

**MAX ROBERTO DE SOUZA E SILVA**

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL SUSPENSIVA DA FALÊNCIA  
O voo de Fênix: o resgate da falência de empresário viável**

**Nova Lima-MG  
Faculdade de Direito Milton Campos  
2010**

**MAX ROBERTO DE SOUZA E SILVA**

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL SUSPENSIVA DA FALÊNCIA**  
**O voo de Fênix: o resgate da falência de empresário viável**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial

Área de concentração: Direito Empresarial.

Orientador: Profa. Dra. Nanci de Melo e Silva

**Nova Lima-MG**  
**Faculdade de Direito Milton Campos**  
**2010**

SOUZA E SILVA, Max Roberto

S725 r A recuperação judicial suspensiva da falência o vôo de Fênix: o resgate da falência de empresário viável. / Max Roberto Souza e Silva – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2010.

101 f. enc.

Orientadora: Profa. Dra. Nanci de Melo e Silva

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

Bibliografia: f. 86 - 90

1. Lei de Falências. 2. Lei de Recuperação de Empresas. 3. Recuperação de Empresa. 4. Concordata Suspensiva da Falência. I. Melo e Silva, Nanci de. II. Faculdade de Milton Campos III. Título  
CDU 347.736(043)



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “A RECUPERAÇÃO JUDICIAL SUSPENSIVA DA FALÊNCIA. O voo de Fênix: o resgate da falência de empresário viável”, de autoria do mestrando MAX ROBERTO DE SOUZA E SILVA, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

---

Profa. Dra. Nanci de Melo e Silva  
Orientadora

---

Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves

---

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto

Nova Lima, 5 de novembro de 2010.

Aos vinte anos de JASA – José Anchieta da  
Silva Advocacia –, forma síntese que  
encontrei para homenagear a todos aqueles  
que contribuíram para minha formação  
profissional.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha amiga e orientadora, Professora Doutora Nanci de Melo e Silva, pela confiança e orientação.

Ao meu pai, Professor Mestre José Anchieta da Silva, pelo exemplo de dedicação à advocacia.

À minha esposa, Vivian Martins Guimarães Silva, pelo incentivo diário e pela compreensão nos momentos em que estive ausente, em tão recente casamento.

À minha mãe, Anna Maria, e ao meu irmão, Gustavo Henrique, pelo apoio constante.

Aos professores e colegas da Faculdade de Direito Milton Campos, em especial ao Professor Doutor Fernando José Armando Ribeiro, pelas experiências trocadas e pela inesquecível convivência durante esses três anos.

À equipe JASA, fonte constante de aprendizado prático.

## RESUMO

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, nova lei de falências, também chamada Lei de Recuperação de Empresas, o direito concursal brasileiro deixou de ter como foco principal a figura do empresário, como ocorria no antigo Decreto Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, antiga lei de falências, passando a se preocupar mais com a figura da empresa, com a preservação da atividade empresarial, fonte geradora de tributos, empregos e riqueza. Apesar de certas imprecisões do novo diploma legal, neste trabalho demonstra-se que a nova lei representa uma grande evolução para o direito empresarial moderno, principalmente no aspecto social. Em concreto, conclui-se que, na nova ordem legal da falência, não mais existindo as concordatas, a ação judicial de recuperação de empresa aparece como substituta da ação de concordata suspensiva da falência. É o que procuramos demonstrar.

**Palavras-chave:** Lei de falências. Lei de recuperação de empresas. Recuperação de empresa. Concordata suspensiva da falência.

## ABSTRACT

With the passage of Act No 11,101, of February 9, 2005, or the new bankruptcy law, also called the Corporate Recovery Act, Brazilian Bankruptcy and Recovery Law is no longer focused on the entrepreneur, as was the case in Administrative Law 7661, of June 21, 1945, the old bankruptcy law, and now is more concerned about the company, with preserving its business activity as a source of taxes, jobs, and wealth. Despite some inaccuracies in the new law, this work demonstrates that the new law represents a major evolution in modern business law, especially with regard to the social aspect. Specifically, it is concluded that, in the new bankruptcy system, forced agreements no longer exist and the company recovery action appears as a substitute for the suspensive agreement in bankruptcy. This is what we have tried to demonstrate.

**Key words:** Bankruptcy law. Company recovery law. Company recovery. Bankruptcy reorganization proceeding.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 INDISPENSÁVEIS CONCEITOS AO DESENVOLVIMENTO DO TEMA.....</b>	<b>10</b>
2.1 Empresário, sociedade empresária e empresa.....	10
2.2 Falência.....	13
2.3 Concordata preventiva.....	15
2.4 Concordata suspensiva.....	17
2.5 Recuperação judicial.....	19
<b>3 FUNÇÃO SOCIAL E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – PREVISÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>22</b>
<b>4 O CONTEÚDO NORMATIVO DOS ARTS. 48 E 192 DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS.....</b>	<b>28</b>
<b>5 A FALÊNCIA DA EMPRESA VIÁVEL.....</b>	<b>41</b>
<b>6 A FALÊNCIA DA EMPRESA INVIÁVEL.....</b>	<b>44</b>
<b>7 A PROTEÇÃO LEGAL DA EMPRESA (A ATIVIDADE – O OBJETO DE DIREITO), E NÃO DO EMPRESÁRIO (O SUJEITO DE DIREITO).....</b>	<b>47</b>
<b>8 A AÇÃO JUDICIAL DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA.....</b>	<b>52</b>
<b>9 AS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO TRIBUTÁRIO E A AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>58</b>
<b>10 O INSTITUTO DA SUCESSÃO E A AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>67</b>
10.1 Da sucessão nas obrigações ordinárias.....	68
10.2 Da sucessão nas obrigações tributárias.....	68
10.3 Da sucessão nas obrigações trabalhistas.....	70
10.3.1 <i>Da jurisprudência a respeito da sucessão nas obrigações trabalhistas.....</i>	<i>71</i>
10.3.2 <i>Exame de um caso concreto.....</i>	<i>75</i>
10.4 Solução sugerida.....	77
<b>11 SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS.....</b>	<b>81</b>
<b>12 CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>86</b>
<b>ANEXO – Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2- DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowisk. DJ 6 nov. 2009....</b>	<b>91</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Embora houvesse consenso generalizado na doutrina a respeito de alguma excelência técnica do texto normativo do Decreto Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, antiga lei de falências e concordatas, registrava-se, também, uma crescente concordância na comunidade jurídica, no geral, quanto ao seu anacronismo, diante das profundas transformações socioeconômicas pelas quais passou o mundo a partir da segunda metade do século XX e que afetaram profundamente a vida das empresas.

Assim, atento aos reclamos sociais, o legislador editou a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, novo marco regulatório do Direito Falimentar.

De fato, a substituição do Decreto Lei n. 7.661/1945 pela Lei n. 11.101/2005, nova lei de falências, criou ambiente propício para a discussão em torno da matéria, em face das inovações trazidas pelo novo diploma legal.

Não obstante a nova lei de falências represente enorme evolução para o Direito Concursal brasileiro, as imprecisões e deficiências do regime legal novo constituem terreno fértil para o debate a respeito de sua interpretação e aplicação prática, extraíndo-se do texto da lei aquilo que melhor se ajusta às necessidades sociais.

É exatamente nesse norte que se desenvolveu este estudo, buscando demonstrar a possibilidade do resgate da falência de empresários economicamente viáveis, independentemente de sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou da lei nova.

Este trabalho, embora despretensioso, traz proposta inovadora. É seguro que o texto legal examinado não contém, de modo claro, a possibilidade de conferir àquele empresário falido, cuja *azienda* ainda seja viável, o acesso à criação nova, chamada “recuperação judicial”.

É seguro, da mesma sorte, que também não há, na lei, dispositivo legal que compreenda proibição expressa a tal possibilidade.

Como frase síntese do pensamento e da proposta aqui expostos, admite-se que, não sendo mais possível manusear a antiga ação judicial de concordata

suspensiva, esse vazio só pode ser preenchido com a admissão de uma *ação de recuperação judicial suspensiva da falência*.

Em suma, o que se pretende, com base na lei interpretada de acordo com seus propósitos mais nobres, é dar efetividade aos seus comandos, resguardando os interesses dos jurisdicionados, seus destinatários finais.

## 2 INDISPENSÁVEIS CONCEITOS AO DESENVOLVIMENTO DO TEMA

Preliminarmente, mister se faz a elucidação de alguns conceitos indispensáveis ao desenvolvimento do tema: os conceitos de empresário e de sociedade empresária, empresa, falência, concordata preventiva, concordata suspensiva e recuperação judicial.

### 2.1 Empresário, sociedade empresária e empresa

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil brasileiro, Lei n. 10.460, de 10 de janeiro de 2002, o empresário passou a ser legalmente definido, no art. 966, como a pessoa que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”.

O Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG), analisando o art. 966, artigo, editou o seguinte enunciado:

Enunciado do art. 966: O artigo conceitua ‘empresário’ a pessoa natural, uma vez que o atributo profissão não se enquadra na pessoa jurídica, que possui objeto ou fim social.<sup>1</sup>

Contudo, não obstante o conceito legal se refira única e exclusivamente ao empresário pessoa natural, ele também é aplicado ao empresário pessoa jurídica: a sociedade empresária.

Corroborando esse entendimento, Maria Celeste Morais Guimarães afirma:

Por esse conceito, enquadra-se na categoria toda pessoa, física ou jurídica, que articule o trabalho alheio com matéria-prima e capital, com vistas a produzir ou circular mercadorias ou prestar serviços para o mercado.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS (IAMG). *Enunciados do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2005, p. 220.

<sup>2</sup> GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 32.

Assim, a nova lei de falências e o estudo ora desenvolvido se destinam aos empresários definidos no Código Civil, aí compreendidas as pessoas naturais regularmente inscritas como empresários individuais, bem como as sociedades empresárias inscritas nas Juntas Comerciais.

De fato, do conceito legal de empresário destacam-se as noções de profissionalismo, de atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou de serviços.

Para Fábio Ulhoa Coelho, “a noção de exercício profissional de certa atividade é associada, na doutrina, a considerações de três ordens: habitualidade, personalidade e monopólio das informações”.<sup>3</sup>

Segundo o mencionado autor, “não se considera profissional quem realiza tarefas de modo esporádico, ou seja, não será empresário, por conseguinte, aquele que organizar episodicamente a produção de certa mercadoria, mesmo destinando-a à venda no mercado.”<sup>4</sup>

No tocante à personalidade, afirma o autor:

O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços. O requisito da personalidade explica por que não é o empregado considerado empresário. Enquanto este último, na condição de profissional, exerce atividade empresarial pessoalmente, os empregados, quando produzem ou circulam bens ou serviços, fazem-no em nome do empregador.<sup>5</sup>

Já quanto ao monopólio das informações, entende o autor ser essa a decorrência mais relevante da noção de profissionalismo. Para ele,

como o empresário é um profissional, as informações sobre os bens ou serviços que oferece ao mercado – especialmente as que dizem respeito às suas condições de uso, qualidade, insumos empregados, defeitos de fabricação, riscos potenciais à saúde ou vida dos consumidores – costumam ser de seu inteiro conhecimento. Porque profissional, o empresário tem o dever de conhecer estes e outros

---

<sup>3</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6-7.

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), p. 6.

<sup>5</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), p. 7.

aspectos dos bens ou serviços por ele fornecidos, bem como o de informar amplamente os consumidores e usuários.<sup>6</sup>

Continuando sua explicação e já adentrando no conceito de empresa, Fábio Ulhoa Coelho conclui que “se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços”.<sup>7</sup>

O autor conceitua empresa como

atividade cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia).<sup>8</sup>

Com efeito, do conceito de empresa conclui-se que para caracterizar a atividade empresarial esta deve ser uma atividade econômica organizada e sempre buscar o lucro, ou seja, o empresário deve, necessariamente, articular os quatro fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia).

Finalmente, entende-se que a produção de bens é a fabricação de mercadorias, de produtos, e por produção de serviços considera-se a efetiva prestação de quaisquer serviços admitidos amplamente em sua escala empresarial ou mercantil.

Já a circulação de bens corresponde ao comércio em sua manifestação originária, isto é, buscar o bem no produtor para trazê-lo ao consumidor. Do ponto de vista econômico, a atividade da circulação é exatamente a do meio em relação ao trinômio produção/circulação/consumo.

Verifica-se que o empresário é sujeito de direito e a empresa (a atividade), por sua vez, é objeto de direito. A empresa (atividade) não se confunde com o sujeito de direito que a explora, o empresário. Em caso de falência, falido será o empresário (o sujeito), e não a empresa (o objeto).

---

<sup>6</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), p. 7.

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), p. 7.

<sup>8</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), p. 1-2.

Nesse sentido, Jason Soares de Albergaria Neto:

A empresa permanece como objeto do direito, não se confundindo com sujeito de direito, no ordenamento jurídico brasileiro: uma entidade econômica ligada à atividade-fim que possui um movimento organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens e serviços.<sup>9</sup>

Importante salientar, ainda, que, diferentemente da lei falencial anterior, Decreto Lei n. 7.661 de 1945, que estava mais preocupada com o empresário do que com a empresa, a nova lei de falências, Lei n. 11.101 de 2005, seguindo tendência moderna, instituindo até mesmo a ação de recuperação judicial, dirigiu sua preocupação muito mais para a atividade (para a empresa) do que para o empresário. Quer a lei proteger a atividade empresarial com seus postos de trabalho, sua planta geradora de riqueza e, conseqüentemente, a também geração de impostos.

## 2.2 Falência

Sérgio Campinho define falência como

o conjunto de atos ou fatos que exteriorizam, ordinariamente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor.

O instituto da falência faz emergir um complexo de regras, estabelecidas com o escopo de disciplinar e oferecer uma solução a esse desequilíbrio verificado, revelador de um estado de insolvência do devedor, que não possui patrimônio capaz de atender ao cumprimento de suas dívidas.<sup>10</sup>

Colhe-se, também, a doutrina de Rubens Requião, que, sob a égide do Decreto Lei n. 7.661, dissertou sobre o conceito de falência:

---

<sup>9</sup> ALBERGARIA NETO, Jason Soares de. *A dissolução da sociedade limitada no novo código civil – Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 240.

<sup>10</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4.

Sabemos, então, da existência de um procedimento legal que enseja o constrangimento do devedor comerciante, de forma sistemática e ordenada, que, não podendo pagar todos os credores, submete seu patrimônio à liquidação, de molde a que uns credores não recebem seu crédito em detrimento do crédito dos demais. E esse procedimento se denomina falência.<sup>11</sup>

Para Fábio Ulhoa Coelho, a falência, atualmente regulamentada pela Lei n. 11.101 (Lei de Falências e de Recuperação de Empresas), passou a ser conceituada como “o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou anônima”.<sup>12</sup>

Segundo José Anchieta da Silva, “a falência corresponde, basicamente, a arrecadar os bens ativos para resgatar, nos limites de sua força e observadas todas as prelações legais, a massa falida: os credores”.<sup>13</sup>

Isso quer dizer que a ação de falência levada a termo final é, como popularmente se conhece, uma forma de “matar” o empresário ou a sociedade empresária.

Registre-se que, não obstante a edição da nova lei de falências, o destinatário do instituto falencial era e continua sendo o empresário/sociedade empresária em situação de crise econômico-financeira.

No que tange à falência, a nova lei preocupou-se em tornar o processo mais célere, propiciando a alienação de bens ou conjunto de bens quando tais vendas se fizerem oportunas, de modo a dar continuidade à atividade empresarial ou, pelo menos, o melhor aproveitamento dos conjuntos ativos do devedor empresário.

Logo, verifica-se que a preocupação esposada na nova lei de falências direciona-se muito mais para a atividade empresarial, para a empresa, do que para o empresário.

---

<sup>11</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1989-1990. v. 1, p. 3.

<sup>12</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), p. 194.

<sup>13</sup> SILVA, José Anchieta. Projeto de lei de falências e a realidade brasileira. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 135, p. 112, jul./set. 2004.



## 2.3 Concordata preventiva

Para Rubens Requião, a concordata preventiva,

como a própria palavra está a indicar, visa [visava] prevenir a falência do devedor. Toma ele, antes de declarada a falência, a iniciativa de requerê-la ao juiz, que, concedendo-a, previne a falência; mas se negá-la, declara, *ex officio* a falência do peticionário.<sup>14</sup>

A concordata preventiva, que não existe mais, tinha por finalidade facilitar o pagamento dos credores, com dilações de prazo ou remissão de parte da dívida, e, conseqüentemente, permitir ao empresário evitar sua falência reconstituindo e prosseguindo em sua atividade.

Anote-se que a concordata preventiva se ocupava apenas dos credores quirografários, ou dos privilegiados que tivessem renunciado seu privilégio, a eles então se equiparando. Isso limitava e comprometia visivelmente sua utilidade.

Quanto às condições para a obtenção da concordata preventiva, podemos classificá-las em três grupos, segundo sua natureza: (i) condições de ordem formal; (ii) condições de ordem econômica; e (iii) condições de ordem ética.

Eram condições de ordem formal: a) exercício do comércio há mais de dois anos; b) não ser falido, ou, se o fosse, estarem declaradas extintas suas responsabilidades; e, ainda, c) não ter título protestado por falta de pagamento, sendo certo que este último requisito formal foi praticamente eliminado pela jurisprudência.

O art. 156, § 1º, do Decreto Lei n. 7.661 estabelecia que o devedor deveria oferecer aos seus credores quirografários, na proposta apresentada ao juiz, o pagamento mínimo de seus débitos, nas seguintes proporções: 50%, se à vista; 60%, se o prazo de pagamento fosse de 6; 75% se fosse de 12 meses; 90% se fosse de 18 meses; e 100% se fosse de 24 meses. Nas duas últimas hipóteses – de 18 e 24 meses de prazo –, deveriam ser pagos, pelo menos, 2/5 no primeiro ano e o restante no termo final proposto.

---

<sup>14</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 4.

As condições de ordem econômica compreendiam: a viabilidade do cumprimento da concordata preventiva e a garantia da concordata (o ativo do devedor representando valor ponderável em relação ao volume dos seus débitos).

As condições de ordem ética compreendiam a figura do devedor infeliz e sua boa-fé.

Com efeito, a concordata preventiva, tal como regulamentada pela antiga lei de falências, não mais apresentava utilidade para o direito empresarial moderno. (parágrafo suprimido). Apenas a título de exemplo e para corroborar tal afirmativa, são enumerados alguns inconvenientes daquele processo de concordata preventiva, que não mais existe:

(i) o concordatário era visto, no meio em que atuava, sob inaceitável estigma, o que trazia como consequência natural uma retração ao seu negócio;

(ii) a concordata preventiva só obrigava os chamados credores quirografários;

(iii) o prazo máximo de dois anos para quitação e a forma de pagamento não conferiam com as técnicas modernas de compor passivos;

(iv) a exigência introduzida na lei, obrigava o empresário que pretendesse concordata preventiva a apresentar certidões negativas de débito (quitação tributária)<sup>15</sup>;

(v) a concordata preventiva não se estendia, não beneficiava os coobrigados dos concordatários; e

(vi) a concordata preventiva era rescindível a qualquer tempo, a juízo crítico, e de certa forma subjetivo, do magistrado que presidia o processo.

