim or interest of a particular class, unless the holder of a particular claim or interest agrees to a less favorable treatment of such particular claim or interest (5) provide adequate means for the plan's implementation, such as — (A) retention by the debtor of all or any part of the property of the estate; (B) transfer of all or any part of the property of the estate to one or more entities, whether organized before or after the confirmation of such plan; (C) merger or consolidation of the debtor with one or more persons; (D) sale of all or any part of the property of the estate, either subject to or free of any lien, or the distribution of all or any part of the property of the estate among those having an interest in such property of the estate; (E) satisfaction or modification of any lien; (F) cancellation or modification of any indenture or similar instrument; (G) curing or waiving of any default; (H) extension of a maturity date or a change in an interest rate or other term of outstanding securities; (I) amendment of the debtor's charter; or (J) issuance of securities of the debtor, or of any entity referred to in subparagraph (B) or (C) of this paragraph, for cash, for property, for existing securities, or in exchange for claims or interests, or for any other appropriate purpose; (6) provide for the inclusion in the charter of the debtor, if the debtor is a corporation, or of any corporation referred to in paragraph (5)(B) or (5)(C) of this subsection, of a provision prohibiting the issuance of nonvoting equity securities, and providing, as to the several classes of securities possessing voting power, an appropriate distribution of such power among such classes, including, in the case of any class of equity securities having a preference over another class of equity securities with respect to dividends, adequate provisions for the election of directors representing such preferred class in the event of default in the payment of such dividends; (7) contain only provisions that are consistent with the interests of creditors and equity security holders and with public policy with respect to the manner of selection of any officer, director, or trustee under the plan and any successor to such officer, director, or trustee; and (8) in a case in which the debtor is an individual, provide for the payment to creditors under the plan of all or such portion of earnings from personal services performed by the debtor after the commencement of the case or other future income of the debtor as is necessary for the execution of the plan. (b) Subject to subsection (a) of this section, a plan may— (1) impair or leave unimpaired any class of claims, secured or unsecured, or of interests; (2) subject to section 365 of this title, provide for the assumption, rejection, or assignment of any executory contract or unexpired lease of the debtor not previously rejected under such section; (3) provide for— (A) the settlement or adjustment of any claim or interest belonging to the debtor or to the estate; or (B) the retention and enforcement by the debtor, by the trustee, or by a representative of the estate appointed for such purpose, of any such claim or interest; (4) provide for the sale of all or substantially all of the property of the estate, and the distribution of the proceeds of such sale among holders of claims or interests; (5) modify the rights of holders of secured claims, other than a claim secured only by a security interest in real property that is the debtor's principal residence, or of holders of unsecured claims, or leave unaffected the rights of holders of any class of claims; and (6) include any other appropriate provision not inconsistent with the applicable provisions of this title. (c) In a case concerning an individual, a plan proposed by an entity other than the debtor may not provide for the use, sale, or lease of property exempted under section 522 of this title, unless the debtor consents to such use, sale, or lease. (d) Notwithstanding subsection (a) of this section and sections 506 (b), 1129 (a)(7), and 1129 (b) of this title, if it is proposed in a plan to cure a default the amount necessary to cure the default shall be determined in accordance with the underlying agreement and applicable nonbankruptcy law.

evitar, que motivos pessoais dos credores, impeçam a aprovação de um plano justo e realístico.

Finda a negociação do plano de reorganização, o juiz o homologará, desde que preenchidos os requisitos legais. A homologação obriga o devedor ao cumprimento das obrigações estabelecidas no plano, pondo fim a todas as anteriores a ele. O plano de reorganização, não só beneficia o devedor, mas também os credores, ao permitir-lhes, além de receber seus créditos como receberiam em caso de falência, dar continuidade às negociações com o devedor, que manterá sua atividade produtiva.

2.2 Evolução do tratamento legislativo no Direito Brasileiro: da concordata à recuperação judicial

O Decreto-Lei 7.661/45 dispunha sobre o instituto da concordata preventiva, considerada como um “favor legal”, em que o magistrado concedia ao comerciante impontual, a dilação do vencimento e/ou remissão de débitos, para solução de seu passivo quirografário, com o fim de evitar a falência; esta, por sua vez, só seria decretada se, após o vencimento dos novos prazos, o devedor não adimplisse suas obrigações para com os credores.

A concordata foi recebida pelo povo brasileiro como uma possibilidade de afastamento do fantasma da falência que assombrava os devedores comerciantes, ao buscar, tão somente, a regularização de sua situação econômica. Isto porque, a concordata impedia a decretação da falência durante sua tramitação e cumprimento.

A legislação brasileira instituiu duas espécies de concordata: uma preventiva e outra suspensiva. A preventiva - objeto comparativo desse estudo - é anterior à falência e tem como objetivo precípua evitar a bancarrota³⁹. O juízo competente para receber o pedido de concordata preventiva era o da jurisdição onde se encontrasse o principal estabelecimento do devedor, o que não se confundia com a sede do

³⁹ Art. 156 Decreto-lei 7661/45. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva.

estabelecimento, tendo em conta que as principais decisões negociais e administrativas poderiam ser tomadas em local distinto daquele registrado como sede empresarial.

Entretanto, importa ressaltar que, diferentemente da falência, não havia um juízo universal de concordata, onde seria possível atrair a competência dos demais processos em curso contra o devedor. A lei apenas estabelecia a suspensão das ações que tivessem por objeto os créditos sujeitos à concordata. Rubens Requião⁴⁰ assenta que “(...) não se pode falar, em termos absolutos, de juízo universal da concordata, pois a Lei exclui, de seus efeitos e, portanto, de seu âmbito processual, todos os credores que não quirografários”.

Conhecido o juízo competente, o devedor, a fim de ver concedida a concordata preventiva, deveria apresentar pedido fundamentado em que fosse demonstrado, de forma minuciosa, sua real situação econômica e as razões que o levaram à dificuldade econômica⁴¹. Para tanto, era necessário que o devedor estivesse no exercício do comércio há pelo menos dois anos, e ainda, ter sido inscrito no registro de comércio competente pelo prazo exigido em lei; entre outros requisitos, deveria também, demonstrar que seu ativo excedia a cinquenta por cento do passivo quirografário⁴².

Ocorre que nem todo devedor poderia se beneficiar da concordata preventiva. Estavam impedidos de requerê-la, *v.g.*, aqueles que foram condenados por crimes de natureza falimentar, patrimonial ou ligados à atividade empresarial. Da mesma

⁴⁰ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial [volume 1]. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. xxi, p. 22.

⁴¹ Art. 159 Decreto-lei 7661/45. O devedor fundamentará a petição inicial explicando, minuciosamente, o seu estado econômico e as razões que justificam o pedido.

⁴² Art. 158 Decreto-lei 7661/45. Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art.140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições: I - exercer regularmente o comércio há mais de dois anos; II - possuir ativo cujo valor corresponda a mais de cinquenta por cento do seu passivo quirografário; na apuração, desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia, será computado tão somente pelo que exceder da importância dos créditos garantidos; III - não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades; IV - não ter título protestado por falta de pagamento.

forma, aquele que havia se beneficiado da concordata em prazo inferior a cinco anos e que não havia cumprido seus termos, não poderia requerer novo benefício⁴³.

Além da demonstração de situação econômico-financeira, no pedido, o devedor deveria discriminar a forma de pagamento dos seus débitos. Aquele que pretendia ver concedida a concordata deveria oferecer pagamento à vista, de no mínimo, cinquenta por cento dos créditos quirografários. Se, no entanto, o devedor oferecesse pagamento a prazo, o percentual mínimo deveria ser superior a cinquenta por cento e variaria conforme o prazo, ou seja, quanto maior o prazo, maior seria o percentual a pagar. E ainda, se o prazo fosse superior a um ano, o devedor se comprometeria a pagar pelo menos dois quintos do valor devido no primeiro ano⁴⁴.

Instruído devidamente o pedido de concordata preventiva, seria determinado seu processamento pelo juiz, mediante despacho que determinaria a expedição de edital, dando publicidade à concordata. Deveria, também, constar do edital o pedido elaborado pelo devedor; assim como a íntegra do despacho concessório e a lista dos credores que fora apresentada por este mesmo devedor⁴⁵. A partir do processamento, caberia ao juiz determinar o sobrestamento de todas as ações e execuções referentes aos créditos, agora, sujeitos à concordata⁴⁶.

Sendo assim, caberia exclusivamente ao juiz analisar a admissibilidade do pedido, a partir do preenchimento dos requisitos legais, retirando dos credores o

⁴³ Art. 140 Decreto-lei 7661/45. 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 art.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 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.

⁴⁴ Art. 156 Decreto-lei 7661/45. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva. I - 50%, se for à vista; II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24 (vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses.

⁴⁵ Art. 161,§ 1º Decreto-lei 7661/45. Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que: I - mandará expedir edital de que constem o pedido do devedor, a íntegra do despacho e a lista de credores a que se referem os incisos V e VI do parágrafo único do art.159 desta Lei, para que seja publicado no órgão oficial, nos termos do § 2º do art.206, e mantido no Cartório à disposição dos interessados.

⁴⁶ Art. 161,§ 1º Decreto-lei 7661/45. Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que: II - ordenará a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata.

poder de aprovar o requerimento e conceder a concordata. Por este motivo é que se defendia o caráter de “favor legal” que era inerente ao instituto, afastando-se de qualquer natureza contratual e negocial. Ao realizar o juízo de admissibilidade, caso o juiz rescindisse ou negasse o pedido, deveria decretar a falência do devedor.

Por meio do despacho judicial era nomeado um comissário⁴⁷, escolhido entre os maiores credores do devedor, devendo ser reconhecidamente idôneo e de necessária residência na jurisdição onde estava sendo processada a concordata. O comissário possuía atividade de natureza primordialmente fiscalizatória, devendo, contudo, apresentar relatório circunstanciado da situação financeira do devedor e de sua conduta antes e depois do processamento da concordata, destacando qualquer possibilidade de crime falimentar⁴⁸. Se verificasse o comissário qualquer empecilho à concordata, deveria requerer sua convolação em falência.

Concedida a concordata e cumprida em seus termos, o juiz deveria atestar seu cumprimento mediante sentença declaratória, ficando o devedor desobrigado do pagamento da dívida restante. A falência, então, só seria decretada em caso de descumprimento da concordata preventiva.

Com o advento da Lei 11.101/2005, a concordata preventiva foi substituída pela recuperação judicial, deixando para trás a característica de favor legal e assumindo um caráter mais econômico e contratual, em que o devedor terá a prerrogativa da negociação direta com seus credores, cumprindo os requisitos legais e demonstrando a viabilidade de seu restabelecimento e continuidade.

De forma distinta da concordata, na recuperação judicial há a análise e aceitação de um plano de recuperação pelos credores - maiores interessados na viabilidade econômica da empresa e na satisfação dos seus créditos. Por aquele instituto, cabia apenas ao juiz verificar e decidir se a proposta do devedor preenchia

⁴⁷ Art. 161, § 1º Decreto-lei 7661/45. Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que: IV - nomeará comissário, com observância do disposto no art.60 e seus parágrafos.

⁴⁸ Art. 169, Decreto-lei 7661/45. Ao comissário incumbe: X - apresentar em cartório, até cinco dias após a publicação do quadro de credores, acompanhado do laudo do perito, relatório circunstanciado em que examinará: a) o estado econômico do devedor, as razões com que tiver justificado o pedido, a correspondência entre o ativo e o passivo para os efeitos da exigência contida no nº II do art. 158, as garantias porventura oferecidas e as probabilidades que tem o devedor de cumprir a concordata; b) o procedimento do devedor, antes e depois do pedido da concordata, e, se houver, os atos revogáveis em caso de falência e os que constituam crime falimentar, indicando os responsáveis bem como, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis.

os requisitos legais, ainda que essa proposta fosse contrária aos interesses dos credores.

Esta é uma das sensíveis diferenças existentes entre a concordata e a recuperação, já que na concordata preventiva era dado apenas ao magistrado o poder para deferir ou indeferir a proposta do devedor; na recuperação, contrariamente, os credores passam a ser figuras determinantes no prosseguimento do plano, cabendo ao Poder Judiciário, apenas, garantir a legalidade e impedir que o acordo negocial desrespeite a Lei.

Outra diferença encontra-se na natureza dos créditos sujeitos aos institutos. Na concordata apenas os créditos quirografários eram alcançados; o que não ocorre na recuperação judicial, que abrange todos os créditos existentes ao tempo da ação; créditos esses que serão analisados, neste estudo, em tempo oportuno, inclusive demonstrando aqueles que, excepcionalmente, restaram excluídos pela Lei.

Ainda nesse sentido, era exigido do devedor, na concordata, que seu ativo ultrapassasse cinquenta por cento do passivo quirografário, tendo em conta serem estes os créditos abrangidos pelo instituto. A multiplicidade de créditos na recuperação faz com que essa exigência não seja a ela aplicada.

Portanto, apesar de a recuperação judicial, em certos casos se assemelhar à concordata preventiva, não se confunde com esta; não só por ser tida como “favor legal”, em contrapartida do caráter negocial da recuperação; mas, principalmente, por uma diferença principiológica e finalística entre os dois institutos: não há mais a primazia do direito dos credores - que apesar de não participarem da apreciação da proposta apresentada pelo devedor, veriam seus créditos satisfeitos, ou pelo cumprimento dos novos prazos, ou pela convocação em falência, com a conseqüentemente liquidação do ativo -; mas, sim, prioriza-se a preservação da empresa, conforme se infere do teor do art. 47 da Lei 11.101/2005.

3 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: INOVAÇÕES E IMPACTOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 11.101/2005

A sociedade brasileira há muito ansiava por uma reforma na antiga Lei de Falências e Concordata (Decreto-Lei 7.661), que datava de 1945, “editada para um país preponderantemente agrícola e ainda pouco urbanizado, que sequer dispunha de indústria de base”⁴⁹. Pelo texto da referida lei, era possível observar que seu objetivo primordial não era a preservação da empresa em crise, mas sim a satisfação dos credores por meio da liquidação dos ativos; e a sociedade ansiava por uma mudança legislativa que fosse benéfica aos mais variados segmentos que se viam envolvidos e, possivelmente, prejudicados pela decretação da falência,

⁴⁹ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.56.

urgia assim procurar o que seria um “pronto-socorro” para empresas em situação pré-falimentar, para que se lhes oferecesse possibilidade de recuperação. A manutenção da atividade empresarial guarda interesse social acentuado, como pólo produtivo da economia. Era fundamental que fosse entranhada no pensamento jurídico a ideia de “personalização” da empresa, no sentido de sua institucionalização⁵⁰.

Atendendo ao clamor social por novas regras que, efetivamente, permitissem a recuperação judicial e, também, a sensível transformação experimentada pela economia brasileira, foi encaminhado pelo Poder Executivo, ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei 4.376/93, que resultou na hodierna Lei de Recuperação de Empresas e Falências⁵¹.

Diante da eminente preocupação com a reformulação do procedimento concursal brasileiro, para aproximá-lo mais da realidade sócio-econômica do nosso país, é que foi estabelecido o instituto da Recuperação Judicial. A LREF reformulou suas prioridades ao perseguir, precipuamente, a manutenção da fonte produtora, buscando, assim, concretizar os princípios constitucionais da ordem econômica e social. A partir da preservação da empresa em crise é possível satisfazer os interesses dos credores, não só de forma imediata, mas também mediata, tendo em

⁵⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: lei 11.101/2005 comentário artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.36.

⁵¹ com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei, mais ágil e moderna (...). Ante as evidentes deficiências do texto legal que regem a matéria, optou a Comissão por apresentar um diploma que substituísse o mencionado Decreto-Lei nº 7.661/45, por absolutamente desatualizado e onde foram inseridas alterações superficiais paralelamente a lei esparsas – prática assaz condenada pela boa técnica legislativa (...). Considerando a importância para a defesa da cidadania, da ordem jurídica e da ordem econômica, da adequação às condições contemporâneas da prática da indústria, do comércio e das demais práticas correlatas, temos a intenção de lograr clareza e distinção das regras ordenadoras de tais atividades (...). **Assim sendo, a proposta legislativa mencionada visa a, primordialmente, proteger credores e devedores, salvaguardando, também a empresa (...). Adota-se a recuperação da empresa em substituição à concordata suspensiva, com a finalidade de proteger o interesse da economia nacional, e o dos trabalhadores na manutenção de seus empregos (...).**(grifou-se). (PROJETO DE LEI Nº 4.376, DE 1993, Diário do Congresso Nacional de 22 de fevereiro de 1994. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22FEV1994.pdf#page=44>)

vista que a manutenção da empresa pode culminar na preservação de toda uma cadeia produtiva.

A manutenção da fonte produtora, no entanto, só será possível se houver possibilidade de superação da crise econômico financeira enfrentada pelo devedor, a partir da apresentação de um Plano de Recuperação capaz de demonstrar a viabilidade econômica da empresa e as medidas concretas e reais para o restabelecimento da atividade. Essa é uma das mudanças operadas pela LREF, pois afasta a característica de favor legal - predominante na concordata preventiva -, ao adotar um caráter negocial, onde os credores avaliarão os benefícios decorrentes da manutenção da empresa devedora, ainda que, de certa forma, sacrifiquem os seus créditos. Esse poder concessivo agora se encontra nas mãos dos credores, ao concordar com a execução do plano de recuperação apresentado pelo devedor, possibilitando a superação da crise econômico-financeira por ele enfrentada.

A possibilidade de negociação entre devedor e credores, a partir da elaboração e análise do Plano de Recuperação, demonstra o caráter eminentemente econômico do instituto da Recuperação Judicial, o que ressalta a importância da atividade exercida pelo devedor no contexto social em que se insere - cadeia produtiva, localidade, mão-de-obra empregada e geração de receita derivada necessária ao erário.

Não se pretendeu, então, com a LREF, a criação de um novo direito concursal, mas sim, uma adaptação do sistema existente às práticas mais modernas adotadas por países desenvolvidos, que tem por pressuposto o relevante papel social que a atividade produtiva desempenha como agente de desenvolvimento e estabilidade econômica, tendo em vista a minoração de efeitos endógenos e exógenos responsáveis pela crise econômico-financeira.

3.1 Objetivos norteadores da Recuperação Judicial de Empresas: Preservação e Função Social da Empresa

A legislação brasileira - na esteira das legislações internacionais - buscando solucionar os problemas sociais e econômicos provocados pela crise financeira das empresas, instituiu a recuperação judicial, estabelecendo um novo paradigma no direito concursal⁵².

Os legisladores no direito comparado, claramente, vislumbravam o direito concursal como instrumento de imediata satisfação dos interesses dos credores com a liquidação dos ativos do devedor, ainda que redundasse no fim da atividade empresária. Somente após uma lenta e gradual evolução no pensamento a respeito dos reflexos que a falência causava no ser social, é que constataram que o melhor, até para os próprios credores, poderia ser a manutenção da atividade produtiva.

A lei francesa instituiu mecanismos preventivos e destacou o papel ativo dos credores, possibilitando a reorganização da empresa, a fim de que se dê continuidade à atividade econômica. Já para o direito português, a decisão do credor deve ser aquela que melhor realize o interesse público, mantendo-se apenas empresas que sejam economicamente viáveis e expurgando do mercado as inviáveis. Nesse mesmo sentido, como já exposto, as legislações alemã, espanhola e americana passaram a enxergar o direito concursal por um novo prisma, cada um à sua forma e de acordo com suas peculiaridades.

Na legislação brasileira, esse novo paradigma foi estabelecido no ordenamento jurídico pelo art.47 da LREF, a fim de nortear e conduzir todo o procedimento recuperacional, tendo por fundamento princípios capazes de dar suporte ao soerguimento da empresa economicamente viável, harmonizando e resguardando, não só os interesses dos credores, mas também os interesses de toda a coletividade⁵³.

Essa harmonia entre os interesses dos credores e da sociedade só foi possível pela conjugação dos princípios da preservação da empresa, da função

⁵² A legislação falimentar visa muito mais criar os incentivos corretos e resolver ordenamento os problemas do insucesso do que propriamente dar a cada um o que é seu. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, c2006. xxx, p.222).

⁵³ (...) a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades na finalidade que diz perseguir, ou seja, colocando como primeiro objetivo a 'manutenção da fonte produtora', ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o 'emprego dos trabalhadores'. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os interesses dos credores. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: lei 11.101/2005 comentário artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.123).

social e do estímulo à atividade econômica. Como se afere, de forma clara e latente, pelo texto do referido art.47:

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.** (grifou-se).

