

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
SÉRGIO MARCOS PEREIRA MENDES

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA RURAL

Nova Lima
2014

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
SÉRGIO MARCOS PEREIRA MENDES

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA RURAL

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

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Professor Doutor Jean Carlos Fernandes

Nova Lima
2014

M538r Mendes, Sérgio Marcos Pereira

A recuperação judicial da empresa rural. / Sérgio Marcos Pereira
Mendes. Nova Lima, 2014
100f.

Orientador: Professor Doutor Jean Carlos Fernandes.

Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito
Milton Campos, Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito,
Programa de Pós-graduação em Direito, Nova Lima.

1. Recuperação de empresa, Brasil. 2. Empresa rural, Brasil. 3. Direito
falimentar, Brasil. 4. Brasil. [Lei de falências (2005)]. I. Fernandes, Jean
Carlos (Orientador). II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título.

CDU: 347.736(81)(094)



Faculdade de Direito Milton Campos

Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada: “A recuperação judicial da empresa rural”, elaborada para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor Jean Carlos Fernandes

Nova Lima,

2014.

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

Dedico este trabalho a Deus, à Irmã Benigna e
à minha família

“Os que se encantam com a prática sem a ciência são como os timoneiros que entram no navio sem timão nem bússola, nunca tendo certeza do seu destino”. (Leonardo da Vinci)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por me dar saúde, força e por traçar bem os meus caminhos, fazendo com que os meus sonhos possam ser realizados sob a sua benção e orientação.

Realizar este trabalho apenas foi possível por que também houve uma reunião de apoio, aprendizado, atenção e confiança, que a mim foram oferecidos por pessoas e instituições que me são, além de sobrelevadamente caras, também muito queridas.

Portanto, aqui agradeço à minha família pelo incondicional apoio e confiança que a mim nunca foram economizados, especialmente ao meu pai, Paulo Mendes Álvares e minha mãe, Efigênia Maria de Assis Mendes, meus irmãos e sobrinhos.

Agradeço à Nany Papaspyrou Marques, pela paciência, palavras de apoio e pelo amor.

Agradeço aos amigos que fiz e cultivei ao longo da minha vida.

Agradeço também a duas instituições em especial, à Faculdade de Ciências Jurídicas da Fundação Educacional do Vale do Jequitinhonha, hoje uma Unidade da Universidade do Estado de Minas Gerais, pelas imensuráveis oportunidades e aprendizados em minha trajetória não só na docência, mas também em minha construção e formação humana e profissional em sentido amplo; agradeço à Faculdade de Direito Milton Campos, pela respeitosa e agradável acolhida e pelos ensinamentos;

Agradeço aos professores, verdadeiros mestres com os quais tive a grata oportunidade de aprender e me atualizar na ciência do direito.

Por fim agradeço àquele que tornou possível a elaboração deste trabalho, o meu orientador, o professor Dr. Jean Carlos Fernandes. Obrigado por ter acreditado em minha capacidade e por ter depositado tanta confiança sob minha responsabilidade.

RESUMO

A proposta fundamental da presente pesquisa é a defesa, em favor do empresário ou sociedade empresarial rural, da possibilidade de deferir-lhe a recuperação judicial da empresa que exerce sem que tenha havido o cumprimento do prazo mínimo de dois anos de exercício regular da atividade mercantil, tal como definido pela lei. Para realçar tal enfoque, mostra-se os contornos normativos do novel sistema de insolvência vigente no Brasil a partir da Lei 11.101/2005, notadamente o conjunto de princípios que respaldam o sistema e, principalmente, o instituto da recuperação das empresas. Estuda-se também a tutela do direito empresarial em favor da empresa agropecuária, seus aspectos históricos e contemporâneos, bem como, a natureza jurídica do registro mercantil. Também fora investigado o fundamento que serve ao *caput* do art. 48 da lei 11.101/2005, que anuncia a imposição em face do empresário de exercício regular da atividade empresarial por no mínimo dois anos, sendo que, tal exigência, é o pressuposto primeiro de admissibilidade da pretensão recuperatória. A pesquisa foi desenvolvida a partir de textos doutrinários e pesquisa jurisprudencial a respeito do tema.

Palavras-chave: Empresário. Recuperação Judicial. Empresa Rural.

ABSTRACT

The fundamental proposition of this research is the defense of the possibility to grant the entrepreneur or entrepreneurial rural society the bankruptcy of their company which has not complied with the minimum of two years of regular commercial activity, as defined by law. To enhance this approach, it is shown the normative contours of the current insolvency system in Brazil from Law 11.101/2005, notably the set of principles that support the system and especially the company's recovery institute. The tutelage of business law is also studied in favor of the agricultural company, its historical and contemporary aspects as well as the legal nature of its commercial register. The foundation concerning the heading of art. 48 of Law 11.101/2005 was also investigated, which announces the obligation of the entrepreneur to regularly exercise its business activity for at least two years and that such requirement is the initial assumption for admissibility to a recovery claim. The survey was developed from doctrinal essays and jurisprudence research with respect to the subjects.