Por tais razões, o modelo de concordata preventiva regulamentado pela antiga lei de falências encontrava-se já esgotado, razão pela qual sua substituição pela ação de recuperação judicial era medida que se impunha.

---

<sup>15</sup> Art. 174 do Decreto Lei n. 7.661/1945: “Entregue o relatório do comissário (art. 169, X), o escrivão, dentro de 24 (vinte e quatro) horas:

I – se o devedor não tiver exibido, até então, prova do pagamento dos impostos relativos à profissão, federais, estaduais e municipais, e das contribuições devidas ao Instituto ou Caixa de Aposentadoria e Pensões do ramo de indústria ou comércio a que pertencer, fará os autos conclusos ao juiz para que este, com observância do § 1º do art. 162, decrete a falência; [...].”

## 2.4 Concordata suspensiva

Assim como a concordata preventiva, também a concordata suspensiva foi eliminada com a lei nova. Necessário, todavia, analisá-la, exatamente porque se propõe demonstrar que a ação de recuperação da empresa – em boa hora criada – pode ser, de certa forma, sucessora da então existente concordata suspensiva, que, para Rubens Requião, tinha

por fim suspender a falência, restabelecendo no devedor falido a plenitude de sua atividade empresarial. Surge, portanto, posteriormente à falência já declarada, evitando a liquidação da empresa. É chamada também, porém impropriamente, de extintiva da falência. Na verdade, como tivemos oportunidade de acentuar, ela não extingue a falência, mas apenas a suspende: se, a qualquer momento, o concordatário não cumpre suas obrigações ou infringe a lei, reabre-se a falência. Daí por que a denominação mais adequada é a de concordata suspensiva da falência.<sup>16</sup>

Os pressupostos do pedido de concordata suspensiva compreendiam: a existência do estado de falência em que se encontrava o devedor e a inexistência de recebimento de denúncia ou queixa resultante do inquérito judicial procedido pelo síndico no processo da falência.

A concordata suspensiva era uma ação promovida pelo falido contra os credores quirografários, julgada pelo juiz. O sujeito ativo da relação processual era, pois, o falido. A concordata suspensiva podia, ainda, ser requerida pelo espólio do empresário, representado pelo inventariante, autorizado pelos herdeiros.

Na falência das sociedades comerciais, o pedido de concordata suspensiva dependia do consentimento de todos os sócios de responsabilidade solidária.

Diferentemente da concordata preventiva, na concordata suspensiva, o devedor, no seu pedido, deveria oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento de 35%, se o pagamento fosse à vista, e 50%, se fosse a prazo, o qual não poderia exceder a dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos do débito no primeiro ano.

---

<sup>16</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 4.

O pedido de concordata suspensiva deveria ser feito dentro dos cinco dias seguintes ao do vencimento do prazo para a entrega, em cartório, do relatório do síndico.

Negada a concordata suspensiva, prosseguia-se a falência, com a realização do ativo e o pagamento do passivo.

Importante registrar que esse modelo de concordata também não mais apresentava utilidade para o direito empresarial moderno, uma vez que a repercussão e os efeitos da declaração da falência muito dificultavam a recuperação da empresa mediante a concordata suspensiva, não se alcançando, assim, a sua finalidade social.

Sobre a ineficiência dos processos de concordata (preventiva e suspensiva) como meios de recuperação da empresa, assim dispôs Rubens Approbato Machado, ao comentar a nova lei:

A falência [...] e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente, uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevida.<sup>17</sup>

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Sérgio Campinho, que afirma que a ação de recuperação judicial, na visão encampada pela legislação atual, é “uma resposta às críticas tecidas ao instituto da concordata tal qual concebido em nossa legislação pretérita, sempre se mostrando tímido a realizar a vocação recuperatória”.<sup>18</sup>

Desta feita, verificado o exaurimento dos processos de concordata preventiva e suspensiva, ambos regulamentados pela antiga lei de falências, conclui-se que a ação de recuperação judicial, no modelo legal novo, já se apresenta

---

<sup>17</sup> MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22.

<sup>18</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.

como o único remédio criado capaz de substituir as concordatas com vantagens, consoante se demonstrará.

## 2.5 Recuperação judicial

Sérgio Campinho assim define a recuperação judicial:

A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (cf. artigo 47). Nesta perspectiva, é um instituto de Direito Econômico.<sup>19</sup>

De fato, a ação de recuperação judicial de empresas encontra-se legalmente conceituada no art. 47 da nova lei de falências:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação 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.

Do artigo transcrito depreende-se que o legislador, visando salvaguardar os interesses sociais envolvidos, criou um instituto que possibilitasse a manutenção das empresas economicamente viáveis, em virtude dos inestimáveis prejuízos que ocorreriam caso fosse declarada sua falência.

Os requisitos para requerer recuperação judicial encontram-se elencados no art. 48 da nova lei, sendo eles:

- (i) exercício regular das atividades do devedor há mais de dois anos;

---

<sup>19</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*, 2006, p. 10.

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

(iii) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial;

(iv) não ter, há menos de oito anos, obtido concessão de recuperação judicial, no caso de sociedade microempresária ou empresária de pequeno porte; e

(v) não ter sido condenado ou não ter como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na nova lei.

Quanto à exigência legal de não ser o devedor falido (inciso I do art. 48), registre-se que, nesse caso, se está referindo ao falido já objeto de processo de falência concluído, terminada a fase de liquidação do ativo e pagamento do passivo, tratando-se, portanto, de sociedade já extinta (ou materialmente esvaziada). Não se está cogitando, por óbvio, do empresário falido ainda economicamente viável, cujo acesso à ação de recuperação judicial é medida que se impõe. De fato, sendo este o tema central do presente trabalho, tratar-lhe-emos pormenorizadamente mais adiante.

Além do devedor, também poderão requerer recuperação judicial o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente.

Em consonância com o disposto no art. 95 da nova lei de falências, o prazo para o devedor requerer recuperação judicial como meio de defesa em uma ação de falência é aquele previsto para a apresentação da contestação, ou seja, dez dias contados da sua citação, de acordo com o art. 98 do mencionado diploma legal. Trata-se de recuperação como resposta à ação de falência, meio de defesa, portanto.

Diferentemente do que ocorria nos extintos modelos de concordata preventiva e suspensiva, regulamentados pelo Decreto-Lei n. 7.661 de 1945, não há previsão legal, na nova lei de falências, de prazo para o cumprimento das obrigações do devedor submetido à ação de recuperação judicial, ressalvados os créditos de natureza trabalhista, para os quais a nova lei deu um tratamento privilegiado. De fato, deferido o processamento da ação de recuperação judicial, o devedor deverá apresentar em juízo, no prazo improrrogável de 60 dias, sob pena

de convação em falência, seu plano de recuperação judicial, o qual será submetido à aprovação dos seus credores.

O plano de recuperação judicial deverá conter:

- (i) a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, conforme o art. 50 da nova lei, e seu resumo;
- (ii) a 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.

Verifica-se, portanto, que, apesar de certas imprecisões do novo diploma legal, é indubitável que a nova lei representa uma grande evolução para o direito empresarial moderno, privilegiando a recuperação do devedor em crise econômico-financeira em detrimento da sua falência. Isso permite 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.

Com efeito, assim entende Sérgio Campinho:

A vocação da lei deve repousar, sempre, na prevalência do conceito recuperatório sobre o liquidatório. Conceitualmente, a recuperação é a regra e a falência a exceção. Esse é o espírito a conduzir a exegese dos preceitos da Lei n. 11.101/2005.<sup>20</sup>

Esse, exatamente esse, o pensamento que irá permear este trabalho.

---

<sup>20</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*, 2006, p. 121.

### 3 FUNÇÃO SOCIAL E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A função social da empresa encontra-se consagrada na Constituição da República de 1988, como decorrência dos arts. 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, ambos protetores da função social da propriedade.

O art. 5º, inciso XXIII,<sup>21</sup> encontra-se disposto no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, da Constituição da República, e trata-se de cláusula pétrea determinando que a propriedade atenderá à sua função social.

Já o art. 170, inciso III,<sup>22</sup> encontra-se no Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, do texto constitucional, e, por sua vez, dispõe que a atividade econômica observará o princípio da função social da propriedade.

Por oportuno, recorre-se à sempre atual doutrina de Pontes de Miranda, antes de a propriedade ter sido objeto de tratamento especial na Constituição de 1988 e antes da existência do Código Civil de Miguel Reale, estabelecendo conceito de propriedade que até hoje prevalece:

Em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (cp. arts. 485, 524 e 862). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só o domínio.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Art. 5º da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

[...].”

<sup>22</sup> Art. 170 da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III – função social da propriedade;

[...].”

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, t. 11, p. 9.



Fábio Ulhoa Coelho, em parecer inédito, solicitado pela Pársico Pizzamiglio S. A., sociedade então falida autorizada a continuar funcionando, assevera que a função social da empresa “está implicitamente regulada na Constituição Federal. Ela é uma das manifestações possíveis da função social da propriedade, a que se refere o constituinte em mais de uma passagem, inclusive no elenco dos princípios gerais da ordem econômica.”<sup>24</sup>

O parecerista afirma, ainda, que

esse princípio da função social, por certo, não é estranho a nenhuma das formas de propriedade, mormente a empresária. A propriedade que recai sobre bens de produção organizados num estabelecimento empresarial deve atender à função social, tanto como qualquer outra, por força do comando constitucional.<sup>25</sup>

Nesse tocante, registre-se que se um dos fundamentos da ordem econômica é a função social da propriedade, inclui-se nela a da empresa. E, para cumprir sua função social, a empresa deve aparelhar-se de modo a gerar empregos, tributos e riquezas. Em síntese, a empresa deve ser viável para ser socialmente útil. Pois bem, sacrificar empresas que estão assim aparelhadas (quer dizer, sendo viáveis) e cumprem sua função social não coadunaria com o mandamento constitucional.

Sobre a função social da empresa, prevista constitucionalmente, a lição de Frederico Augusto Monte Simionato é exemplar, ao afirmar que “toda atividade humana possui um sentido finalístico. A atividade empresarial não é diferente, tanto que a Constituição Federal determina sua obrigação em observar a função social”.<sup>26</sup>

Diz ainda o autor, citando Rubens Requião, que “a empresa não deve ser analisada como propriedade absoluta do empresário, mas sim como a comunidade de trabalhadores, capital e coletividade.”<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer (inédito) solicitado pela Pársico Pizzamiglio S. A.*, São Paulo, 2005, p. 18.

<sup>25</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer (inédito) solicitado pela Pársico Pizzamiglio S. A.*, p. 18.

<sup>26</sup> SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A função social e o controle do poder de controle nas companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 135, p. 102, jul./set. 2004.

<sup>27</sup> REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná* n. 19/270, 1978-1980, *apud* SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A função social e o controle do poder de controle nas companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 135, p. 102, jul. set. 2004.

O autor se serve, também, das lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, segundo o qual, ao reconhecer a função social da propriedade, “a Constituição não negou a propriedade exclusiva do dono sobre a coisa, mas exige que a sua utilização atenda à coletividade.”<sup>28</sup>

Neste ponto, pertinente registrar a opinião de Maria Celeste Morais Guimarães, que, ao transcrever parte da conferência proferida por Fábio Konder Comparato, na Faculdade de Direito da USP, em 1983, sobre a função social da empresa afirmou:

Se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.

É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa do país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais.

É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.

Mas a importância social dessa instituição não se limita a esses efeitos notórios. Decisiva é hoje, também, sua influência na fixação do comportamento de outras instituições e grupos sociais que, no passado ainda recente, viviam fora do alcance da vida empresarial. Tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos – todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa. A constelação de valores típica do mundo empresarial – o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade dos meios – acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 353, *apud* SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A função social e o controle do poder de controle nas companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, p. 102.

<sup>29</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 50, v. 22, p. 56-74, abr./jun. 1983, *apud* GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*, p. 29-30, 2001.

Retornando ao parecer inédito já mencionado, volta-se a Fábio Ulhoa Coelho:

Por função social da empresa entende-se a capacidade de gerar empregos, bens ou serviços, tributos e outros negócios em atendimento a interesses que transcendem os dos empresários ou sócios de sociedades empresárias. Essa capacidade resulta da mobilização dos fatores de produção – capital, tecnologia, mão-de-obra e insumos – típica da organização empresarial, sem a qual aqueles interesses metaindividuais não se realizam.<sup>30</sup>

A manutenção da empresa viável, com atenção ao interesse público voltado para a preservação dos postos de trabalho, geração de tributos e mobilização da riqueza, é condição para que se cumpra sua função social. Assim, a aplicação prática dos dispositivos legais da nova lei deve, necessariamente, pautar-se por esses princípios constitucionalmente consagrados (princípios da função social e da preservação da empresa), de modo a garantir aos falidos economicamente viáveis acesso à ação de recuperação judicial, ou pelo menos aos seus mecanismos, única forma de se dar concreção aos princípios em tela.

A falência da empresa viável deve, portanto, ser evitada, sempre que possível, em face dos graves prejuízos que poderá causar à comunidade e ao próprio mercado.

Com a entrada em vigor da nova lei, a função social e a preservação das empresas economicamente viáveis passaram a ser legalmente defendidas, por intermédio do seu art. 47, que, ao criar a ação nova de recuperação judicial, atribuiu como sua finalidade precípua “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”.

O princípio norteador do novo diploma legal é, portanto, o da manutenção das empresas economicamente viáveis, com o intuito de salvaguardar os interesses sociais envolvidos, em face dos inestimáveis prejuízos decorrentes da declaração de sua falência.

A corroborar esse entendimento, novamente a doutrina de Maria Celeste Morais Guimarães, que, valendo-se das lições do Professor Jorge Lobo, afirma:

---

<sup>30</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer (inédito) solicitado pela Pésico Pizzamiglio S. A.*, p. 19.

A evolução histórica do instituto da falência, em verdade, demonstra que, hoje, mais do que nunca, há um grande interesse do Estado na permanência das empresas econômicas e financeiramente viáveis, o que fez surgir o denominado 'princípio da conservação da empresa', segundo o qual ela representa um valor objetivo de organização que deve ser preservado, pois toda a crise da empresa causa um prejuízo à comunidade.<sup>31</sup>

Jason Soares de Albergaria Neto, ao tratar de outra forma de extinção da sociedade empresária distinta da falência, qual seja, a dissolução societária, também discorre sobre a importância da manutenção das empresas economicamente viáveis:

Esta preocupação de preservar a empresa como ente destinado à produção e circulação de riquezas, e que possui um papel relevante na ordem econômica, reflete as mais variadas necessidades da coletividade, pois gera empregos, paga tributos e, principalmente, proporciona o desenvolvimento e progresso de uma nação.

Atualmente, no sistema brasileiro instituído pelo Código Civil de 2002 predomina a corrente plurilateral, onde se assevera a preservação da empresa no intuito de garantir a sua função social na coletividade.<sup>32</sup>

Logo, a preservação da empresa que cumpre sua função social é comando normativo que se pode identificar sem dificuldades na Constituição Federal.

Finalmente, de se destacar, ainda, que o texto constitucional brasileiro reconhece o trabalho como um valor e um direito social<sup>33</sup> (art. 1º, inciso IV, art. 6º e

<sup>31</sup> LOBO, Jorge Joaquim. *Direito concursal*, 1996 *apud* GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 134.

<sup>32</sup> ALBERGARIA NETO, Jason Soares de. *A dissolução da sociedade limitada no novo código civil – direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*, p. 239.

<sup>33</sup> “Art. 1º da Constituição Federal de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...].”

“Art. 6º da Constituição Federal de 1988: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...].”

art. 170, inciso VIII), colocando-o, assim, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Tem-se, portanto, que mais uma vez está a Constituição a proteger a preservação da atividade empresarial economicamente viável, como forma de realização desse valor e desse direito social, em razão da manutenção dos postos de trabalho.

Exatamente nesse sentido é o entendimento de Manoel Pereira Calças:

Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas.<sup>34</sup>

Verifica-se, portanto, que a função social e a preservação da empresa estão compreendidas como valores constitucionais. Sua realização, entretanto, é trabalho de aproveitamento de toda a armação do direito aplicável às questões enfrentadas diuturnamente pela sociedade (comunidade de jurisdicionados), na sua concepção de integridade.

---

“Art. 170 da Constituição Federal de 1988: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII – busca do pleno emprego;”

[...].”

<sup>34</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei n. 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Ano 73, n. 4, p. 40, out./dez. 2007.

#### **4 O CONTEÚDO NORMATIVO DOS ARTS. 48 E 192 DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS**

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, nova lei de falências, também chamada “lei de recuperação de empresas”, o direito concursal brasileiro deixou de ter como foco principal a figura do empresário, como ocorria no antigo Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, antiga lei de falências, passando a se preocupar mais com a figura da empresa, com a preservação da atividade empresarial, fonte geradora de tributos, empregos e riqueza.

Pode-se dizer, neste ponto, que houve uma mudança estrutural radical da lei de falências, passando-se de mero procedimento liquidatório, que visava unicamente à satisfação dos credores, para um verdadeiro mecanismo de proteção da empresa, mais preocupado com a questão social, com a manutenção da atividade empresarial e seus atributos.

Assim, é inegável que o novo diploma legal representa uma grande evolução para o direito empresarial moderno, principalmente no que tange à função social da empresa, da atividade empresarial.

Analisando o disposto nos arts. 48 e 192 da nova lei, constata-se que o legislador poderia ter sido mais claro com relação à possibilidade de os falidos economicamente viáveis virem a ter acesso à ação de recuperação judicial. Tem-se notícia de que a matéria foi objeto de debate quando do projeto nas duas casas legislativas e apenas não se transformou em norma expressa em face do princípio que movia os legisladores, desejosos de um processo falencial célere.<sup>35</sup> O argumento é válido, já que, enquanto falência, o texto novo passou a pretender – e com razão – um processo de falência que se resolvesse mais rapidamente, e a saída de falidos pela via da recuperação judicial, situação que se reconhece excepcional, não devia ocupar o legislador, a quem não compete ocupar-se das exceções.

---

<sup>35</sup> TEBET, Ramez. *Lei de recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 2005*. Brasília: Senado Federal, 2005.

É preciso revisitar, neste ponto, os dispositivos legais que, em tese, conspirariam contra o direito de os falidos viáveis virem a ter acesso à ação de recuperação judicial e analisá-los.

Prescreve o art. 48 da nova lei, em oração combinada com o seu inciso I:

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;

[...].

Será preciso, neste capítulo, revolver aqueles princípios que foram os norteadores da lei nova e, atribuindo-lhes efetividade, interpretar o texto legal da forma mais útil para a comunidade de jurisdicionados envolvidos.