Infere-se do texto legal que a preocupação com a manutenção da fonte produtora, corroborou os intentos dos princípios da ordem econômica, valorizando o trabalho humano e a livre iniciativa. Posto ser necessária uma conjugação dos princípios basilares da recuperação judicial, dos princípios constitucionais e dos objetivos da República Federativa do Brasil.

3.1.1 Princípio da Preservação da Empresa

Pelo prisma da LREF e o novo paradigma que gravita em torno do direito concursal, foi possível perceber a empresa por seu aspecto dinâmico, já que reúne em torno de si interesses diversificados - cada qual com sua inerente importância -, indo além dos interesses puramente empresariais, quais sejam, a lucratividade e prosperidade negocial.

Não que a empresa tenha deixado o lucro em segundo plano para assumir uma postura assistencialista; ao contrário, o lucro ainda é o foco principal do empresário, mas a empresa passa a ser vista por um novo campo de observação - o

do interesse econômico e social, que influencia diretamente a coletividade e os credores.

Por este motivo, o princípio da preservação da empresa, que fundamenta a recuperação judicial, foi regrado pela LREF, já que a superação da dificuldade financeira e a consequente manutenção da empresa, importam a todo o organismo social. E o Poder Judiciário tem papel fundamental na aplicação do princípio-regra da preservação da empresa⁵⁴.

Tal preservação permite que o mercado consumidor, trabalhadores, fornecedores, e o próprio Estado sejam protegidos e vejam seus interesses satisfeitos. Os reflexos da quebra e encerramento das atividades de uma empresa com condições de se manter no mercado econômico são, a certo ponto, imensuráveis. Os credores serão satisfeitos com a liquidação dos ativos, porém a sociedade e o Estado suportarão os efeitos da bancarrota; efeitos esses que serão analisados em momento oportuno⁵⁵.

Para tornar efetivo o princípio norteador da recuperação de empresas, a LREF estabeleceu regras claras em que se pode observar a busca pela preservação de uma atividade economicamente viável. Entretanto, deve-se ressaltar que a manutenção da fonte produtora é, diante do caráter contratual e negocial da lei, uma escolha e não uma imposição, uma vez que decorre da aceitação dos credores, que devem entender que a empresa devedora demonstra viabilidade econômica e, portanto, é capaz de superar o momento de dificuldade financeira.

Se os credores não vislumbrarem a real possibilidade de soerguimento da empresa, de nada terá adiantado a lei estabelecer o princípio da preservação. O que se pode pensar é que, desta forma, poderia ser suprimido o caráter cogente da lei e

⁵⁴ Aplaudimos os juízes e Tribunais que, em face de irrelevante pedido de dissolução social, da reação dos demais sócios, defendem a permanência da sociedade, transformando o pedido em exclusão ou retirada compulsória do sócio. Decidem louvavelmente em benefício da preservação da empresa, fonte de produção, fonte de trabalho, essenciais para a prosperidade coletiva. (REQUIÃO, Rubens; REQUIÃO, Rubens Edmundo. Curso de direito comercial [volume 2]. 28. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião São Paulo: Saraiva, 2011. p.347)

⁵⁵ A empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social. É uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços. É um ponto de alocação de trabalho, oferecendo empregos. É um elo na imensa corrente do mercado que, por isso, não pode desaparecer, simplesmente, sem causar sequelas. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova lei de falência e recuperação de empresas. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005, p.34)

que de nada adiantaria, então, primar pelo restabelecimento empresarial, já que estaria vinculado à subjetividade dos interesses dos credores.

Contudo, em se percebendo a viabilidade econômica, comprovada pelo devedor quando da apresentação do plano de recuperação, é de interesse do próprio credor que haja o restabelecimento, tendo em conta que, em sua maioria, os credores dependem da manutenção da fonte produtora, pois estão diretamente relacionados a ela, por serem fornecedores, trabalhadores, ou por dependerem dos tributos por ela pagos, como ocorre com as fazendas públicas.

Por isso a Lei garantiu a preservação da empresa quando esta for economicamente viável, pois a manutenção de uma atividade econômica que se demonstre inviável, é muito mais custoso para os credores que, provavelmente, se verão na iminência de uma nova crise e da consequente supressão dos pagamentos.

Nesse sentido, defende Paulo Fernandes Campos Salles de Toledo⁵⁶,

(...) a empresa, como unidade econômica, deve ser preservada, sempre que se manifestar viável e, portanto, econômica e socialmente útil. A solução não está em fechar empresas, fechando toda uma porta que pode ser importante para um determinado setor da economia. As empresas, portanto, dentro da concepção mais atual, devem ser, sempre que possível e sempre que viáveis, preservadas.

Para garantir que se preserve uma empresa economicamente viável é preciso fazer uma análise completa de sua real situação. Uma análise detalhada é imprescindível para a consecução do princípio da preservação da empresa, pois o que se busca através do instituto da recuperação judicial é reorganizar a atividade empresarial, dando a ela uma nova perspectiva gerencial - a fim de que prossigam as atividades já desenvolvidas por ela em tempos áureos -, servindo, assim, à função social para a qual foi destinada. E não se está aqui a defender a viabilidade apenas sob a ótica da competitividade, ou seja, as empresas que não são

⁵⁶ TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2005. xxi.

competitivas devem ser sacrificadas; a viabilidade vai muito além, perpassando por vários aspectos, tanto econômicos quanto financeiros.

A empresa é viável do aspecto econômico e financeiro quando, além de ajustada à concorrência do mercado, tenha condições de solver pontualmente suas obrigações. Quando da recuperação judicial, o exame da viabilidade pelos credores deve se dar a partir da existência de condições econômicas que possibilitem a reestruturação empresarial e da relevância da representação da empresa em crise para a economia local, regional, ou até mesmo nacional. Sendo assim, para se beneficiar da recuperação judicial, e concretizar o princípio da preservação da empresa, devem estar presentes ambos os requisitos, potencial econômico e relevância social⁵⁷. Como leciona Newton de Lucca⁵⁸

Torna-se indispensável que exista, portanto, uma real e inequívoca viabilidade econômica da empresa em dificuldade a fim de que se tenha um fundamento axiológico razoável para poder legitimar o cerceamento da reação legal daqueles cujos direitos foram conspurcados (...) Caso contrário, estar-se-á premiando, mais uma vez, as manobras cavilosas daqueles maus empresários que elegem, sem nenhum pundonor, a instituição do calote como a mais emblemática de suas vidas.

Sendo a empresa economicamente viável, sua preservação impede que todo o esforço despendido, para que a atividade produtiva se tornasse organizada e lucrativa, tenha sido em vão. Porque mesmo estando em crise, por alguma razão de ineficiência gestora, a empresa já foi lucrativa e criou em torno de si uma teia de relações jurídicas que, em alguns casos, são dependentes diretas da sua existência e permanência no mercado. A cada caso, deve ser sopesado o princípio da

⁵⁷ É necessário seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade; em outros termos, que valha a pena para a sociedade brasileira arcar com os ônus associados a qualquer medida de recuperação de empresa não derivada de solução de mercado. (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. xlii, p.188)

⁵⁸ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord) (Coord.). Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências: comentários artigo por artigo da Lei nº 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.210

preservação da empresa, pois nem sempre a opção mais adequada será a liquidação dos ativos para a satisfação dos credores.

Por esse motivo, é que se considera a preservação da empresa economicamente viável como o meio pelo qual haverá consecução dos desígnios da LREF, alcançado pela conjugação de esforços entre a deliberação dos credores e a atuação dos aplicadores do direito, que, como se verá, precisa garantir a aplicação do princípio, tornando real e efetiva a vontade dos credores, de vital importância à recuperação⁵⁹.

3.1.2 Função social da empresa

A função social da empresa, associada à função social da propriedade, foi consagrada como princípio basilar da recuperação judicial. A perspectiva social prima por uma nova realidade de exploração empresarial, onde a atividade empresária é tida como uma conjugação de interesses, não só do empresário, mas de toda uma cadeia produtiva e da sociedade em que está inserida.

Essa nova ótica empresarial torna possível a concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil ao garantir o desenvolvimento nacional - multiplicando o bem-estar social - e construir uma sociedade livre, justa e solidária. A empresa tem hoje um grande potencial de modificação social, pela constante interdependência entre os mais variados segmentos.

⁵⁹ O regime brasileiro de recuperação da empresa deve ser palco da busca pela preservação da unidade produtiva viável, equilibrando os interesses do devedor e de seus credores em um ambiente de eficiência econômica e respeito à autonomia privada, orientando por três premissas desafiadoras: primeiro, pela recuperação da empresa viável em crise, em razão de sua função social e estímulo à atividade econômica, atendendo aos postulados da eficiência econômica e autonomia privada, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito; segundo, por uma falência célere e eficiente no pagamento dos credores e na preservação produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis; terceiro, pelo equilíbrio entre os interesses do devedor e de seus credores, respeitando-se o sistema de garantias creditícias. (FERNANDES, Jean Carlos. Direito empresarial aplicado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.156).

Entretanto, a função social não pode ser confundida com responsabilidade social da empresa, nem entendida como sendo de cunho assistencialista⁶⁰. De forma equivocada, a própria responsabilidade social da empresa tem sido confundida com o dever estatal de promover bem-estar social e criar um ambiente favorável ao desenvolvimento da personalidade humana⁶¹. Por este motivo, as empresas têm se visto diante do dever de promover melhorias sociais, enquanto que, tal conduta responsável, deveria ser voluntária, cabendo ao empresário decidir sobre a contribuição e fomento de atividades essenciais ao desenvolvimento nacional.

O empresário não pode, e não deve, tomar para si os deveres do Estado, assumindo uma postura que é própria do Poder Público⁶²; isto porque a responsabilidade da empresa é desenvolver uma atividade eficiente, enquanto lucrativa, uma vez que o lucro é que concretizará a função social da empresa no ambiente em que se encontra inserida. Ao operar de forma eficiente a atividade empresarial no plano econômico, produzindo renda e alcançando os melhores

⁶⁰ O perigo que pode derivar de uma interpretação viesada da norma é o assistencialismo. Credores e trabalhadores têm um interesse comum - receber os valores a eles devidos, porém, aqueles, salvo hipóteses típicas de investimentos específicos e não facilmente transferíveis para outro setor (investimento idiossincrático), preferem receber seus créditos, dando menor importância à manutenção da empresa. (SZTAJN, Rachel *in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 221)

⁶¹ A função social de empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la. (SZTAJN, Rachel *in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 221)

⁶² Assim, a questão que surge se refere à identificação ou delimitação da função social dos bens de produção: pode-se pensar que a função social dos bens de produção seria a realização de deveres anexos ao próprio objetivo social, ou ainda, ao negócio social (cujo conceito é mais abrangente). É grande o risco do intérprete ser levado a conclusões equivocadas. Não se exige do empresário ou da sociedade empresária a realização de atividades altruísticas, de forma a dispensar o Estado de prestar seus deveres sociais (CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Breves Anotações sobre a Função Social da Empresa. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da ALACDE. Disponível em <http://amde.org.br/papers/00002.pdf>, p.10)

resultados, os fins sociais serão atingidos - a livre iniciativa, a valorização do trabalho humano, o pleno emprego e a dignidade da pessoa humana⁶³.

Com efeito, o atributo do empresário é a obtenção do lucro - intenção esta que é vista, erroneamente, pela sociedade em geral, como um mero interesse egoísta e totalmente dissociado do bem-estar coletivo. Ocorre que, justamente ao revés, a obtenção do lucro perfaz a função social⁶⁴, conjugando o lucro ao bem-estar coletivo, pois, a propósito, o Estado não alcançaria por si só os fins econômicos e sociais a que se destina, necessitando, desse instrumento essencial que é a atividade empresária⁶⁵.

Corroborando o entendimento de que a finalidade lucrativa da empresa não pode ser ignorada e que é fundamental à consecução da função social, dispõe Henrique Viana Pereira e Rodrigo Almeida Magalhães⁶⁶

Mas a função social não pode ignorar a função primeira da empresa que é o lucro. Não pode ser esta anulada, a pretexto de cumprir uma atividade assistencial, filantrópica, por exemplo. A empresa tem função social, mas não uma função de assistência social. Primeiro, portanto, tem de reconhecer a função específica da empresa, para, depois, pensar em limitar essa necessária função. A função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa. Empresa sem lucro não sobrevive, deixa de funcionar.

⁶³ Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresária, razão pela qual não podem influir, diante de crise, na sua recuperação. (SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 222)

⁶⁴ Efetivamente, verificou-se que a função social como princípio previsto na constituição e intrínseco a todos os princípios inerentes à empresa na ordem econômica e social, conforme a Carta Magna, exige uma postura empresarial que busque privilegiar os ditames da justiça social, com um ganho econômico mais justo para todos e, ainda, que vise impedir abusos no uso do poder econômico. Isso tendo em vista que o direito é um sistema de princípios, e não um mero sistema de normas convencionadas. (PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa. Curitiba, PR: CRV, 2011, p.95)

⁶⁵ Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador na economia. (SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.221)

⁶⁶ PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa. Curitiba, PR: CRV, 2011, p.10

Sendo assim, a recuperação judicial foi erigida sobre o princípio da função social da empresa, não para que a empresa, enquanto fonte geradora de renda, se prestasse a realizar a função estatal; mas sim, para que, sendo preservada e reestruturada, voltasse a ser lucrativa, possibilitando que a finalidade arrecadatária se concretize de forma eficaz.

3.2. Requisitos para o requerimento da recuperação judicial

A Recuperação Judicial somente será concedida mediante o preenchimento de requisitos formais e também de cunho econômico, consoante dispõem os artigos 48, 51 e 53 da Lei n.11.101/2005. É requisito formal do processamento da recuperação judicial a instrução da petição inicial - além do atendimento ao disposto no Código de Processo Civil -, com os documentos elencados no artigo 51 da LREF⁶⁷.

⁶⁷ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: balanço patrimonial; demonstração de resultados acumulados; demonstração do resultado desde o último exercício social; relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

A documentação é capaz de demonstrar ao credor a realidade da crise econômico financeira, indicando o real motivo gerador do desequilíbrio patrimonial enfrentado pelo empresário e, até mesmo, identificando “em que fase do período poderiam ser apontados os primeiros sinais de alguma decisão cujo efeito pode ter determinado o resultado”⁶⁸.

Algumas dessas exigências merecem críticas. Tome-se, por exemplo, a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira, que por possuir caráter eminentemente subjetivo, possibilitam o falseamento da realidade da situação de crise, a fim de proteger a pessoa do empresário de possíveis responsabilizações. Como destaca Rachel Sztajn⁶⁹,

o que se afigura uma declaração objetiva pode ser contaminada pela ótica de quem relata, portanto ganha contornos ou conteúdo subjetivo: o relato, a exposição dos motivos que produziram a desconfortável situação que inviabiliza o pagamento das obrigações passa pelo crivo (e crítica) do relator ou expositor que expõe segundo sua ótica e seu interesse.

Outra exigência que merece críticas é a apresentação da relação de bens particulares dos sócios e administradores, pois cria uma exposição exacerbada e desnecessária das pessoas físicas que se encontram protegidas pelo véu da personalidade jurídica. Nem toda empresa em situação de crise econômico-financeira pratica atos que justifiquem alcançar o patrimônio pessoal dos sócios, tais como, confusão patrimonial ou abuso de direito. Sendo assim, não há justificativa plausível para a exigência da relação de bens pessoais, já que não demonstra a situação vivida pela sociedade empresária, fortalecendo apenas as pressões feitas pelos credores a fim de verem seus créditos satisfeitos.

⁶⁸ SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.249

⁶⁹ SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.249

Tal intromissão na esfera privada de cada sócio e/ou administrador resulta na criação de externalidades que aumentam os custos de transação. Explico. Se alguém se vir ameaçado de ter seus bens publicamente informados poderá, antecipando-se, transferi-los a terceiros, criar barreiras de proteção ou, ainda, tratar de obter garantias, no caso de administradores que oneram a sociedade. Motivos para justificar a superação da divisão de patrimônios são, entre outros, evitar enriquecimento sem causa de uns em detrimento da sociedade e credores; confusão patrimonial, abuso de direito e, ainda assim conviria, antes de exigir a revelação dos bens pessoais dos sócios em processo que não corre em segredo de justiça verificar se há indícios dessas ou outras práticas que indiquem transferência de bens da sociedade para o sócio ou administrador⁷⁰.

3.2.1 Legitimados ativos ao processamento da Recuperação Judicial

Importa salientar que o instituto da recuperação judicial não se destina a todo devedor empresário. A LREF discriminou os legitimados ativos ao pedido de recuperação, assim como o fez quanto àqueles que se encontram impedidos de se submeter aos benefícios do instituto.

Por método de exclusão, a partir da análise do art. 48, é possível aferir que o benefício da recuperação então será concedido ao empresário individual, à empresa individual, à empresa individual de responsabilidade limitada ou à sociedade empresária, desde que tenham suas atividades regularmente inscritas e registradas no órgão competente.

Pode-se delimitar a figura do empresário a partir do conceito estabelecido no artigo 966⁷¹ do Código Civil de 2002, *caput*, e também de seu parágrafo único. Assim como da sociedade empresária, consoante art. 982⁷².

⁷⁰ SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.254

⁷¹ Art. 966 do Código Civil de 2002. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único: não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

⁷² Art. 982 do Código Civil de 2002. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro; e simples, as demais.

A Lei não se encarrega de proteger a pessoa do empresário, mas sim de propiciar, por meios lícitos, válidos e transparentes, a manutenção da fonte produtora, concretizando assim seus principais objetivos. Por isso a LREF ainda previu a possibilidade de que, em caso de morte do empresário - comprovada a viabilidade econômica da empresa em crise -, o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante ou o sócio remanescente, requeiram a recuperação judicial (art.48, parágrafo único).

Assim como o regime concursal anterior trazia impedimentos a alguns devedores para requerer a concordata, a LREF também os manteve impedidos de requerer a recuperação judicial ou a homologação do plano de recuperação extrajudicial (art.198), salvo nos casos das empresas de serviços aéreos ou infraestrutura aeronáutica, que se encontravam impedidas anteriormente, mas pela inovação da Lei n.11.101/2005 estão, agora, legitimadas ao pedido de recuperação (art.199).

A Lei, em seus artigos 2º e 48, expressamente dispõe sobre aqueles que se encontram impedidos de gozar do benefício da recuperação judicial:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

- I – empresa pública e sociedade de economia mista;
- II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

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 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.

Pelo referido artigo podemos observar um requisito importante, que exige do devedor que busca seu restabelecimento e continuidade de sua atividade produtiva, estar em exercício regular de sua atividade, demonstrando, assim, que não se trata de um aventureiro no mundo empresarial que, inescrupulosamente, deseja apenas postergar a satisfação dos interesses de seus credores com o pedido de recuperação. A atividade ainda está ativa, produzindo renda e buscando a manutenção dos postos de trabalho, apesar da crise econômico-financeira por que passa.

A esse requisito se unem ainda outras condições que, segundo se apreende do texto legal, devem ser preenchidas pelo devedor que busca ter concedida a recuperação judicial.

Em conjunto, tais requisitos almejam evitar aventuras jurídicas e inibir condutas inescrupulosas por parte de devedores mal intencionados e que desejam transferir parte de seu ônus a terceiros.

Para Rubens Requião⁷³ a relação dos devedores impedidos não é *numerus clausus*, por ter permitido o art. 2º, inciso II, que outras entidades lucrativas requeiram a recuperação, caso sejam legalmente equiparadas àquelas anteriormente citadas.

3.2.2 Plano de Recuperação Judicial

A LREF buscou, ao instituir a recuperação judicial de empresas, estabelecer um caráter mais negocial do que se via na concordata, que era considerada como um “favor legal” a ser concedido pelo juiz. Isto porque, no procedimento recuperacional, foi dado ao devedor o direito de elaborar - preenchidos os requisitos legais - um Plano de Recuperação; e, aos credores, foi dado o direito de negociação, a partir da aprovação desse plano.