Keywords: Entrepreneur. Judicial recovery. Rural enterprise.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	BREVE HISTÓRICO DO DIREITO COMERCIAL – EMPRESARIAL	11
3	O SISTEMA FALIMENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	10
3.1	Breve estudo comparativo do Dec. Lei n. 7.661/1945 e da Lei n. 11.101/2005	19
4	A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	30
4.1	Noções preliminares	30
4.2	Definição e natureza jurídica	34
4.3	A Ação de Recuperação Judicial das Empresas	37
4.4	Os objetivos, finalidades e princípios que regem a recuperação judicial das empresas	44
4.5	Princípio da Preservação da Empresa	48
4.6	A função social da empresa e o estímulo à atividade econômica	51
5	A EMPRESA RURAL	59
5.1	Histórico e definição	59
5.2	Natureza jurídica do registro mercantil do empresário rural	66
6	A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA RURAL – A REGRA DO BIÊNIO MÍNIMO E A REGULARIDADE MERCANTIL DA ATIVIDADE COMO PRESSUPOSTO PARA O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	68
6.1	A possibilidade de relativização da regra do biênio mínimo de exercício regular da atividade empresarial	76
6.1.1	<i>A inaplicabilidade dos fundamentos de exclusão: o empresário iniciante e a recuperação como favor legal dado ao empresário regular</i>	79
6.1.2	<i>A nova previsão normativa</i>	89
7	CONCLUSÃO	93
	REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

O sistema de insolvência que fundamenta o direito falimentar e recuperacional brasileiro está, na atualidade, sob a regência da Lei 11.101/2005 que, traz em seu texto o novo e moderno tratamento das regras falenciais liquidatórias e, ainda, do novel instituto da recuperação judicial e extrajudicial das empresas em crise econômico financeira.

A nova lei incorporou no ordenamento jurídico uma nova base de princípios, na medida em que consagrou o Princípio da Igualdade dos Credores, da Otimização dos Ativos, Celeridade e Economia Processual, Preservação e Função Social da Empresa e, Estímulo à Atividade Econômica.

Nesta linha, não só os procedimentos de essência liquidatória típicos do processo falimentar, mas ainda aqueles afetos à recuperação judicial e extrajudicial das empresas devem ser tratados e observados sob a regência severa dos fundamentais princípios que dão suporte ao novo sistema normativo da insolvência e impontualidade empresarial.

A recuperação das empresas, instituto que veio em substituição à vetusta e pouco eficiente concordata, visa a superação da crise econômico-financeira das atividades empresariais, isto, para que haja a devida proteção e preservação do núcleo produtivo, dos interesses dos credores, do emprego dos trabalhadores, de modo que se tenha por atendido a gama de princípios consagrada pela nova norma.

Assim, a empresa, enquanto fonte geradora de empregos, de arrecadação tributária e de verdadeiro núcleo produtor de riquezas, reclama a tutela de uma legislação que garanta um efetivo equilíbrio das relações multilaterais que a envolvem e, do mesmo modo, que vele pela segurança e tutela na circulação creditícia, mormente nas circunstâncias que porventura esteja aquela enfrentando e passando por um cenário e momento de crise econômico-financeira.

Neste meio está o empreendedor rural, qual seja aquele que exerce atividade econômica agropecuária, agrária, de forma organizada para a produção e circulação de bens e serviços, mas que, em virtude da opção que lhe é facultada pelo código civil, torna-se sujeito do direito empresarial apenas a partir da inscrição dos seus atos constitutivos perante o Cartório de Registro Público das Empresas Mercantis.

O empresário rural, portanto, torna-se sujeito do regime jurídico mercantil não apenas em razão da atividade que exerce, mas sim, por força do exercício da opção de matricular-se no Registro de Empresas, tal como prevê e autoriza o código civil.

A importância do presente estudo, destaca-se na medida em que a atividade econômica agrária constitui um dos principais pilares da economia nacional e, nesta linha, curial a prontidão do direito falimentar e recuperacional para atender às necessidades e exigências de um mercado econômico cada vez mais competitivo, cada vez mais volátil e sujeito aos riscos e intempéries próprias da atividade.

Constitui o principal objeto deste estudo a aplicação do instituto da recuperação judicial em favor das atividades empresariais rurais, então, a pesquisa em referência buscou justificar a importância e os fundamentos que dão suporte à submissão do empresário agrário ao regime jurídico mercantil e, ainda, dada a sua especialidade, a possibilidade de ser processada a ação de recuperação em seu favor antes mesmo que seja completado o mínimo de dois anos de exercício sob o regime mercantil, desde que, conforme se verá, haja a segura demonstração de exercício anterior e regular da mesma atividade, porém, regrada pelo direito civil.

No mesmo sentido, segundo a disposição normativa da Lei 12.873/2013, que veio para incluir o § 2º no art. 48 da Lei 11.101/2005, o empresário rural poderá comprovar o biênio mínimo de exercício regular da atividade agrária com a apresentação da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica, ou seja, o tempo de constituição da pessoa jurídica para o exercício da atividade rural, com registro mercantil ou não mercantil, poderá ser utilizado para o cumprimento da exigência bienal prevista no *caput* do mencionado art. 48 da lei falimentar.

Assim, o entendimento a ser exposto é o de que o instituto da recuperação da empresa visa a superação da crise instalada sobre a própria atividade, portanto, em sendo demonstrado pelo requerente que o mesmo já exercia a mesma atividade, de modo regular, mas antes da opção pelo regime mercantil, em seu favor deverá ser autorizado o cômputo dos períodos de exercício civil e empresarial com vistas à obediência do biênio mínimo e, por conseguinte, deferir-lhe o processamento da ação recuperacional.