Exatamente nesse sentido foi a conduta adotada pelo jovem advogado Daniel Rivorêdo Vilas Boas, que assim concluiu sobre a indigitada norma prevista no art. 48 da nova lei:

O requisito estabelecido só se refere e cuida de uma hipótese: a do empresário que requereu a recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial antes da falência e a obteve, mas não cumpriu as disposições do plano estratégico aprovado, vindo a ter a sua quebra posteriormente decretada por esse motivo. Este não poderá, no curso do processo falimentar requerer novamente a adoção de tais procedimentos. Esta e apenas esta a vedação do art. 48, inciso I, da lei 11.101/05.<sup>36</sup>

Movido por convencimento diverso, mas conducente à mesma conclusão, Manoel Justino Bezerra Filho admite que a disposição do artigo transcrito não se refere ao falido, mas a seus sócios de responsabilidade ilimitada. Diz o autor:

Quando a Lei diz ser ‘falido’, na realidade está se referindo aos sócios de responsabilidade ilimitada que tiveram a falência de sua empresa anterior decretada: pelos arts. 81 e 190, esses sócios são

---

<sup>36</sup> VILAS BOAS, Daniel Rivoredo. *A viabilidade da recuperação do empresário após a sentença declaratória da falência*. 2007. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte, 2007, p. 94.

considerados também falidos. Aplica-se também essa restrição àquele que, como empresário individual, teve sua falência decretada.<sup>37</sup>

Pode-se entender, também, quanto ao dispositivo legal em estudo, que a lei cogita do falido já objeto de processo de falência concluído, terminada a fase de liquidação do ativo e pagamento do passivo, tratando-se, portanto, de sociedade já extinta ou esvaziada materialmente.

Entretanto, a interpretação que reputamos mais correta decorre de outro argumento, buscado no próprio texto legal, que consiste no fato de que, não se está negando, no diploma legal novo, a todo e qualquer falido o direito de recorrer à ação de recuperação judicial, já que facultado o recurso àquela ação para os falidos que possuam sentença transitada em julgado, quanto às suas obrigações e responsabilidades daí decorrentes. É que a ação de recuperação judicial persegue, em última instância, exatamente este desiderato: o cumprimento de obrigações com base em “plano” aprovado pelos credores e homologado judicialmente. Tenha-se por presente que falido com suas obrigações cumpridas é falido que tenha demonstrado, de alguma forma, solvência, atestada esta por seus credores. Ocorre que a ação de recuperação judicial corresponde, exatamente, à forma de solver as obrigações com o *placet* de seus credores e com a homologação prévia do “plano” pelo magistrado.

Não há, portanto, como recolher desse conjunto normativo, aparentemente conspirador contra os falidos viáveis, leitura que se refere a uma proibição que não existe, com base em interpretação teleológica e à luz de todos os princípios norteadores da nova disciplina legal.

Já o disposto no *caput* do art. 192 da Lei n. 11.101/2005 determina que aplicam-se às concordatas já em curso na data da sua entrada em vigor os dispositivos do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (antiga lei de falências).

Embora tenha o legislador optado por aplicar às concordatas em curso a antiga lei de falências, ressalvou, no § 2º do art. 192, a possibilidade de o concordatário (seja concordata preventiva ou suspensiva) requerer recuperação judicial, ação criada pela nova lei, desde que não haja o pretendente descumprido qualquer obrigação no âmbito da sua concordata e não se trate de microempresário

---

<sup>37</sup> BEZZERA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.



ou empresário de pequeno porte, para os quais a lei nova reservou tratamento específico. Registre-se que, com relação aos microempresários e aos empresários de pequeno porte, a lei vem recebendo críticas, em face de a inovação, praticamente, remeter-se ao sistema da lei anterior.

Nessa parte, faz-se necessário visitar a norma disposta no art. 192 da nova lei de falências, já que sobre ela também se tratará no presente capítulo:

Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

§ 1º Fica vedada a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, podendo ser promovida a alienação dos bens da massa falida assim que concluída a sua arrecadação, independentemente da formação do quadro-geral de credores e da conclusão do inquérito judicial.

§ 2º A existência de pedido de concordata anterior à vigência desta Lei não obsta o pedido de recuperação judicial pelo devedor que não houver descumprido obrigação no âmbito da concordata, vedado, contudo, o pedido baseado no plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte a que se refere a seção V do Capítulo III desta Lei.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, se deferido o processamento da recuperação judicial, o processo de concordata será extinto e os créditos submetidos à concordata serão inscritos por seu valor original na recuperação judicial, deduzidas as parcelas pagas pelo concordatário.

§ 4º Esta Lei aplica-se às falências decretadas em sua vigência resultantes de convolação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei.

Da leitura do artigo transcrito depreende-se que o legislador, nas disposições finais e transitórias da nova lei de falências, optou pela não aplicabilidade desta aos processos de falência e concordata em curso na data da sua entrada em vigor, os quais prosseguirão de acordo com os ditames do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, antiga lei de falências, observando-se, contudo, quatro ressalvas:

(i) a partir da entrada em vigor da nova lei, fica proibida a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso;

(ii) poderá o concordatário, seja concordata preventiva ou suspensiva, requerer sua recuperação judicial, desde que não haja descumprido qualquer das

obrigações relativas à concordata e não se trate de microempresário ou de empresário de pequeno porte;

(iii) fica facultado ao juiz, nos processos de falência em curso na data da entrada em vigor da nova lei, promover a venda dos bens da massa falida, independentemente da conclusão da fase cognitiva prevista no Decreto-Lei n. 7.661; e

(iv) aplica-se a nova lei às falências resultantes de convocação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores à chegada da nova lei.

Tem-se que, mesmo regidos pela antiga lei de falências, poderão os concordatários, cujos processos de concordata (preventiva ou suspensiva) estiverem em curso na entrada em vigor da nova lei, valerem-se do remédio da recuperação judicial.

Nesse caso, sendo deferido o processamento da recuperação judicial, extinguir-se-á o processo de concordata, e os créditos a ela submetidos serão inscritos por seu valor original na recuperação judicial, deduzidas as parcelas pagas pelo concordatário.

Contudo, em decorrência do disposto no já transcrito art. 192, que determina a aplicação do Decreto-Lei n. 7.661 aos processos de falência e concordata ajuizados anteriormente ao início da sua vigência, tem-se que a lei aplicável ao falido cuja falência fora decretada anteriormente à vigência da nova lei, pelo menos em princípio, será o Decreto-Lei n. 7.661.

No entanto, a nosso sentir, nada deverá impedir que se aproveite para esses casos, quando compatíveis, normas do diploma legal novo. Isso, todavia, há de ser trabalho para a doutrina e para a jurisprudência, que já começam a trilhar por esse caminho.

Com efeito, pela análise literal do conteúdo normativo do art. 192 da nova lei de falências, conclui-se que o legislador vedou aos falidos a possibilidade de recorrerem à concordata suspensiva. Nesse caso, entendendo-se que a eles está vedado também o acesso à recuperação judicial, o novo regime os terá deixado desamparados.

Instalada está, no texto legal, visível antinomia. E as antinomias e as contradições não de ser resolvidas, no caso concreto, diante da teleológica interpretação do contexto legal.

Nesse sentido, registre-se que a nova disciplina legal do Direito Falimentar, em hermenêutica sistemática e teleológica, não impede a possibilidade do resgate da atividade do falido mediante ação nova de “recuperação judicial” ou de seus mecanismos. Assim, o resgate do falido cuja atividade for viável (falência solvente e não falência frustrada) há de ser considerado em face da função social da atividade empresária.

Destarte, pretende-se sustentar, neste trabalho, que seja reconhecido ao falido economicamente viável, independentemente da sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou da lei nova, a possibilidade de requerer a recuperação judicial. Vislumbra-se, aqui, o nascimento da “recuperação judicial suspensiva da falência”.

De fato, o que se defende é a manutenção da empresa economicamente viável, protegendo-se, assim, a atividade empresarial com seus postos de trabalho, sua planta geradora de riquezas e de impostos.

Verificada no caso concreto a inviabilidade econômica da empresa, esta não só pode como deve ter sua falência decretada, devendo ser mesmo liquidada, evitando prejuízos de maior monta para a comunidade envolvida.

A corroborar esse entendimento, saliente-se que os meios de recuperação de empresa, exemplificativamente apontados no art. 50 da nova lei<sup>38</sup> e

---

<sup>38</sup> Art. 50 da Lei n. 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;

que compreendem diversas formas de resgate do passivo, com a conseqüente extinção da falência, podem ser amplamente aplicados aos casos de falidos economicamente viáveis.

Registre-se, também, que, conforme o capítulo 3, a tese ora defendida se adapta com perfeição ao princípio da função social da empresa. Sendo esse um princípio de enraizamento constitucional, a interpretação das normas em estudo deve seguir a exegese que possibilite ao falido economicamente viável, independentemente de sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou da lei nova, recorrer à ação de recuperação judicial, ou, utilizando os mecanismos desta, reabilitar-se na própria ação de falência.

Não se procedendo dessa forma, outro princípio constitucional poderá estar sendo infringido: o da igualdade. De fato, se o empresário ou a sociedade empresária impetrante de concordata preventiva ou suspensiva anterior à entrada em vigor da nova lei tem acesso à recuperação judicial, negá-la aos falidos ainda economicamente viáveis, independentemente de sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou da lei nova, configuraria tratamento desigual a sujeitos de direito que se encontram em situações essencialmente iguais ou muito semelhantes.

Claus Wilhelm Canaris, ao discorrer sobre a adequação e a unidade como emanções e postulados da ideia de Direito, corrobora esse entendimento, ao afirmar:

De facto, a demonstração não é difícil. A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito. Assim, a exigência de 'ordem' resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar 'consequentemente' os valores

---

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.”

encontrados, ‘pensando-os, até ao fim’, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais – ou, por outras palavras: estão adstritos a *proceder com adequação*.<sup>39</sup>

Não se está construindo conclusão contrária àquelas normas legais expostas. Efetivamente, delas se está extraindo o seu verdadeiro conteúdo, de modo a tornar sua aplicação prática, funcional, que atenda aos princípios que nortearam a construção do direito concursal novo, que não quer inviabilizar soluções para empresários cujas atividades sejam viáveis diante de interesses que transcendem os próprios limites da pessoa – sujeito de direito – envolvida.

Dilvanir José da Costa, após percorrer a doutrina da teoria pura do direito de Hans Kelsen, e a doutrina do direito como o fato social de Savigny, sustenta, com base nas escolas científicas dos métodos histórico, teleológico e sociológico, que “as leis não contêm todo o Direito”.<sup>40</sup> O autor arremata o seu raciocínio com a frase que ficou célebre de Raimond Saleilles, no prefácio da obra de François Geny (1899): *Au-delà de la loi, mais par la loi*.<sup>41</sup>

Outro jurista mineiro, Humberto Theodoro Júnior, assim escreveu: “Direito é norma; norma é linguagem; linguagem é símbolo; símbolos não são precisos e unívocos; exigem interpretação antes de serem traduzidos e aplicados aos fatos concretos sobre os quais a norma tem de ser aplicada.”<sup>42</sup>

O que se pretende é ajustar o texto da lei àqueles princípios que lhe nortearam a criação.

No exercício da interpretação das leis é preciso ter presente que os princípios se integram às normas. Não se deve, portanto, promover do texto legal apenas uma leitura de alfabetizado. Os textos jurídicos devem ser lidos, compreendidos e aplicados juridicamente. Das leis é preciso extrair o seu conteúdo diante da vivência e aplicação prática de seus comandos.

---

<sup>39</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 18.

<sup>40</sup> COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2.

<sup>41</sup> “O intérprete deve ir além da lei, mas através da lei.” (COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica: doutrina e jurisprudência*, p. 5-7)

<sup>42</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *Revista de Processo (RePro)*, n. 150, p. 13, 2007.

Rachel Sztajn também se debruçou sobre a questão interpretativa das normas, concluindo que

norma é regra cuja observância pode ser exigida e se violada há previsão para corrigir a conduta. Normas podem ser sociais ou positivadas. [...] Princípio é proposição que serve de base para a construção de uma regra ou norma, é um padrão para avaliação de comportamentos ou condutas.<sup>43</sup>

Esse passeio pela doutrina relacionada à interpretação das leis se faz por absolutamente pertinente, na confirmação de que nem o art. 48, tampouco o art. 192 da lei nova conspiram contra o direito de o falido economicamente viável empreender a ação de recuperação judicial.

Assim, a interpretação a ser aplicada aos mencionados dispositivos legais deve ser ampliativa, de forma que se possa preencher a lacuna legal então existente, com o reconhecimento do direito ao acesso à ação de recuperação judicial pelo falido economicamente viável, independentemente de sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou da lei nova.

Destaque-se, ainda, que, havendo lacuna na lei, esta deverá ser solucionada por meio da analogia, de acordo com o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.<sup>44</sup>

Nesse passo, invoque-se, também, uma questão de ordem jurisdicional, porque não pode o cidadão ficar órfão de justiça em face de lacuna da lei.

Com efeito, como o falido ainda viável se encontra em situação econômica análoga à do empresário com direito ao benefício da recuperação judicial, a ele deve ser possibilitado tal recurso.

A viabilidade da recuperação da empresa em crise é o vetor de aproximação entre as situações do falido ainda economicamente viável e o acesso à recuperação judicial, instituto criado pela nova lei; é vetor que fundamenta a colmatação da lacuna das normas transitórias desta última por meio da analogia, concluindo pelo direito que tem o falido ainda economicamente viável,

---

<sup>43</sup> SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil brasileiro. *Revista do Advogado, da AASP*, n. 96, p. 121-122, mar. 2008.

<sup>44</sup> “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil)

independentemente de sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou da lei nova, de se valer da ação de recuperação judicial.

A corroborar essa conclusão, comparece Fábio Ulhoa Coelho, no parecer inédito solicitado pela Pársico Pizzamiglio S. A., sociedade então falida autorizada a continuar funcionando, por ainda ser economicamente viável, ao assim dispor:

Resumindo, a exegese ampliativa que sustenta o direito de o falido autorizado a continuar o negócio migrar para a recuperação judicial é a que melhor se ajusta ao direito positivo porque viabiliza o cumprimento da função social da empresa, obedece ao mandamento constitucional da igualdade, prestigia a construção doutrinária e jurisprudencial feita sob a égide da lei anterior que vislumbrava nessa autorização um verdadeiro meio de recuperação da empresa e se harmoniza com a integração da lacuna por via da analogia.<sup>45</sup>

Portanto, parece-nos correto sustentar o direito de o falido ainda economicamente viável, independentemente de sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou na lei nova, se valer do remédio da ação de recuperação judicial e de seus mecanismos para reabilitar-se como empresário regular.

Tem-se, ainda, que a nova disciplina legal, atenta aos interesses coletivos e sociais, induz a sociedade cultora do direito a assumir posições cada vez menos positivistas e cada vez mais principiológicas. A isso corresponde dizer que o intérprete da lei, conduzindo-se por razões de ordem lógica e sociológica, deve extrair do texto legal aquilo que mais corresponda à realidade social em apuros. É seguro dizer que a lei, em leitura linear e desprovida de compromisso social, não apresenta essa possibilidade de modo claro. É igualmente seguro afirmar que a lei não veda e não tranca essa interpretação.

Nesse sentido, Fabiano Menke<sup>46</sup> faz menção à polêmica obra de Hermann Kantorowicz, intitulada *A luta pela ciência do direito*, de 1906, na qual defendia “que mesmo na existência de lei para o caso concreto o juiz deveria julgar segundo a ciência e a sua consciência.”

Registre-se, também, que a nova lei de falências propiciou a desjudicialização do processo falimentar, possibilitando, por se tratar de direitos disponíveis, que o devedor falido e seus credores cheguem a um acordo para a

---

<sup>45</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer (inédito) solicitado pela Pársico Pizzamiglio S. A.*, p. 16.

solução de seus litígios (apresentação de um “plano” de recuperação da empresa), ficando o juiz, assim, em uma situação confortável de apenas homologar tal acordo.

Decorre daí a importância da vontade dos credores, já que serão eles, em conjunto, que, após detida análise da viabilidade econômica da atividade empresarial, decidirão o futuro da empresa; se inviável, dar-se-á prosseguimento à falência, com a conseqüente liquidação de ativos e passivos; se viável, deverá ser adotada a ação de recuperação judicial.

Observe-se, quanto a direito indisponível, que a nova lei que rege o Direito Concursal brasileiro criou uma expectativa de parcelamento de tributos,<sup>47</sup> o que muito auxiliará na recuperação daqueles falidos ainda economicamente viáveis.

A tese ora defendida encontra, numa alça maior e de acordo com os matizes de seu tempo, amparo em vários precedentes históricos – por exemplo:

(i) o caso do Barão de Mauá<sup>48</sup> (com a sua reabilitação);

(ii) o caso da Brasilinvest (com a reabilitação e a devolução, pelo Banco Central do Brasil, da autorização para funcionar como instituição financeira ao empresário-banqueiro Mário Carneiro);

(iii) o caso da Indústria de Produtos Alimentícios Cory Ltda. (empresa concordatária que encerrou, com êxito, a sua recuperação judicial); e

(iv) o caso da Pésico Pizzamiglio S. A. (os dois últimos, recentes e específicos, que ocorreram sob a égide da lei nova).

Não se pode olvidar, ainda, o princípio geral da aplicação da lei mais benéfica, segundo o qual será aplicada a determinada situação aquela lei que mais beneficiar seu destinatário. Isso implica dizer que, na espécie, deverá ser aplicada ao falido economicamente viável, cuja falência foi decretada sob a égide da antiga

---

<sup>46</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 50, p. 12, abr./jun. 2004.

<sup>47</sup> Art. 68 da Lei n. 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 n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.”

Art. 155-A do Código Tributário Nacional, com redação alterada pela Lei Complementar n. 118/2005: “O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

[...].

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.”

<sup>48</sup> CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, [s.d.].



lei, a nova lei de falências, e não mais o Decreto-Lei n. 7.661/1945. Os beneficiários, no caso, são sempre os credores e, em segundo lugar, o próprio falido.

Neste ponto, destaque-se um benefício expressamente concedido pelo novo diploma legal àqueles credores que acreditam na recuperação judicial e para isso contribuem. Trata-se do art. 67 e seu parágrafo único, assim dizentes em oração combinada:

Art. 67. 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.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

Além de representar considerável benefício àqueles credores, a hipótese compreende, também, um incentivo para que o credor ou um terceiro continue fornecendo normalmente bens e serviços para o empresário que requereu recuperação judicial, possibilitando, assim, o exercício regular de seu objeto social e, conseqüentemente, facilitando o cumprimento do “plano” apresentado em juízo. É seguro que o mencionado dispositivo legal auxiliará na superação do estigma por que passa o devedor em regime de recuperação judicial, tornando suas relações negociais mais interessantes, mais seguras e mais atrativas.

Finalmente, um argumento mais deve ser somado às razões pelas quais a interpretação dos dispositivos analisados deve dar-se de modo ampliativo. É que a ação de recuperação judicial pode (e até deve) ser utilizada pelo empresário, como defesa à ação de falência proposta, no prazo de apresentação da defesa.<sup>49</sup>

Tem-se, portanto, que, diante dos fundamentos expostos, negar ao falido economicamente viável, independentemente de sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou da lei nova, o direito de intentar a ação de recuperação

---

<sup>49</sup> Art. 95 da Lei n. 11.101/2005: “Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.”

judicial significa negar vigência aos princípios mais salutares que nortearam a concepção de um novo modelo de direito concursal, cuja grande inovação foi mesmo a criação da ação de recuperação para empresários viáveis.