⁷³ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

O Plano de Recuperação Judicial pode ser assim definido, nos dizeres de Rachel Sztajn⁷⁴

Plano, no caso, é um projeto em que se prevêem operações ou meios destinados a debelar a crise da empresa. É, pois, um programa descrevendo ações voltadas para o saneamento da sociedade. Logo, um conjunto de medidas que devem ser adotadas pelo administrador judicial em que estarão estruturadas as medidas operacionais a serem desenvolvidas ao longo de certo lapso temporal. Trata-se, pois, da proposta a ser apresentada pelo devedor aos credores em que se desenhe ou, no mínimo, estejam delineadas as ações que, ao reorganizar a atividade, recompor ou reformatar a sociedade, possibilitarão sua continuidade.⁷⁵

A Lei concedeu um benefício ao devedor, ao dar-lhe a oportunidade de dispor sobre os meios através dos quais adimplirá suas obrigações para com os credores, seja pela concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; seja por cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, ou, ainda, por várias outras possibilidades de reestruturação legalmente

⁷⁴ SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.264

⁷⁵ Ainda nesse mesmo sentido, leciona Rachel Sztajn: O plano é um negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz. No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral; no que diz respeito à homologação, pode-se considerar forma de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, com o que se reduzem os custos de transação dada a coercitividade que dela, homologação, resulta (...) A viabilidade da recuperação da empresa em crise é o fundamento para a aprovação do Plano de Recuperação. Viabilidade significa exequibilidade, possibilidade de êxito, de pagamento das obrigações, de um lado, e de manutenção das operações por longo prazo, de outro. Se ao credor interessa ter seu crédito satisfeito, interessa-lhe, igualmente, a continuação daquela atividade, porque a base de clientes será preservada. A opção por desistir de garantias ou alterar as condições iniciais do crédito espelhará, com vistas ao futuro, o melhor interesse do credor (...) Tem-se aqui o núcleo da recuperação judicial, o qual, como é linear, não depende unicamente dos esforços do jurista, mas sim da expertise do profissional da área econômico-financeira e administrativa, estes sim os grandes astros do procedimento, pois o convencimento dos credores decorrerá da maestria da área técnica e não da argumentação jurídica. E, com efeito, o sucesso do pedido de recuperação decorre, essencialmente, da performance técnica da área econômico-financeira, embora a capacidade de negociação do profissional do Direito possa atuar favoravelmente na aceitação dos credores. (SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.227, 228, 234 e 244)

estabelecidas⁷⁶. E garantiu aos credores o direito de conhecer, através da documentação comprobatória, a viabilidade econômica da sociedade ou do empresário devedor, a fim de avaliar os riscos e os custos de transação decorrentes da aceitação do plano e da possível manutenção da fonte produtora; podendo, inclusive, qualquer credor opor objeções ao plano de recuperação judicial dentro de trinta dias⁷⁷, a contar da publicação da relação de credores.

Preenchidos os requisitos para a concessão do pedido de recuperação judicial e apresentada a petição inicial devidamente instruída, proceder-se-á à apresentação do Plano de Recuperação, que tem sua validade subordinada à tempestividade e observância de todos os requisitos legais estabelecidos, quais sejam

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: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

⁷⁶ Art. 50 da Lei 11.101/2005. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

⁷⁷ Art. 55 da Lei 11.101/2005. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores.

No entanto, não basta que o devedor faça um plano de recuperação maestral, elaborado de forma a demonstrar a viabilidade econômica da empresa, a partir da experiência de profissionais da área econômico-financeira e administrativa⁷⁸, para retomar sua credibilidade e fazer com que os credores cooperem para o restabelecimento da empresa. É necessário que as medidas dispostas no plano se concretizem e, assim, o devedor satisfaça os direitos creditórios e se mantenha em pleno funcionamento.

Para tanto, a Lei estipulou um prazo de dois anos⁷⁹ para o adimplemento das obrigações, tanto as vencidas como aquelas ainda por vencer. Se assim for feito, o juiz declarará finda a recuperação judicial e, conseqüentemente, preservada estará a atividade produtiva⁸⁰. Entretanto, se assim não proceder, ou seja, se houver o descumprimento de qualquer das obrigações previstas no plano, haverá a convolação em falência⁸¹.

3.3 Efeitos da recuperação judicial para o devedor

⁷⁸ SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.244

⁷⁹ Art. 61 da Lei 11.101/2005. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

⁸⁰ Art. 63 da Lei 11.101/2005. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no caput do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará:

I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do caput deste artigo;

II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;

III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;

IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;

V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

⁸¹ Art. 61. § 1º da Lei 11.101/2005. Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

Vários são os efeitos imputados pela recuperação judicial, tanto ao devedor quanto ao credor. E não se está a falar da manutenção da empresa em crise, que é o efeito final a ser alcançado após o encerramento do procedimento recuperacional. Esse é o efeito econômico que resultará da cooperação de todos os credores e do cumprimento das responsabilidades do devedor.

Trata-se dos efeitos procedimentais expressamente previstos pela LREF. Tais efeitos possibilitarão a efetividade da recuperação judicial; ao passo que, se a Lei não os tivesse definido, dificilmente, qualquer conjugação de esforços culminaria no restabelecimento empresarial.

A partir do momento em que se tem o despacho do processamento da recuperação é que tais efeitos serão observados.

3.3.1 Manutenção do devedor ou administradores na administração da sociedade empresária

A LREF, quando do processamento da recuperação judicial, decidiu por manter o devedor, seja ele pessoa física ou jurídica, na condução de seu negócio; ou se sociedade empresária, os administradores permanecerão no exercício regular de suas funções.

A manutenção só não se susterá caso ocorra alguma das situações previstas no art.64⁸² da Lei 11.101/2005, que demonstram a inidoneidade moral do devedor e sua incapacidade gerencial e negocial para, efetivamente, administrar a sociedade, de forma a soerguê-la.

Se assim o for, caberá, então, ao administrador judicial assumir a administração societária, até a eleição do gestor judicial pela Assembleia-Geral de credores⁸³; se, no entanto, houver substituição dos administradores da sociedade, a atividade e gerência permanecerão nas mãos do devedor, mas com os órgãos administrativos alterados. A partir do momento em que a Assembleia eleger o Gestor, a este caberão os encargos relativos à pessoa do administrador judicial, não se esquecendo, contudo, que os direitos do gestor devem ser assegurados, entre os quais está a sua remuneração.

⁸² Art. 64 da Lei 11.101/2005. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;

II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei;

III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;

IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas:

a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial;

b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular;

d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial;

V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê;

VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

⁸³ Art. 65 da Lei 11.101/2005. Quando do afastamento do devedor, nas hipóteses previstas no art. 64 desta Lei, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial.

3.3.2 Restrição à livre disposição dos bens⁸⁴

A intenção do legislador ordinário ao manter o devedor na administração da sociedade, foi demonstrar sua capacidade organizacional e autonomia administrativa, a fim de incentivar os credores quanto à aprovação do plano de recuperação, para, assim, reconquistar sua credibilidade no mercado.

Entretanto, dado o momento de crise e a instabilidade que se formou em torno da empresa e dos credores, ou até mesmo, em torno de toda uma cadeia produtiva, a manutenção do devedor na administração empresarial precisou ser limitada, além de estabelecidas algumas restrições à sua gestão.

Entre as restrições se encontra a prevista no art.66 da LREF, onde se coloca impedimento ao devedor para alienar ou onerar bens do ativo permanente, salvo se houver autorização judicial ou se esta possibilidade já estiver prevista no plano de recuperação em execução.

Essa impossibilidade se justifica ao inibir conduta fraudulenta e inescrupulosa do devedor. Tendo em conta que, infelizmente, essa prática no Brasil se tornou comum entre aqueles que se encontram insolventes. Não à toa, o Código Civil previu a possibilidade de anulação dos negócios jurídicos praticados em fraude contra credores⁸⁵.

3.3.3 Extraconcursalidade das obrigações contraídas pelo devedor

⁸⁴ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.157.

⁸⁵ Art. 158 do Código Civil de 2002. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

A lei, reforçando os incentivos para a continuidade da atividade empresarial, dispôs sobre a extraconcursalidade⁸⁶ dos créditos nascidos durante o processamento da recuperação judicial. Adotando essa postura, a Lei encoraja investidores a financiar a reestruturação da empresa em crise, pois a extraconcursalidade diminui os riscos de inadimplemento desses contratos firmados com o devedor em recuperação; isto porque, esses credores têm a garantia de que seus créditos não se submeterão à ordem das classes de credores, sendo adimplidos de forma preferencial, caso haja a convolação em falência.

Essa postura da Lei reforça sua preocupação em criar uma verdadeira interseção entre direito e economia, já que investimentos financeiros podem criar um ambiente favorável à recuperação judicial, sem que seja suprimido o direito do credor; antes pelo contrário, através desses investimentos os credores vislumbram mais uma proteção legal.

3.4 Efeitos da recuperação judicial para o credor

Como defendido, os efeitos do processamento da recuperação judicial não são sentidos somente pelo devedor. Os credores também serão alcançados por tais reflexos.

⁸⁶ Art. 67 da Lei 11.101/2005. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

3.4.1 Sujeição de todos os créditos, inclusive os não vencidos

Consoante o art. 49 da LREF todos os créditos existentes na data do pedido, vencidos ou por vencer, estão sujeitos à recuperação judicial.

Entretanto, da Lei se extraem exceções a essa sujeição, impedindo alguns credores de negociarem e acordarem quanto ao plano de recuperação proposto pelo devedor, como ocorre com os créditos fiscais, uma vez que a Fazenda Pública não pode integrar a Assembleia-Geral de credores, e assim deliberar sobre possíveis insurgências no procedimento recuperacional.

Também não se sujeitarão aos efeitos da recuperação, os créditos decorrentes do adiantamento de contratos de câmbio para a exportação, bem como os créditos de que são titulares o proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis; o arrendador mercantil; o proprietário ou promitente vendedor de contratos imobiliários com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade; ou do proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio.

Alguns estudiosos⁸⁷ do direito concursal defendem que os créditos bancários foram exageradamente privilegiados ao serem excluídos da recuperação judicial, e assim as chances de um efetivo restabelecimento se tornam cada vez mais escassas e longínquas; pois, se os maquinários, veículos, ferramentas e outros equipamentos necessários não se mantiverem no estabelecimento, mais dificultoso se tornará o exercício da atividade produtiva.

Ressalte-se, ainda, que os credores do devedor recuperando conservarão seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso⁸⁸. Isso garante então a continuidade de ações propostas contra aqueles que avalizaram, aceitaram ou endossaram títulos do devedor.

⁸⁷ Entre eles: GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Recuperação judicial de empresas e falência: à luz da nova Lei n. 11.101/2005. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.138.

⁸⁸ Art. 49, § 1º da Lei 11.101/2005. Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

3.4.2 Suspensão de ações e execuções

A LREF, em seu artigo 6º⁸⁹, dispõe que a partir do despacho de processamento da Recuperação Judicial estará suspensa a prescrição, bem como, suspensas as ações e execuções propostas contra o devedor; a fim de que o devedor possa vivenciar um momento de alívio, em que não se preocupará com novos impedimentos sobre seus bens e poderá, assim, manter o foco em cumprir suas obrigações, desenvolver e gerenciar efetivamente sua atividade.

Entretanto, a Lei colocou termo à tranquilidade do devedor ao determinar a suspensão das ações e execuções por um prazo de cento e oitenta dias, a contar da data de publicação do edital sobre o deferimento do pedido de recuperação⁹⁰, já que a partir desse momento os credores passam a gozar da liberdade de iniciar ou prosseguir com as ações ou execuções a que têm direito.

Mister se faz mencionar que a recuperação judicial, especialmente o efeito suspensivo, não é oponível aos créditos fiscais, uma vez que as ações e execuções em curso, propostas pela Fazenda Pública não poderão ser suspensas, salvo em caso de parcelamento especial concedido ao devedor, conforme lei específica⁹¹. Assim também, quanto às ações que demandarem quantia ilíquida - até que se

⁸⁹ Art. 6º da Lei 11.101/2005. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

⁹⁰ Art.6º § 4º da Lei 11.101/2005. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

⁹¹ CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. Processado o pedido de recuperação judicial, suspendem-se automaticamente os atos de alienação na execução fiscal, até que o devedor possa aproveitar o benefício previsto na ressalva constante da parte final do § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005 (“ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica”). Agravo regimental provido em parte. (STJ, AgRg no CC Nº 81.922 - RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3115796&sReg=200700656480&sData=20070604&sTipo=5&formato=PDF)

tornem líquidas -, e as de natureza trabalhista, até a apuração dos créditos correspondentes.

3.4.3 Novação dos créditos na recuperação judicial

O instituto da novação acarreta a extinção de uma obrigação fazendo nascer uma nova obrigação, destinada a substituir aquela. No caso do procedimento recuperacional, a partir do momento em que o Plano de Recuperação é aprovado, há a novação dos créditos anteriores ao pedido.

Nesse sentido os credores se obrigam ao plano aprovado, mantendo-se, conforme disposição legal⁹², as garantias reais anteriormente existentes sobre os bens, podendo haver a liberação ou substituição, mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia⁹³.

Diante de todo exposto, pode-se aferir que, com efeito, a recuperação judicial no Brasil trouxe grandes inovações ao direito concursal, principalmente quanto ao alcance e essencialidade de seus objetivos, a partir de seu invólucro negocial. Porém, na mão inversa de seus desígnios, a LREF permitiu que exigências de caráter meramente burocrático inviabilizassem sua concretização, e fossem de encontro aos anseios de toda a coletividade, diretamente afetada pela crise econômico-financeira por que passa o empresário.

⁹² Art. 59 da Lei 11.101/2005. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

⁹³ Art. 50. § 1º da Lei 11.101/2005. Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

4 A INCOERÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DIANTE DOS PROPÓSITOS DEFINIDORES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei 11.101 de 2005 inovou, ainda que de forma tardia, ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Recuperação Judicial que, como visto, tem por fundamento o Princípio da Preservação da Empresa, bem como a plenitude da função social. O que o legislador ordinário pretendeu ao instituir a Recuperação Judicial da empresa em crise foi a manutenção da atividade econômica, com a consequente preservação dos postos de trabalho e geração de renda, deixando para trás um modelo pró-credor - de caráter privatístico dominante - em que se pretendia apenas liquidar o ativo existente e satisfazer, o mais rápido possível, a realização dos créditos.

Estabelece, então, um novo paradigma, onde direito e economia devem ser tratados como uma interseção, e não mais de forma dicotômica e ignorada, como se um não produzisse reflexos diretos e significativos no outro. Por este motivo, o que se busca é a preservação da empresa viável, em um modelo muito mais pró-sociedade do que pró-devedor ou credor.

A partir de uma análise pormenorizada do referido instituto é possível aferir que o que se objetiva legalmente é a livre negociação entre credores e devedor, a fim de que se reconheça a perspectiva da crise, supere o momento de extrema dificuldade financeira e recupere a empresa com a aplicação de métodos vários e eficientes, dados em conformidade com as peculiaridades de cada empreendimento.

A legislação falimentar, então, deve ser um meio justo e célere, capaz de perseguir objetivos maiores; sem, contudo, prejudicar os credores legítimos da massa, utilizando-se não só de dispositivos legais e principiológicos, mas procedendo uma análise econômica do direito.

Com a recuperação judicial, não se pretendeu fomentar um processo-conflito, como se via no instituto anteriormente aplicado no Brasil – a concordata. É preciso controlar e gerenciar a crise econômica transitória pela qual passa a empresa, a fim de que seja mantida a concorrência e a competição, tão necessárias à conservação do mercado. E isso só se torna viável com o auxílio e cooperação de todos os credores, ao negociarem e acordarem sobre o plano de recuperação judicial proposto pelo devedor em crise.

Entretanto, tal cooperação não se dá por parte do Poder Público, tendo em conta a impossibilidade de negociar com o devedor - como o fazem os demais credores - excluindo, então, os créditos tributários do procedimento negocial da

recuperação judicial. Desta forma, a Lei se coloca na mão inversa de seus princípios orientadores, tendo em vista ser ela o meio pelo qual devem ser retirados “todos os obstáculos possíveis à livre transação entre os interessados para que, se enxergarem na manutenção da atividade produtiva a maximização de seus interesses privados, possam fazê-lo da forma mais eficiente”⁹⁴.

Apesar de ser um obstáculo iminente, essa imunidade concursal do Fisco está prevista no art. 187⁹⁵ do Código Tributário Nacional e reafirmada, também, pelo art. 29⁹⁶ da Lei de Execuções Fiscais. Por disposição legal, as fazendas públicas - diferentemente dos demais credores -, não necessitam habilitar seus créditos para vê-los satisfeitos mediante procedimento falimentar ou recuperacional.

A premissa de não se sujeitar ao concurso não significa que o Fisco não tenha de submeter à ordem de preferência entre credores; o que não se propõe ao Fisco - *prima facie* - é a possibilidade de negociação com o devedor, como se espera de qualquer credor quando seu devedor enfrenta uma crise econômico-financeira. A sujeição da fazenda pública ao juízo universal da falência e recuperação é, apenas, material, uma vez que, na via processual, efetivamente não se sujeita a esse juízo.

O Fisco possui ainda outros privilégios em sede concursal. As execuções fiscais permanecem em curso quando do deferimento do recuperação judicial, o que se justifica na satisfação do interesse público. Ocorre que tal justificativa não coaduna com a concessão desse privilégio, já que outros créditos - como o trabalhista, que também perpassa pelo interesse social -, se sujeitam tanto à habilitação quanto à suspensão das ações em curso. Nesse sentido, entende-se exacerbada a proteção que se concede ao Fisco, pois a suspensão da ação não

⁹⁴ PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.63.

⁹⁵Art. 187 do Código Tributário Nacional. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União; II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata; III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

⁹⁶ Art. 29 da Lei de Execuções Fiscais. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento. Parágrafo Único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União e suas autarquias; II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata; III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata.

impossibilita a satisfação dos créditos tributários; antes pelo contrário, ao se suspender qualquer ação de cobrança, seria dado ao devedor um momento de tranquilidade, para que possa elaborar um plano de recuperação mais adequado e realista, vislumbrando a esperança de um efetivo restabelecimento - caso demonstre viabilidade econômica -, já que a recuperação judicial busca a preservação de empresas que possuam reais possibilidades de soerguimento.

Entende-se, ainda, que a intenção do legislador foi ampliar as chances de o crédito fiscal ser adimplido pela via judicial, o que, claramente, é importante para toda a sociedade, uma vez que o desenvolvimento social depende diretamente dos recursos advindos da arrecadação tributária. Mas nada, nem a lei nem os princípios jurídicos, impedem que o Fisco abra mão de seus privilégios - o que não culmina em renúncia de receita tributária -, tudo isso justificado em um exercício mais eficiente de seus poderes.

Como se não bastasse a impossibilidade direta de negociação dos créditos tributários, a mesma lei que inova ao ter como princípio informador a preservação da empresa em crise e ao liberar o devedor da apresentação de certidões negativas para exercer sua atividade - excetuados os casos de contratação com o poder público ou para recebimento de incentivos fiscais⁹⁷-, cai em contradição ao exigir a comprovação da inexistência de débitos para com o Fisco, através da apresentação de Certidão Negativa de Débito (CND) após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores, ou decorrido o prazo de trinta dias da publicação da relação de credores⁹⁸.

Conjugado ainda com o disposto no art.191-A⁹⁹ do Código Tributário Nacional, inserido pelas modificações trazidas pela Lei Complementar nº 118/2005,

⁹⁷ Art. 52 da Lei 11.101/: Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

⁹⁸ Art. 57 da Lei 11.101/2005. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

⁹⁹ Art. 191-A do Código Tributário Nacional. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.

a exigência da Certidão Negativa de Débito se torna requisito legal ao deferimento da recuperação judicial.

A LC 118/2005 foi editada para a adequação do CTN à nova sistemática do direito concursal brasileiro. Tais alterações dizem respeito ao crédito tributário que, em alguns casos, terá suas prerrogativas afetadas diretamente pela falência e recuperação judicial, a fim de que os procedimentos concursais alcancem a máxima eficiência; em contrapartida, outros dispositivos desta mesma lei, como é o caso do art.191-A, reforçam os privilégios do crédito tributário excluindo-o do âmbito recuperacional. Por estas e outras contradições, entende-se que o objetivo realmente pretendido pela LC 118/2005, foi obter benefícios diretos para a Fazenda Pública, contornando, inclusive, a jurisprudência já firmada a favor do contribuinte.