Para uma melhor compreensão do estudo, ver-se-á que o trabalho restou estruturado com a apresentação do sistema de insolvência vigente no Brasil, com destaque para a recuperação judicial das empresas; em seguida, a pesquisa se deteve ao exame da empresa rural enquanto atividade sujeita ao regime jurídico empresarial, para, ao final, traçar a discussão e defesa da aplicação do instituto da recuperação judicial como instrumento eficiente para a tutela de salvaguarda da atividade empresarial rural que passar por uma episódica circunstância de crise.

2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO COMERCIAL – EMPRESARIAL

O direito, em suas mais diversas matizes, quando visto pelos olhos do cientista e na investigação de quaisquer de seus institutos, não prescinde de uma, ainda que singela, breve análise de sua evolução ao longo da história.

O direito empresarial, antes chamado de direito comercial, de idêntico modo, carece e sobremaneira merece ser estudado e investigado desde os seus mais remotos tempos e origens, todavia, este não é o propósito da presente pesquisa que, por esta razão, apenas passará em revista diante dos principais momentos do direito comercial/empresarial em sua história.

E neste sentido, verdade é que o comércio remonta à antiguidade, pois é certo que os egípcios foram os precursores da atividade comercial há mais de 5.000 anos, mas, de fato, o comércio tomou corpo e relevância de aspecto econômico durante o império romano, notadamente a partir da intensificação das rotas marítimas mercantis.¹

No período romano, entretanto, o direito local então vigente não tratava precisamente das questões de índole comerciais, isto porque, naquele momento da história o comércio em Roma era ainda fecundo, posto que grande parte da população vivia no campo e dele extraía o necessário para a exata subsistência.

Todavia, boa parte daqueles que estudam o Direito Comercial, versando sobre o período do Império Romano, afirmam que a atividade comercial em Roma estava submetida ao Direito Privado Comum, ou seja, ao direito civil (*ius civile*). Quando necessário, o conteúdo daquele direito privado comum era elástico pelo pretor que, a par da equidade, solucionava as questões postas para decisão².

Anota Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, em prestigiosa citação de Angelo de Martini, que o comércio romano revelava um caráter tipicamente externo, ou seja, era o comércio exercido basicamente por estrangeiros, os quais submetiam-se à rígida normatização

¹ Para Osmar Brina Corrêa Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima, “As primeiras manifestações de comércio remontam ao Egito de 3.300 a. C.. Contudo, foi no período romano (séc. III a.C. a séc. V d. C.) que as atividades empresariais se acentuaram tanto em virtude da melhor qualidade das vias de transporte terrestre, quanto pela intensificação da navegação no mar Mediterrâneo”. (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1).

² “Nessa fase, Roma não dispunha de Direito voltado às atividades de cunho empresarial (produção e circulação de bens). Diante da omissão de normas específicas, o *ius civile* (Direito privado romano) era aplicado no âmbito das atividades empresariais”. (Idem).

romana³. A referência em destaque mostra que o comércio, naquela época, não se revelava como atividade freqüente entre os romanos, pois, boa parte da população romana vivia das atividades da agricultura e para a própria subsistência.

Com efeito, não há resistência que se oponha à afirmação de que o direito romano não estabeleceu uma disciplina própria de direito comercial, na medida em que regulava as relações de natureza mercantil com a aplicação do direito privado comum, o que é bem explicado nas lições de Ascarelli, também citadas na obra de Verçosa⁴.

Com a queda do Império Romano, os direitos locais (*ius loci*) passaram a impregnar a ordem jurídica vigente, juntando-se à força crescente do Direito Canônico, circunstâncias estas que também se afiguram marcantes na evolução do direito comercial, especialmente porque a Igreja e, por conseguinte, o seu *direito*, resistiam principalmente à idéia da cobrança de juros nos contratos de empréstimo, entendimento este que lastreava as demais atividades, ditas, próprias da mercancia.

A igreja era contra a cobrança de juros nos contratos de mútuo, pois, tinha o dinheiro como coisa estéril, ou seja, o dinheiro não podia reproduzir, fato que frontalmente contrariava os interesses dos já comerciantes daquela remota época que, não só pretendiam a renda do dinheiro, como ainda, o lucro em todos os setores da atividade mercantil que, então, começava a se formar.⁵

Diante da posição da igreja a respeito dos contratos de mútuo com cobrança de juros, bem como a ausência de normatização própria para as especiais atividades mercantis, os comerciantes viram-se obrigados a desenvolver técnicas negociais suficientes para escapar do regramento jurídico religioso e, que fossem aptas a prover com segurança o desenvolvimento

³ Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011, p. 36.

⁴ Para Haroldo Malheiros, “O Direito Romano não havia conhecido um sistema de Direito Comercial e para tanto, talvez houvesse concorrido não só a elasticidade do Direito Pretoriano, como também a elaboração de institutos ditos *juris gentium*, enquanto meios aptos a fazer valer as exigências internacionais, às quais correspondeu, como veremos, o Direito Comercial em suas origens”. (Idem).