## 5 A FALÊNCIA DA EMPRESA VIÁVEL

Conforme asseverado neste trabalho, a falência da empresa viável deve ser evitada, sempre que possível, em face dos graves prejuízos que poderá causar à comunidade e ao próprio mercado.

Trilhando exatamente por esse caminho, o legislador, na concepção do diploma legal novo, criou a ação de recuperação judicial, que passou a sustentar, legalmente, a manutenção das empresas economicamente viáveis, visando preservar a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores, propiciando, dessa forma, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Depreende-se do novo texto legal que o legislador, visando salvaguardar os interesses sociais envolvidos na falência, criou o instituto novo, a ação de recuperação, com o objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira por que passa o devedor e, assim, promover seu propósito maior – a manutenção das empresas economicamente viáveis –, evitando, sempre que possível, a declaração de sua falência, o que implicaria enormes prejuízos para toda a comunidade envolvida na quebra.

Waldo Fazzio Júnior reconhece a importância da manutenção das empresas economicamente viáveis, em razão da heterogênea gama de interesses sociais envolvidos:

Conquanto protectiva dos anseios dos credores e dos direitos do devedor, a LRE [Lei n. 11.101/05] fez uma opção prioritária pela preservação da empresa como unidade produtiva, que congrega uma heterogênea gama de interesses: os dos credores que buscam a realização de seus haveres; os dos prestadores que intentam o retorno de seus investimentos; os dos trabalhadores da empresa que não querem perder seus empregos; os dos sócios interessados na conservação de suas quotas ou ações; os dos fornecedores que têm por escopo receber seus créditos, mas que não querem perder o cliente; e os da comunidade, síntese de todos os outros interesses.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 106.

Nesse mesmo sentido, Sérgio Campinho assim definiu o objetivo da ação de recuperação judicial:

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o 'ativo social' por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral.<sup>51</sup>

Com efeito, a *mens legis* é preservar a empresa por meio de todos os meios de recuperação disponíveis e, na sua eventual impossibilidade, proceder à imediata liquidação do ativo para pagamento do passivo.

Logo, uma vez extinta, na lei brasileira, a concordata suspensiva, é imperioso que se reconheça ao falido viável, independentemente de sua falência ter sido decretada sob a égide da antiga lei ou da lei nova, a oportunidade ou o acesso à ação de recuperação de empresa.

Entendimento diverso corresponderia a um réquiem, féretro ou enterro, em que os próprios credores estariam a lamentar a sorte de não lhes ser concedida a oportunidade de receber seus créditos. Seria o caso da desfunção de lei. Impensável.

Certamente que somente a análise concreta, tomada caso por caso, permitirá a compreensão do que seja “falida viável”.

A toda evidência que a figura de falido pressupõe ter sido o empresário vitimado de uma sentença que tenha decidido por sua falência.

Quanto à viabilidade após o decreto da quebra, será necessária a presença de uma atividade empresarial ainda pulsante – equivale dizer: cuja *azienda* não tenha desaparecido. Alguns exemplos tomados seriam: contratos em aberto, estoques de razoável volume, encomendas pendentes e corpo técnico à disposição.

---

<sup>51</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*, 2008, p. 122.

As leis de falência, a velha e a nova, contemplam, é verdade, para casos tais, a possibilidade da continuação dos negócios do falido.<sup>52</sup> Não se pode, todavia, afirmar que, no modelo novo, seja essa a única situação. Tenha-se presente que a figura mais importante na deliberação em torno de um “plano”, estará no exercício da vontade livre dos credores em assembleia-geral.

Essa é a situação nova se pretende pôr em relevo neste trabalho.

O reconhecimento do cabimento da “ação de recuperação judicial suspensiva da falência” é, portanto, a medida recomendada para os casos enquadráveis no que seja ‘falência viável’.

---

<sup>52</sup> Art. 74 do Decreto Lei n. 7.661/1945: “O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico.”

Art. 99 da Lei n. 11.101/2005: “A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

[...];

XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;

[...].”

## 6 A FALÊNCIA DA EMPRESA INVIÁVEL

No tópico antecedente, cuidou-se do cabimento da ação de recuperação da empresa, na hipótese do falido cujo negócio ainda seja viável. Resta analisar a hipótese da falência de negócio reconhecidamente inviável.

Não obstante se ressalte a importância da recuperação judicial da empresa, diante do interesse social envolvido, esse não é um objetivo a ser buscado a qualquer custo, mas, sim, a manutenção da empresa viável, cuja economia ainda pulsa, com todos os seus efeitos positivos (empregos, manutenção de clientela, recolhimento de tributos, funcionamento da *azienda* enfim).

Tanto é assim, que um dos requisitos do plano de recuperação judicial a ser apresentado pelo devedor em juízo é exatamente “a demonstração de sua viabilidade econômica” (art. 53, inciso II, da Lei n. 11.101/2005).

Nesse sentido, Sérgio Campinho:

A recuperação vai sempre pressupor a empresa viável, que passa por um estado de crise temporária e superável pela vontade dos credores. Um dos requisitos para se preferir a recuperação judicial à falência é justamente a confiança dos credores na demonstração de que a empresa se afigura ativa, produzindo meios capazes de superar a sua debilidade financeira.<sup>53</sup>

Inviabilizada a salvação do negócio, a liquidação da massa é de rigor, e, dentre os princípios norteadores da lei nova, o último deles está exatamente na liquidação célere de massas insolventes.

Com efeito, se a empresa não é viável, não se justifica o custo social atrelado à sua recuperação. A liquidação de empresas inviáveis, mediante a decretação e processamento da falência é ainda a medida mais adequada ao desenvolvimento da economia, em virtude da realocação dos recursos produtivos que encerra. Trata-se de medida de assepsia social.

---

<sup>53</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*, 2008, p. 123.

Segundo Rubens Requião, “ocorre significativa divergência entre os juristas quando se propõem a estabelecer, no estudo da natureza jurídica da falência, o verdadeiro objetivo do instituto”.<sup>54</sup>

Para o autor, duas correntes de opinião se firmaram para determinar o real escopo, a real finalidade do procedimento falimentar:

Uma considera que o Direito Falimentar, através do estabelecimento de regras próprias, pretende assegurar a perfeita igualdade entre os credores da mesma classe, já que o patrimônio do devedor é a garantia geral de seus credores. Outra nega que a par *condicio creditorum* seja o objetivo principal da falência, passando a afirmar a tese de que o Estado, através da lei, objetiva concretamente a eliminação das empresas econômica e financeiramente arruinadas, em virtude das perturbações e perigos que podem causar ao mercado, com reflexos em outros organismos.<sup>55</sup>

A opinião de Fábio Ulhoa Coelho é no mesmo sentido, sob os seguintes fundamentos:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem.<sup>56</sup>

Maria Celeste Morais Guimarães, citando Massaguer Fuentes, reforça esse entendimento:

[...] o Direito da Insolvência que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 22.

<sup>55</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 22-23.

<sup>56</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 217-218.

<sup>57</sup> FUENTES, Massaguer *apud* LOBO, Jorge Joaquim. Direito da crise econômica da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 109, p. 65, jan./mar. 1998 *apud* GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*, p.16.

Sintetizando esse posicionamento, revisita-se Sérgio Campinho, que é categórico ao dispor que “haverá uma natural seleção entre aqueles agentes econômicos viáveis e capazes, que merecem apoio, e aqueles que devem ser alijados do convívio no mercado”.<sup>58</sup>

Conclui-se, portanto, que a finalidade principal do instituto da falência, na proteção dos interesses sociais, é a eliminação das empresas consideradas econômica e financeiramente inviáveis, evitando maiores prejuízos para a coletividade. Também assim se estará homenageando o princípio da função social da empresa, eliminando aquelas de custo social injustificável.

---

<sup>58</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*, 2008, p. 123.



## **7 A PROTEÇÃO LEGAL DA EMPRESA (A ATIVIDADE – O OBJETO DE DIREITO), E NÃO DO EMPRESÁRIO (O SUJEITO DE DIREITO)**

Seguindo tendência moderna, a nova lei de falências, ao instituir a recuperação judicial, dirigiu sua preocupação muito mais para a atividade (para a empresa) do que para o empresário.

A proteção legal da empresa, e não do empresário, é decorrência do conjunto normativo da nova lei de falências.

Apenas a título de exemplo, algumas situações previstas na nova lei confirmam este entendimento.

A ação de recuperação judicial, prevista no art. 47, é o melhor exemplo. Essa nova ação não se preocupa com a figura do empresário, mas, sim, em viabilizar a superação de crise econômico-financeira da empresa, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Exemplificando, o art. 50 da nova lei prevê como meios de recuperação judicial: a cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; a alteração do controle societário; a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; aumento de capital social; o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; a administração compartilhada; a emissão de valores mobiliários; dentre outros.

É inquestionável que, ao adotar esses caminhos como meios de recuperação judicial, privilegiou o legislador a manutenção da atividade empresarial, inclusive, se for o caso, em detrimento da figura do empresário.

Tem-se, ainda, que, de acordo com o disposto no art. 117 do Decreto-Lei n. 7.661, a regra geral para a liquidação, ou seja, para a realização do ativo, estava na alienação dos bens da massa falida em leilão público, o que, muitas vezes, causava prejuízos à sociedade e ao mercado, já que não se preocupava com a manutenção da produtividade desses bens alienados.

Já a nova lei, preocupada com a proteção da atividade empresarial, em seu art. 140, dispôs sobre a realização do ativo da massa falida:

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

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – alienação dos bens individualmente considerados.

Resta demonstrado, sobremaneira, que o novo diploma legal visa proteger a empresa, garantindo a realização da sua função social, até mesmo na fase de liquidação ou de realização de seus ativos.

Registre-se, em seu art. 140, no § 2º, determina a nova lei que a realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro geral de credores, muito diferente das disposições da antiga lei, que previa longo trâmite até a efetiva liquidação do ativo, o que somente prejudicava tanto a empresa quanto seus credores.

Nesse mesmo sentido, o § 3º do art. 140 determina que, se for necessária à operação rentável da unidade produtiva alienada a conservação de contratos específicos celebrados pela empresa falida, estes serão conservados.

Outro ponto crucial para a preservação da atividade empresarial está na fixação, pela nova lei, da ausência de sucessão trabalhista e tributária em relação ao adquirente, seja em caso de alienação judicial ocorrida na falência (art. 141, inciso II), seja em caso de alienação judicial ocorrida na recuperação judicial (art. 60, parágrafo único). Diante da importância do tema para este trabalho, essa matéria será objeto de estudo em capítulo próprio.

Assim, pela análise dos mencionados dispositivos legais, verifica-se que a nova lei, tanto no que se refere à regulamentação da falência quanto no que toca ao instituto novo da recuperação judicial, privilegia muito mais a conservação da atividade empresarial, o objeto de direito, do que a figura do empresário, o sujeito de direito. Todavia, a nosso ver, a recuperação judicial, e não a falência, é o mecanismo mais apropriado para proteger e conservar a empresa, a atividade empresarial.

De fato, confrontando-se os dispositivos de lei que regem os dois institutos, o art. 47 (recuperação judicial) e o art. 75 (falência), depreende-se que somente o cânone que se refere ao instituto da recuperação judicial é expresso ao delinear como um de seus objetivos a preservação da empresa.

Ademais, tem-se que a preservação da atividade empresarial, após a decretação da falência e mediante os seus mecanismos próprios, revela-se muito mais complicada, em razão do estigma a ser enfrentado, bem como em razão do lapso temporal de inatividade que eventualmente possa ocorrer.

De se destacar, ainda, que o art. 68 da nova lei, em oração combinada com o § 3º do art. 155-A do Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, prevê a edição de lei específica que disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, o que certamente ajudará, em muito, na recuperação da empresa, da atividade empresarial.

Além disso, a suspensão da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, até mesmo aquelas dos credores particulares do sócio solidário, pelo prazo de 180 dias, em razão do deferimento do processamento da recuperação judicial (§ 4º do art. 6º), bem como a proibição da venda ou retirada do estabelecimento do devedor em recuperação judicial dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, durante aquele período de suspensão (*o stay period*), são, seguramente, providências até muito úteis e indispensáveis para que se possibilite a recuperação e a preservação da empresa.

A título de ilustração, quanto à relação do princípio da preservação da empresa com os institutos da falência e da recuperação judicial, recorre-se à figura de um hospital. No caso da falência, tem-se como cenário a reanimação do morto ou a retirada de seus órgãos ainda aproveitáveis, caso existentes. Já na recuperação judicial, o cenário é outro: o doente encontra-se entubado, porém vivo e com vontade de viver. O médico para ambos os casos é o mesmo, devendo, todavia, adotar o remédio mais apropriado para a espécie.

Sobre a proteção legal da atividade empresarial, e não do empresário, Fábio Ulhoa Coelho assevera:

No princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do Fisco voltado à arrecadação e outros.<sup>59</sup>

Avançando sobre o ponto medular da dissertação, é preciso deixar arredado de dúvidas que, ao se cogitar de “recuperação do empresário” em vez de “recuperação da empresa“, não se trata de descuido vernacular. É que as relações jurídicas se estabelecem entre pessoas, entre entes personificados. As relações jurídicas não se estabelecem entre objetos. É seguro que a preocupação patrimonial gira em torno da empresa, isto é, em torno da *azienda*. Contudo, em qualquer hipótese, os titulares das postulações são sempre as pessoas como sujeitos de direito. É igualmente seguro que a lei contempla, com um realismo útil, a possibilidade de afastamento da pessoa do empresário (hipóteses de venda de ações ou quotas de capital social e afastamento dos administradores, dentre outras). Nesse caso, o que se tem é a substituição do sujeito.

Sintetizando esse pensamento, Manoel Pereira Calças, valendo-se de Alberto Asquini, afirma:

Na senda da velha lição de Alberto Asquini, em seu clássico trabalho sobre os perfis da empresa como um fenômeno poliédrico, não se pode confundir o empresário ou a sociedade empresária (perfil subjetivo) com a atividade empresarial ou organização produtiva (perfil funcional), nem com o estabelecimento empresarial (perfil objetivo ou patrimonial). Nesta linha, busca-se preservar a empresa como atividade, mesmo que haja a falência do empresário ou da sociedade empresária, alienando-a a outro empresário, ou promovendo o trespasse ou o arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, conforme previsão do art. 50, VIII e X, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), p. 8.

<sup>60</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei n. 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, p. 38-39.

É inequívoco que o fato de a nova lei de falências se voltar para a proteção da empresa somente confirma que é possível a aplicação da recuperação judicial ao falido viável, uma vez que, assim procedendo, se estaria protegendo a empresa, aplicando à nova lei a mais correta interpretação sistemática, hermenêutica, teleológica, contextual.

## 8 A AÇÃO JUDICIAL DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

Conforme disposição do art. 47 da nova lei de falências, a ação de recuperação de empresa é a ação judicial cuja finalidade é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira por que passa o devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Reputa-se devedor em estado de crise econômico-financeira aquele sujeito a dificuldades temporárias do seu negócio, com iliquidez, insolvência reversível ou em situação patrimonial a merecer readequação planejada de sua atividade.

Diferentemente da antiga ação de concordata, regida pelo Decreto-Lei n. 7.661, que tinha natureza jurídica de direito, a recuperação judicial, ação nova que veio de certa forma substituí-la, tem natureza jurídica contratual/obrigacional.

A concordata, juridicamente, era o único processo em que o devedor executava o credor. Atendidos os requisitos legais e não havendo impedimento, o juiz concedia a concordata, independentemente da manifestação de vontade favorável dos credores. Uma vez concedida a concordata, os credores a ela sujeitos (credores quirografários) teriam seus créditos pagos em conformidade com a disposição de lei.

Já no caso da ação de recuperação judicial, temos estampada a liberdade contratual. Qualquer proposta lícita é, em princípio, válida.

Dessa forma, o plano de recuperação judicial a ser apresentado pelo devedor poderá contemplar, como meios de recuperação da empresa em crise, aqueles exemplificativamente dispostos no art. 50 da nova lei, bem como outros meios de recuperação que o devedor entender pertinentes.

Contudo, para ter concedida sua recuperação judicial, o devedor deverá ter seu “plano” de reorganização aprovado pelos credores reunidos em assembleia.

Não se dedicará, neste trabalho, ao exame profundo da assembleia-geral de credores, cuja previsão legal está nos arts. 35 a 45 da lei nova. Estudo a respeito

de assembleia de credores, nos seus vários e inovadores pontos, mereceria outra dissertação.

Necessário, no entanto, em face das conclusões que se pretende construir, realçar alguns aspectos da assembleia de credores que, sobre não ser tema novo, no que toca à ação de recuperação judicial, são fundamentais.

Assim é que, se impossível seria cogitar de recuperação sem “plano”, de nada se adiantará a formulação desse se não houver a aquiescência e a concordância dos credores com a forma nova de pagamento.

O foro de aferição do acolhimento do “plano”, desde que não haja aquiescência geral de modo espontâneo por parte dos credores, é exata e exclusivamente o da assembleia-geral de credores.

O recomendado art. 35<sup>61</sup> se divide em duas etapas: no inciso I, alíneas de “a” a “f”, trata de assembleia no âmbito da ação de recuperação judicial; no inciso II, alíneas de “a” a “d”, trata de assembleia no âmbito da falência.

Em matéria de aprovação de “plano”, é fato, a lei, como falência, disso não cogitou.

Nesta dissertação, propõe-se, como conclusão principal, que mesmo na falência se admitirá, mediante assembleia de credores e uma vez aprovado o “plano” proposto (sob inspiração da norma contida no art. 35, inciso II, alínea “d”), a saudável e bem-vinda recuperação judicial. Aí é que se dá o voo de Fênix.

Ainda no tocante à assembleia, quanto à disciplina legal remanescente, basta que se volte para a lei com bons olhos e com a boa vontade que se espera do exegeta na interpretação do texto legislado.

---

<sup>61</sup> Art. 35 Lei n. 11.101/2005: “A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) (*Vetado.*)
- d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
- e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
- f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

II – na falência:

- a) (*Vetado.*)
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei;
- d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.”

Destarte, como a concessão da recuperação judicial passa, necessariamente, pelo crivo dos credores, que deverão analisar e aprovar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, a natureza jurídica da recuperação judicial é contratual/obrigacional.

De acordo com o art. 49 do novo diploma legal, estarão sujeitos a recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Verifica-se, portanto, que diferentemente da concordata, que somente alcançava os créditos quirografários, a recuperação judicial poderá englobar todos os créditos do devedor (o “plano” aprovado o dirá), exceto os créditos públicos, os quais, certamente, encontrarão solução nos parcelamentos que vierem a ser deferidos e pretendidos com o “plano” de recuperação.

Exemplificando, a nova lei de falências, em seu art. 50, é pródiga ao apontar as operações que considera meios de recuperação de empresa, por sinal já examinados.