O que se tem visto, então, com a exigência burocrática da CND na recuperação judicial, é a busca do Estado por medidas capazes de ultrapassar os parâmetros legais existentes para a defesa do indivíduo, instituindo, até mesmo, formas oblíquas de garantir seus direitos arrecadatários.

Ocorre que, o direito, em especial o tributário, deve primar por substituir o poder de tributar - que deve ser exercido dentro dos limites constitucionais e legais - pela razão, buscando concretizar objetivos muito maiores e que, diretamente, culminarão na verdadeira arrecadação tributária.

À primeira vista, pode-se parecer legítima a exigência da CND, por entender que o contribuinte deve fazer jus ao benefício que lhe é concedido se estiver em dia com suas obrigações tributárias; não estando, seria justa, pelo menos *a priori*, a não concessão da prova de quitação dos débitos que, neste caso, seriam existentes e não quitados. Entretanto, a realidade do devedor em sede de recuperação não é a mesma dos demais contribuintes; o que torna a obtenção da CND um objetivo inalcançável, não por má-fé, mas por fatores que vão muito além da intenção de burlar a legislação fiscal.

4.1 Noções introdutórias sobre a exigência de certidões fiscais

Consoante dispõe o art.205 do CTN a lei poderá exigir que a prova da quitação de tributos - quando exigível - seja feita por certidão negativa, que deverá ser expedida nos termos do pedido e no prazo de 10 dias¹⁰⁰.

A Certidão Negativa de Débito é o documento através do qual o ente tributante competente, tanto para o lançamento do tributo quanto para a sua arrecadação, atesta que o contribuinte não possui registro de débitos tributários regularmente lançados, na data de sua expedição.

O contribuinte só fará jus à certidão negativa se o crédito tributário ainda não estiver regularmente constituído ou se sua exigibilidade estiver suspensa. Não lhe sendo concedida a CND, há ainda a possibilidade, prevista pelo Código Tributário Nacional¹⁰¹, de o contribuinte obter uma Certidão Positiva com efeitos de negativa, em que conste a existência de créditos não vencidos; ou em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora; ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Esta certidão, em não sendo possível obter a CND, tem os mesmos efeitos práticos, o que significa ser apta a substituir aquela, em todas as situações em que seja exigida a CND como prova de quitação dos tributos, como ocorre na recuperação judicial prevista pela Lei 11.101/2005.

A legislação tributária equivaleu a CPD-EN à CND a fim de satisfazer a exigência legal da prova de quitação sem deixar a fazenda pública - responsável por sua expedição - desprotegida, possibilitando a cobrança futura, caso se torne o contribuinte inadimplente, ou a penhora não reste suficiente, ou, ainda, a exigibilidade do crédito já não esteja mais suspensa. Além disso, a CPD-EN é capaz de fornecer informações reais e suficientes aos interessados em conhecer a situação fiscal do devedor.

Como a certidão negativa é requisito para exercício de certos direitos - como é o caso do deferimento da recuperação mediante sua apresentação - é direito

¹⁰⁰ Art. 205 do Código Tributário Nacional. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

¹⁰¹ Art. 206 do Código Tributário Nacional. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

fundamental do contribuinte obtê-la, conforme garante o art.5º, inciso XXXIV da Constituição da República¹⁰². Sendo a obtenção de certidões um direito fundamental de todo cidadão, a fim de que defenda seus direitos e esclareça situação de interesse pessoal, é indiscutível que, havendo óbice à concessão de certidão negativa de débitos, o cidadão faz jus ao fornecimento de uma certidão que indique, de forma pormenorizada, o fato impeditivo da concessão da CND, até mesmo para que o contribuinte possa demonstrar que os fatos alegados não merecem prosperar¹⁰³.

Importa ressaltar que a certidão não é um documento de quitação e, portanto, não exonera o contribuinte de sua responsabilidade tributária. A CND ou a CPD-EN apenas permitem a prática de atos jurídicos em que é imprescindível sua apresentação para a defesa e exercício de seus direitos. Por este motivo, passa-se a defender aqui, que a exigência da CND como requisito ao deferimento da recuperação judicial é apenas um óbice burocrático - e porque não dizer irracional - criado pelo legislador ordinário; isso porque, não garante ao Fisco o adimplemento dos débitos fiscais, além de não impedir a cobrança futura, já que não se trata de documento que libera o contribuinte dos débitos tributários que possui, mas apenas atesta a existência pendências fiscais.

4.2 A exigência da CND como entrave burocrático ao deferimento da recuperação judicial

¹⁰² Art.5º, XXXIV da Constituição da República de 1988. São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

¹⁰³ MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, p. 326.

O que se demonstra, então, é um grande contra-senso, um caos que gravita em torno de uma lei contraditória, que não consegue identificar o cerne do princípio da preservação da empresa e dos princípios constitucionais da ordem econômica e social, imprescindíveis à realização da justiça e do bem-estar sociais.

Nesse sentido, Rachel Sztajn¹⁰⁴

Observe-se a contradição entre a dispensa de certidões negativas e o disposto no art. 57. Neste, a juntada das certidões negativas de débitos tributários é condição para o deferimento da recuperação judicial. Mas, se a concessão de recuperação depende da inexistência de débitos fiscais, porque não se faz o pedido desde o início do procedimento? Que vantagens há em facilitar a propositada de ações, criar expectativas para logo adiante frustrá-las? Ou se supõe que no prazo que medeia o pedido de recuperação e sua concessão o devedor quitará tais obrigações? Se o fizer, será que não haverá redução das possibilidades de recuperação? Se os créditos tributários perderam, na falência, suas prioridades, por que tratá-los diferentemente na recuperação?

Os questionamentos formulados por Rachel Sztajn demonstram um verdadeiro *nonsense* da postura do legislador falimentar que criou, ao mesmo tempo, um entrave burocrático à recuperação e uma esperança de manutenção da atividade produtiva que, possivelmente, não se realizará, se tal exigência não for relativizada.

É sabido, que o Ente Público, não pode ignorar a impossibilidade legal de negociação com o devedor, tomando a iniciativa de fazê-la, com objetivo único e irrefutável de preservar a empresa em crise econômico-financeira. Pois, como já exposto, “é bem verdade que o crédito tributário não se submete ao Plano de Recuperação, de nítido jaez negocial, porque não é possível à Fazenda Pública transacionar com seu direito, fazendo as vezes de credor particular”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ SZTAJN, Rachel in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.258

¹⁰⁵ STF, REsp 1.187.404 MT (2010. 0054048-4) https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25988123&sReg=201000540484&sData=20130821&sTipo=91&formato=PDF

Ademais, consoante o sentido positivo do Princípio da Legalidade, a Administração Pública apenas poderá agir quando autorizada pela Lei; e seu agir só se legitima se estiver condizente com o dispositivo legal.

Entretanto, apesar do necessário respeito aos princípios tributários e administrativos, não se pode fechar os olhos à realidade social e dizer que acertadamente o fez o legislador ordinário, pautando-se exclusivamente na defesa desses fundamentos, pois criou um requisito abusivo e inócuo, e porque não dizer irracional, que leva o devedor a cumprir o impossível¹⁰⁶.

Essa irracionalidade da Lei se perfaz no fato de que grande parte das empresas em crise possuem débitos fiscais, não disponibilizando de recursos suficientes para quitá-los. A propósito, os débitos dessa natureza são os primeiros que se deixa de honrar; quitando, primeiramente, aqueles de que dependa a continuidade dos negócios. Por este motivo, a obtenção da CND se torna um obstáculo praticamente intransponível, seja pelas dívidas existentes, seja pelas formalidades e exigências descabidas que o devedor deve atender.

Em muitos casos de crise econômico-financeira, o cerne está, em maior ou menor grau, justamente, na elevada carga tributária suportada pelas empresas brasileiras. O fator tributário da crise, qualquer que tenha sido sua influência originária, ganha forças e proporções significativas com o agravamento das dificuldades enfrentadas pelo empresário; advindas essas dificuldades, em sua grande maioria, de uma desorganização gerencial crescente.

Sendo assim, se o devedor busca os benefícios decorrentes da instauração de um procedimento recuperacional é porque há uma situação de iliquidez e insolvabilidade que impossibilita, naturalmente, a obtenção da CND. E se há descumprimento das obrigações tributárias, a Fazenda Pública, no exercício de seus direitos e competência, possivelmente inscreverá o devedor em dívida ativa e dará início à demanda judicial.

¹⁰⁶ A exigência de certidões negativas como condição para a concessão de recuperação judicial constitui grande dificuldade e um grave obstáculo à concretização dessa modalidade processual, considerando-se que o maior passivo das empresas em dificuldades financeiras é representado por débitos tributários, tal exigência representa a não-recuperação de empresas produtivas em dificuldades financeiras, mas geradoras de riquezas e tributos, cumprindo a função social (...) Ora, se a recuperação judicial teve por objetivo amparar as empresas em dificuldades, para que continuassem produtivas, assegurando empregos e recolhimento de tributos, tal exigência de certidões negativas é incompatível com a finalidade da norma legal.(MARTINS, Ives Gandra da Silva et RODRIGUES, Marlene Talarico Martins. In MACHADO, Hugo de Brito. Certidões negativas e direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2007, p.431)

Por este motivo, vincular a continuidade da atividade empresária à apresentação de certidões negativas - exigência que sequer se justifica¹⁰⁷ -, vai na via oposta à política de recuperação judicial. Posto que, a empresa não deve ser analisada de forma isolada, pois traz consigo toda uma cadeia produtiva, onde milhares de pessoas se relacionam, tornando-se, assim, interdependentes. A subordinação da empresa em crise a uma burocracia meramente legalista pode levá-la a morte; e a morte precoce de uma célula da cadeia produtiva pode acarretar o fim, também, daqueles que com ela se relacionam e que dela dependem, causando prejuízos imensuráveis à economia e ao bem-estar social.

Ademais, a exigência da apresentação de CND como requisito concessivo da recuperação, não é apenas uma irracionalidade legislativa, podendo ser considerada ainda como uma sanção política e coercitiva.

As sanções políticas nada mais são do que “restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento de tributo”¹⁰⁸. Tais restrições são formas oblíquas de cobrança dos créditos tributários, pois, de forma não-razoável e desproporcional coagem o contribuinte ao pagamento dos tributos, já que a medida legal imperativa, que é o caso aqui abordado, o impede de obter um benefício, também garantido por Lei.

O requisito concessivo em análise, como defende Hugo de Brito Machado¹ afronta, diretamente, o princípio da razoabilidade, uma vez que “inviabiliza completamente o exercício do direito à recuperação judicial, e deve ser repugnada pelas mesmas razões subjacentes à súmula 70 do STF”¹¹⁰.

Diante de todo exposto, é necessária, então, a revisão da postura da Fazenda Pública, enquanto credora, frente ao papel social que a recuperação judicial assume

¹⁰⁷ Sem um equacionamento do passivo tributário, não é possível, na maioria dos casos, recuperar a sociedade empresária em dificuldades. Os fatos demonstram que a suspensão do pagamento de tributos no primeiro sinal de crise permite a sobrevivência da sociedade empresária por mais tempo, tendo em vista que a carga tributária atingiu patamares que desestimulam o investimento de risco em várias atividades produtivas (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*, Editora Forense. Rio de Janeiro, 2012, p. 152).

¹⁰⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 30, mar.1998, p.46

¹⁰⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 30, mar.1998.

¹¹⁰ Súmula n. 70 do STF: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo

na atualidade. Pois, se os demais credores - à vista da possibilidade de restabelecimento e manutenção da atividade produtiva - sacrificam, temporariamente, seus créditos, quanto mais o deveria fazer a administração fazendária, que tem como fim principal a satisfação do interesse público e não a satisfação única e irretratável de seus créditos.

E, se os credores aprovam o plano de recuperação, vale dizer, se eles dão à devedora o voto de confiança que lhes foi pedido - aceitando sacrificar-se em prol da preservação da empresa - soa desarrazoado, uma vez atingido o consenso, impedir que o objetivo mirado pelas partes seja alcançado, por conta da existência de pendências junto ao fisco e à previdência.

Se não há empecilho ao ajuizamento de execuções fiscais¹¹¹, ou ao prosseguimento de execuções já instauradas, é incoerente exigir do devedor a regularização de sua situação perante o fisco para ver deferido o pedido de recuperação judicial, considerando que esta, uma vez concedida, nenhuma limitação acarretará ao direito das Fazendas Públicas.

O prosseguimento das execuções fiscais e a não sujeição da administração fazendária ao juízo universal da falência e recuperação judicial, acaba por mitigar o interesse coletivo, privilegiando demasiadamente um único credor, como já defendido. Apesar de o crédito tributário ser preferencial - não preferindo apenas aos créditos trabalhistas até 150 salários mínimos e acidentários (inciso I) e aos créditos reais até o limite do valor do bem gravado (inciso II) -, seria ideal que o Fisco se apresentasse como qualquer credor na recuperação, a fim de pleitear seus direitos, adotando uma postura mais coerente com a figura de credor de atividade empresária em crise e que possui viabilidade de ser recuperada.

Entretanto, a Fazenda Pública só poderia adotar essa nova postura, participando ativamente como credor - preferencial, que seja -, se o legislador

¹¹¹ AGRAVO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. 1. As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos. 2. Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras. 3. Agravo não provido. (AgRg no AgRg no CC 119970 / RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 17/09/2013).

ordinário se apressasse em dispor sobre a habilitação dos créditos fazendários em sede de recuperação judicial, submetendo-se às regras erigidas sobre o princípio da preservação da empresa.

Nesse mesmo sentido, ou seja, buscando concretizar os desígnios da LREF, o mesmo legislador ordinário poderia ter concedido à Fazenda Pública a possibilidade da concessão de Certidão Positiva de Débito com efeitos negativos para que o devedor obtivesse o deferimento da recuperação, uma vez que o próprio CTN, como exposto, equivaleu, em efeitos, a CPD-EN à esperada CND; tudo isso feito no exercício do poder discricionário, a partir da análise de viabilidade econômica do devedor.

A discricionariedade, então, tornaria-se “uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados”¹¹². E, por meio dela, é possível que o ente público encontre soluções legítimas e mais justas, que representem o interesse público, adequando sua conduta à finalidade expressa na Lei.

Nessa ótica, reitera-se a importância do exercício do poder discricionário para o Estado Democrático de Direito e para a consecução de seus objetivos, considerando, sempre, os fins a que se destina a norma emanada da vontade e do anseio popular. Agindo assim, a administração fazendária teria a oportunidade de subsumir o fato à hipótese normativa a partir de um processo de escolha, primando então, pelo objetivo da recuperação judicial, qual seja, a preservação da empresa em crise.

A concessão de uma CPD-EN, ou até mesmo a concessão de um parcelamento especial não implicaria em renúncia de receita - o que, a propósito, em tempo algum se defende no presente estudo - mas flexibilizaria uma exigência que, por si só, não garante a realização dos créditos; antes pelo contrário, apenas inviabiliza o soerguimento da empresa.

Assim, por todo o exposto, defende-se que a cogência dessa norma cria um entrave burocrático que impossibilita a reabilitação empresarial. E há que se ressaltar, que a preservação da empresa não é um princípio a ser alcançado a qualquer custo; pelo contrário, a empresa que merece ser mantida é aquela possui viabilidade econômica. Sendo assim, ainda mais injusta e burocrática a exigência

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. lvi, p.47.

que a Lei faz, uma vez que há possibilidade real e demonstrada pela empresa aos credores, de que é capaz de se restabelecer.

4.3 O papel do Poder Judiciário na consecução dos objetivos concretos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência

Enquanto o Legislador e a Fazenda Pública não adotam uma postura mais adequada aos fins da recuperação judicial, o Poder Judiciário tem exercido um papel fundamental na flexibilização da exigência da CND através de sua atuação na condução mais justa e realista dos processos recuperacionais. Para tanto, a aplicação do direito deve ser feita não somente sob o prisma de um único dispositivo legal, mas sim, tomando, como ponto de partida, todo o conjunto normativo que rege o instituto; ou seja, valorizar e atender aos pressupostos norteadores da recuperação judicial, a fim de estimular a atividade econômica e o desenvolvimento nacional.

Aos aplicadores do direito cabe fazer uma interpretação sistêmica e teleológica do instituto da recuperação judicial, pois só assim os princípios resguardados pelo legislador serão efetivamente valorizados, e alcançado o verdadeiro sentido atribuído às palavras do texto legal.

A recuperação judicial não tem como pressupostos apenas aqueles que estão elencados no artigo 41 da Lei de Falências e Recuperação Judicial; há de haver uma conjugação de princípios e objetivos constitucionais a fim de possibilitar a consecução do princípio da preservação da empresa, fortalecendo os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Tendo como fundamento esse prisma constitucional do Direito Empresarial,

Nossa Lei Fundamental destaca, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito que adotou, a livre iniciativa (art.1º, IV), a liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art.5º, XIII) e a defesa dos direitos do consumidor (art.5º, XXXII). Mais adiante, ao regular a atividade econômica, garante a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego (art.170 e incisos),

e da construção de uma sociedade justa (art.3º, I). Do conjunto dessas disposições extrai-se o princípio constitucional da preservação da empresa, como forma de assegurar seu cumprimento. Esses são, sem dúvida, os esteios do regime capitalista e liberal adotado, que culmina por assegurar “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art.170, parágrafo único)¹¹³.

Nessa esteira, a norma recuperacional deve ser analisada, também - se não *a priori* - a partir de sua racionalidade intrínseca, através da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a fim de assegurar a consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, defende-se, da dignidade da pessoa jurídica, isto porque a empresa se encaixa como veículo para os fins da ordem econômica e social brasileiras, a partir da produção de riquezas compartilháveis, e da geração de empregos que permitam às pessoas valorizar-se pelo trabalho e pela renda por meio dele obtida.

Naturalmente, não há palavras inúteis na lei (e, muito menos, na Constituição de um país - que se presume técnica). Portanto, se o inciso III do art.1º da Constituição da República tratou da dignidade da pessoa humana, o *caput* do art.170 (inserido no título da Ordem Econômica e Financeira) do mesmo diploma somente pode se tratar de outra modalidade de pessoa, qual seja: a jurídica, quando dispõe sobre a dignidade assegurada (...) Com isso, o legislador constitucional brasileiro externou de maneira expressa qual é a lógica sistêmica do dispositivo, uma vez que o inciso deve ser interpretado segundo o vetor definido no *caput*. O artigo deve ser interpretado como um todo completo e harmônico, assim, se o *caput* prescreveu a existência digna de todos, deve-se interpretar como assegurada à pessoa jurídica tal preceito fundamental. Logo, há um Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e também da Jurídica que, se não for observado, implicará negativa de vigência ao preceito constitucional definido no *caput* do art.170 da Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, até porque a pessoa jurídica tem os elementos fático-jurídicos de natureza que permitem o direito subjetivo a uma existência digna¹¹⁴.

¹¹³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.59.

¹¹⁴ GONTIJO, Vinícius José Marques. In Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. CATEB, Salomão de Araújo (Coord.). Direito civil e constitucional: estudos de direito comparado em homenagem à Professora Lucia Massara. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2011, p.361.

Para que o instituto da recuperação judicial possa se aproximar dessa realidade econômico-financeira do Brasil, é necessário que o Poder Judiciário aplique todo o conjunto normativo, interpretando as normas aplicáveis ao caso “à luz dos princípios constitucionais que não podem ser amesquinados por uma interpretação divorciada do elemento teleológico e presa simplesmente ao elemento literal daquelas normas”¹¹⁵.

Ademais, o Poder Judiciário deve se conscientizar de seu papel determinante no desenvolvimento econômico do país, para que haja verdadeira interação entre o direito e a economia, como desejou o sistema recuperacional, garantindo acesso, previsibilidade e presteza dos resultados.

Ainda nesse sentido, reafirma-se a importância de o Judiciário se tornar partícipe do processo de recuperação da empresa e, da conseqüente concretização de seus objetivos, inclusive os econômicos. Não se pretende defender um ativismo judicial desenfreado; pelo contrário, defende-se que o Poder Judiciário tome uma postura interdisciplinar, indo além das fronteiras do Direito, a fim de que o Estado alcance a finalidade genérica de sua existência, qual seja, a satisfação do interesse público e do bem comum¹¹⁶.

¹¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, p.69.