⁵ Está exposto por Malheiros que: “Desaparecido o Império Romano, os Direitos locais das diversas regiões da Europa passaram a impregnar a ordem jurídica até então vigente, à qual veio a se juntar a força crescente do Direito Canônico. Sob esse aspecto – e tendo em vista, principalmente, a posição da Igreja contra a cobrança de juros nos contratos de mútuo (o dinheiro para o Direito Canônico era estéril e, portanto, não podia produzir “filho”, que seriam os juros) -, os comerciantes desenvolveram, na busca de mecanismos de crédito, toda uma técnica negocial altamente complexa, voltada para superar tal óbice, que somente veio a ser vencido definitivamente, como doutrina econômica inadequada, a partir do pensamento de Calvino, que viveu entre 1509 e 1564. A engenhosidade dos comerciantes levou à criação de diversos institutos comerciais típicos, entre os quais se avulta a letra de câmbio. Dessa forma, o novo Direito que começou a surgir naquela oportunidade apresentou, de um lado, o objetivo de contornar a insuficiência dos ordenamentos de base romanística e bárbara quanto ao tratamento das questões surgidas no comércio; e, de outro, operou em contraposição ao Direito Canônico, cujas restrições contrariavam as necessidades dos comerciantes e as condições para o desenvolvimento de todo o comércio.” (Ibid., p. 37).

do comércio, fato que culminou na criação de diversos institutos comerciais, entre os quais, como citado na nota acima referenciada, merece destaque a letra de câmbio.

Como se vê, o direito que começou a emergir tinha de um lado a insuficiência do ordenamento jurídico de base romana e, por outro lado, a resistência do direito canônico, cujas restrições contrariavam as necessidades dos comerciantes e as condições para que o comércio se desenvolvesse.

Registre-se que com a queda do império romano um fenômeno de urbanização das cidades fora visto de modo substancial e, com ele, as atividades comerciais da época de igual modo demonstraram grande crescimento, tudo isto, como se viu, sem qualquer tratamento jurídico específico que oferecesse segurança às relações comerciais que, a cada dia, eram mais comuns e necessárias ao desenvolvimento econômico das cidades.

O tráfico mercantil, portanto, tanto interno como principalmente externo, estava juridicamente desamparado, haja vista que os mercantilistas, comerciantes, não dispunham de leis que atendessem a especialidade da atividade por eles empreendida, daí o surgimento, num momento posterior, das organizações de comerciantes voltadas para a criação e aplicação de um sistema normativo que atendessem às peculiaridades do comércio, o que se viu com o surgimento das corporações de ofício.

Para Verçosa, o direito romano permanece como fonte do direito dos contratos e obrigações, todavia, o especial direito comercial se caracterizou e se desenvolveu como uma ciência histórica e não ontológica, o que pode ser visto pelo fato de que aspectos econômicos, sociais e políticos convergiram para a criação de um direito que tutelasse a novel atividade de comércio, pois esta, registrava-se como fundamental sob o ponto de vista econômico da sociedade da época.⁶

Assim, esclarece-se que o direito comercial surgiu de uma necessidade, na idade média, de regulamentar as relações entre os novos personagens do também novo ambiente econômico daquela época, ou seja, os comerciantes, vindos da também nova classe burguesa

⁶ Haroldo Malheiros Duclerc em *Curso de Direito Comercial* defende que: “Ao iniciar seu caminho, o Direito Comercial foi delineando aos poucos, tateando soluções na escuridão da falta de experiência jurídica anterior, ocupando seu espaço de forma não linear, mas na medida das circunstâncias. Quando o direito então vigente apresentava institutos jurídicos que podiam ser utilizados pelos comerciantes, não havia necessidade da criação de algo novo. Considerando-se que o Direito Romano, impregnado, em certa medida, dos Direitos locais, veio a ser a base fundamental do Direito Civil moderno, foi sobre ela e ao seu lado, crescendo em parte numa linha paralela não muito bem delimitada, que nasceu o Direito Comercial. Entre outros aspectos, o Direito Romano permanece como fonte principal do tratamento dos contratos e obrigações. É por esse motivo que tem se caracterizado o Direito Comercial como uma *ciência histórica*, e não ontológica – ou seja, jamais existiu uma delimitação científica precisa entre esse novo Direito e o sistema anterior, no campo da atividade econômica privada.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011, p. 38).

em ascensão. No entanto, remontando-se ao direito romano, restou visto que a característica da economia romana, basicamente não comercial, por certo ensejou e culminou pela não criação de um direito mercantil próprio e específico, já que as atividades comerciais, se é que assim se pode denominá-las, eram empreendidas basicamente por estrangeiros e, as questões de conflito que delas se extraíam eram resolvidas pelo alargamento do direito romano privado comum. Roma, naquela época, caracterizava-se pelo predomínio da economia agrária e de subsistência empreendida por seu povo.

Em sua clássica tese de doutoramento, o saudoso jurista Wille Duarte Costa⁷, na defesa da aplicação do direito comercial às atividades agrárias, remonta suas explicações à era romanística do direito, afirmando que o comércio, enquanto prática de circulação de mercadorias, existiu em todas as épocas, mas, alguns povos, dentre os quais cita os romanos e gregos, tinham repulsa pelos comerciantes, proibindo-se, contudo, tal como os gregos, o exercício do comércio. Por essa razão o direito romano não tratou do comércio em especial, e, por isso, a atividade de mercancia restou tratada sob a batuta do direito civil, dado que não existia a ciência do direito comercial.

A queda do Império Romano promoveu o surgimento de pequenas cidades e, por conseguinte, houve uma radical transformação na configuração da sociedade, posto que, com a migração do campo para as cidades houve o surgimento dos primeiros centros de consumo, troca e produção.⁸

A criação desse novo modelo de sociedade, agora de proeminência urbana e envolvida em grande medida nas relações de consumo e, por lado outro, a inexistência de um sistema jurídico que tutelasse essa nova realidade, implicou na necessidade de que os próprios comerciantes criassem, eles mesmos, normas próprias que disciplinassem as suas relações.