Estando em termos a petição inicial, o juiz determinará seu processamento e, no mesmo ato, dentre outras providências, nomeará o administrador judicial que, em consonância com o disposto no art. 21 da lei, será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

A antiga lei de falências previa a figura do síndico relativamente ao instituto da falência e do comissário, quando se tratava de concordata. A Lei n. 11.101 prevê a figura do administrador judicial tanto para a falência como para a recuperação judicial. Suas obrigações encontram-se dispostas em seu art. 22, sendo elas, dentre outras:

- (i) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
- (ii) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no “plano” de recuperação;
- (iii) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor; e
- (iv) apresentar o relatório sobre a execução do “plano” de recuperação.



Registre-se, também, que o devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores.

A nova lei de falências deu tratamento diferenciado aos créditos trabalhistas ao dispor, em seu art. 54, parágrafo único, que o plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a um ano para o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, vencidos até a data do pedido de recuperação judicial; e não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 dias para o pagamento, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Rejeitado o “plano” de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

É seguro que, com a aprovação do “plano”, respeitados os percentuais da lei,<sup>62</sup> ainda que existam credores recalcitrantes, caberá ao magistrado, em decisão de caráter homologatório, apenas consagrar a aprovação já conferida, afinal, pelos próprios credores assembleares.

Há, todavia, uma questão que a própria lei não resolve e que já atormenta a doutrina e jurisprudência nascentes: a possibilidade de poder o magistrado não declarar a falência e dar por aprovado o “plano”, mesmo no caso de não obtidos, em assembleia, os percentuais de aprovação.

Cada caso concreto terá sua sorte, e competirá ao magistrado, em decisão de suprimento de vontades, não considerar aqueles votos contrários à recuperação e que sejam, por exemplo, produto de abuso; ou que conpirem, por exemplo, contra interesses sociais maiores; ou que representem, estampadamente, conflitos de interesse.

---

<sup>62</sup> Art. 45 da Lei n. 11.101/2005: “Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

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

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

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

Aclarando esse raciocínio, será útil, também, por exemplo, considerar o magistrado que o percentual de credores ausentes – situação omissiva – há de ser considerado como créditos aderentes ao “plano”; de outra forma, estar-se-ia admitindo encaminhamento de falência, por simples comportamento omissivo de credor, sem manifestação formal pela quebra.

Logo, é possível, mediante suprimento de vontade, que o juiz confira aprovação do “plano”, a despeito de não aprovado pela assembleia-geral de credores.

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.

Mesmo tendo sido deferido o pedido de recuperação judicial, poderá o juiz decretar a falência, durante o processo de recuperação judicial, por deliberação da assembleia-geral de credores nesse sentido; em face da não apresentação, pelo devedor, do “plano” de recuperação no prazo legal; quando houver sido rejeitado o “plano” de recuperação; ou por descumprimento de qualquer obrigação assumida no “plano” de recuperação.

Nada impede, ainda, a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita a recuperação judicial, bem como pela prática dos atos lesivos previstos no inciso III do art. 94 da nova lei de falências.

Por oportuno, quanto aos benefícios trazidos pela criação do instituto da recuperação judicial da empresa pela nova lei, colhe-se a opinião de José Anchieta da Silva:

A nova lei, com a recuperação judicial, trouxe para o mundo empresarial remédio à base da moderníssima utilização de células tronco. Em contra ponto, e adotando-se a lei anterior, só se tem cafiaspirina ou penicilina, remédios que não mais curam os males da moderna atividade empresarial.<sup>63</sup>

Assim, não obstante algumas imprecisões da nova lei, é inegável que ela representou uma grande evolução para o direito empresarial moderno, principalmente em virtude da criação do instituto da recuperação judicial, que é uma

---

<sup>63</sup> SILVA, José Anchieta. Saiu o deferimento da primeira recuperação judicial. *O Tempo: debate jurídico*. Belo Horizonte, p. B2, 13 set. 2005.

ação nova e que veio substituir a já esgotada ação de concordata, tanto a preventiva quanto a suspensiva.

## 9 AS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO TRIBUTÁRIO E A AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste ponto, uma das questões ainda conturbadas da nova legislação falimentar.

Seguindo posicionamento adotado pelo Decreto Lei n. 7.661 (antiga lei de falências), a nova lei, em seu art. 52, inciso II,<sup>64</sup> também está a determinar a dispensa da apresentação de certidões negativas pelo devedor, para que o juiz defira o processamento da ação de recuperação judicial, assim como ocorria em relação aos pedidos de concordatas preventivas e suspensivas, sob a égide daquele Decreto Lei.

Esta previsão está de acordo com o propósito da recuperação judicial, viabilizando de forma efetiva a continuidade da atividade empresarial.

Registre-se que esta primeira decisão judicial apenas dá curso à recuperação judicial, importando, tão somente, na autorização do seu processamento. Dela decorrem, desde logo, alguns efeitos, como por exemplo: (i) a suspensão temporária (por 180 dias) de todas as ações e execuções movidas em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário; (ii) a limitação de algumas condutas por parte do devedor e dos seus administradores; bem como (iii) a averbação da situação do devedor junto ao seu registro de comércio.

Já a decisão efetivamente concessiva, deferidora da recuperação e homologatória do plano de recuperação judicial, prevista no art. 58 da nova lei de falências<sup>65</sup>, ocorrerá em momento posterior, e somente após restarem cumpridas todas as exigências previstas em lei.

---

<sup>64</sup> Art. 52 da Lei n. 11.101/2005: “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;

[...].”  
<sup>65</sup> Art. 58 da Lei n. 11.101/2005: “Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.”

É nessa fase que o empresário em recuperação judicial encontra obstáculo de difícil (quase impossível) transposição e que se refere à apresentação das certidões negativas de débitos tributários, nos exatos termos do disposto no art. 57 da nova lei:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-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 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Nesse mesmo sentido, tem-se também a disposição do art. 191-A do Código Tributário Nacional, que determina:

Art. 191-A. 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.

É inegável que aqui se estabeleceu uma antinomia, uma grave contradição. O que se poderia exigir, nesse momento, seria, no máximo, as chamadas certidões positivas com efeito de negativas, comprovando-se, assim, a regularidade fiscal. Nada mais.

A regularidade fiscal não corresponde à quitação integral dos débitos tributários, podendo também ser alcançada mediante parcelamento, ou por meio das demais hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, constantes no art. 151 do Código Tributário Nacional.

É importante destacar, neste ponto, os pressupostos legais e fáticos que estão a envolver a questão:

(i) o tratamento todo diferenciado conferido pela nova lei aos empresários e sociedades empresárias em regime de recuperação judicial, privilegiando a preservação da atividade empresarial, corolário do princípio da função social da empresa; e

(ii) o significado da tributação (ou dos tributos) para qualquer atividade empresária. É natural, intuitivo até, que o devedor em crise não cumpra com os pagamentos das obrigações previdenciárias e tributárias. Este inadimplemento, por certo, viabiliza a priorização de outros compromissos, com os fornecedores e com os

trabalhadores, por exemplo, credores que têm influência direta na atividade empresarial.

Assim, é inquestionável que a exigência do art. 57 da Lei n. 11.101/2005, se tomada ao pé da letra, poderá representar, para inúmeros devedores em crise, o fim de seu propósito de recuperação, restando-lhes tão somente a quebra.

Sintetizando esse pensamento, Manoel Justino Bezerra Filho:

O objetivo do legislador nesse dispositivo [art. 57] é o de obrigar o devedor a quitar suas dívidas fiscais antes do ajuizamento da recuperação judicial, ou, ao menos, providenciar o seu parcelamento, nos termos da legislação tributária aplicável. Note-se, no entanto, que isso pode inviabilizar a recuperação de inúmeras empresas em situação de crise econômico-financeira, na medida em que, na maioria das vezes, os encargos fiscais, ao lado das dívidas com financiamento bancário, são os maiores responsáveis pela própria crise em que a empresa se encontra<sup>66</sup>.

De fato, a análise isolada dos arts. 57 da nova lei e 191-A do Código Tributário Nacional, à primeira leitura, parece indicar que o legislador quis impedir que os empresários ou sociedades empresárias, que estivessem em débito com a Fazenda Pública, pudessem usufruir o benefício da recuperação judicial. Todavia, tal conclusão não coaduna com os princípios do moderno Direito Concursal, tampouco com seu conjunto normativo.

Analisando sistematicamente a nova lei, observando os seus princípios e os instrumentos por ela regulados, constata-se que essa análise isolada não conduz a uma conclusão harmônica com todo o conjunto, principalmente em razão do seu art. 47, que estabelece como um dos princípios norteadores da nova legislação falimentar, exatamente, a preservação da empresa.

Da mesma forma, a inexistência de sanção expressa para o descumprimento dos mencionados preceitos (art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e art. 191-A do CTN), também, é um forte indicativo de que não teria sido intenção do legislador a decretação da falência do devedor por débito fiscal.

Aliás, diante da nova ordem de classificação dos créditos prevista na nova lei (art. 83), a falência do devedor reconhecidamente viável poderá ser

consideravelmente prejudicial ao próprio erário. É que o fisco somente receberá seu crédito após os credores trabalhistas, concorrendo ainda com os credores com garantia real e, nessa hipótese, os custos da liquidação do devedor poderão ser maiores do que os custos com a recuperação.

Soma-se a isso o fato de que o Estado (o fisco) não se sujeita à recuperação judicial do devedor. Isso significa que os seus créditos não estão sujeitos a qualquer tipo de negociação, bem como seus instrumentos executórios, na esfera administrativa ou judicial, permanecem ativos, podendo (e devendo) ser utilizados, uma vez que não alcançados pela suspensividade prevista em razão do andamento da recuperação judicial, nos exatos termos do disposto no § 7º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005.<sup>67</sup>

Assim, não estando o Estado submetido à recuperação judicial, é inadmissível que lhe seja concedido esse inexorável poder de veto. Não seria razoável que se fornecesse ao Estado um instrumento coercitivo para a cobrança imediata e integral de todos os seus créditos, fora do processo administrativo e da execução fiscal, que são os meios próprios e pertinentes para se alcançar tal desiderato.

Saliente-se que o crédito tributário já é, por natureza, um crédito com privilégios e garantias além das concedidas aos demais credores, o que se reconhece em razão do interesse público que lhe é intrínseco. Sua não submissão à recuperação judicial, com os efeitos já mencionados (ausência de negociação e possibilidade de execução imediata), é suficiente, não carecendo de qualquer outro benefício.

Finalmente, tem-se que a nova lei de falências e o Código Tributário Nacional (com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 118/2005) preveem, em seus arts. 68 e 155-A, § 3º, respectivamente, a edição de lei específica

---

<sup>66</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo, p. 167.

<sup>67</sup> Art. 6º da Lei n. 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.

[...]

§ 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.”

a dispor sobre o parcelamento especial dos débitos tributários para o devedor em regime de recuperação judicial. Transcreve-se:

Art. 68. 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.

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

[...].

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

Estes dispositivos legais harmonizam-se com a situação especial do devedor em recuperação judicial, cujos interesses são tutelados em razão dos princípios da função social e da preservação da empresa, reconhecendo-se esta como um “patrimônio social” de vital importância para o desenvolvimento econômico e social.

Criou-se, portanto, para o devedor em recuperação judicial, o direito subjetivo ao parcelamento especial dos seus débitos tributários, não havendo que se falar em obrigá-lo a se submeter às regras gerais do parcelamento comum, consoante previsão do art. 155-A, § 4º, do Código Tributário Nacional.<sup>68</sup> Caso contrário, estar-se-ia equiparando o devedor em situação especial (recuperação judicial) ao devedor ordinário, penalizando-o por uma omissão legislativa imputável tão somente ao Poder Público.

Ademais, da simples leitura daquele dispositivo legal verifica-se que sua aplicabilidade é de todo inviável, uma vez que ele próprio se refere, ao final, à lei específica ainda inexistente da seguinte forma: “não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica”.

---

<sup>68</sup> Art. 155-A, do Código Tributário Nacional, com redação alterada pela Lei Complementar n. 118/2005: “O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

[...]

§ 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.”



Sobre o direito subjetivo do devedor em recuperação judicial ao parcelamento especial dos seus débitos tributários, assim discorreu Sérgio Campinho:

Mas a própria Lei Complementar introduz no artigo 155-A, do mesmo Código [o Código Tributário Nacional], um § 3º, de caráter mandamental, assim estabelecendo: 'Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação'. Esse caráter mandatório sustentado se evidencia pelo sistema criado. O caput do artigo 155-A já traz a previsão de que 'o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica'. Quando o § 3º que lhe acresce determina que lei específica disporá sobre as condições de parcelamento, naquela situação especialmente tratada, há que se extrair o seguinte efeito: o parcelamento já se encontra assegurado ao devedor em recuperação judicial, cabendo à lei específica, pelo preceito ordenada, apenas disciplinar as respectivas condições. Do contrário, seria inócua a previsão, pois sua enunciação legal já se encontraria no *caput*.<sup>69</sup>

Conclui-se, dessa forma, que as disposições contidas nos arts. 57 da nova lei de falências e 191-A do Código Tributário Nacional são, de fato, incompatíveis com o sistema normativo que regula a matéria, o qual prestigia, sobremaneira, os princípios da função social e da preservação da empresa. Isso quer dizer que os mencionados dispositivos legais deverão ser interpretados harmonicamente com todo o sistema, possibilitando, assim, o acesso à recuperação judicial para aquele devedor carente das certidões negativas de débito tributário, ao menos até que venha a anunciada "lei específica".

Diante das dificuldades encontradas pelos devedores que almejam sua recuperação judicial em obter as certidões negativas de débitos tributários ou as certidões positivas com efeito de negativas, desde a entrada em vigor da Lei n. 11.101/2005, o Poder Judiciário também tem se manifestado nesse sentido, proferindo decisões acolhedoras do afastamento da exigência constante dos arts. 57 da nova lei e 191-A do Código Tributário Nacional.

Essa orientação jurisprudencial, ainda que incipiente (uma vez que não há manifestação definitiva dos tribunais superiores sobre a controvérsia), demonstra a preocupação com a preservação da empresa viável.

---

<sup>69</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 168.

As decisões judiciais até então proferidas concederam recuperação judicial independentemente da apresentação da prova da regularidade fiscal, em face dos princípios norteadores da nova lei (função social e preservação da empresa), bem como em razão da ausência da lei específica sobre o parcelamento especial dos débitos tributários dos devedores em recuperação judicial.

Apenas a título de exemplo, colacionam-se dois desses precedentes judiciais:

Processo n. 000.05.068.090-0, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo-SP. Recuperanda: Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos.

[...].

A evolução histórica da Lei n. 11.101/05, apresentada pelo Ministério Público, demonstra a razão arbitrária que justifica a incidência desse princípio como uma barreira a indevida exigência legal.

A doutrina que trata do tema da recuperação judicial e falências é em sua maioria esta no sentido de que a exigência das certidões negativas contraria o instituto, destacando, entre vários, Luiz Antonio Caldeira Miretti (*Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, coord. Rubens Approbato Machado, Ed. Quartier Latin, 2005, p. 275) e Julio Kahan Mandel (*Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas Anotada*, Saraiva, 2005, p.129).

A respeito, vale, ainda, a lição de Manoel Justino Bezerra Filho (*Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 168):

‘Aliás, neste ponto, a Lei não aproveitou o ensinamento que os 60 anos de vigência do Dec.-lei 7.661/45 trouxeram, a partir do exame do art. 174 daquela lei. Este artigo exigia que, para que a concordata fosse julgada cumprida, o devedor apresentasse comprovação de que havia pago todos os impostos, sob pena de falência. Tal disposição, de praticamente impossível cumprimento, redundou na criação jurisprudencial que admitia o pedido de desistência da concordata, embora sem expressa previsão legal. E a jurisprudência assim se firmou, porque exigir o cumprimento daquele art. 174 seria levar a empresa, certamente, à falência. Sem embargo de tudo isto, este art. 57, acoplado ao art. 49, repete o erro de trazer obrigações de impossível cumprimento para sociedades empresárias em crise’.

Bem por isso, mostra-se a orientação que vem se formando pela desnecessidade da demonstração da regularidade fiscal, tendo a PARMALAT apresentado precedentes, uma da 1ª Vara Cível de Ponta Grossa (recuperação judicial da empresa Wosgrau Participações Indústria e Comércio Ltda., Proc. n. 390/2005, MM.

Juiz Luiz Henrique Miranda, j. 2/12/2005) e outra da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (recuperação judicial da Varig S/A Viação Aérea Riograndense, MM. Juiz Luiz Roberto Ayoub, j. 28/12/2005).

O ilustre administrador judicial, Dr. Alfredo Luis Kugelmas (fl. 5732 e v.) bem lembrou que não tendo sido editada a lei especial para resolver os créditos tributários, há que ser acolhida a pretensão da PARMALAT.

[...]

Ou seja, o fisco deve atender o princípio constitucional da proporcionalidade e, também, os princípios estabelecidos no art. 47 da Lei n. 11.101/05, que, por conseqüência, encontram seu amparo no art. 170 da Constituição Federal.

Em face de um aspecto pragmático, com a recuperação judicial o fisco tem a chance de receber os tributos devidos; com a falência, a prática demonstra que nada, ou muito pouco, receberá dos seus créditos.<sup>70</sup>

[...].

Agravo de Instrumento n. 470.132.4/0-00, em trâmite perante a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recuperanda: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP.

Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação das certidões negativas de débitos tributários exigidas pelo artigo 57 da Lei n° 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pela União Federal. Reconhecimento da legitimidade e interesse em recorrer, como "terceiro prejudicado", mesmo não estando os créditos tributários sujeitos à habilitação em recuperação judicial. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei n° 11.101/2005, em especial o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo desprovido.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão proferida nos autos da Ação de Recuperação Judicial n. 000.05.068.090-0, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo-SP. Recuperanda: Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos. Juíza Renata Mota Maciel, *DJ*, 2 fev. 2006.

<sup>71</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 470.132.4/0-00, em trâmite perante a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recuperanda: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP. Rel. Des. Pereira Calças, *DJ*, 4 jun. 2007.

A expectativa criada pela nova lei que rege o Direito Concursal brasileiro, quanto ao parcelamento tributário especial para os devedores em recuperação judicial, e essa incipiente orientação jurisprudencial, certamente, auxiliarão na recuperação daqueles falidos ainda economicamente viáveis.

Em razão do caminho percorrido, para se conceder recuperação judicial ao falido viável necessário se torna que os agentes desse tipo de operação melhor aproveitem os benefícios que dizem respeito às obrigações tributárias pendentes, uma vez que o conjunto de benefícios obtidos será fundamental na avaliação da viabilidade do próprio “plano” proposto.

## 10 O INSTITUTO DA SUCESSÃO E A AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Outro tema bastante em voga, amplamente discutido em todas as esferas do Poder Judiciário no tocante ao Direito Falimentar, está na ocorrência, ou não, de sucessão, pelo adquirente de bens do devedor em recuperação judicial, nas obrigações deste último.