¹¹⁶ O judiciário é uma das instituições mais fundamentais para o sucesso do novo modelo de desenvolvimento que vem sendo adotado no Brasil e na América Latina, pelo seu papel em garantir direitos de propriedade e fazer cumprir contratos (...) O que se verifica, não obstante, é que apenas recentemente se começou a analisar e compreender as relações entre o funcionamento da justiça e o desempenho da economia, seja em relação às magnitudes envolvidas. Nota-se, assim, que até aqui o debate sobre a reforma do Judiciário ficou restrito, essencialmente, aos operadores do direito - magistrados, advogados, promotores e procuradores - a despeito da importância que essa terá para a economia.(PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, c2006. xxx, p.56)

4.3.1 Princípios e Regras: o uso da ponderação como método de aplicação do direito concursal

Efetivamente, o Poder Judiciário tem se tornado um partícipe de extrema relevância para dar à recuperação judicial a importância que lhe é devida. Para que se torne efetiva a recuperação, a atuação judicial tem sido no sentido de afastar a exigência legal para garantir que a finalidade precípua da lei seja alcançada, preservando a empresa em crise econômico-financeira.

Ao deferir a recuperação judicial sem que a Certidão Negativa de Débito seja apresentada pelo devedor, o Judiciário vai, a uma primeira análise, na direção contrária da determinação legal, decidindo assim, como preceituou Alexy, *contra legem*, que foi por ele justificada como sendo um procedimento de modificação da regra em casos em que sua aplicação seja tida como indesejada.

É imprescindível à compreensão dos precedentes judiciais conhecer a distinção forte (Dworkin e Alexy) entre princípios e regras¹¹⁷, para que então seja possível entender a relevância da ponderação entre princípios ou até mesmo a superabilidade de uma regra. Tomando como ponto de partida a distinção forte, Humberto Ávila¹¹⁸ assim define princípios e regras,

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

¹¹⁷ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. 237 p.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p.102.

Serão abordadas neste estudo, partindo da teoria elaborada por Humberto Ávila, as diretrizes para a análise dos princípios orientadores da Lei em comento e a possibilidade de se superar as regras a fim de alcançar as finalidades sobre as quais foram estabelecidas.

Cabe ao Poder Judiciário a decisão baseada no princípio da preservação da empresa que orienta e informa as regras definidas na Lei 11.101/2005. Para tanto é necessário que o aplicador do direito compreenda o alcance desse princípio e saiba qual a forma mais eficaz de aplicação.

Humberto Ávila estabeleceu diretrizes para a investigação dos princípios. A primeira delas é a especificação dos fins ao máximo¹¹⁹. Por esta diretriz, “é preciso trocar o fim vago pelo fim específico” de um princípio; assim, no caso da recuperação judicial, é necessário ler a legislação com atenção específica aos dispositivos relacionados ao princípio da preservação de forma a diminuir a vagueza dos fins da norma, ampliando ou restringindo o âmbito de aplicação do princípio. Isto porque, consoante definiu Robert Alexy¹²⁰ os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na máxima medida possível”.

Outra diretriz diz respeito aos casos paradigmáticos, que servem de “modelo para a solução de outros tantos casos, em virtude da capacidade de generalização do seu conteúdo valorativo”¹²¹. É imprescindível então ao jurista investigar a jurisprudência a partir da análise dos fundamentos arguidos anteriormente, verificando, assim, quais os comportamentos a serem adotados para que o princípio analisado se realize.

Necessário se faz, ainda, adotar a terceira diretriz, onde se deve proceder o exame das “similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central”¹²². Por essa diretriz deve-se “analisar a existência de um problema comum que aproxime os casos diferentes e verificar os valores responsáveis pela solução do problema”¹²³.

¹¹⁹ ÁVILA, op. cit., 2014, p.117

¹²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p.117

¹²² ÁVILA, op. cit., 2014, p.118

¹²³ Id., 2014, p. 118

E por fim, para a mais efetiva aplicação dos princípios norteadores de uma lei, é necessário verificar e delimitar quais são os bens jurídicos tutelados e os comportamentos necessários à sua realização, assim trocando “um ideal pela realização de um fim concretizável (...), expondo critérios que podem ser utilizados e os fundamentos que levam à sua adoção”.

Essa deve ser a postura adotada pelo Poder Judiciário para investigar se um princípio deve ser aplicado superando até mesmo o caráter descritivo de uma regra, tendo em conta o fato de que as regras são o resultado de uma ponderação de princípios feito pelo legislador ao estabelecer a finalidade de uma lei, dando um caráter de definitividade ao resultado dessa ponderação¹²⁴.

Ao proceder a essa investigação, ponderação e, conseqüente, aplicação do princípio orientador da Lei em comento, o Judiciário acabará adotando uma decisão *contra legem*, a partir da superabilidade das regras.

As regras, apesar desse caráter descritivo e definitivo, não devem ser aplicadas a qualquer custo, ainda mais quando se tem pleno conhecimento de que a sua aplicação pode provocar, no caso concreto, um resultado injusto, desleal e, muitas vezes, prejudicial ao organismo social. As regras devem sim ser obedecidas, pautando-se pela autoridade que delas emana; contudo, deve-se levar em conta que não são também absolutas e, portanto, passíveis de serem superadas.

No entanto, para que os aplicadores do direito superem e transponham uma determinação legal é necessária a máxima cautela¹²⁵. Como defende Ávila, a superação de uma regra não é algo que se alcança ou deva alcançar com facilidade;

¹²⁴ Quando o legislador estabelece uma regra, esta pode ser apresentada como o resultado de uma escolha (obviamente dentro de uma margem de discricionariedade deixada pela Constituição) acerca da precedência de determinado princípio constitucional na situação que constitui a hipótese de incidência dessa regra. Não obstante, apesar da importância central da legislação, a regra nunca perde completamente o contato com os princípios que se escondem por detrás dela. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v.15, n.2, p.603-628, jul/dez 2010. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2143>, p.607)

¹²⁵ Isso porque as regras configuram meios utilizados pelo Poder Legislativo para, de um lado, eliminar ou reduzir a controvérsia, a incerteza e a arbitrariedade e, de outro, evitar problemas de coordenação, de deliberação e de conhecimento existentes num modelo particularíssimo de decisão. As regras são, portanto, instrumentos de justiça geral. O grau de resistência de regra deverá ser tanto superior quanto mais a tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E o grau de resistência da regra deverá ser tanto inferior quanto menos a tentativa de fazer justiça para um caso afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p.145)

a superação será “tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral ela provocar”¹²⁶; além disso, ainda defende que a “superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para sua interpretação”¹²⁷.

No caso da LREF, a exigência da apresentação de CND para deferimento da recuperação judicial é uma regra que merece ser superada, mesmo por que, o princípio da preservação da empresa, que é o ideal a ser buscado em sede concursal, já foi “regrado” e portanto, lança ao intérprete o dever de concretizá-lo. Esse princípio norteador pauta toda regra estabelecida pela Lei para a consecução de uma recuperação judicial; e, para torná-lo concreto e real, justifica-se a superação extraordinária da exigência burocrática da CND, a partir de uma fundamentação coerente com a realidade social.

A justificar a superação desta regra, colaciona-se o entendimento de Humberto Ávila¹²⁸,

A superação de uma regra deverá ter, em primeiro lugar, uma justificativa condizente. Essa justificativa depende de dois fatores. Primeiro, da demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que a sua finalidade exige. Segundo, da demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica. Com efeito, as regras configuram meios utilizados pelo Poder Legislativo para eliminar ou reduzir a controvérsia, a incerteza e a arbitrariedade e evitar problemas de coordenação, de deliberação e de conhecimento. Sendo assim, a superação das regras exige a demonstração de que o modelo de generalização não será significativamente afetado pelo aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade, nem pela grande falta de coordenação, pelos altos custos de deliberação ou por graves problemas de conhecimento. Enfim, a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral.

¹²⁶ ÁVILA, op. cit. 2014, p. 141

¹²⁷ Id., 2014, p.145

¹²⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p.147.

Superando uma regra, por ser ela contrária ao interesse geral e por trazer insegurança jurídica a partir de sua aplicação, o Poder Judiciário, como dito, decide *contra legem*. Esse tipo de decisão, *prima facie*, pode parecer ilegítimo, mas na realidade, faz parte do universo jurídico e carrega consigo uma importância significativa para a interseção entre o discurso prático e o discurso jurídico.

A decisão *contra legem* não é uma decisão fácil¹²⁹, principalmente porque o jurista precisa romper com o princípio de presunção de legitimidade das leis, porquanto, representam a vontade do povo. No entanto se faz necessária para tornar concretos os fins buscados pelo legislador. Em uma lei, nem todas as regras estabelecidas condizem com seus princípios basilares, como ocorre com a regra objeto de estudo, o que faz nascer a necessidade de superação, uma vez que tais regras não se dissociam do resultado de ponderação entre princípios estabelecidos pelo legislador e o grau de injustiça que adviria de sua abrupta aplicação¹³⁰.

O que se está a estabelecer é uma excepcionalidade¹³¹ à aplicação de uma regra, e não a declaração de invalidade dessa norma, como se esta fosse a única possibilidade de superar um conflito entre normas. No caso da recuperação judicial, o afastamento da exigência de CND é apenas uma excepcionalidade para dar lugar

¹²⁹ Uma decisão *contra legem* deixa de ser um caso de “aplicação do direito” para se transformar em uma usurpação das prerrogativas da autoridade que a prolata se falta uma pretensão de juridicidade para a norma excepcional que é formulada (em termos universais) para excepcionar a regra legislativa em um caso concreto. Essa pretensão de juridicidade é algo que tem de ser fundamentado juridicamente em um discurso ou uma argumentação racional a partir de um princípio que fornece um conjunto de razões contributivas para a decisão excepcionadora. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *apud* PECZENIK; HAGE. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v.15, n.2, p.603-628, jul/dez 2010. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2143>, p.624).

¹³⁰ Se toda regra é o resultado de uma ponderação de princípios e, por consequência, traz consigo um princípio que a fundamenta e constitui a sua ratio ou razão de ser, então não é razoável aplicar essa regra quando se puder concluir, de forma segura, que essa razão de ser não teria prioridade no caso concreto, se este tivesse sido previsto, tendo em vista certas particularidades que não foram e não puderam ser antecipadamente conhecidas pelo legislador. Uma decisão contra legem pode ser justificada quando se puder estabelecer que embora uma regra R não seja inconstitucional, a sua aplicação no caso concreto leva a uma inconstitucionalidade. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *apud* BORGES, op. cit. 2010, p.622).

¹³¹ O modelo mais diferenciado é necessário porque é sempre possível introduzir na motivação de uma decisão jurídica uma cláusula de exceção (em uma das regras). Então a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso concreto. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.81)

a um princípio “regrado” que satisfará - mediante análise cautelosa e forte argumentação jurídica - o interesse social¹³².

Por este motivo, é imprescindível ao intérprete a compreensão da distinção entre princípios e regras, além da ponderação de princípios e da superabilidade das regras, a fim de justificar na própria lei uma decisão *contra legem*, que afastará, excepcionalmente, a hipótese de incidência da norma¹³³.

O direito é, portanto, argumentativo, parte de um discurso entre os mais variados agentes, e isso é o que faz com que seus conteúdos não sejam completamente acabados, fechados e irrefutáveis; mas capazes de atender, através de análises cautelosas e até mesmo empíricas, ao bem-estar e justiça sociais. Para que esse discurso se desenvolva, a interpretação e a aplicação das regras jurídicas devem ser pautadas pelos princípios norteadores de uma lei.

4.3.2 Precedentes judiciais: a flexibilização da exigência da CND como forma de se preservar a empresa em crise

Pautando-se pelos princípios orientadores da LREF, o posicionamento adotado pelos tribunais pátrios, a respeito da exigência de CND para a concessão da Recuperação Judicial, demonstra uma mudança de paradigma, a partir da compreensão da interdisciplinariedade entre o direito - através da conjugação de regras e princípios dispostos em todo o ordenamento jurídico - e a utilização do *law*

¹³² Para se criar um exceção a uma enumeração taxativa em um dispositivo legal, é necessário incluir, no processo de ponderação princípios formais como princípio democrático, o princípio do Estado de Direito e os demais princípios que justificam as regras do processo legislativo, demonstrando que há razões inclusive para superar o peso do material institucionalmente estabelecido pelo legislador (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v.15, n.2, p.603-628, jul/dez 2010. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2143>, p.611)

¹³³ Compreender o conteúdo valorativo dos princípios - o que obviamente não nos obriga a entendê-los como valores “objetivos” ou “verdadeiros”, na medida em que se adote um construtivismo jurídico e um construtivismo moral - é essencial para se estabelecer um método apropriado para a interpretação e aplicação das regras. (BUSTAMANTE, op. cit., 2014, p.616)

and economics, buscando, assim, garantir a efetividade dos objetivos concretos do instituto, além de possibilitar a manutenção das empresas economicamente viáveis.

A interação entre o direito e a economia então, torna-se uma responsabilidade do Poder Judiciário, e não um agir discricionário dos magistrados, pois a lei, isoladamente considerada, não será capaz de mudar o sistema que gravita em torno do direito concursal brasileiro; é necessário que os juízes estejam cada vez mais preparados e atentos ao desenvolvimento econômico e às suas necessidades, agindo sempre de forma mais célere e eficiente para a consecução dos objetivos normativos.

Pelas decisões dos tribunais pátrios, em especial do Superior Tribunal de Justiça, é possível aferir o posicionamento contrário à exigência legal da apresentação de Certidão Negativa de Débito como requisito à concessão da Recuperação Judicial. Tem-se buscado uma interpretação menos literal e mais sistêmica e teleológica, aplicando os princípios norteadores da LREF, bem como os princípios constitucionais da ordem social e econômica.

Colaciona-se aqui recente Recurso Especial do Superior Tribunal de Justiça que corrobora tal posicionamento:

DIREITO EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM A PETROBRAS. PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTS. 52 E 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "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".

2. **Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária**

de empresas em recuperação judicial (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

3. Dessarte, o STJ, para o momento de deferimento da recuperação, dispensou a comprovação de regularidade tributária em virtude da ausência de legislação específica a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. **Nessa linha de inteligência, por óbvio, parece ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público.**

4. Na hipótese, é de se ressaltar que os serviços contratados já foram efetivamente prestados pela ora recorrida e, portanto, a hipótese não trata de dispensa de licitação para contratar com o Poder Público ou para dar continuidade ao contrato existente, mas sim de pedido de recebimento dos valores pelos serviços efetiva e reconhecidamente prestados, não havendo falar em negativa de vigência aos artigos 52 e 57 da Lei n. 11.101/2005.

5. Malgrado o descumprimento da cláusula de regularidade fiscal possa até ensejar, eventualmente e se for o caso, a rescisão do contrato, não poderá haver a retenção de pagamento dos valores devidos em razão de serviços já prestados. Isso porque nem o art. 87 da Lei n. 8.666/1993 nem o item 7.3. do Decreto n. 2.745/1998, prevêm a retenção do pagamento pelo serviços prestados como sanção pelo alegado defeito comportamental. Precedentes.

6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1173735/ RN RECURSO ESPECIAL 2010/0003787-4 Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO)¹³⁴ **(grifou-se)**

Ainda em voto exarado pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão (RESP 1.187.404 MT, 2013), é possível verificar a atuação ativa do Poder Judiciário em

¹³⁴ Ainda nesse mesmo sentido o STJ, por relatoria do mesmo Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu em outro Recurso Especial: DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "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". 2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN. 3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação. 4. Recurso especial não provido.

cumprir os desígnios do instituto da recuperação judicial, qual seja a manutenção da empresa economicamente viável, concretizando assim o interesse público e o bem-estar social. Para o eminente Ministro o que se quer proteger é a ordem econômica brasileira, a partir da densa carga principiológica que a LREF carrega, e só assim ser capaz de relativizar essa exigência que impede o benfazejo da recuperação, não satisfazendo os interesses nem da empresa nem dos devedores, inclusive da própria Fazenda Pública¹³⁵.

O que se verifica de fato é que desde o início de vigência da Lei 11.101/2005 a jurisprudência tem se orientado no sentido de conceder a recuperação judicial, ainda que o devedor não apresente a CND ou a CPD- EN. Em muitas dessas decisões, os fundamentos adotados gravitam em torno do fato de não haver, até então, lei destinada a prever o parcelamento especial para as empresas em recuperação.

¹³⁵ Na verdade, o valor primordial a ser protegido é o da ordem econômica, bastando analisar com mais vagar os meios de recuperação da empresa legalmente previstos (como, por exemplo, os incisos III, IV, V, XIII e XIV do art. 50 da LRF), para se perceber que, em alguns casos, é exatamente o interesse individual do empresário que é sacrificado, em deferência da preservação da empresa como unidade econômica de inegável utilidade social. Cumpre sublinhar também que, em se tratando de recuperação judicial, **a nova Lei de Falências traz uma norma-programa de densa carga principiológica, constituindo a lente pela qual devem ser interpretados os demais dispositivos** (...) Refiro-me ao art. 47, que serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "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" (...) Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN **inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto. Assim, a exigência peremptória de regularidade fiscal dificulta, ou melhor, impede, o benfazejo procedimento da recuperação judicial, o que não satisfaz o interesse nem da empresa nem dos credores, incluindo aí o Fisco, uma vez que é somente com a manutenção da empresa economicamente viável que se realiza a arrecadação, seja com repasse tributário direto da pessoa jurídica à Fazenda Pública, seja indiretamente, como, por exemplo, por intermédio dos tributos pagos pelos trabalhadores e das demais fontes de riquezas que orbitam uma empresa em atividade** (...) Portanto, uma legislação vocacionada ao saneamento financeiro de empresa em crise não estaria completa - correria mesmo o risco de ser inócua - se não contemplasse providências especiais para o crédito tributário; se não lhe conferisse um tratamento harmônico com o sistema, vale dizer, solução que não exaspere a situação de crise empresarial no que concerne às dívidas para com o Fisco. (RESP 1.187.404 MT, Relatoria Min. Luis Felipe Salomão, 21/08/2013).**(grifou-se)**

Isto porque, o direito efetivo e certo do contribuinte de ver concedido o parcelamento de seus débitos encontra-se adstrito à edição de uma lei específica, que determinará a forma e os requisitos necessários à concessão¹³⁶.

Marco jurisprudencial da questão neste estudo analisada é o processo de recuperação judicial da Parmalat Brasil S/A, assim como a homologação do plano de recuperação da VASP – Viação Aérea de São Paulo S/A, que trouxe consigo relevantes fundamentos exarados no parecer do Promotor de Justiça Alberto Camiña Moreira, que respaldam os argumentos até aqui defendidos.

O eminente promotor defende que a exigência da CND, diante da situação de uma empresa às vias de falência, revela-se abusiva e inócua; e verdade seja dita, a exigência provém de um credor que sequer sujeita-se ao instituto da recuperação judicial, mas que acaba por impedir, definitivamente, que a empresa ainda viável, possa se manter atuante no mercado econômico. Posiciona-se ainda, no sentido de que o art.57 da Lei 11.101/05 “encerra sanção política e coercitiva, meio oblíquo de cobrança que não pode ser reconhecido”.

Diante do exposto, percebe-se, que desde o início da vigência da Lei, há veemente preocupação com o futuro da empresa e dos reflexos econômicos que o indeferimento da recuperação judicial acarretará. E fundamenta-se toda a decisão

¹³⁶ Art. 155-A do Código Tributário Nacional. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001) [...] § 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005) § 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

pelo Princípio da Preservação da Empresa, tomado, não sob um prisma solidarista, mas sim utilitarista¹³⁷.