Marlon Tomazette explica que aquele novo e diferente modo de produção fez com que se tornasse revelado a insuficiência da disciplina jurídica estatal, aquela baseada na prevalência da propriedade imobiliária, notadamente estática e que, como tal, não atendia a agilidade e rapidez que denotava a novel atividade comercial.

⁷ Para Wille Duarte: “A atividade agropecuária sobressaía em todos os cantos, mas não havia a preocupação de destacá-la da atividade mercantil, assim conhecida como a prática de fazer circular mercadorias. Grandes comerciantes existiram, em todas as épocas, principalmente entre os gregos que se dedicavam a tal atividade, mas, como todos os povos, tinham normas que expressamente tornavam o comércio atividade proibida. Por isso, o direito romano clássico não conheceu o direito comercial, que se misturou ao civil, não ocorrendo entre eles qualquer separação. Em Roma não existiam as corporações mercantis, pela repulsa que tinham os romanos aos comerciantes. É natural, então, não encontrarmos diferença alguma entre o Direito Civil e o Direito Comercial”. (COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 182).

⁸ Cf. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1, p. 6.

Neste sentido, os próprios comerciantes, como dito, agora agrupados numa classe forte e unida, se organizaram na criação de normas com fundamento nos próprios costumes mercantis para a regulação das relações por eles estabelecidas e titularizadas.⁹

Tais normas eram aplicadas às relações havidas entre os comerciantes por um cônsul, eleito pelos próprios comerciantes, num ambiente jurisdicional conhecido como tribunal consular, como muito bem explica Verçosa.¹⁰

A criação de normas especiais e uma jurisdição igualmente especial, pois as normas eram aplicadas em tribunais consulares vinculados às corporações de ofício, demonstram o critério corporativo e profissional das normas comerciais da época.

Fala-se, portanto, em sistema subjetivo, porquanto evidenciava-se a aplicação do chamado critério corporativo, pelo qual, se o sujeito fosse membro de uma corporação de ofício, o direito a ser aplicado em suas relações, vale dizer, seria o direito daquela respectiva corporação.

Mais tarde o mesmo direito passou a ser aplicado nas relações entre comerciantes e não comerciantes, isto, em decorrência do aumento do poder econômico da burguesia e conseqüentemente a difusão de relações entre comerciantes e não comerciantes.

Neste sentido, também explica Verçosa a ampliação do espectro de incidência do direito corporativo então criado, pois, o seu vigoroso efeito de solucionar a tempo e modo mais ágil e menos estático os conflitos postos, quando uma das partes fosse um comerciante

⁹ Para Marlon Tomazette, “A desorganização do Estado medieval fez com que os comerciantes se unissem para exercitarem mais eficazmente a autodefesa. Era preciso se unir para ter alguma força (o poder econômico e militar de tais corporações era tão grande que foi capaz de operar a transição do regime feudal para o regime das monarquias absolutas). Os grandes comerciantes, organizados em corporações, passam a constituir a classe econômica politicamente dominante. (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1, p. 6).

¹⁰ Haroldo Malheiros Duclerc em *Curso de Direito Comercial* defende que: “Ao tempo da Baixa Idade Média o desenvolvimento do comércio deparava-se com os entraves referidos no tópico anterior, do que resultou na reunião voluntária dos comerciantes em corporações de artes e ofícios, de forma a alcançarem uma tutela mais eficiente para seus interesses, dentro das quais elaboraram normas destinadas à solução dos conflitos entre eles surgidos. Para tal efeito, organizaram uma justiça entre pares, formando Tribunais Consulares, cujos juízes – os cônsules – eram eleitos entre os membros matriculados das respectivas corporações. À míngua de normas nos Direitos então aplicáveis pelas comunas locais (Romano, Bárbaro e Canônico), estabeleceram tais Cortes a solução de casos concretos a partir da utilização de usos e costumes mercantis, que foram sendo progressivamente formados no exercício do comércio, bem como utilizaram-se também do princípio da equidade. O rito processual era sumário e fundado na boa-fé. O regramento jurídica da atividade dos comerciantes, assim formado, constituiu o núcleo originário do nascente Direito Comercial. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011, p. 40).

matriculado em corporação, mostrava-se sobremaneira eficiente, em especial diante das características próprias da atividade por ele regulada.¹¹

Passado o período medievo e já no século XIX, epopéia das codificações, Napoleão Bonaparte edita o Código Comercial Francês em 1807, este em substituição às normas corporativas e particulares então celebradas e vigentes nas corporações de ofício e nos Tribunais Consulares.

Evidente que, naquela época, os conflitos de natureza comercial já vinham sendo decididos com base na norma de gênese particular de direito comercial que fora criada, como sabido, pelos próprios comerciantes e por eles aplicadas durante um longo período da história.

O Código Comercial Francês de 1807, por sua vez, trouxe em seu bojo a criação dos Tribunais de Comércio e, por conseguinte, avoca ao Estado a jurisdição mercantil, jurisdição esta que mostra-se competente para as controvérsias nas quais se verificasse a presença de um *ato de comércio*, tal como compreendidos entre aqueles objetivamente categorizados e enumerados naquela mencionada codificação.

Neste momento da história, o que se percebe é a saída de um sistema de eminência subjetiva, no qual caracterizava-se como destinatário das leis do comércio aquele que exercesse a mercancia e que estivesse matriculado numa das corporações de ofício, para, a partir de então, fazer incidir as normas do código comercial àquele que realizasse um dos atos de comércio enumerados objetivamente no diploma codificado.