Ressalte-se que a matéria em questão ganhou relevância em face da disposição contida no art. 50 da Lei n. 11.101/2005, que prevê como meios de recuperação judicial, dentre outros, a cisão, a incorporação, a fusão ou a transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de quotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, até mesmo à sociedade constituída pelos próprios empregados; a dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; e a venda parcial dos bens da recuperanda.

Para uma análise do assunto, dividiremos as obrigações do devedor em recuperação judicial em três diferentes categorias:

(i) obrigações ordinárias ou contratuais, decorrentes da relação do devedor com outros particulares, tais como fornecedores, clientes, financiadores, instituições financeiras, dentre outros;

(ii) obrigações tributárias, decorrentes da relação do devedor com o Estado; e

(iii) obrigações trabalhistas, decorrentes da relação do devedor com os seus empregados.

Saliente-se que a solução a ser encontrada é de extraordinária importância, uma vez que responsável pelo sucesso das ações de recuperação judicial cujos “planos” de recuperação sejam pautados naqueles já citados meios, previstos no art. 50 da nova lei.

## 10.1 Da sucessão nas obrigações ordinárias

Quanto à primeira categoria – das obrigações ordinárias ou contratuais –, por determinação expressa do § 1º do art. 60 da Lei n. 11.101/2005,<sup>72</sup> o adquirente de bens do devedor em recuperação judicial não o sucederá em tais obrigações, adquirindo o objeto da alienação livre de quaisquer ônus.

Insta ressaltar, neste ponto, que, nos termos do § 1º do art. 50 da nova lei, “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”.

Destarte, para que ocorra a supressão ou a substituição da garantia na alienação de bem objeto de garantia real, terá “que se contar com um certo espírito de colaboração do credor, o qual normalmente não se faz presente na atividade comercial em geral”, como bem assevera Manoel Justino Bezerra Filho.<sup>73</sup>

## 10.2 Da sucessão nas obrigações tributárias

No que toca à sucessão tributária, também em razão do disposto no já transcrito § 1º do art. 60 da nova lei, esta não ocorrerá na hipótese da aquisição de bens do devedor em recuperação judicial.

Com efeito, destaque-se que o dispositivo legal determina sua inocorrência de forma literal e expressa, ao dispor que “não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária”.

---

<sup>72</sup> Art. 60 da Lei n. 11.101/2005: “Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.”

<sup>73</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada – Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*: comentário artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 144.

Importante registrar, quanto a este ponto, que o legislador ordinário, por oportunidade da promulgação da nova lei de falências, cuidou, na mesma data (9/2/2005), de alterar, também, a regulamentação desta matéria no Código Tributário Nacional.

Trata-se da alteração feita pela Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, que deu nova redação ao art. 133 do CTN:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

[...].

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

[...].

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

Portanto, dúvidas não remanescem quanto à ausência de sucessão tributária do adquirente de bens do devedor em regime de recuperação judicial, uma vez que o objeto transferido há de vir ou de filial ou de unidade produtiva do alienante. Por filial ou unidade produtiva destacada há de se compreender unidade do estabelecimento do alienante ou parte dele. Não há outra hipótese. Melhor seria, na verdade, que dissesse o legislador “qualquer ativo”. Não se concebe, todavia, do dispositivo, interpretação qualquer com um mínimo de razoabilidade que conduzisse à sucessão.

Tanto está correta essa interpretação que o parágrafo único do art. 60 da nova lei fala em “objeto da alienação”. Essas normas exigem interpretação combinada.

### 10.3 Da sucessão nas obrigações trabalhistas

A questão mais controvertida no que toca à matéria sob análise diz respeito à ocorrência, ou não, de sucessão trabalhista pelo adquirente nas obrigações de responsabilidade da recuperanda.

Com efeito, tal controvérsia decorre, única e exclusivamente, em razão de o parágrafo único do art. 60 da nova lei não mencionar, expressamente, a inoccorrência de sucessão trabalhista na alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor em recuperação judicial, tal como o fez no tocante às obrigações tributárias.

Registre-se que o legislador, ao tratar da sucessão trabalhista sob a égide do instituto da falência, foi bem mais zeloso, cuidando de dispor sobre sua ausência expressamente, dando a seguinte redação ao art. 141 da nova lei:

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

[...];

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Seguindo a mesma *mens legis*, tratou o legislador, ainda, de incluir o § 2º ao dispositivo legal transcrito, dispondo que os “empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior”.

Destarte, em face do diferente tratamento de redação dado à sucessão trabalhista pelo legislador no que tange à alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor no processo de falência e na ação de recuperação judicial, instalada restou a controvérsia.

Nesse mesmo sentido, destaque-se, também, que diferentemente do ocorrido no tocante à sucessão tributária, com a alteração do Código Tributário



Nacional, não laborou com o mesmo cuidado o legislador ao tratar da sucessão trabalhista.

Com efeito, o outro diploma legal que regula a matéria, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) – Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 –, restou inalterada, não sendo objeto de adequação ao novo regime legal da ação de recuperação judicial.

Assim dispõem, em oração combinada, os arts. 10, 448 e 449 da CLT:

Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Art. 449. Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

Por mais esse motivo, controvertido se tornou o tema.

### ***10.3.1 Da jurisprudência a respeito da sucessão nas obrigações trabalhistas***

Visando superar essa lacuna da lei no tocante à sucessão trabalhista do adquirente de bens do devedor em recuperação judicial, coube ao Poder Judiciário Constitucional apreciar a questão, e ele vem sendo reiteradamente instado a se manifestar sobre o assunto, em diferentes competências jurisdicionais e em todas as suas instâncias.

Destaque-se, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal (STF), a mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro, já se manifestou sobre o tema por meio de ação direta de inconstitucionalidade apresentada àquele sodalício. Trata-se da ADIn n. 3.934-2-DF,<sup>74</sup> ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que impugnou, dentre outros, o art. 60 e seu parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005.

---

<sup>74</sup> "Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2 – Distrito Federal  
Relator: Min. Ricardo Lewandowski

A sustentar o seu pleito, aduziu o Requerente que os dispositivos legais então impugnados seriam inconstitucionais, “porquanto, ao liberarem os arrematantes de empresas alienadas judicialmente das obrigações trabalhistas, tornando-os imunes aos ônus da sucessão, estariam afrontando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego, abrigados nos arts. 1º, III e IV, 6º e 170, VIII, da Lei Maior”.<sup>75</sup>

Em seu pedido, requereu fosse “dada interpretação conforme ao artigo 60, parágrafo único, da mesma norma (Lei n. 11.101/2005), de modo que seja esclarecido que os adquirentes de unidades produtivas ou empresas, em processos de recuperação judicial, respondem pelas obrigações derivadas da legislação do trabalho (fls. 22-23)”.<sup>76</sup>

Em sua manifestação (fls. 166-184), a Presidência da República informou que

os dispositivos atacados [...] longe de afrontar a Lei Maior, cumprem-na rigorosamente, prestigiando exatamente a dignidade da pessoa humana, o emprego e o trabalho. Fazem-no [...] dentro do contexto excepcionalíssimo de uma situação de insolvência, em que a recuperação não comporta a observância dos mesmos parâmetros da normalidade, sob pena de em lugar de se garantir aos trabalhadores o que é possível, não se poder lhes garantir nada,

---

Requerente(s): Partido Democrático Trabalhista

Advogado(a/s): Sebastião José da Motta e Outro (A/S)

Requerido(a/s): Presidente da República

Advogado(a/s): Advogado-Geral da União

Requerido(a/s): Congresso Nacional

Interessado(a/s): Sindicato Nacional dos Aeroviários

Advogado(a/s): Eliasibe de Carvalho Simões e Outros

Advogado(a/s): Damares Medina

Interessado(a/s): Confederação Nacional da Indústria – CNI

Advogado(a/s): Sérgio Murilo Santos Campinho e Outro(a/s)

Advogado(a/s): Cassio Augusto Muniz Borges

EMENTA: Ação direta da inconstitucionalidade. Artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, E 141, II, da Lei 11.101/2005. Falência e recuperação judicial. Inexistência de ofensa aos artigos 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, da Constituição Federal de 1988. ADI julgada improcedente.

I – Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial.

II – Não há, no tocante, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas.

III – Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários.

IV – Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.

V – Ação direta julgada improcedente.” (Cf. Acórdão na íntegra em anexo)

<sup>75</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2. Acórdão citado.

<sup>76</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2. Acórdão citado.

pelo fato consumado da falta absoluta de recursos [...]. [...]. A rigor, a exordial está arguindo a inconstitucionalidade do pagamento escalonado e a constitucionalidade da insolvência e de pagamento nenhum.<sup>77</sup>

Decidindo a lide posta, o STF julgou improcedente a aludida ação direta de inconstitucionalidade, sob os fundamentos a seguir.

Primeiramente, “porque a Constituição não abriga qualquer regra expressa sobre o eventual direito de cobrança de créditos trabalhistas diante daquele que adquire ativos de empresa em processo de recuperação judicial ou cuja falência tenha sido decretada”.<sup>78</sup>

Em seu voto, aduziu ainda o Ministro Relator não vislumbrar, “no ponto, qualquer ofensa direta a valores implícita ou explicitamente protegidos pela Carta Política. No máximo, poder-se-ia flagrar, na espécie, uma colisão entre distintos princípios constitucionais”.<sup>79</sup>

Prosseguindo em seu raciocínio, afirmou que,

do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada –, autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior.<sup>80</sup>

Do voto em questão, transcreve-se trecho do parecer ofertado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal pelo Senador Ramez Tebet, então relator do projeto de lei que resultou no diploma normativo ora em estudo, deixando anotado o seguinte:

O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos

---

<sup>77</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2. Acórdão citado.

<sup>78</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2. Acórdão citado.

<sup>79</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2. Acórdão citado.

<sup>80</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2. Acórdão citado.

trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos.<sup>81</sup>

Registre-se, por oportuno, que o trecho transcrito foi utilizado no aludido voto com o fim de sustentar a ausência de sucessão trabalhista, tanto na hipótese de falência como na de recuperação judicial, uma vez que os fundamentos expendidos podem perfeitamente ser aplicados a ambos os institutos.

Compulsando-se aquele *decisum*, verifica-se, ainda, que a ausência de sucessão trabalhista pelo adquirente de ativos das empresas em recuperação judicial não constitui uma inovação do legislador pátrio. De fato, em muitos países, dentre os quais se destacaram a França (*Code de Commerce*, arts. L631-1, L631-13 e L642-1) e a Espanha (*Ley 22/2003*, art. 148), existem normas que enfrentam a problemática de modo bastante semelhante ao nosso.

Cita, também, que na lei falimentar italiana, por exemplo, há um dispositivo legal bastante similar à regra prevista no parágrafo único do art. 60 da nossa Lei n. 11.101/2005. Trata-se do art. 105 do Decreto n. 267/1942, com a redação que lhe emprestou o Decreto Legislativo n. 5/2006, que assim determina: “Salvo disposição em contrário, não há responsabilidade do adquirente pelo débito relativo ao exercício do estabelecimento empresarial adquirido”.<sup>82</sup>

Conclusivamente, entendeu o Ministro Relator que o art. 60, parágrafo único, do texto legal mostra-se constitucionalmente hígido no aspecto em que estabelece a inoccorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-lo,

optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspíquas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> TEBET, Ramez. *Parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de assuntos econômicos – CAE do Senado Federal*, 2003, p. 11-13.

<sup>82</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2. Acórdão citado. (*Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute.*)

<sup>83</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2. Acórdão citado.

Foi esse o tratamento aplicado à espécie, no âmbito do STF, a cujo entendimento se adere neste trabalho.

### **10.3.2. Exame de um caso concreto**

Após sua dispensa em agosto de 2006, uma ex-funcionária da Viação Aérea Rio-Grandense S. A. (Varig), ajuizou ação trabalhista contra esta última, da Varig Logística S. A. (Variglog) e da Aéreo Transportes Ltda., buscando o pagamento de verbas rescisórias não satisfeitas.

A inclusão das três empresas no polo passivo da referida demanda trabalhista se deu em razão do fato de, em julho daquele mesmo ano, depois de um processo de crise econômico-financeira combatido mediante o ajuizamento da competente e própria ação de recuperação judicial, as operações da Varig foram arrematadas em leilão judicial pela Aéreo Transportes Ltda., grupo empresarial do qual fazia parte também a Variglog.

Em julgamento de primeira instância, houve o juízo *a quo* por entender que as aludidas empresas compunham um mesmo conglomerado econômico, reconhecendo, assim, a responsabilidade solidária da Variglog e da Aéreo Transportes Ltda. pelos débitos trabalhistas da Varig.

Em sede de recurso ordinário, pleiteou a reclamada Variglog, perante o Tribunal Regional do Trabalho (TRT), a reforma da decisão proferida pelo Magistrado primevo, ao fundamento de que

a unidade produtiva isolada Varig (UPV) foi [havia sido] adquirida mediante leilão aprovado pelos credores e realizado no curso do processo de recuperação judicial, na forma do art. 60, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005, tendo a Primeira Vara Empresarial do Rio de Janeiro proferido decisão no sentido de não haver sucessão da empresa recuperanda pela adquirente.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão proferido no Recurso de Revista n. 95900-64.2006.5.04.0001. Recorrente: Varig Logística S. A. Recorridos: Tap Manutenção e Engenharia Brasil S. A., Daniele Silva de Carvalho, e S. A. Viação Aérea Rio-Grandense (em recuperação judicial). Rel. Min. João Batista Brito Pereira, *DJ*, 6 ago. 2010.

Analisando o recurso interposto, o TRT negou-lhe provimento, confirmando a sentença proferida em primeira instância.

Aduziu o referido acórdão que “tratando-se de leilão ocorrido em recuperação judicial, o art. 60, parágrafo único, da Lei n. 11.101/05, não exclui a responsabilidade do adquirente pelas obrigações trabalhistas, porquanto a referida norma se restringe às obrigações tributárias”.<sup>85</sup> Sustentou, ainda, que “no tocante à recuperação judicial, esta não abrangência resulta de interpretação lógico-sistemática da nova lei, uma vez que semelhante vantagem empresária somente foi concedida para os casos de falência, conforme inciso II e § 2º do art. 141, preceitos integrantes do capítulo legal específico do processo falimentar”.<sup>86</sup> Conclusivamente, afirmou-se no acórdão que, “entender-se de forma diversa a *quaestio juris* é [seria] compelir e imputar aos empregados da empresa em recuperação judicial o ônus decorrente dos riscos do empreendimento econômico, em flagrante subversão ao ordenamento trabalhista”.<sup>87</sup>

Não satisfeita com essa decisão, interpôs a Variglog o pertinente recurso de revista, perante o Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Com efeito, em acórdão publicado em 6/8/2010, sob Relatoria do Ministro Brito Pereira, a 5ª Turma do TST deu provimento ao recurso de revista interposto, declarando a inoccorrência de sucessão nos débitos trabalhistas da Varig pela Variglog, reconhecendo a ilegitimidade passiva desta última e determinando a sua exclusão da lide.

Combatendo o posicionamento adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho, que entendeu que, por não fazer menção expressa dos débitos trabalhistas, o art. 60 não afastaria a sucessão do arrematante quanto a esses débitos, o TST manifestou o entendimento de que tal ausência de precisão legislativa não seria suficiente para afastar a inexistência de sucessão.

No mencionado acórdão afirmou-se:

Entendimento diverso resultaria em contrariar o espírito da lei, bem como em tornar inócuas as regras relativas à recuperação judicial das empresas, cuja finalidade, a teor do art. 47 da Lei n. 11.101/2005, é de viabilizar a superação de crise econômico-

---

<sup>85</sup> Acórdão proferido no Recurso de Revista n. 95900-64.2006.5.04.0001, citado.

<sup>86</sup> Acórdão proferido no Recurso de Revista n. 95900-64.2006.5.04.0001, citado.

<sup>87</sup> Acórdão proferido no Recurso de Revista n. 95900-64.2006.5.04.0001, citado.

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.<sup>88</sup>

O acórdão adota, também como fundamentos de sua decisão, aqueles expostos pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2-DF, que houve por julgar constitucionalmente hígido o art. 60, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005, no aspecto em que estabelece a inoccorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, pelo adquirente de filial ou unidade produtiva isolada, arrematada em sede de recuperação judicial. O aresto transcreve, ainda, vários outros precedentes, todos emanados daquela mesma Corte (TST).

#### **10.4 Solução sugerida**

Inexiste sucessão, pelo adquirente de filial ou unidade produtiva isolada arrematada em sede de recuperação judicial, nas obrigações de responsabilidade da recuperanda, inclusive no que tange a questões ordinárias, tributárias e trabalhistas.

De fato, tal conclusão decorre de interpretação hermenêutica e teleológica do diploma legal, que melhor se ajusta ao princípio norteador da nova lei de falências, encontrável em seu cânone 47, que estabelece como finalidade precípua da ação de recuperação judicial a preservação da empresa, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo sua função social e o estímulo à atividade econômica. Impõe-se, dessa forma, o afastamento da interpretação lógico-sistemática, que implicaria a sucessão das obrigações trabalhistas do devedor em recuperação judicial.

Assim, como a finalidade da lei é recuperar e conservar a empresa, não sendo possível recuperá-la ou conservá-la na hipótese do arrematante herdar todo o passivo trabalhista, outra interpretação não seria razoável, senão a de que a

---

<sup>88</sup> Acórdão proferido no Recurso de Revista n. 95900-64.2006.5.04.0001, citado.

expressão “inclusive” disposta no parágrafo único do art. 60 da nova lei o foi apenas exemplificativamente.

Ademais, sendo a inexistência de sucessão trabalhista admitida na falência, não há por que não se admiti-la também na recuperação judicial, uma vez que esta nada mais é que um mecanismo para evitar aquela.

A inocorrência de sucessão comparece mesmo em benefício dos próprios credores. É que, verificada sua ausência, mais interessantes se tornam os bens da recuperanda objeto da venda judicial, o que virá facilitar o cumprimento do plano de recuperação judicial apresentado, com a satisfação dos créditos a ele submetidos.

Quanto à não sucessão do adquirente, Fábio Ulhoa Coelho afirma:

Aparentemente, trata-se de medida contrária aos interesses dos credores, mas, de verdade, não é. Se a lei não ressalvasse de modo expresse a sucessão do adquirente, o mais provável é que simplesmente *ninguém* se interessasse por adquirir a filial ou unidade produtiva posta à venda. E, nesse caso, a recuperação não seria alcançada e perderiam todos os credores...<sup>89</sup>

Nesse mesmo sentido, porém dando maior ênfase ao credor trabalhista, também comparece a doutrina de Alexandre Husni, que assim aborda o assunto:

A realidade é que visto o fato de forma econômica, a entidade produtiva mais valor terá na medida em que se desligue dos ônus que recaiam sobre si, independentemente da sua natureza. Via de conseqüência, a procura será maior tanto quanto garantida o Poder Judiciário a inexistência de sucessão. Pago o preço justo de mercado, quem efetivamente sai ganhando com o fato será o credor de natureza trabalhista e acidentário que são os primeiros na ordem de preferências estabelecida pelo legislador.<sup>90</sup>

Da doutrina ora transcrita se extrai mais um motivo para coibir a sucessão do adquirente, seja em relação às obrigações trabalhistas, seja em relação às obrigações tributárias. É que, em conformidade com o disposto no art. 83 da Lei n. 11.101/2005, caso verificada a falência do devedor em recuperação judicial, tais

---

<sup>89</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), p. 172.