Ainda nesse sentido, colaciona-se a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, referente a empresa EMBEL - Empresa de Bebidas Ltda.:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DEFERIMENTO - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO FISCAL NEGATIVA - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR SOBRE PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO - RISCO DE LESÃO AO PRINCÍPIO NORTEADOR DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 47, 57 E 68 TODOS DA LEI No 11.101/2005 E ART. 155-A, §§ 2o E 3o DO CTN. **A recuperação judicial deve ser concedida, a despeito da ausência de certidões fiscais negativas, até que seja elaborada Lei Complementar que regule o parcelamento do débito tributário procedente de tal natureza, sob risco de sepultar a aplicação do novel instituto e, por consequência, negar vigência ao princípio que lhe é norteador.** (Agravo nº 1.0079.06.288873-4/001 / Numeração única no: 2888734- 67.2006.8.13.0079 - Comarca de Contagem - Rel. Desemb. Dorival Guimarães Pereira, Data de Julgamento: 29.05.2008) (grifou-se)

¹³⁷ A questão gira em torno da exigência de certidão negativa de débitos tributários, prevista no art. 57, Lei de Recuperação Judicial (Lei no 11.101/2005), como requisito para concessão da recuperação judicial. Porém, a exigência revela-se abusiva e inócua. Em primeiro lugar, se, de um lado, há dispositivos exigindo a apresentação de certidão negativa de débitos tributários (art. 57, Lei de Recuperação Judicial, Lei 11.101/2005; art. 191-A, CTN), de outro, é inegável que tal requisito se revela abusivo e contrário aos princípios norteadores da lei de recuperação de empresas, que é de manter a unidade produtiva, os postos de trabalho, a fonte de receita e de arrecadação. No fundo, o dispositivo encerra sanção política e coercitiva, meio oblíquo de cobrança que não pode ser reconhecido, tanto que há muito repudiado pelo STF. Segundo, que não há porque se exigir a certidão negativa se o Fisco dispõe de meio próprio (execução fiscal), utilizável independentemente da falência ou recuperação judicial (com efeito, o art. 6o, §7o, Lei 11.101/2005). Terceiro, no plano concreto, a empresa que postula a sua recuperação judicial tem débitos tributários e é curial que tente o respectivo parcelamento junto ao Fisco. Tanto assim que o art. 68, Lei de Recuperação de Empresas (Lei no 11.101/2005), pressupõe tal situação. Ocorre que até o presente momento, não adveio a “legislação específica”, regulando as condições para o parcelamento da dívida, tudo a implicar, em termos práticos, a dificuldade da empresa no pedido de soerguimento e de recuperação. Por fim, a exigência revela-se inócua, pois não é motivo de quebra. Vale frisar que, numa interpretação histórica, sob a ótica do processo legislativo, o art. 57, Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005) previa o parágrafo único, cuja redação era a seguinte: “Decorrido o prazo sem a apresentação das certidões, o juiz decretará falência.” Todavia, foi descartada a possibilidade de declaração de quebra. [...] Outro aspecto importante é que desapareceu do caput do dispositivo o prazo para a apresentação das certidões. Previa-se o prazo de cinco dias. E, na norma editada, não há prazo para o cumprimento dessa obrigação. [...] Em relação à exigência do art. 57 da Lei 11.101 e artigo 191-A do CTN: trata-se de sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais; o descumprimento não acarreta a falência, consequência não desejada pela lei; a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica, sem que isso represente proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias. [...] Diz-se, costumeiramente, que, a falência é um conjunto de rios, o principal e os afluentes menores. A Fazenda Pública insere-se em rio próprio. Corre em separado. Não se mistura às águas concursais. São rios que não se comunicam. É o que afirma o artigo 187 do Código Tributário Nacional, na redação que lhe deu a Lei Complementar 118/05 .

Esse mesmo Tribunal de Justiça tem aplicado a Lei de Falências e Recuperação, em outros casos semelhantes, buscando que sua finalidade seja alcançada, assim preservando a empresa em crise e colaborando para a sua reestruturação¹³⁸.

O entendimento dos Tribunais Pátrios reforça o fato de que a prova da quitação dos débitos tem obrigado as empresas ao impossível e obstado a recuperação da maior parte daquelas que estão enfrentando um momento de crise. Ademais, como já exposto, o exame da referida Lei frente aos princípios gerais de direito, leva à conclusão de que é necessária a mitigação da exigência da Certidão Negativa de Débito.

Desta feita, nota-se a evolução do entendimento em torno da imprescindível interpretação teleológica do nobre instituto da recuperação judicial, bem como a preocupação percebida na atuação do Poder Judiciário pátrio em ser justo e garantir a consecução do Princípio da Preservação da Empresa.

Ocorre que, não basta apenas que o Poder Judiciário, tome sobre si toda a responsabilidade pela preocupação em se manter viva a empresa em crise. O próprio Estado, no exercício de sua função administrativa, precisa adotar uma nova postura diante de questões que são de seu total interesse, antevendo os reflexos econômicos que a dissolução prematura de uma empresa pode causar a toda a sociedade.

¹³⁸ DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS. EXIGÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE. Não obstante o art. 57 da lei 11.101/2005 exigir, para a concessão da recuperação judicial, a apresentação das respectivas certidões negativas de débito tributário tem-se que, em virtude da ausência de integração normativa à regulamentar o parcelamento das dívidas fiscais no caso de recuperação judicial, tal exigência impossibilitaria a concessão das recuperações judiciais, contrariando assim os ditames constitucionais aplicáveis ao instituto. (Agravo de Instrumento nº 1.0079.07.3488 71-4/007 / Numeração única: 3488714-90.2007.8.13.0079 – Comarca de Contagem - Rel. Desemb. Maria Elza – Data de Julgamento: 08.10.2009)
RECUPERAÇÃO JUDICIAL - LEI 11.101/05 - APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL - FLEXIBILIZAÇÃO - PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO - OBSERVÂNCIA. [...] A exigência do art. 57 da Lei de Recuperação de Empresas deve ser mitigada tendo em vista o princípio de viabilização da empresa de que trata o art. 47, bem como diante da inexistência de lei específica que regule o parcelamento de débitos fiscais das empresas em recuperação (art. 68 da Lei 11.101/05). O processo de recuperação judicial visa conciliar os interesses da empresa recuperanda e dos seus credores, pelo que devem ser observadas as exigências traçadas no plano de recuperação judicial aprovado pela Assembléia Geral de Credores, com a anuência da devedora. (Agravo de Instrumento no 1.0079.07.371306-1/001(1) / Numeração única: 3713061-09.2007.8.13.0079 – Comarca de Contagem – Rel. Desemb. Heloisa Combat. – Data de Julgamento: 29.09.2009)

Como defende MACHADO¹³⁹,

Por outro lado, ninguém poderá negar que entre os credores de uma empresa o Estado é o que tem maior responsabilidade por sua recuperação, e que por isto mesmo é inegável o seu dever de contribuir significativamente para que isto aconteça (...) Faz-se evidente, portanto, o dever do Estado de contribuir para a recuperação da empresa em crise, não se justificando, portanto, sob nenhum aspecto, que a existência de dívidas tributárias possa constituir impedimento a que tal recuperação se realize.

5 REFLEXOS ECONÔMICOS DA NÃO CONCESSÃO DE CND E DO CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O exercício de atividade econômica é essencial para garantir o desenvolvimento nacional por meio da geração de empregos e da produção de bens ou prestação de serviços, proporcionando geração de riqueza nacional e promovendo o bem estar social. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são, inclusive, o alicerce sobre o qual a República Federativa do Brasil está erigida, pois as atividades econômicas lucrativas são capazes de colaborar, diretamente, para que o Estado Brasileiro alcance seus objetivos imediatos e mediatos.

O desenvolvimento sadio de uma atividade econômica, porém, não é algo simples, pois toda atividade está envolta em riscos que lhe são inerentes, todos eles

¹³⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo. Pag.71.

advindos de características do mercado econômico e financeiro. Estes riscos podem se tornar reais por uma má administração empresarial, ou por má gestão dos recursos produtivos ou, até mesmo, por fatores externos à atuação do empresário, como as crises sofridas pela economia nacional e internacional. Sendo assim, o indivíduo que decide se dedicar a uma atividade econômica não pode desprezar a existência desses riscos, devendo sopesá-los, a fim de desenvolver uma administração empresarial capaz de superá-los.

Ocorre que, apesar de toda tentativa por minorar os riscos e custos de transações empresariais, a crise econômico-financeira pode alcançar o empresário; e, para que esse momento seja superado, cabe à organização econômica, institucional e jurídica do Estado o desenvolvimento de métodos de colaboração, direta e indireta, para a reabilitação das empresas que enfrentam momentos de crise, mas que ainda demonstram viabilidade econômica para serem mantidas.

Um dos meios criados para colaborar de forma ágil e eficaz para o soerguimento empresarial foi a criação do instituto da Recuperação Judicial, com vistas a preservação da atividade produtiva, de forma a beneficiar não só credores diretos, mas também toda a sociedade.

Em decorrência dos impactos provocados pela recente crise econômica mundial, a recuperação judicial tem se tornado meio efetivo para superação do momentâneo estado de crise por que passam as empresas brasileiras. Sendo assim, é ainda maior a necessidade de se compreender a importância e os reflexos positivos trazidos pela preservação de empresas em crise, mas que sejam economicamente viáveis. Em pesquisa elaborada pelo Serasa *Experian*¹⁴⁰ é possível aferir o aumento considerável no número de requerimentos de recuperação judicial desde a promulgação da Lei 11.101 em 2005 até agosto de 2014. Tais valores são demonstrados na tabela abaixo:

	Requeridas	Deferidas	Concedidas	Não concedidas	Concessões (em %)
2005	220	106	1	219	0.45

¹⁴⁰ Disponível em: http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm

	Requeridas	Deferidas	Concedidas	Não concedidas	Concessões (em %)
2006	504	312	6	498	1.19
2007	538	390	18	520	3.34
2008	624	444	48	576	7.69
2009	1340	984	151	1189	11.26
2010	950	722	215	735	22.63
2011	1030	794	151	879	14.66
2012	1514	1236	189	1325	12.48
2013	1748	1380	244	1504	13.95
2014 (08/14)	1082	902	227	855	20.97

Fonte: Serasa Experian Indicadores

Importa observar, que o número de requerimentos foi crescente ao longo dos anos, o que pode demonstrar a compreensão empresarial - e porque não dizer social - de que a recuperação judicial poderia ser a única medida de reabilitação econômico-financeira; esperando, através dela, a possibilidade de negociar com seus credores e minorar os efeitos nefastos da crise. É sabido que, por estes dados levantados pelo instituto de pesquisa, não é possível inferir se todos aqueles que requereram a recuperação judicial estavam ainda em condições viáveis de se manter no mercado econômico; porém, o que se quer demonstrar é que, a despeito da importância do instituto e dos anseios sociais que o fizeram nascer, o número de concessões é relativamente pequeno. Em média somente 11% dos requerimentos, desde a vigência da lei, foram concedidos. Já em relação aos deferimentos, em média 72% dos requerimentos foram deferidos. Deste dado pode-se perceber, pela média levantada, a atuação efetiva do Poder Judiciário, como já demonstrado, no sentido de transpor as barreiras burocráticas e deferir os pedidos de recuperação judicial.

Uma análise mais detalhada da situação que se coloca, é capaz de demonstrar, pelo pequeno número de concessões, duas realidades distintas: em uma tem-se a possibilidade de a empresa não ter demonstrado a viabilidade econômica capaz de produzir nos credores a certeza de que valeria a pena sacrificar parte de seus créditos e suportar os riscos da negociação; em outra, partindo do pressuposto de a empresa ter demonstrado ser economicamente viável, não há uma postura coesa e cooperativa por parte dos credores, que não conseguem enxergar no sacrifício creditório a possibilidade de se alcançar interesses maiores e que produzam efeitos futuros, impedindo assim que os desígnios da LREF se tornem reais.

Apenas o jaez judicial do procedimento recuperacional não basta para alcançar a máxima eficiência do instituto; por esse motivo, não deve ser analisado de forma isolada, como se o direito estivesse apartado das questões econômicas, tendo em conta que a economia é uma poderosa ferramenta para analisar uma extensa variedade de questões de interpretação legal e política. Os reflexos econômicos provocados pela não obtenção de CND para o deferimento da recuperação judicial não podem ser ignorados; somente a partir da análise desses reflexos é possível ao Estado rever a sua postura e se tornar um credor que colabore diretamente - não com fins altruístas, mas práticos - para que a empresa se restabeleça e permaneça sendo uma fonte de arrecadação tributária.

Como demonstrado, a recuperação judicial de empresas tem ganhado cada vez mais importância no cenário jurídico e econômico brasileiro, seja pelo aumento considerável de requerimentos, seja pela função social que desempenha; pois sendo a empresa entendida como um feixe de relações contratuais, os problemas que gravitam em torno da crise e os mecanismos instituídos para resolver problemas de inadimplemento ou para manter contratos firmados, ganham destaque no universo econômico¹⁴¹.

Sendo a empresa essa fonte de geração de empregos, sejam diretos ou indiretos; de produção de bens e serviços e de inovações tecnológicas; e, portanto, reconhecida como pilar da ordem econômica brasileira, se torna merecedora de estímulos eficazes e medidas protetivas por parte do organismo estatal, seja através

¹⁴¹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. xvi, 315p.

da legislação ou de atos administrativos condizentes com sua real importância para o ser social.

Permitir que a recuperação judicial seja deferida é papel do Estado, já que a satisfação do interesse público e garantia do bem-estar social são o fim para o qual o Estado foi criado. Se assim não o fosse, o legislador não teria se preocupado com os anseios sociais pela modificação do direito concursal brasileiro. E tornar concreta essa finalidade só é possível a partir da conjugação de esforços entre as funções estatais; ou seja, tanto Poder Legislativo, quanto Poder Judiciário e, o não menos importante - pelo contrário - Poder Executivo, devem se unir para permitir e colaborar pela manutenção das fontes produtoras ainda viáveis.

Para que o Estado possa adotar uma postura condizente com os princípios orientadores da recuperação judicial e adotar medidas que superem a exigência da CND, possibilitando o restabelecimento do devedor, é necessário que entenda o que é o bem-comum - o fim para o qual foi criado¹⁴². Pois o que se tem visto é um grande distanciamento dessa finalidade, sob o argumento de que a inadimplência fiscal impossibilita a consecução dos objetivos estatais, tornando primordial a função arrecadatória, em prejuízo de tudo o mais.

Agindo dessa forma, a administração fazendária vai na direção contrária dos demais credores e não coopera para que a empresa se mantenha atuante no mercado econômico em que está inserida. A Lei deu aos credores um papel significativo na recuperação judicial, pois ao participarem ativamente e aprovarem o plano de recuperação, tornam possível e real a reestruturação empresarial, apesar de sacrificarem parte de seus créditos para atingirem objetivos maiores, que se concretizarão em um futuro próximo, com a manutenção da fonte produtora. Ressalte-se que a atitude dos credores não é altruística, antes pelo contrário, é pragmática, porque em muitos casos, se não a maioria deles, a existência desses credores depende diretamente da preservação do devedor.

É necessário, então, para que os fins da LREF se concretizem, dar credibilidade e um voto de confiança ao empresário que enfrenta dificuldades

¹⁴² O fim do Estado é o bem-comum, entendido este como o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana (...) este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo. (DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 21. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2000. xii, 307p)

temporárias na gestão de seu empreendimento, e que só procura se reerguer para dar continuidade as atividades que um dia desenvolveu, de forma lucrativa e eficaz. Quando o empresário encontra incentivo na ação dos credores - ainda que não sejam benevolentes, contudo práticas e benéficas - pode vislumbrar a melhor relação entre os ganhos e os custos de produção e de transação¹⁴³.

As diferentes classes de credores, entre eles o Fisco - que apesar de não ter seus créditos sujeitos à habilitação, porta-se como um credor nefasto e determinado em satisfazer seus créditos - sabem que a satisfação de seus interesses está diretamente relacionada às transações e decisões tomadas pelo devedor e os demais grupos de interesses. Ou seja, quando o Fisco decide por não conceder a certidão negativa, por questões meramente burocráticas, impedindo a recuperação judicial, confronta e desincentiva qualquer possibilidade que houvesse de restabelecimento, sequer levando em conta as relações existentes entre os demais núcleos creditórios e o devedor.

Há, como se defendeu, um grande contra-senso, pois enquanto alguns estão dispostos a sacrificar seus créditos de forma a reduzir os custos de transação, a Fazenda Pública adota uma postura retrógrada e burocrática que sequer se justifica; já que, para a administração pública, haverá apenas a postergação da satisfação dos créditos tributários, sendo-lhe ainda resguardado, pela própria lei, o direito de cobrar seus créditos em ambiente distinto do juízo universal da falência.

Por este motivo é que tanto se questiona a respeito da não sujeição do Fisco ao procedimento concursal. O Estado, nestas condições, sempre se verá diante de situações em que suas decisões serão confrontadas, principalmente, por que deve buscar de forma verdadeira a satisfação do interesse público. É sabido que a arrecadação é um dos meios, talvez até mesmo o principal, de realizar o bem-

¹⁴³ Em uma situação de crise econômico-financeira, o empresário não mais conseguirá manter em funcionamento a atividade empresarial se não contar com o esforço conjunto dos demais envolvidos. Estes grupos de interesse organizados, por sua vez, somente se sentirão compelidos à recuperação da empresa se também vislumbrarem na manutenção dela a escolha mais eficiente para si próprios(...) A preservação da empresa, organização dos fatores produtivos para a produção ou distribuição de bens ou serviços, está necessariamente vinculada, quando diante de uma crise econômico-financeira, aos incentivos que os fornecedores de cada um destes diversos fatores produtivos encontram na hora de fazerem suas escolhas. A empresa só existe se puder contar com o capital, trabalho, as matérias-primas e a tecnologia. E só haverá o suprimento destes insumos se os seus produtores se encontrarem economicamente incentivados a fazê-lo.(PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 74/76)

comum, possibilitando desenvolvimento social; porém, as decisões que o Fisco tem tomado não se demonstram otimizadoras de seus interesses.

É preciso definir melhor as estratégias a serem adotadas, capazes de verdadeiramente otimizar e possibilitar a finalidade arrecadatória. Porque, ao contrário do que possa parecer, defende-se neste estudo a arrecadação; porém sendo exercida a partir de uma conduta consciente e associada à análise das questões econômicas envolvidas na recuperação judicial.

A estratégia a ser adotada, como em um jogo¹⁴⁴, é o plano de ação que irá responder às reações dos outros¹⁴⁵. Se a crise econômico-financeira envolve mais de um agente e acaba por vinculá-los diretamente, é imprescindível que todos esses agentes cooperem para que a decisão entre aprovar ou não o plano de recuperação seja a mais eficaz para satisfazer todos os interesses e, não só, o interesse de um único credor que se coloca em uma situação extremamente privilegiada.

Os credores em sede concursal, ao apoiar o plano de recuperação, estão definindo uma estratégia que parece ser a mais eficiente para concretizar seus objetivos, seja pagamento por produtos fornecidos ao devedor; seja a manutenção

¹⁴⁴ Na perspectiva da Teoria dos Jogos, já utilizamos a expressão estratégia diversas vezes sem defini-la. Estratégias, neste sentido, são decisões ou comandos que indicam as linhas de ação de um jogador pode adotar durante o jogo, parte dele ou mesmo antes de ele começar. Há mais de uma estratégia possível, e por qual delas o jogador vai optar dependerá (ou não) do que o adversário fizer. As estratégias podem (ou não) traçar um plano de escolhas para cada ponto de decisão, formando (ou não) uma seqüência completa de movimentos, por meio dos conjuntos de informações disponíveis (ou indisponíveis), tendo em vista as recompensas oferecidas ao final (...) Em síntese, as técnicas da Teoria dos Jogos permitem modelar as interações entre os indivíduos em que estes agem estrategicamente - isto é, levando em conta o que o(s) outro(s) faz(em) - e, assim, tentar prever suas decisões, supondo que eles demonstrem um comportamento racional. Com isso, tal teoria, aplicada ao Direito, pretende discernir o papel que desempenham as normas jurídicas vigentes e os resultados sobre o comportamento dos agentes de uma alteração do quadro jurídico em que operam. Isso não significa, porém, que a análise jurídica do comportamento estratégico das pessoas (físicas e jurídicas) se limite à mera definição de "regras de jogo" para enquadrar a satisfação do interesse individual. A dimensão valorativa ou normativa do jurídico é um requisito básico - é um *prius*. Definir quais os resultados que pretendemos atingir por meio do Direito é uma segunda contribuição da Teoria dos Jogos. Com o propósito de esclarecer, em face de certos pressupostos relativos ao comportamento dos agentes envolvidos, quais os resultados decorrentes de optarmos por um dos modelos normativos à nossa disposição, a Teoria dos Jogos abre um novo campo aos juristas. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, c2006. xxx, p.165/167)

¹⁴⁵ Aderir ao plano de recuperação é uma estratégia que será adotada pelos abarcados pela empresa em função dos proveitos que cada um deles vislumbrar nesta estratégia. Os esperados ganhos de cada um destes envolvidos são, por sua vez, exatamente os incentivos que os levaram a transacionar com a empresa, ou seja: os provedores dos diferentes fatores de produção apoiarão o plano de recuperação da empresa se esta for a estratégia que lhes proporcione a mais eficiente remuneração pelos insumos que oferecem. (PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 80)

dos postos de trabalho ou o retorno de capital emprestado; ou, até mesmo, enquanto parte de uma cadeia produtiva, a obtenção de lucro pelas relações negociais já firmadas. A fazenda pública, contudo, parece não querer satisfazer seus créditos, pois ignora o fato de que o encerramento precoce de uma atividade pode provocar reflexos negativos ainda maiores na sua principal finalidade, a arrecadação. O que se conclui então, é que a Fazenda não define bem suas estratégias, por entender que não participa desse jogo corporativo; o que não merece prosperar, pois ainda que não esteja sujeita à falência e à recuperação, o destino que se der ao jogo - superação ou não da crise econômico-financeira - trará reflexos diretos à finalidade fiscal.