A proposta do Código Comercial napoleônico, que definia o sujeito de direito comerciante a partir do enquadramento da atividade – ato de comércio por ele exercido, encontrava fundamento na então realidade jurídica vigente da época, ou seja, nos princípios da Revolução Francesa, posto que, a existência de um direito “particular”, baseado na pessoa do comerciante e, assim, de índole subjetiva e diferenciada, era inaceitável ante os postulados da *igualdade, liberdade e fraternidade*¹².

¹¹ Para Haroldo Malheiros “Inicialmente caracterizado como um “Direito de Classe”, pois aplicável apenas aos membros das corporações nelas matriculados, com o passar do tempo a jurisdição dos Tribunais Consulares veio a ampliar o campo de sua abrangência, tendo passado a tutelar também questões atinentes ao comércio, quando ao menos uma das partes fosse um comerciante matriculado em corporação. Tratava-se de um direito profissional, de classe, com base subjetiva, produzido espontaneamente a partir dos usos e costumes resguardados nos estatutos dos mercadores. Mas também ocorreu que os Tribunais “comuns” passaram a aplicar as normas especiais mercantis quando se tratava de casos referentes a pessoas não matriculadas nas corporações – ou seja, diante da identificação de que a questão perante eles apresentada versava sobre “matéria de comércio”, tal como seria mais tarde conhecida a área própria do Direito Comercial”. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011, p. 40-41).

¹² Haroldo Malheiros Verçosa defende que “Entre outros aspectos, revelou-se inviável a construção jurídica de um “destinatário impessoal” das normas do Código Comercial Francês de 1807, exigência da aplicação dos princípios da Revolução Francesa, absolutamente contrários ao fundamento do Direito Comercial, baseado na pessoa do comerciante, que, como tal, receberia um tratamento diferenciado então inaceitável.” (Ibid., p. 53).

Novamente, em Verçosa, no exame sobre o ponto, nota-se que a adoção da teoria dos atos de comércio culminou na ocorrência de outros problemas, tais como a dúvida se aplicar-se-ia as normas comerciais e a jurisdição dos tribunais do comércio àquele que realizasse o ato de modo eventual, não profissional e, ainda, a certeza de que os atos de comércio promoviam uma clara divisão no direito privado em causas civis e atos de comércio, cada qual com a sua norma e jurisdição próprias.¹³

Dadas as críticas apresentadas, em especial o fechamento e rigorosa objetivação do sistema jurídico mercantil à realização dos específicos atos de comércio, a questão da qualificação do comerciante e ainda a divisão do direito privado e a insegurança jurídica decorrente da dificuldade imposta aos operadores do direito no trato desta matéria, verdade é que este sistema vigorou por mais de um século, vindo a ser substituído pela teoria da empresa, esta de matiz italiana.

No Brasil, vale acrescentar que a teoria dos atos de comércio ornamentou o Código Comercial brasileiro de 1850, vindo o Brasil a adotar a teoria da empresa expressamente apenas em 2003, quando da entrada em vigor do atual Código Civil.

O retorno ao sistema subjetivo, privilegiando a figura do empresário como sendo o centro de relevância jurídica da matéria, teve como marco o código italiano de 1942, que já considerava empresário aquele que exercia profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou serviços.

Neste sentido, ganha relevância a natureza da atividade, qual seja econômica, juntamente com os predicados de seu exercício, quais sejam, o profissionalismo e a habitualidade, acrescido da tonalidade destinada à essência da finalidade, qual seja a de produção ou troca de bens ou serviços.

Com efeito, o Brasil adotou expressamente a teoria da empresa no artigo 966 do Código Civil, definindo como sendo empresário aquele que exerce profissionalmente

¹³ Para Haroldo Malheiros “Embora ainda referente à atividade dos comerciantes – entendidas como tais as pessoas que exerciam profissionalmente os atos definidos como mercantis -, o Direito Comercial passou a ser disciplina dos atos de comércio, cujas características deveriam ser fixadas em relação a aspectos objetivos. Por exemplo, seria ato de comércio a compra com a intenção de revender, independentemente da qualificação do sujeito que praticasse tal ato. Remanesce um problema de qualificação – qual seja: o ato seria considerado mercantil em si mesmo, ainda que o sujeito o praticasse de forma eventual. Na verdade, o ponto fundamental dessa mudança residu não na formação de um Direito Comercial plenamente objetivo – alvo que, buscado pelo Código Comercial Francês de 1807, revelou-se irrealizável, conforme se verá abaixo -, mas – isto, sim – na ruptura com o regime anterior, baseado na existência de uma classe privilegiada constituída pelos membros das corporações e, portanto, fechado e essencialmente subjetivo. Sua supressão por lei revelou uma intenção de tornar objetiva a aplicação do Direito Comercial, sem ter logrado o sucesso almejado. Além disto, o conceito dos “atos de comércio” e a sujeição destes aos Tribunais de Comércio então instituídos mostravam uma clara divisão no Direito Privado, pois as “causas civis” deviam ser resolvidas nos Tribunais próprios”. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011, p. 53).

atividade econômica, de modo organizado para a produção ou a circulação de bens ou serviços¹⁴.