<sup>90</sup> HUSNI, Alexandre. *Comentários aos artigos 139 ao 153*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 537-538.



créditos são classificados de forma privilegiada, sendo pagos prioritariamente, juntamente com os créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado.

Quanto à manutenção do disposto nos arts. 10, 448 e 449 da CLT, que em tese implicariam a sucessão trabalhista do adquirente de filial ou unidade produtiva isolada arrematada em sede de recuperação, registre-se que, com o advento da nova lei de recuperação de empresas e de falências – lei específica, dispondo de modo diverso sobre a matéria, revogadas (ou derogadas) – restaram, neste ponto, aquelas normas gerais autorizadoras da sucessão trabalhista.

Ainda a corroborar que a inexistência da sucessão comparece em benefício dos próprios credores, principalmente os trabalhistas e os tributários, destaque-se que, além de a venda judicial da filial ou unidade produtiva isolada aumentar a capacidade de pagamento da recuperanda, perante a qual eles conservam intactos seus créditos regularmente constituídos, ela possibilitará, ainda, a manutenção de nova fonte de renda, empregadora dos trabalhadores e pagadora de tributos. Portanto, tais credores saem ganhando não uma, mas duas vezes.

Considere-se, ainda e principalmente, que neste caso a sociedade recuperanda mantém sua personalidade jurídica, sua capacidade produtiva e seus demais ativos, girando o seu empreendimento à semelhança do que se dava com a concordatária, podendo, dessa forma, arcar com todo o seu passivo.

Especificamente quanto ao crédito trabalhista submetido à ação de recuperação judicial, ressalte-se que o diploma legal novo lhe emprestou tratamento todo especial, ao regulamentar o “plano” de recuperação a ser apresentado pelo devedor. Tais benefícios encontram-se dispostos no art. 54 e seu parágrafo único, Lei n. 11.101/2005, que assim determinam em oração conjunta:

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Entretanto, impõe-se o registro, neste tocante, de que a inoccorrência de sucessão, nas obrigações da recuperanda pelo adquirente de filial ou unidade produtiva isolada arrematada em sede de recuperação judicial, não se encontra disposta de maneira ilimitada no novo regime legal ora sob análise.

Visando evitar a ocorrência de fraude na venda judicial, dispôs o legislador, no art. 141, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, que a inexistência de sucessão não se aplica quando o arrematante for:

- (i) sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;
- (ii) parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou
- (iii) identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão. Foi atento o legislador.

Por força do disposto no parágrafo único do art. 60 da multirreferida lei, tal disposição, aplicável às vendas judiciais operadas em sede de falência, também deve ser aplicada ao instituto da recuperação judicial. Assim, onde se lê “falido (a)”, leia-se “recuperando (a)”.

Pelos mesmos motivos já expostos, a inoccorrência de sucessão virá em socorro também da tese ora defendida, que é a recuperação judicial do empresário falido ainda economicamente viável. Nesses casos, a ação de recuperação judicial comparece como sucessora da recém-extinta ação de concordata suspensiva, fazendo nascer a recuperação judicial suspensiva.

Registre-se que é com bons olhos que se constata que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm trilhado o caminho de entender pela inoccorrência de sucessão nas obrigações da recuperanda, independentemente de sua natureza, pelo adquirente de filial ou unidade produtiva isolada arrematada em sede de recuperação judicial.

De fato, esse entendimento colaborará, e muito, para o sucesso do novel instituto da ação de recuperação judicial, instituído pela nova lei de falências, Lei n. 11.101/2005, trazendo enormes benefícios para toda a sociedade.

## 11 SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS

Muito se comentou sobre os precedentes judiciais que orientam a espécie.

De fato, a tese desposada já vem recebendo acolhida no Poder Judiciário brasileiro. Um caso emblemático, já por várias vezes citado, é o da massa falida da Pésico Pizzamiglio S. A., empresa então falida que se encontrava sob o regime da continuidade de seus negócios.

O magistrado Irineu Jorge Fava, então juiz titular da 22ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo-SP, decidindo sobre a ação de recuperação judicial por ela proposta, concedeu a recuperação pretendida, após a aprovação de alentado “plano”, fundamentando o seu decidir em fartíssima argumentação, da qual se recolhem excertos:

A nova lei, entretanto, reformulou de forma significativa a orientação da legislação anterior, preocupando-se e assegurando fundamentalmente a preservação e a recuperação da empresa, para que possa ela, em última análise, cumprir sua função social, dogma insculpido no artigo 170 da Constituição Federal.

[...].

Não se deve olvidar que o artigo 192 da nova lei estabelece como regra geral sua aplicação nos processos iniciados após sua vigência, assegurando ultra-atividade da lei atual para aqueles processos iniciados anteriormente. Esse mesmo dispositivo, em seus parágrafos estabelece exceções, sendo uma delas a hipótese de estar a empresa falida em regime de continuidade do negócio.

[...].

Já invocando a lição de Arthur Migliari Junior, acima transcrita, teme-se que impedir uma empresa falida, com o potencial que tem a empresa cuja recuperação se pretende, seria impor descomedido prejuízo a toda a sociedade, circunstância esta que afasta a restrição do art. 48, I, da Lei.

[...].

Insta salientar, finalmente, que em última análise o deferimento da recuperação praticamente nenhum prejuízo acarretará aos credores,

eis que em fracassando o plano apresentado a falência será prontamente restabelecida.<sup>91</sup>

Apesar do precedente, recente e específico, tratar de falido viável cuja falência foi decretada sob a égide da antiga lei, por seus fundamentos, a tese expendida também poderá ser aplicada aos falidos economicamente viáveis que tenham sua falência decretada já sob a vigência do novo diploma legal.

Em Minas Gerais, estabeleceu-se outro precedente de extraordinário valor e que guarda relação com o tema. A Sociedade Mercantil Lombardi Ltda., então falida, na Comarca de São João Del Rei, postulou, no período da *vacatio legis*, a ação de concordata suspensiva, sob duplo fundamento: (i) porque às falências antigas se aplicava a lei velha e (ii) em face da *vacatio legis*.

O pedido de concordata suspensiva foi-lhe negado, motivando o recurso próprio de agravo de instrumento, sob relatoria do Desembargador Ernani Fidélis, que a concedeu e mandou processá-la, ao fundamento de que, “neste caso, a requerida no período da *vacatio legis*, deve ser processada e decidida na forma da legislação que a concedia, não apenas como benefício, mas também como direito já adquirido”.<sup>92</sup>

Esta casuística propicia raciocinar que a concordatária, agora se beneficiando da lei nova, se vier a ser-lhe e a seus credores, conveniente, ainda poderá migrar da concordata suspensiva para a recuperação judicial.

A decisão, lúcida e altaneira, deu efetividade à norma contida no § 2º do art. 192 da lei nova.

Outro precedente interessante e que merece ser apreciado é o da Indústria de Produtos Alimentícios Cory Limitada, empresa fabricante das conhecidas balas “Chita”, “Icekiss” e “Lilith”.

A empresa teve sua falência decretada em 2004 e, quatro meses depois, conseguiu reverter a decretação de sua quebra, passando à condição de concordatária.

---

<sup>91</sup> Sentença proferida nos autos da Ação de Recuperação Judicial da Pésico Pizzamiglio S. A., processo n. 583.00.1990.723608, atualmente em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo-SP, em 8/6/2005.

<sup>92</sup> Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 1.065.04.033.989-1/001, em trâmite perante a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Ernani Fidélis, julgado em 26/9/2006 e publicado em 21/11/2006.

Beneficiando-se da entrada em vigor da nova lei, a empresa requereu sua migração do regime de concordata suspensiva para o regime novo de recuperação judicial, o que foi prontamente deferido pelo Juízo da Vara de Recuperação Judicial da Comarca de Ribeirão Preto-SP.

Ato contínuo, no início de 2006, a sociedade recuperanda teve seu plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia-geral de credores, já tendo inclusive, na presente data, encerrado, com êxito, seu processo de recuperação judicial.

Constata-se, portanto, dos precedentes judiciais analisados, que a aplicação prática do pensamento ora defendido tem sido recorrente e positiva, possibilitando a concretização daqueles princípios norteadores do novo diploma legal.

## 12 CONCLUSÃO

Diante das razões expostas, a outra conclusão não se chega a não ser a da possibilidade do resgate da falência do empresário economicamente viável, independentemente de sua falência ter sido decretada sob o pálio do Decreto Lei n. 7.661/1945, antiga lei de falências, ou sob a égide da Lei n. 11.101/2005, nova lei de falências.

Por certo, é esse o raciocínio que melhor concretiza os princípios consagrados no novo diploma legal, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, então, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A recuperação judicial, que não foi cogitada para os casos de falência, foi, todavia, cogitada como remédio único para salvar atividades empresariais solventes.

A proposta corresponde ao voo de Fênix.<sup>93</sup> Segundo a lenda, originariamente da mitologia egípcia, Fênix teria penas brilhantes, douradas, vermelho-arroxeadas, seria do mesmo tamanho ou maior que uma águia, e quando morria, entrava em autocombustão e, passado algum tempo, renascia das suas próprias cinzas. Diz ainda a lenda que Fênix, o mais belo de todos os animais, simbolizava a esperança e a continuidade da vida após a morte.

O que se pretende é exatamente isto: propiciar à empresa economicamente viável o voo de Fênix, mediante o reconhecimento da possibilidade de o falido, independentemente de ter sido decretada sua falência na vigência da lei antiga ou na vigência da lei nova, valer-se do remédio da ação de recuperação judicial ou seus mecanismos, sempre que além de viável, este for o caminho adotado pelos interessados diretos nos destinos da empresa.

Essa norma não existe de modo expreso na lei, mas se essa for a interpretação da comunidade envolvida na quebra, em benefício da preservação da empresa, certamente que a doutrina e a jurisprudência trilharão esse mesmo caminho.

---

<sup>93</sup> FÊNIX. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/F%C3%AAAnix>. Acesso em: 30 jul. 2008.

A proposta aqui exposta está, portanto, na consagração, porque plenamente possível, da *ação de recuperação judicial suspensiva da falência*.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA NETO, Jason Soares de. *A dissolução da sociedade limitada no novo Código Civil – Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 233-259, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BEZZERA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 1.065.04.033.989-1/001, em trâmite perante a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Ernani Fidélis, julgado em 26/9/2006 e publicado em 21/11/2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto Lei n. 4.657/1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

BRASIL. Decreto Lei n. 5.452/1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del5452compilado.htm>.

BRASIL. Decreto Lei n. 7.661/1945. Lei de Falências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 jul. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del7661.htm>.

BRASIL. Lei Complementar n. 118/2005. Altera e acrescenta dispositivos à Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp118.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp118.htm).



BRASIL. Lei n. 10.406/2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm).

BRASIL. Lei n. 11.101/2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm).

BRASIL. Lei n. 5.172/1966. Denominado Código Tributário Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm).

BRASIL. Sentença proferida nos autos da Ação de Recuperação Judicial da Pésico Pizzamiglio S. A., processo n. 583.00.1990.723608, atualmente em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo-SP, em 8/6/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2 – *DF*. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowisk. *DJ* 6 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 470.132.4/0-00, em trâmite perante a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recuperanda: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP. Rel. Des. Pereira Calças, *DJ*, 4 jun. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão proferida nos autos da Ação de Recuperação Judicial n. 000.05.068.090-0, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo-SP. Recuperanda: Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos. Juíza Renata Mota Maciel, *DJ*, 2 fev. 2006.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão proferido no Recurso de Revista n. 95900-64.2006.5.04.0001. Recorrente: Varig Logística S. A. Recorridos: Tap Manutenção e Engenharia Brasil S. A., Daniele Silva de Carvalho, e S. A. Viação Aérea Rio-Grandense (em recuperação judicial). Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. *DJ* 6 ago. 2010.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei n. 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 73, n. 4, p. 37-52, out./dez. 2007.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, [s.d.].

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (lei n. 11.101, de 9-2-2005). São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer (inédito) solicitado pela Pérsico Pizzamiglio S. A.*, São Paulo, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 50, v. 22, p. 56-74, abr./jun. 1983, *apud* GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*, p. 29-30, 2001.

COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1989.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FÊNIX. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/F%C3%AAAnix>. Acesso em: 30 jul. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 353, *apud* SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A função social e o controle do poder de controle nas companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 135, p. 94-109, jul./set. 2004.

FUENTES, Massaguer *apud* GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HUSNI, Alexandre. Comentários aos artigos 139 ao 153. In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS. *Enunciados do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2005.

LOBO, Jorge Joaquim. *Direito concursal*, 1996 *apud* GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 50, p. 9-35, abr./jun. 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, t. XI.

REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná* n. 19/270, 1978-1980, *apud* SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A função social e o controle do poder de controle nas companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 135, p. 94-109, jul./set. 2004.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1989-1990, v. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1989-1990, v. 2.

SILVA, José Anchieta. Projeto de lei de falências e a realidade brasileira. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 135, p. 110-126, jul./set. 2004.

SILVA, José Anchieta. Saiu o deferimento da primeira recuperação judicial. *O Tempo: debate jurídico*. Belo Horizonte, p. B2, 13 set. 2005.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A função social e o controle do poder de controle nas companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 135, p. 94-109, jul./set. 2004.

SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil brasileiro. *Revista do Advogado*, da AASP, n. 96, p. 115-124, mar. 2008.

TEBET, Ramez. *Lei de recuperação de empresas*. Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: Senado Federal, 2005.

TEBET, Ramez. *Parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos – CAE, do Senado Federal*, Brasília, 2003, p. 11-13.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *Revista de Processo (RePro)*, n. 150, p. 11-23, 2007.

VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A viabilidade da recuperação do empresário após a sentença declaratória da falência*. 2007. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte, 2007.

## ANEXO

Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2-DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowisk. DJ 6 nov. 2009.

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.934-2 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR:**  
**MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

REQUERENTE(S):  
PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA  
ADVOGADO(A/S):  
SEBASTIÃO JOSÉ DA MOTTA E OUTRO(A/S)  
REQUERIDO(A/S):  
PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
ADVOGADO(A/S):  
ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
REQUERIDO(A/S):  
CONGRESSO NACIONAL  
INTERESSADO(A/S):  
SINDICATO NACIONAL DOS AEROVIÁRIOS  
ADVOGADO(A/S):  
ELIASIBE DE CARVALHO SIMÕES E OUTROS  
ADVOGADO(A/S):  
DAMARES MEDINA  
INTERESSADO(A/S):  
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI  
ADVOGADO(A/S):  
SÉRGIO MURILO SANTOS CAMPINHO E OUTRO(A/S)  
ADVOGADO(A/S):  
CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, na qual impugna os arts. 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, por entender incompatíveis com o disposto nos arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, VIII, da Constituição Federal.

Os dispositivos atacados possuem o seguinte teor:

*“Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.*

*Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei”.*

*“Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:*

*I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho;*

*(...);*

*VI – créditos quirografários, a saber:*

*(...);*

*c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo”.*

*“Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:*

*(...).*

*II. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho”.*

Em primeiro lugar, o requerente identifica nos dispositivos impugnados inconstitucionalidade de natureza formal, pois teriam disciplinado matéria relativa à “*despedida arbitrária ou sem justa causa*”, por lei ordinária, a qual, no seu entender, somente poderia ser regulada por lei complementar, a teor do art. 7º, I, da Carta Magna.

Depois, o requerente encontra neles inconstitucionalidade de ordem material, porquanto, ao liberarem os arrematantes de empresas alienadas judicialmente das obrigações trabalhistas, tornando-os imunes aos ônus de sucessão, estariam afrontando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego, abrigados nos arts. 1º, III e IV, 6º e 170, VIII, da Lei Maior.

Outra inconstitucionalidade material flagrada pelo requerente é a qualificação, como quirografários, dos créditos derivados da legislação do trabalho que ultrapassem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, porque tal disposição violaria a garantia do direito adquirido e a vedação de tomar-se o salário mínimo como referência de qualquer natureza, tratados nos arts. 5º, XXXVI, e 7º, IV, da Constituição.

Segundo o requerente, o regramento impugnado, nesse aspecto “*passará a constituir caminho fácil para o desrespeito aos direitos adquiridos pelos empregados no curso da relação desenvolvida com seu empregador, que vindo a prestigiar outros credores comuns e, uma vez acumulando com eles grandes dívidas, delas poderá se livrar com a simples realização de uma alienação judicial em falência*” (fl. 9).

Com esses argumentos, alinhavados em resumo, almeja ver reconhecida a procedência da ação para que seja declarada “*a inconstitucionalidade do artigo 83, incisos I e VI, letra ‘c’ da Lei 11.101/05, na parte em que limita os créditos trabalhistas em falência ou recuperação judicial ao montante de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e do artigo 141, inciso II, da mesma Lei 11.101/05, na parte em que isenta o adquirente de empresa, filial ou unidade produtiva, nos casos de falência, de obrigações de natureza trabalhista, ambos com efeito ex tunc.*”

E, ainda, “*seja dada interpretação conforme ao artigo 60, parágrafo único, da mesma norma (Lei 11.101/2005), de modo a que seja esclarecido que os adquirentes de unidades produtivas ou empresas, em processos de recuperação judicial, respondem pelas obrigações derivadas da legislação do trabalho*” (fls. 22-23).

Às fls. 166-184, a Presidência da República, em síntese, informou que “*os dispositivos atacados (...) longe de afrontar a Lei Maior, cumprem-na rigorosamente, prestigiando exatamente a dignidade da pessoa humana, o emprego e o trabalho.*

*Fazem-no (...) dentro do contexto excepcionalíssimo de uma situação de insolvência, em que a recuperação não comporta a observância dos mesmos parâmetros da normalidade, sob pena de em lugar de se garantir aos trabalhadores o que é possível, não se poder lhes garantir nada, pelo fato consumado da falta absoluta de recursos (...).*

*(...).*

*A rigor, a exordial está arguindo a inconstitucionalidade do pagamento escalonado e a constitucionalidade da insolvência e de pagamento nenhum”.*

O Advogado-Geral da União, às fls. 187-205, opinou pelo não conhecimento da ação quanto ao art. 60, parágrafo único, por ser a *“interpretação pretendida pelo autor (...) exatamente oposta àquela oferecida pela norma entendida de forma singela e literal”*, bem como pela improcedência do pedido quanto aos demais dispositivos, em parecer assim ementado:

*“Comercial. Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005). Novos paradigmas. Interesse social na preservação da empresa e dos postos de trabalho. Constitucionalidade dos arts. 60, parágrafo único; 83, I e VI, ‘c’, e 141, II, da Nova Lei de Falências. Manifestação pelo não conhecimento da impugnação quanto ao art. 60, parágrafo único, da lei, e pela improcedência do pedido com relação aos demais dispositivos” (fl. 187).*

Às fls. 207-217, o Congresso Nacional suscitou, em preliminar, o não conhecimento da ação, pois não teria sido incluído no pedido o § 2º do art. 141 da Lei 11.101/2005, que ostenta a seguinte redação:

*“§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior”.*

De acordo com o Advogado-Geral do Congresso Nacional, *“mesmo a eventual procedência da ação deixaria remanescer no mundo jurídico aquela norma não impugnada, com manutenção da situação derivada de seu comando.*

*E, face à impossibilidade de conhecimento jurisdicional ex officio da matéria, não resta outro caminho além do não conhecimento da presente ação direta” (fl. 212).*

No mérito, repete, em linhas gerais, os argumentos da Presidência da República.