Há que se ressaltar ainda, sobre a ineficiência da estratégia adotada pelo Fisco, que o devedor, para aprovação do plano de recuperação, informará aos credores sua situação patrimonial e financeira, o que possibilita conhecer a viabilidade econômica da empresa para decidir racionalmente. Neste caso, uma decisão estratégica e racional¹⁴⁶ seria a concessão da CPD-EN, ou até mesmo, como se verá, a regulamentação do parcelamento especial que foi garantido por lei ao devedor.

Na recuperação judicial se está, verdadeiramente, diante de um jogo corporativo; jogo este que tem como pressuposto a cooperação de todos os interessados para atingir um propósito comum: a satisfação de seus próprios interesses. Nos dizeres de Eduardo Goulart Pimenta¹⁴⁷

O conceito de cooperação é importante na teoria dos jogos, mas é um tanto quanto sutil. O termo cooperar significa “agir em conjunto com um propósito comum. Nós devemos supor que para uma coalizão de dois ou mais indivíduos agir em comum com um propósito em comum os indivíduos terão que deixar de lado suas funções de utilidade separadas e criar algo completamente novo - uma função de utilidade coletiva para determinar seu comportamento coletivo.

¹⁴⁶ A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo. (ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. xvi, p.76)

¹⁴⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.81

Quando um credor decide sacrificar parte de seus créditos ao aprovar o plano de recuperação judicial, sua decisão, ainda que seja de utilidade coletiva, envolve custos de transação e, somente a partir de uma análise econômica do direito, será possível avaliar de forma positiva esses custos para, definitivamente, alcançar sua minoração, que é o que se espera em relações empresariais e de mercado.

Os custos de transação são aqueles decorrentes de trocas no mercado de bens e serviços, comuns a qualquer negociação comercial. Estes custos, por serem inerentes a qualquer atividade econômica, devem ser cautelosamente analisados e planejados, para que os agentes envolvidos possam se prevenir e monitorar suas interações de maneira satisfatória para a realização dos contratos firmados, de forma a garantir a máxima funcionalidade econômica.

Em sede de recuperação judicial, os custos de transação tendem a se intensificar, pela crise enfrentada pelo devedor. A renegociação dos contratos, o sacrifício dos créditos e a incerteza e insegurança que permeiam o cumprimento das obrigações pelo empresário recuperando, aumentam consideravelmente esses custos de transação.

Contudo, esses custos podem e serão minorados a partir da elaboração adequada e eficiente de um plano de recuperação por profissionais especializados, que seja capaz de demonstrar a realidade econômica do devedor, criando um ambiente mais seguro e de maior credibilidade para os agentes envolvidos. Aos credores a Lei concedeu esse poder, para que negociassem com o devedor de forma a reduzir os riscos e possibilitar a reabilitação; porque, muitas vezes os custos a serem suportados na recuperação serão menores dos que aqueles a serem suportados caso a empresa tenha, precocemente, encerrado suas atividades.

Ao ser indeferida a recuperação judicial porque não foi concedida ao contribuinte a Certidão Negativa de Débito, os reflexos econômicos a serem suportados serão sensivelmente profundos e significativos em toda uma cadeia produtiva; tendo em conta ser a empresa um feixe de relações envolvendo os mais diversificados agentes, entre eles produtores, intermediários, financiadores e consumidores.

Pretende-se, então, demonstrar e atestar, em caráter exemplificativo, os reflexos provocados em uma cadeia produtiva, caso uma empresa de grande porte - e que estabeleça um extenso feixe de relações de interdependência - enfrente uma crise econômica-financeira e não lhe seja deferido o pedido de recuperação judicial, simplesmente, por possuir débitos tributários e, em decorrência deste fato, restar impossibilitada de obter a certidão negativa.

A FIAT Automóveis, situada no Município de Betim, será tomada como exemplo. A montadora de automóveis é responsável pela geração de inúmeros postos de trabalho, sendo em torno de 25 mil empregos diretos e indiretos; além de ser responsável pela geração de riqueza direta para o município de Betim, para o estado de Minas Gerais e também para União. No ano de 2013, a FIAT teve um faturamento de R\$ 3,17 bilhões de reais¹⁴⁸, o que causa grande impacto na economia local. A indústria automobilística em Betim - FIAT e os fornecedores de componentes e peças veiculares, que são em torno de 260 empresas¹⁴⁹ - é responsável pelo grande desenvolvimento social por que passou o município desde a chegada da montadora em 1976.

O crescimento econômico que a FIAT trouxe consigo, é demonstrado pelo Produto Interno Bruto do referido município. No ano de 2011, em levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o município de Betim esteve entre os 100 maiores municípios brasileiros quanto ao produto interno bruto, ocupando o 19º lugar com PIB de R\$ 28.085.221.000,00 (vinte e oito bilhões, oitenta e cinco milhões e duzentos e vinte e um mil reais). Por este levantamento, Betim obteve o segundo maior PIB do estado de Minas Gerais, ficando atrás, apenas, do município de Belo Horizonte, que ocupou a quinta posição entre os 100 maiores PIBs do país.

Betim sedia a maior fábrica de automóveis do Grupo Fiat, com capacidade para produzir em torno de 950 mil unidades por ano, o que provoca reflexos diretos no PIB do estado de Minas Gerais. O PIB mineiro é diretamente influenciado pelo setor automotivo - indústria de transformação - que em seu território está estabelecido, como é o caso do próprio complexo FIAT.

¹⁴⁸ Disponível em <http://www.automotivebusiness.com.br/noticia/19213/fiat-reduziu-lucro-no-brasil-em-759>. Informações financeiras publicadas no Diário Oficial de Minas Gerais e no Diário do Comércio de MG.

¹⁴⁹ Disponível em: <http://www.fiatpress.com.br/institucional/exibePagina.do?operation=exibir&idPagina=1>

Qualquer instabilidade na indústria de transformação, em qualquer de seus segmentos, provoca impactos negativos na economia local, regional ou nacional. Tal fato pôde ser observado no PIB Mineiro em 2013; o setor industrial - no quarto trimestre daquele ano - sofreu retração econômica, sendo que, na fabricação de veículos automotores essa variação foi negativa, sendo de -7,6%¹⁵⁰.

Inconteste é a relevância da indústria de transformação na economia brasileira. Quanto à arrecadação, por possuírem longas cadeias produtivas, sua existência e manutenção é de suma importância, já que incidem sobre ela praticamente todos os tributos existentes no país; e neste caso, a fazenda pública tem um facilitador, pela formalidade adotada e exigida dessas empresas, bem como pela concentração do PIB naquelas de grande porte, possibilitando uma maior fiscalização.

Pelos dados expostos, é possível aferir a importância econômica e social do setor pelos reflexos que provoca, sejam positivos ou negativos. Em qualquer um dos casos todo o organismo social é diretamente afetado. Se a retração econômico-financeira aumentar consideravelmente, a ponto de uma empresa como a FIAT Automóveis vivenciar um período crítico de crise, os mais variados segmentos, inclusive as fazendas municipal, estadual e federal, colherão os malefícios trazidos pela crise.

Pretende-se demonstrar, então, os reflexos econômicos negativos que o Estado deverá suportar, caso uma empresa como a FIAT tivesse indeferido o pedido de recuperação judicial por ter negado a certidão negativa em razão de débitos tributários existentes. Se uma empresa como a montadora for à bancarrota, além de provocar uma crise no setor - ou em situação pior, até mesmo a falências de empresas que fazem parte de seu feixe de relações negociais - provocará uma perda arrecadatória imensurável para a fazenda pública.

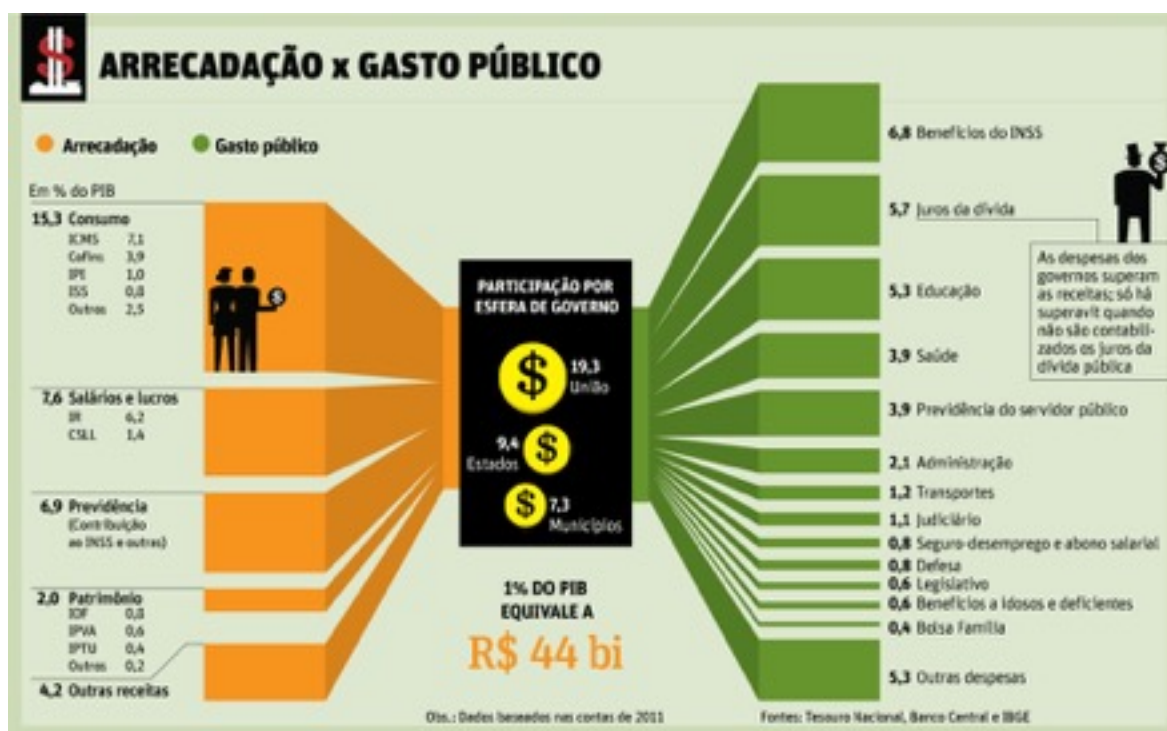
Os tributos sobre o consumo são responsáveis por 15,3% do PIB Nacional. Entre estes estão o ICMS, PIS/COFINS, IPI, ISS, entre outros. No setor automotivo todos estes tributos são incidentes, sendo a FIAT uma grande fonte de receita derivada, já que é responsável pela maior participação no setor (22,56%)¹⁵¹,

¹⁵⁰ Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/pib/pib-trimestrais/329-informativo-cei-pibmg-2013-iv/file>

¹⁵¹ Fonte: <http://exame.abril.com.br/negocios/album-de-fotos/as-20-maiores-montadoras-do-brasil>

emplacando, por exemplo, em 2011 mais de 597.516 veículos em todo o país. Nesse sentido, a saúde financeira da empresa italiana é de extrema relevância para a arrecadação tributária brasileira, uma vez que o consumo de veículos da marca FIAT faz com que a fazenda pública obtenha receita derivada significativa.

Importa ainda ressaltar que o setor automotivo não participa apenas da arrecadação oriunda dos tributos sobre consumo, mas também sobre a renda - salários e lucro -, sobre o patrimônio e sobre as contribuições destinadas à seguridade social. Os tributos incidentes sobre salários e lucros - IRPF, IRPJ e CSLL - respondem por 7,6% do PIB Nacional; já aqueles incidentes sobre o patrimônio - IOF, IPVA, IPTU e outros - respondem por 2%; e aqueles incidentes sobre a folha de salários - Contribuições Previdenciárias, Terceiros - respondem por 6,9% desse mesmo produto interno bruto.



Portanto, quanto maiores os incentivos do Estado para que essas empresas se mantenham atuantes no mercado econômico, maior será a lucratividade da empresa, culminando em uma maior arrecadação sobre a renda gerada; além de fomentar o crescimento da produção e, com isso, criar mais postos de trabalho, para atender às necessidades decorrentes desse crescimento. Com o aumento do

número de empregados, maior será a arrecadação sobre a renda desses trabalhadores e sobre a folha de salários - tributos estes que são destinados, em grande parte, à Previdência Social, que consome 6,8% do PIB nacional com os benefícios previdenciários. Já o aumento da população empregada faz com que o consumo aumente, inclusive no próprio setor automotivo, o que fará com que a arrecadação sobre o consumo e sobre o patrimônio - IOF e IPVA - sejam ainda maiores e significativas.

Tudo isso redundará em um ciclo: credibilidade e maiores incentivos por parte do ente estatal possibilitam maior produção de bens e serviços e geração de empregos, o que refletirá diretamente no mercado consumidor, retornando ao Estado através da arrecadação tributária.

Até aqui verificou-se os impactos positivos da existência de empresas como a FIAT e seus fornecedores diretos e indiretos no mercado produtivo. No entanto, o que se está a observar neste trabalho é justamente a postura egoísta do Estado ao impedir a recuperação judicial de uma empresa por mera exigência burocrática, onde, simplesmente, ignora dados que são levantados por seus próprios institutos de pesquisa.

Demonstra-se a concretização do bem-comum através dessa arrecadação, o que faz concluir que qualquer perda nesse sentido pode provocar efeitos nefastos para toda a sociedade. Isso porque, há que se ressaltar, empresas como a montadora italiana não estão sozinhas em seu setor. Como exposto, há todo um feixe de inter-relações que dependem da boa saúde da empresa que cria em torno de si essas relações negociais. Se a crise vier para o principal elo da corrente e não for possível que ele se restabeleça, os demais elos sofrerão diretamente, podendo inclusive sofrer com uma momentânea crise, em que, com dificuldades, talvez possam se recuperar - ou, não havendo possibilidade de superação, tenham decretada a falência por perder seu maior consumidor.

Assim como a principal empresa da cadeia produtiva, as demais são fontes de tributos, inclusive na mesma forma de arrecadação - ainda que em montantes menores; e não menos importantes geradoras de vários postos de trabalho diretos e indiretos.

Tome-se como parâmetro apenas três empresas fornecedoras de componentes e peças veiculares que estão implantadas no complexo produtivo FIAT Automóveis em Betim, quais sejam: Lear Corporation, Comau e Magna Seatings.

A relação entre Lear Corporation e FIAT se dá quanto à produção industrial de assentos automotivos. Quanto à mão-de-obra empregada por essa empresa em Betim - Lear Têxtil - tem-se 1.683 empregados diretos, 475 empregados indiretos, 45 mensalistas (nível gerencial e vagas estratégicas) e 107 aprendizes¹⁵².

A COMAU, empresa de automação para automotores, por sua vez, informa apenas os empregos diretos que possui em sua filial no município de Betim, que são em número de 2.700¹⁵³. E a Magna *Seatings*, que produz estrutura metálica para assentos automotivos, possui 652 empregados diretos, 269 indiretos, 9 engenheiros e 64 pessoas em nível gerencial, financeiro e recursos humanos¹⁵⁴. As três empresas, em conjunto, geram 6.004 postos de trabalho. Todos aqueles impostos acima descritos são incidentes também sobre as atividades dessas empresas, o que demonstra a importância de sua manutenção no mercado econômico. Se a FIAT passasse por uma crise econômico-financeira que levasse à necessária recuperação judicial, muito provavelmente, essas empresas vivenciariam, também, momentos de crise, pois os reflexos de uma na outra são imediatos. Para minorar os efeitos da crise, tais empresas adotariam medidas extremamente prejudiciais ao ente estatal; inicialmente, a medida a ser tomada seria a redução de custos com a dispensa de funcionários, diminuição da produção e redução da aquisição de insumos de produção, provocando uma retração em cadeia, uma vez que todas essas medidas se tornariam necessárias às empresas que se encontram no final da cadeia produtiva.

Sendo assim, os custos a serem suportados pelo Estado apenas com as dispensas sem justa causa já seriam impactantes em toda a economia nacional. Percebe-se pela figura 1, que o Estado brasileiro já dispense 0,8% de seu PIB com seguro-desemprego e abonos salariais, correspondendo a 35,2 milhões de reais. Caso houvesse uma quebra nessa cadeia produtiva o Estado suportaria um gasto

¹⁵² Fonte: Setor de Recursos Humanos Lear Corporation

¹⁵³ Fonte: Setor de Recursos Humanos COMAU Brasil

¹⁵⁴ Fonte: Setor de Recursos Humanos Magna Seatings

público ainda maior, pois aumentaria consideravelmente o número de beneficiários do seguro-desemprego.

O que se pode perceber é que a crise econômico-financeira enfrentada por uma única empresa, em torno da qual gravitam inúmeras relações empresariais, provocaria um efeito dominó devastante para a ordem econômica nacional¹⁵⁵. Causa, então, perplexidade e assombro, o pensar no encerramento definitivo das atividades de uma empresa como a do caso em análise.

Por este motivo, defende-se, não apenas pelo prisma jurídico, mas também pelo prisma econômico - unindo-o ao direito - que o Estado Brasileiro, na pessoa das fazendas públicas municipal, estadual e federal adotem postura mais adequada e condizente com os propósitos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Esta é uma responsabilidade do Estado, pois como demonstrado, é necessário proteger o interesse coletivo, através da criação de oportunidades de trabalho, distribuição de riqueza, e um adequado fluxo econômico-financeiro, que se dá pelas inter-relações existentes entre os mais variados segmentos presentes em cadeias produtivas, inclusive consumidores. Isso se consubstanciará se a empresa em recuperação, que demonstra ser economicamente viável, receber incentivos do ente público, enquanto credor, para se manter atuante no mercado em que está inserida.

A compreensão do instituto da recuperação judicial a partir de teorias financeiras pode contribuir para que seja cada vez mais eficiente, possibilitando a redução dos custos envolvidos e concretizando os objetivos da legislação falimentar brasileira. A interpretação de fenômenos jurídicos, como a recuperação judicial, deve ser pautada, também, por teorias econômicas e financeiras, para se apliquem os institutos de forma mais objetiva e eficiente através da interação entre fatos econômicos e jurídicos.

A interdisciplinariedade entre direito e economia contribuem para o desenvolvimento de métodos capazes de identificar e minorar os custos de transação que estão presentes na recuperação judicial, viabilizando uma utilização consciente do instituto como sustentáculo da produção de bens e serviços, de empregos e do crescimento econômico e social.

¹⁵⁵ O giro dos negócios na sua complexidade (fornecedores, clientes, empregados, etc.), mesmo perante as relações com não comerciantes, significa ligações, sobre as quais, dado um tropeço de qualquer relevo, podem resultar reações em cadeia que levem a uma desarmonia orgânico-funcional, com reflexos na economia em geral” (SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2010, p.6)

Sendo o Estado um credor - apesar de o caráter negocial da LREF não lhe ser oposto - deve adotar um postura onde a perda social seja a menor possível, possibilitando ao devedor contribuinte medidas de adimplemento mais atraentes e racionais e, claro, menos radicais e burocráticas o possível. Só assim, será capaz de maximizar seus próprios ganhos e, por consequência, otimizar a utilidade do instituto da recuperação judicial.