A teoria da empresa adotada pelo Brasil em seu ordenamento civil possui maior abrangência teórica e prática, posto que tutela a atividade industrial, comercial e de prestação de serviços, deixando, pois, o fechado critério objetivo da teoria dos atos de comércio para a devida e eficiente tutela da *atividade* econômica profissional e organizada de produção e circulação de bens e serviços.

Vê-se, portanto, que não mais importa se o ato realizado está ou não definido em lei e de modo objetivo como um ato de mercancia, ou se quem o realiza está ou não matriculado em determinado órgão ou corporação, mas, a qualidade de empresário decorre e está ligada à atividade empreendida pelo sujeito que, se for econômica e organizada para a habitual e profissional produção ou circulação de bens ou serviços, será tida como empresária.

De forma superficial, já que o propósito deste trabalho não é o de pormenorizar a evolução histórica do instituto, este foi o caminho percorrido pelo direito comercial, ou empresarial, até os dias de hoje.

¹⁴ A Lei 10.406, de 10 de junho de 2002, em seu Art. 966, “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.” (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 ago. 2014).

3 O SISTEMA FALIMENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil editou no ano de 2005 o seu novo regime jurídico de insolvência, o que se deu com a entrada em vigor, no dia 10 de junho daquele ano, da lei 11.101/2005, esta, sancionada e publicada em 9 de fevereiro também do mesmo ano de 2005.

A então nova lei propôs-se a regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, substituindo-se, no tocante às medidas de superação de crise, os institutos da concordata preventiva e suspensiva então previstas no Dec. Lei 7.661/45, pelos novos institutos trazidos à lume pela nova lei, quais sejam a Recuperação Judicial e Extrajudicial das empresas em crise.

Com o objetivo de melhor entender o sistema falimentar atual, contudo, será feita uma breve investigação comparativa daquilo que continha o Dec. Lei 7.661/1945 e a Lei n. 11.101/2005.

3.1 Breve estudo comparativo do Dec. Lei n. 7.661/1945 e da Lei n. 11.101/2005

Para a exata compreensão do sistema falimentar brasileiro, bem como sobre os aspectos evolutivos daquele e, do seu novo paradigma fundamental e finalístico, passaremos em breve revista numa leitura e singela investigação sobre os principais aspectos do antigo e revogado Dec. Lei 7.661/45 e da atual e vigente Lei 11.101/2005.

De início, cumpre lembrar que a legislação anterior restou elaborada na primeira metade dos anos 40 do século passado, época em que o Brasil possuía uma economia basicamente agrária e, a indústria ainda dava tímidos sinais de existência e vigor econômico, em especial, porque a industrialização no Brasil se deu definitivamente a partir dos anos 50¹⁵.

As principais inovações daquela então *nova legislação falimentar*, que entrava em vigor após um período de ineficientes e até efêmeras legislações falimentares pretéritas, são destacadas por Frederico Augusto Monte Simionato nos seguintes termos:

¹⁵ Expõe Frederico A. M. Simionato que o Decreto – Lei 7.661/45 “pela sua própria característica temporal, foi uma legislação que manteve os postulados do processualismo da falência e unicamente com caráter liquidatório do direito falimentar. O que se deve também sempre ressaltar é o fato do Decreto-Lei 7.661 ser anterior à década de 1950, quando se deu definitivamente a industrialização do Brasil. Até esta data o Brasil não era mais que um país agrário e de pequenos comerciantes, com exceção de São Paulo”. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15).

Quanto aos méritos desta legislação podem ser mencionados: as inovações reforçando os poderes do magistrado e diminuindo a influência dos credores porque aboliu a assembleia de credores; a concordata, tanto preventiva e suspensiva, deixou de ser um contrato, para se tornar em benefício legal, concedido ao devedor infeliz, honesto e de boa-fé¹⁶

Importa afirmar que o decreto falimentar revogado fora ainda editado sob a égide da *teoria dos atos de comércio*, pelo que são considerados sujeitos do sistema falimentar revogado o comerciante, este, considerado como aquele que realizava determinado ato previsto numa classe maior, objetiva e fechada, de atos mercantis previamente estabelecidos pela lei.

A caracterização do estado falimentar do comerciante ante a sua impontualidade – cessação de pagamentos e, pela prática dos atos ruinosos de falência, também registrava a lei falimentar revogada (Dec. Lei 7.661/45), que, exigia os três pressupostos fundamentais para a caracterização da falência do comerciante; estava caracterizada a falência do comerciante com a impontualidade de obrigação líquida materializada em título que legitimasse a ação executiva, pela prática pelo devedor comerciante de atos ruinosos, também conhecidos como falimentares e, por derradeiro, a sentença declaratória da falência.

Com efeito, a caracterização do estado falimentar não se limitava à comprovação da mera cessação de pagamentos ou a impontualidade do devedor comerciante, mas também caracterizava o estado de crise falencial a prática dos atos de ruína perpetrados contra o seu patrimônio, fosse para fraudar ou simular operações negociais, fosse com o intento desesperado de resolver de forma emergencial determinada obrigação com o propósito de elidir a concretização da circunstância falencial típica.