Às fls. 219-227, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela improcedência do pedido, em parecer que recebeu a ementa abaixo transcrita:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, INCISOS I E VI, LETRA ‘C’, E 141, INCISO II, DA LEI 11.101/2005, QUE REGULA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL, A EXTRATERRITORIALIDADE E A FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO, COM RELAÇÃO AOS ARTS. 60 E 141, POR CARÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA ÍNTEGRA DO COMPLEXO NORMATIVO ATINENTE AO TEMA. MÉRITO. SUCESSÃO DE ENCARGOS TRABALHISTAS NAS ALIENAÇÕES DO ATIVO DE EMPRESAS SUJEITAS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU FALÊNCIA. RESPEITO AOS DIREITOS SOCIAIS, À CONTINUAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E À PRESERVAÇÃO DE EMPREGOS. CRÉDITOS TRABALHISTAS EM MONTANTE SUPERIOR A 150 SALÁRIOS MÍNIMOS. CONVERSÃO EM QUIROGRAFÁRIOS. RAZOABILIDADE E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PARECER PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO” (fl. 219).*

O Sindicato Nacional dos Aeroviários, às fls. 228-246, pleiteou seu ingresso na presente ação na qualidade de *amicus curiae*. O pedido foi deferido às fls. 344-345.

Às fls. 351-362, a Confederação Nacional da Indústria – CNI também postulou seu ingresso como *amicus curiae*, sendo o pleito deferido às fls. 397-398.

Igualmente, a Gol Transportes Aéreos S.A pretendeu ingressar nos autos nas mesmas condições, as fls. 392-394, mas seu pedido foi indeferido, às fls. 400-401.

É o relatório, cujas cópias serão distribuídas aos Exmos. Srs. Ministros.

## ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.934-2 DISTRITO FEDERAL

### VOTO

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Examino cada um dos aspectos levantados na inicial, na ordem em que foram levantados.

Início pela análise da alegada inconstitucionalidade formal dos dispositivos legais impugnados, por afronta à reserva constitucional de lei complementar, a qual, todavia, não consigo identificar na espécie.

Com efeito, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, não estando ela obrigada a utilizar-se de lei complementar para disciplinar a matéria, que somente é exigida, nos termos do art. 7º, I, da mesma Carta, para regram a dispensa imotivada. Esse tema, porém, definitivamente, não constitui objeto da Lei 11.101/2005.

Não é difícil constatar, a meu ver, que o escopo do referido diploma normativo restringe-se a estabelecer normas para a recuperação judicial e a falência das empresas, além de proteger os direitos de seus credores.

Mesmo que se considere que a eventual recuperação ou falência da certa empresa ou, ainda, a venda de seus ativos acarrete, como resultado indireto, a extinção de contratos de trabalho, tal efeito subsidiário nada tem a ver com a “*despedida arbitrária ou sem justa causa*”, que decorre sempre de ato volitivo e unilateral do empregador.

É bem de ver que os contratos de trabalho não se rompem necessariamente nessas hipóteses, nem mesmo na circunstância extrema da falência, verificando-se, inclusive, que o art. 117 da Lei em comento prevê que os contratos bilaterais, dos quais a relação de emprego constitui exemplo, não se resolvem de forma automática, visto que podem ser cumpridos pelo administrador judicial em proveito da massa falida.

O rompimento do vínculo empregatício, naquelas hipóteses, resulta da situação excepcional pela qual passa a empresa, ou seja, por razões de **força maior**, cujas consequências jurídicas são, de há muito, reguladas por norma ordinária, a exemplo do art. 1.058 do antigo Código Civil, e do art. 393 do novo *Codex*, bem assim dos arts. 501 a 504 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Convém registrar que, a rigor, um dos principais objetivos da Lei 11.101/2005 consiste justamente em preservar o maior número possível de empregos nas adversidades enfrentadas pelas empresas, evitando ao máximo as dispensas imotivadas, de cujos efeitos os trabalhadores estarão protegidos, nos termos do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de aplicabilidade imediata, segundo entende esta Corte, enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora.<sup>94</sup> Não prospera, assim, o argumento de que os dispositivos impugnados regulam “*ato jurídico que gera a extinção automática do contrato de trabalho*” (fl. 14), mesmo porque, como nota Jorge Luiz Souto Maior, a dispensa coletiva de empregados não figura, no art. 50 da Lei 11.101/2005, como um dos meios de recuperação judicial da empresa.<sup>95</sup>

Este Tribunal, de resto, já firmou o entendimento de que a reserva de lei complementar restringe-se àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu tal instrumento de forma expressa, não se admitindo qualquer tipo de analogia ou relação de similitude material. Nesse sentido, o Min. Celso de Mello, Relator da ADI 789/DF, assentou que o domínio normativo da lei complementar

*“apenas se estende àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu – de modo expresse e inequívoco – a edição dessa qualificada espécie de caráter legislativo.*  
(...)

<sup>94</sup> RE 449.420-5/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 14. out. 2005

<sup>95</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Negociação Coletiva de Trabalho em Tempos de Crises Econômicas*. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/artigos/7223-negociacao-coletiva-de-trabalho-em-tempos-de-crise-economica>. Acesso em: jan.2009.



*(...) a exigência de lei complementar não se presume e nem se impõe, quer por analogia, quer por força de compreensão, quer, ainda, por inferência de situações que possam guardar relação de similitude entre si”.*

Definida a questão que envolve compatibilidade formal dos dispositivos impugnados diante da Carta Magna, passo, na sequência, a examiná-los quanto à sua alegada inconstitucionalidade material. Começo pela análise da ausência de sucessão no tocante às dívidas trabalhistas.

Nesse aspecto, o requerente sustenta que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/05 são inconstitucionais do ponto de vista substantivo, ao estabelecerem que o arrematante das empresas em recuperação judicial não responde pelas obrigações do devedor, em especial as derivadas da legislação do trabalho.

Como visto, a AGU e a PGR manifestaram-se, em preliminar, pelo não conhecimento da ADI no tocante à impugnação desses dois dispositivos, sob argumento de que a eventual procedência da ação quanto a estes não eliminaria o alegado vício, pois o ordenamento jurídico continuaria a contemplar a não sucessão das obrigações trabalhistas do arrematante.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal assentou, textualmente, que

*“a falta de impugnação do § 2º do art. 141 da lei em questão prejudica o pedido deduzido em relação ao inciso II deste mesmo artigo e ao art. 60. Afinal, ainda que se admitam as especificidades de cada qual, não há dúvidas de que, com base na previsão mantida incólume de que ‘o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato [de trabalho] anterior’ (art. 141, § 2º), permaneceriam a cargo exclusivo do devedor as dívidas trabalhistas. Não seria alcançado, portanto, o fim precípua das impugnações deduzidas neste particular, que reside justamente em reconhecimento expresso de que ‘os adquirentes (...) respondem pelas obrigações derivadas da legislação do trabalho’” (fl. 222).*

De fato, embora tal lacuna na inicial pudesse, dentro de uma visão mais ortodoxa, levar ao reconhecimento da prejudicialidade da ação quanto à impugnação dos citados dispositivos, não tem ela, contudo, a meu ver, o condão de torná-la inepta, diante da possibilidade, em tese, de a Corte decretar a inconstitucionalidade § 2º do art. 141 por arrastamento, caso venha a concluir que a ausência de sucessão, no caso de débitos trabalhistas, ofende a Carta Magna.

Conheço, pois, da ação, adiantando, todavia, que não identifico a inconstitucionalidade aventada pelo requerente quanto aos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/05.

Primeiro, porque a Constituição não abriga qualquer regra expressa sobre o eventual direito de cobrança de créditos trabalhistas em face daquele que adquire ativos de empresa em processo de recuperação judicial ou cuja falência tenha sido decretada.

Depois, porque não vejo, no ponto, qualquer ofensa direta a valores implícita ou explicitamente protegidos pela Carta Política. No máximo, poder-se-ia flagrar, na espécie, uma colisão entre distintos princípios constitucionais. Mas, mesmo assim, não seria possível falar, no dizer de Luís Virgílio Afonso da Silva, *“nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção”*,<sup>96</sup> visto ter o legislador ordinário, apenas, estabelecido, nas palavras de Robert Alexi, *“relações de precedência condicionada”*.<sup>97</sup>

É que, na conhecida definição do referido jurista germânico, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das

<sup>96</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50.

<sup>97</sup> ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 91-92.

condições fáticas e jurídicas existentes, razão pela qual a sua concretização demanda sempre um juízo de ponderação de interesses opostos, à luz de uma situação concreta.<sup>98</sup>

As condições fáticas e jurídicas, no seio das quais o juízo de ponderação é levado a cabo, contudo, nem sempre são as ideais, visto que a tendência expansiva dos princípios tende a fazer com que a realização de um deles no mais das vezes, se dê em detrimento da concretização de outro.<sup>99</sup>

No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igualmente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o qual se defrontou.

Assim, o exame da alegada inconstitucionalidade material dos dispositivos legais que estabeleceram a inoccorrência de sucessão das dívidas trabalhistas, na hipótese da alienação judicial de empresas, passa necessariamente pelo exame da adequação da escolha feita pelo legislador ordinário no tocante aos valores e princípios constitucionais aos quais pretendeu emprestar eficácia.

Ora, analisando a gênese do diploma normativo cujos dispositivos se encontram sob ataque, verifico que ele resultou de um projeto de lei, o PL 4.376/1993, o qual tramitou por cerca de onze anos no Congresso Nacional. Após longas e aprofundadas discussões, os parlamentares aprovaram a Lei 11.101/2005, revogando concomitantemente o Decreto-lei 7.661/1945, que antes regia a matéria.

Em parecer ofertado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o Senador Ramez Tebet, relator do projeto em questão, deixou anotado o seguinte:

*“A fim de conhecer as opiniões dos diversos segmentos da sociedade sobre o assunto e democratizar o debate, esta Comissão promoveu, nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, audiências públicas acerca do PLC nº 71, de 2003, em que foram ouvidas centrais sindicais, representantes das associações e confederações comerciais e industriais, das micro e pequenas empresas, dos bancos e do Banco Central, das empresas de construção civil, dos produtores rurais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Governo Federal, e outros especialistas em direito falimentar. Além disso, recebemos numerosas sugestões por escrito, que também contribuíram para o aprofundamento do debate”.*<sup>100</sup>

Embora houvesse um consenso generalizado, na doutrina, acerca da excelência técnica do texto normativo editado em 1945, registrava-se também uma crescente concordância na comunidade jurídica quanto ao seu anacronismo diante das profundas transformações socioeconômicas pelas quais passou o mundo a partir da segunda metade do Século XX, e que afetaram profundamente a vida das empresas.

Rubens Approbato Machado, por exemplo, ao comentar a nova Lei, afirma que

*“a falência (...) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente, uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivência”.*<sup>101</sup>

Essa foi também a visão do relator do projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal:

<sup>98</sup> *Idem, loc.cit.*

<sup>99</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Op.cit., loc. cit.*

<sup>100</sup> Parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos – CAE, 2003, p. 11-13.

<sup>101</sup> MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22.

*“A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade.”<sup>102</sup>*

Assim, é possível constatar que a Lei 11.101/2005 não apenas resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, como também surgiu da necessidade de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada, de um lado, pela concorrência predatória entre seus principais agentes e, de outro, pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

Nesse contexto, os legisladores optaram por estabelecer que adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto, segundo consta do citado parecer senatorial:

*“O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos.”<sup>103</sup>*

Comentando o dispositivo da Lei 11.101/2005, que isenta os arrematantes dos encargos decorrentes da sucessão trabalhista, Alexandre Husni assenta o quanto segue:

*“A realidade é que visto o fato de forma econômica, a entidade produtiva mais valor terá na medida em que se desligue dos ônus que recaiam sobre si, independentemente da sua natureza. Via de consequência, a procura será maior tanto quanto garantida o Poder Judiciário a inexistência de sucessão. Pago o preço justo de mercado, quem efetivamente sai ganhando com o fato será o credor de natureza trabalhista e acidentário que são os primeiros na ordem de preferências estabelecida pelo legislador.”<sup>104</sup>*

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada -, autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior.

Nesse sentido, é a lição de Manoel Pereira Calças:

*“Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio*

<sup>102</sup> Parecer, *loc.cit.*

<sup>103</sup> Parecer, *loc. cit.*

<sup>104</sup> HUSNI, Alexandre. Comentários aos artigos 139 ao 153. In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 537-538.

da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas.

(...).

Na senda da velha lição de Alberto Asquini, em seu clássico trabalho sobre os perfis da empresa como um fenômeno poliédrico, não se pode confundir o empresário ou a sociedade empresária (perfil subjetivo) com a atividade empresarial ou organização produtiva (perfil funcional), nem com o estabelecimento empresarial (perfil objetivo ou patrimonial). Nesta linha, busca-se preservar a empresa como atividade, mesmo que haja a falência do empresário ou da sociedade empresária, alienando-a a outro empresário, ou promovendo o trespasse ou o arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, conforme previsão do art. 50, VIII e X, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências”.<sup>105</sup>

Sérgio Campinho, na mesma linha, assenta que a

“alienação judicial (...) tem por escopo justamente a obtenção de recursos para cumprimento de obrigações contidas no plano [de recuperação da empresa], frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado”.<sup>106</sup>

Isso porque o processo falimentar, nele compreendido a recuperação das empresas em dificuldades, objetiva, em última análise, saldar o seu passivo mediante a realização do respectivo patrimônio. Para tanto, todos os credores são reunidos segundo uma ordem pré-determinada, em consonância com a natureza do crédito de que são detentores.

O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica.

É exatamente o que consta do art. 47 da Lei 11.101/2005, *verbis*:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo 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”.

Cumprido ressaltar, por oportuno, que a ausência de sucessão das obrigações trabalhistas pelo adquirente de ativos das empresas em recuperação judicial não constitui uma inovação do legislador pátrio. De fato, em muitos países, dentre os quais destaco a França (*Code de Commerce*, arts. L631-1, L631-13 e L642-1) e a Espanha (*Ley 22/2003*, art. 148), existem normas que enfrentam a problemática de modo bastante semelhante ao nosso.

Na lei falimentar italiana, por exemplo, há inclusive um dispositivo bastante similar à regra aqui contestada. Trata-se do art. 105 do Decreto 267/1942, com a redação que lhe emprestou o Decreto Legislativo 5/2006, que tem a seguinte redação:

“Salvo disposição em contrário, não há responsabilidade do adquirente pelo débito relativo ao exercício do estabelecimento empresarial adquirido”.<sup>107</sup>

Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a incoerência de sucessão

<sup>105</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005)”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 73. N. 4. out/dez 2007, p. 40.

<sup>106</sup> CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173.

<sup>107</sup> “Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute”.

dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.

Superadas tais objeções, passo agora ao exame do último argumento da presente ação direta, isto é, o da inconstitucionalidade da conversão de créditos trabalhistas, a partir de um certo patamar, em quirografários.

Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.

É que – diga-se desde logo – não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional.

Observo, a propósito, que o estabelecimento de um limite quantitativo para a inserção dos créditos trabalhistas na categoria de preferenciais, do ponto de vista histórico, significou um rompimento com a concepção doutrinária que dava suporte ao modelo abrigado no Decreto-lei 7.661/1945, cujo principal enfoque girava em torno da proteção do credor e não da preservação da empresa como fonte geradora de bens econômicos e sociais.

É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado.

Esse entendimento encontra expressão no art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a

*“legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”.*

Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.

Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo – bastante razoável, diga-se – para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram.

Esse é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o limite à preferência do crédito trabalhista tem como objetivo

*“impedir que (...) os recursos da massa [sejam consumidos] com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é*

*estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação”.*<sup>108</sup>

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, *“o limite superior de 150 salários mínimos (...) afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades”.*<sup>109</sup>

Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos.

Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência.

Em abono dessa tese, afirma o já citado Manoel Pereira Calças que:

*“O Estado deve proteger os trabalhadores que têm como ‘único e principal bem sua força de trabalho’. Por isso, tanto na falência, como na recuperação judicial, os trabalhadores devem ter preferência no recebimento de seus créditos, harmonizando-se, no entanto, tal prioridade, com a tentativa da manutenção dos postos de trabalho.*

*(...)*

*(...) o credor trabalhista, cujo crédito somar até cento e cinquenta salários-mínimos, será classificado pela totalidade do respectivo valor na classe superpreferencial; já o trabalhador que for titular de crédito que supere o teto legal participará do concurso em duas classes distintas, ou seja, pelo valor subsumido no teto integrará a classe dos créditos trabalhistas e pelo valor excedente será incluído na classe dos quirografários”.*<sup>110</sup>

Essa restrição, contudo, de forma acertada, como asseveram Vera de Mello Franco e Rachel Sztajn *“não atinge as indenizações devidas por acidente do trabalho, que devem ser pagas integralmente”.*<sup>111</sup> Ademais, assentam que:

*“Caso o apurado com a venda dos ativos seja insuficiente para a satisfação do total, procede-se ao rateio, em igualdade de condições, dentre os credores trabalhistas e preferenciais, classificados nesta classe”.*<sup>112</sup>

Assim, forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico.

Assento, por fim, que não encontro nenhum vício na fixação do limite dos créditos trabalhistas, para o efeito de classificá-los como quirografários, em salários mínimos, pois o que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.

<sup>108</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

<sup>109</sup> Parecer, *loc.cit.*

<sup>110</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei N. 11.101, de fevereiro de 2005)”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 73. nº 4. out/dez 2007, p. 41.

<sup>111</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação de Empresa em Crise*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 42-43.

<sup>112</sup> *Idem, loc.cit.*

Isto posto, conheço e julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.934-2 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR:**

**MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

REQUERENTE(S):

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

ADVOGADO(A/S):

SEBASTIÃO JOSÉ DA MOTTA E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S):

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOGADO(A/S):

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQUERIDO(A/S):

CONGRESSO NACIONAL

INTERESSADO(A/S):

SINDICATO NACIONAL DOS AEROVIÁRIOS

ADVOGADO(A/S):

ELIASIBE DE CARVALHO SIMÕES E OUTROS

ADVOGADO(A/S):

DAMARES MEDINA

INTERESSADO(A/S):

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

ADVOGADO(A/S):

SÉRGIO MURILO SANTOS CAMPINHO E OUTRO(A/S)

ADVOGADO(A/S):

CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial.

II – Não há, no tocante, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas.

III – Iguamente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários.

IV – Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.

V – Ação direta julgada improcedente.