Consoante a doutrina majoritária, uma das medidas que o Estado poderia adotar seria a regulamentação do parcelamento especial que garantiu a LREF aos devedores em recuperação judicial. Não é a solução definitiva, mas poderia minorar os efeitos em cascata que a quebra precoce de uma empresa pode vir a provocar. No entanto, importa ressaltar que, o parcelamento especial, por si só, não resolve o problema da empresa em crise; podendo, inclusive, suscitar mais uma condição à concessão da recuperação judicial, se tornando, também um entrave burocrático, que lançaria por terra toda uma jurisprudência construída no sentido de se superar a regra para alcançar a máxima eficácia do princípio da preservação da empresa.

A despeito dos inúmeros contra-sensos da LREF, é possível vislumbrar no texto legal a possibilidade do exercício do Poder Discricionário, não quanto à dispensa da Certidão Negativa de Débito, mas quanto à possibilidade de a Fazenda Pública e o INSS concederem ao devedor o parcelamento de seus créditos¹⁵⁶.

O legislador ordinário quis possibilitar ao devedor em recuperação judicial um parcelamento especial de seus débitos. Esse parcelamento é denominado especial, porque seria concedido apenas em sede falimentar, a fim de possibilitar ao devedor em crise econômico-financeira a suspensão da exigibilidade de seus créditos, consoante lhe garante o art.155 do Código Tributário Nacional.

No entanto, a eficácia do parcelamento especial ficou subordinada à edição de lei específica que regulamentaria a forma e os requisitos de concessão do benefício, como é feito com os demais parcelamentos concedidos pela administração fazendária. A inexistência dessa Lei, até o presente momento, tem se tornado argumento - baseado em um único dispositivo legal - para que não se conceda o parcelamento dos débitos sujeitos ao procedimento recuperatório.

¹⁵⁶ Art. 68 da Lei 11.101/2005. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

A omissão do legislador ordinário em instituir o parcelamento especial, que permitiria ao devedor adimplir - ainda que de forma diferida - suas obrigações tributárias, não pode ser um óbice à concessão da recuperação, tendo em conta que o devedor já cumpriu os demais requisitos da lei. O único desses requisitos que, provavelmente, não cumprirá é a apresentação da CND, porque possui, em regra, débitos tributários, o que impede obtê-la; até mesmo porque, não lhe é dado nem o direito ao parcelamento para que obtenha uma Certidão Positiva com Efeitos Negativos.

O parcelamento especial não é, neste caso, uma benesse concedida consoante a bondade do ente tributante. Trata-se de um direito, apesar de, a partir de uma interpretação literal do art.68 da LREF, ter sido dada à Fazenda Pública e ao INSS a faculdade de deferi-lo.

Esse direito¹⁵⁷, no caso do contribuinte em crise econômico-financeira em sede de recuperação judicial, se alicerça no dever do Estado de fomentar o restabelecimento da empresa, não somente enquanto credor e com interesses mediatos e imediatos nesse soerguimento, mas também em razão da finalidade precípua da administração pública que é a satisfação do interesse público sob o prisma dos princípios constitucionais da ordem econômica e social.

Em defesa do direito do contribuinte ao parcelamento, o Ministro Luis Fux exarou em voto de sua relatoria, que a LREF orientou-se no sentido de garantir o

¹⁵⁷ Enunciado 55 aprovado na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art.57 da Lei n.11.101/2005 e no art.191-A do CTN.

direito do contribuinte de acesso ao parcelamento especial a fim de manterem seu ciclo produtivo¹⁵⁸.

A despeito de se ter a regulamentação legal do parcelamento especial pelas fazendas municipal, estadual e federal, que é um direito do contribuinte que se encontra em sede de recuperação judicial, o Estado necessita rever seu posicionamento, a partir de uma análise econômica do direito, para definitivamente promover a máxima eficiência do princípio da preservação da empresa.

¹⁵⁸ TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE PARCELAMENTO DE DÉBITOS JUNTO À RECEITA FEDERAL. LEI 10.684/03. OBRIGAÇÕES DO REQUERENTE. EMPRESA SOB REGIME FALIMENTAR. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE ADESÃO. NEGADO. ART. 38, § 11 DA LEI 8.212/91. REGRA GERAL. INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA. ART. 111 E 155-A DO CTN. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO E RECUPERAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA. APLICABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS. ART. 6º, § 7º DA LEI 11.101/05. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. As empresas em recuperação judicial podem aderir aos programas de parcelamento de débitos fiscais, nos termos do art. 155-A e §§ 3º e 4º do CTN (...) 2. A Lei 10.684/00, que instituiu o Programa Especial de Parcelamento - PAES, diferentemente da Lei 9.964/00, que criou o REFIS, deixou de vedar a adesão de empresas, em situação falimentar, ao benefício de parcelamento fiscal. 3. O art. 38, § 11 da Lei 8.212/91 resta inaplicável quando a Lei 10.684/00, que constitui lei específica sobre matéria de parcelamento fiscal, não opõe óbices a empresas sob regime filamental (...) 6. Ademais, esse entendimento coaduna-se com o princípio da preservação da entidade empresarial, que restou assim insculpido no art. 47 da Lei 11.101/05: "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." 7. Deveras, o mesmo princípio restou assentado no AgRg no CC 81.922/RJ, DJU 04.06.07 (Rel. Min. ARI PARGENDLER), verbis: "O nosso ordenamento jurídico prioriza a cobrança dos créditos tributários, na linha da Lei nº 5.172, de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional (art. 187 - 'A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento'), e da Lei nº 6.830, de 1980, que dispôs sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 29, caput - 'A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou a habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento'). A implantação do instituto da recuperação judicial exigiu a alteração do Código Tributário Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 118, de 2005, para nele incluir a recuperação judicial ('A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento'). O art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005, dispôs no § 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'. Nessa linha, em termos de interpretação literal, a decisão do Ministro Menezes Direito está a salvo de censura. A jurisprudência, todavia, sensível à importância social das empresas, temperou desde sempre o rigor da lei nesse particular(...) 8. O artigo 187 do CTN trata da preferência da execução fiscal sobre outros créditos habilitados na falência e inexistente ofensa a esse dispositivo ante a concessão do parcelamento fiscal, visto que o crédito continua com seus privilégios, mas passa a ser recolhido de maneira diferida, justamente para que se garanta à empresa em situação falimentar, a possibilidade de adimplir a obrigação tributária de maneira íntegra. 9. A tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime falimentar das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, a Lei Complementar 118/05 e a Medida Provisória 449 de 04.12.08, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação falimentar, devam ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade (...) 11. Recurso especial a que se nega provimento.

6 CONCLUSÃO

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101/2005 - foi elaborada em resposta aos anseios sociais por uma mudança no sistema concursal brasileiro, a fim de que se estabelecesse um instituto mais condizente com a realidade econômica do país e, que fosse capaz de possibilitar algo maior que apenas a satisfação dos interesses dos credores, vislumbrando toda a questão econômica e social envolvida. Isso porque, as dificuldades econômicas e financeiras enfrentadas pelo empresariado brasileiro são cada vez mais crescentes, sejam por atos falhos do próprio empresário na gestão de sua atividade econômica, sejam por fatores externos à sua atuação - crises econômicas internas e externas. Era necessário um instituto que possibilitasse às empresas ainda economicamente viáveis uma alternativa ao seu restabelecimento, de forma a se manterem atuantes e, novamente, lucrativas, o que culminaria em efeitos positivos sobre trabalhadores, fornecedores e demais *stakeholders*.

Nesse sentido, busca-se uma possibilidade efetiva de recuperação da empresa - abandonando o caráter puramente liquidatório e de satisfação de créditos - tendo como princípio basilar do instituto, o Princípio da Preservação da Empresa, que mudou o paradigma concursal, ao adotar um modelo que beneficie não só

credores, mas também devedores e, principalmente, o organismo social. Tudo isso porque a preservação da empresa em crise possibilita, não só, a satisfação dos direitos dos credores, como também que os postos de trabalho sejam mantidos e que seja crescente a geração de renda e riquezas compartilháveis, proporcionando ao Estado - um dos maiores interessados - a continuidade plena da arrecadação tributária, culminando em benefícios diretos para toda a sociedade.

A LREF não quis, ao ter como fundamento o Princípio da Preservação da Empresa, que empresas fadadas ao fracasso financeiro fossem mantidas, como se a preservação da empresa fosse um fim em si mesmo, e que, assim, toda empresa devesse ser preservada a qualquer custo; antes pelo contrário, ao se fazer uma análise dos dispositivos legais, é possível perceber que o legislador buscou a preservação de empresas que demonstrem viabilidade econômica e capacidade de se restabelecer a fim de que cumpram a sua função social, qual seja, a lucratividade.

No entanto, de nada terá adiantado ter se erigido a recuperação judicial sobre o Princípio da Preservação da Empresa se for mantida a exigência de apresentação da prova de quitação de débitos tributários como requisito à concessão da recuperação, uma vez que esta exigência se torna irracional ao se pensar que a grande maioria das empresas que enfrentam uma crise econômico-financeira possuem débitos junto ao Fisco e, portanto, não poderão obter a Certidão Negativa de Débito, o que acarretará o indeferimento do pedido de recuperação judicial, ainda que tais empresas demonstrem ter viabilidade econômica.

Diante de tal exigência - de caráter meramente burocrático - o jaez negocial do procedimento recuperacional é totalmente abandonado. Pois, mesmo que os credores reconheçam a viabilidade econômica do devedor e se disponham a sacrificar parte de seus créditos na aprovação do plano de recuperação, a tentativa de recuperação empresarial restaria frustrada pela decisão unilateral de um credor privilegiado, provocando, no devedor, uma falsa expectativa quanto à possibilidade de ver sua empresa recuperada e, novamente, atuante no mercado econômico.

Tudo isso porque, de forma privilegiada, a Fazenda Pública não participa como efetivo credor, além de não lhe ser permitido participar das deliberações a respeito do plano de recuperação apresentado pelo devedor. Se o Fisco se posicionasse como credor que é, teria a possibilidade de vislumbrar a capacidade de

soerguimento do devedor e seria capaz de avaliar a possibilidade de concessão de uma CPD-EN ou até mesmo de um parcelamento especial, como previu a LREF.

Se assim fizesse, de forma alguma, a administração veria seu direito prejudicado ou suprimida a satisfação dos seus créditos. Se pudesse transigir com o devedor, se colocando em verdadeira posição de credor, poderia, com maior facilidade e efetividade ver seus créditos satisfeitos, já que a Lei garantiu a preservação apenas de empresas que demonstrem ser a dificuldade econômico-financeira enfrentada, algo momentâneo e que capaz de ser superado. Após superado esse momento, a empresa adimplirá seus débitos e manterá ativo o feixe de relações que criou em torno de si, beneficiando toda uma cadeia produtiva.

Contudo, o ente público tem agido de forma enviesada, agindo apenas para satisfação de seus próprios interesses, se esquecendo de que a sua atuação deve ser corporativa, de modo a colaborar para que todos os credores vejam satisfeitos os seus créditos. Ao não conceder a Certidão Negativa de Débito e não instituir meios eficazes de relativizar sua exigência, o Estado prejudica a si mesmo, colaborando, diretamente, para que a arrecadação tributária seja diminuída. Tal postura se coloca, então, na via oposta da satisfação do interesse público, fim para o qual o Estado foi criado.

O que se pôde perceber pelos dados empíricos analisados neste estudo, é que Estado tem cerrado os olhos para os reflexos econômicos que a não concessão da CND pode provocar em todo o organismo social. Tem desconsiderado o fato de que uma atividade econômica não existe de forma isolada e independente; pelo contrário, estas atividades, em regra, estão centradas em cadeias produtivas, o que poderia acarretar efeitos nefastos em todas as empresas que fazem parte desse feixe de relações.

Os efeitos da quebra, injusta e precoce, de uma empresa refletem, diretamente, como demonstrado, na arrecadação tributária. Diante de tal fato, pode-se perceber que, toda a tentativa do legislador ordinário em proteger os créditos fiscais - justamente para não prejudicar a finalidade arrecadatória do Estado - restará frustrada por questões econômicas, já que a empresa, ao ter indeferida a recuperação judicial pela não concessão de CND, ficará impedida de negociar com os credores, a fim de buscar alternativas para adimplir os débitos existentes, mas de forma mais condizente com sua realidade econômica. Não sendo possível a

recuperação e o conseqüente restabelecimento das atividades empresariais, provavelmente, a empresa será levada à bancarrota e, assim, se tornará mais dificultosa a liquidação das dívidas tributárias. Sem contar que a partir da decretação da falência, o Estado perderá uma importante fonte de receita tributária, já que, não havendo produção, circulação de mercadorias e geração de renda, não haverá arrecadação tributária de espécie nenhuma. O Fisco poderá até ver seus interesses imediatos satisfeitos; contudo, futuramente, se verá prejudicado pela perda arrecadatória, como se demonstrou no exemplo analisado neste estudo.

Sendo assim, conclui-se pela real necessidade de flexibilização da exigência de CND diante dos reflexos econômicos que esse entrave, meramente burocrático, é capaz de provocar. Contudo, importa ressaltar, que tal flexibilização deve se dar através da conjugação de esforços no exercício das funções estatais, unindo a atuação judicial à legislativa e executiva, de forma a desenvolver a interação entre o discurso prático e o discurso jurídico, levando em conta, para que se concretize, aspectos legais, jurídicos, sociais e econômicos.

Do ponto de vista legislativo, poderia o próprio legislador flexibilizar a exigência da CND, instituindo alternativas eficazes para que essa relativização se tornasse concreta, inclusive, regulamentando, o parcelamento especial previsto pela própria LREF. Além, claro, de instituir modificações no tratamento dado à Fazenda Pública em sede recuperacional, adequando sua atuação à consecução dos fins propostos pela Lei - a preservação da empresa, a função social da empresa e manutenção dos postos de trabalho - sem, contudo, suprimir seus direitos, mas tornando-a uma credora participativa e cooperativa quando da recuperação judicial.

Por todo o exposto, espera-se que a presente dissertação contribua para uma construção discursiva do direito, onde seja possível aliar economia e direito, dando ao jurista e, também, ao administrador e ao legislador um arcabouço discursivo e interpretativo da legislação, tornando-a condizente com a realidade social em razão dos reflexos que produza além das fronteiras puramente jurídicas.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **A preservação e a recuperação da empresa em crise.** Revista dos Tribunais : [São Paulo], São Paulo , v.93, n.822 , p.106-109, abr. 2004.

ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 574 p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

ATTÍE, Paulo Margonari. **Certidão positiva de débitos com efeitos de negativa frente à existência de débitos à espera de execução fiscal.** Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo , n. 106 , p. 61-69., jul. 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 15. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. 237 p.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: lei 11.101/2005 comentário artigo por artigo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 446 p.

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

BRASIL, Decreto-lei 7661/45. **Lei de Falências**. Revogada pela Lei 11.101/2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm.

BRASIL, **Projeto de Lei nº 4.376, DE 1993**, Diário do Congresso Nacional de 22 de fevereiro de 1994. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/D22FEV1994.pdf#page=44>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1173735/ RN. Recurso Especial. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000037874&dt_publicacao=09/05/2014. Acesso em out/2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1187404 (2010/0054048-4 - 21/08/2013). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000540484&dt_publicacao=21/08/2013. Acesso em: mai/2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. 583pp.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípio, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem**. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, n.37, p.152 a 180, jul/dez 2010. Disponível em: <http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy**. Pensar Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, v.15, n. 2, p.603-628, jul/dez 2010. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2143>.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. **Empresa em Crise e Tributação**. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 406 p.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 481 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. lvi, 1285 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Obrigação tributária: definição, acepções, estrutura interna e limites conceptuais**. Interesse Público, Belo Horizonte , v.10, n. 49 , p.211-232, maio 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. xlii, 536p.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord) (Coord.). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências: comentários artigo por artigo da Lei nº 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 671 p.

ESPANHA. **Ley 22/2003, de 9 de julio**, Concursal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>. Acesso em dez/2013.

EUROPA. **Rede Judiciária Européia**. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_spa_pt.htm2. Acesso em dez/2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005. 378p.

FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. xvi, 231 p.

FRANÇA, **Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000632645>. Acesso em dez/2013.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2009. 314 p.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas**. Revista dos Tribunais: [São Paulo], São Paulo, n. 913 , p.177-194, nov. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2000. xii, 307p.

DERZI, Misabel de Abreu Machado in ROCHA, Valdir (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2005. 479 p.

GODOI, Marciano Seabra de in. MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Certidões negativas e direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2007. 687 p.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 735 p.

GONTIJO, Vinícius José Marques in CATEB, Salomão de Araújo (Coord.). **Do princípio da dignidade da pessoa jurídica**. Direito civil e constitucional: estudos de direito comparado em homenagem à Professora Lucia Massara. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2011. 408 p

ITÁLIA, **Legge Fallimentare - Del concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione**. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34360#titolo3>. Acesso em dez/2013.

LEMOS, Eduardo in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. **Viabilizando a recuperação sem ou além da Lei**. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 406 p.

LOPES, Maria Ângela Paulino Teixeira. **A exigência de certidão negativa de débito condicionado a prática de atos jurídicos**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n.207 , p.103-115, dez. 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Certidão negativa e recuperação judicial**. Direito e Democracia. mar. 2009. Disponível em: <<http://direitoedemocracia.blogspot.com>>. Acesso em: dez. 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Dívida tributária e recuperação judicial da empresa**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo.

MACHADO, Hugo de Brito in. MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Certidões negativas e direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2007. 687 p.

MACHADO, Hugo de Brito. **Sanções Políticas no Direito Tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 30, mar.1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva et RODRIGUES, Marlene Talarico Martins. In MACHADO, Hugo de Brito. **Certidões negativas e direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2007. 687 p.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Comarca de Contagem. Agravo no 1.0079.06.288873-4/001 / Numeração única no: 2888734-67.2006.8.13.0079. Relator: Desembargador Dorival Guimarães Pereira. Contagem, DJ de 29.05.2008.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Comarca de Contagem. Agravo no 1.0079.07.348871-4/007 / Numeração única: 3488714-90.2007.8.13.0079. Relator: Desembargadora Maria Elza. Contagem, DJ de 08.10.2009.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Comarca de Contagem. Agravo no 1.0079.07.371306-1/001(1) / Numeração única: 3713061-09.2007.8.13.0079 – Agravo provido parcialmente. Relator: Desembargadora Heloísa Combat. Contagem, DJ de 29.09.2009.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa**. Curitiba, PR: CRV, 2011. 102 p.

PERIN JUNIOR, Écio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em direito & economia**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.11, n.21 , p.97-120, jan. 2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da Nova Lei de Falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. 290 p.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Teoria da empresa em direito e economia**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v.4, n.14 , p.55-74, abr.jun. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PORTUGAL. DL n.º 53/2004, de 18 de Março. **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis. Acesso em dez/2013.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial [volume 1]. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. xxi, 359 p.

REQUIÃO, Rubens; REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de direito comercial [volume 2]**. 28. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião São Paulo: Saraiva, 2011. 839 p.

ROSADO, Ruy (Coord. Científico do Evento). **I Jornada de Direito Comercial**. Enunciado 55. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>. Acesso em mai/2014.

SÃO PAULO. **Justiça Estadual do Estado de São Paulo**. 1ª Vara de Recuperações e Falências de São Paulo. Processo no 05.068090. Julgamento procedente. Juiz: Alexandre Alves Lazzarini. São Paulo, DJ de 02.02.2006. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/9215085/pg-232-judicial-2-instancia-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp>. Acesso em dez.2013

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, José Anchieta in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. **A “Recuperação Fiscal” na Recuperação Judicial: proposta de uma**

“recuperação fiscal” dentro da ação de recuperação judicial. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 406 p.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 670 p.

SOUZA JÚNIOR, Osnildo de. **O crédito tributário na recuperação judicial de empresas: um caso de irracionalidade a ser superado.** Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo , n.149 , p.44-54, fev. 2008.

SZTAJN, Rachel. **Externalidades e custos de transação a redistribuição de direitos no novo código civil.** Revista de Direito Privado, São Paulo , v.6,n.22,p. 250-276, abr./jun.2005.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2010. 181 p.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 12.ed., São Paulo: Malheiros, 1996,

TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** São Paulo: Saraiva, 2005. xxi, 500p.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. **Direito das empresas em crise: problemas e soluções.** São Paulo: Quartier Latin, 2012. 406 p

TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles. . **Recuperação judicial, a principal inovação da lei de Recuperação de Empresas - LRE.** Revista do Advogado (São Paulo), São Paulo, v. 83, p. 98-106, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. xvi, 315p.