Em precisa e clássica lição sobre o assunto, que dá, por oportuno, sério esclarecimento e fundamento ao atual e vigente direito falimentar, Waldemar Martins Ferreira, pontua:

Nem só na impontualidade, todavia, alicerçou a lei brasileira o estado de falência. Inúmeras vezes êle se revela por indícios veementes de desequilíbrio econômico, mencionados no art. 2º do Decreto – lei nº 7661, de 21 de junho de 1945, entre os quais sobrepuja o da insuficiência do ativo para produzir os recursos monetários ou creditórios aptos para a cobertura do passivo. Sentindo-o, e no propósito de delongá-lo, senão de ocultá-lo, mas contando sempre com o imponderável, entra o comerciante, atacado de desespêro, a agir a fim de obter meios destinados ao pagamento em dia de suas obrigações líquidas, constantes de títulos que legitimem a ação executiva. Anuncia e precipitadamente liquida seu sortimento de mercadorias, na maioria dos casos por preços inferiores aos comuns ou aos de custo. Lança mão de meios ruinosos para pagar. Passa a recorrer a usurários notórios, ainda que estabelecidos em casas bancárias ou agências de agiotagem, contraindo dívidas a juros escorchantes, incluídos nas somas cambiárias. Entra a onerar imóveis ou

¹⁶ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253.

móveis em prol de alguns dos credores, em garantia de dívidas vencidas ou vincendas, sem ficar com outros, desembargados e livres, que garantam aos demais credores. E tudo isso, mesmo sem dolo ou fraude, com o intuito de andar em dia. A entrega de mercadorias a tais ou quais credores, a fim de amortizar ou saldar contas ou títulos é reveladora da impossibilidade de pagar em dinheiro. Êsses atos são os chamados – *atos de falência*. Assim os denomina a lei norte americana – *acts of bankruptcy*. Indicam, indisfarçavelmente, o estado de ruína. Busca o comerciante enganar-se, mas nem sempre ilude os seus credores. Percebem êstes quando êle se põe a consumir-se e a consumir o seu ativo na vã expectativa de evitar o inevitável. Para não caracterizar seu estado de quebra pela impontualidade, êle paradoxalmente a manifesta por outros atos ou contratos, havidos, onde a falência por tal critério se exterioriza, como de cessação de pagamentos.¹⁷

De outro lado, no tocante ao que está disposto pela Lei 11.101/2005, a caracterização do estado falimentar do devedor empresário também decorre da prova de sua impontualidade injustificada no pagamento de obrigação líquida; além da impontualidade, a nova ordem falencial adotou ainda o critério da insolvência presumida como circunstância caracterizadora do estágio falencial, dispensando-se, lado outro e como pressuposto de verificação da situação falimentar, a aplicação do fenômeno da insolvência econômica do devedor empresário, qual seja aquela caracterizada pelo estado patrimonial do devedor que possui o ativo inferior ao passivo¹⁸.

Como pode ser bem observado no exame da norma do artigo 94 da Lei 11.101/2005, a identificação do estado falimentar depende da presença dos pilares fundamentais, quais sejam a existência de empresário ou sociedade empresária como sujeito de direito deste regime jurídico, a impontualidade no pagamento de obrigação líquida, certa e exigível e, por último, a prática dos atos de falência enumerados nas alíneas do inciso III do artigo 94.

¹⁷ FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 5, p. 43.

¹⁸ Para Fábio Ulhoa Coelho “Atente-se que não deve ser entendido esse pressuposto em sua acepção econômica, ou seja, como o estado patrimonial de insuficiência de bens de um sujeito de direito para a integral solução de suas obrigações. Deve ser compreendida num sentido jurídico preciso que a lei falimentar estabelece. Para que a devedora sociedade empresária se submeta à execução concursal falimentar, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Não é necessário ao requerente da quebra demonstrar o estado patrimonial de insolvência do requerido, para que se instaure a execução concursal falimentar, nem, por outro lado, se livra da execução concursal a sociedade empresária que lograr demonstrar eventual superioridade do ativo em relação ao passivo”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 269).

Em sendo empresário ou sociedade empresária o devedor, havendo o enquadramento da circunstância num dos permissivos previstos no artigo 94 da Lei 11.101/2005¹⁹, configurado está o estado falimentar apto a dar azo aos procedimentos liquidatórios específicos do processo concursal.

Dentre tantos outros pontos de comunhão entre a revogada lei falencial anterior e a atual normatização falimentar, destaca-se a impontualidade e a insolvência jurídica do devedor como elementos caracterizadores da crise falimentar. Não há, por outro lado e em absoluto, exigência alguma que condicione o decreto falimentar à comprovação de ativo patrimonial inferior ao passivo, pois, o que dá realce ao estágio falimentar do devedor empresário é a impontualidade no pagamento de obrigação líquida constante de título ou títulos executivos cuja soma ultrapasse 40 salários mínimos, bem como a efetiva frustração do processo de execução contra o devedor empresário, independente da importância executada e, por último, a prática de atos falimentares ruinosos.

De certo, e sem nenhuma dúvida que a fase falimentar propriamente dita também é inaugurada a partir da sentença passada em julgado que decreta a falência do empresário.

A nova lei falimentar em vigência no Brasil também cuidou de evoluir alguns institutos e conceitos e, por conseguinte, também se caracteriza pela ampliação dos seus efeitos a todos aqueles que se enquadram no conceito legal de empresário, este, sabidamente

¹⁹ No Art. 94 da Lei 11.101/2005 “Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. § 1o Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo. § 2o Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar. § 3o Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9o desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. § 4o Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução. § 5o Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.” In: (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

muito mais amplo do que o vetusto e objetivo, igualmente fechado, conceito dos atos de comércio.

Neste ponto, o Dec. Lei 76.611/45 destinava-se, por óbvio, aos comerciantes regulares e não regulares. Os primeiros, aqueles devidamente matriculados no registro do comércio, eram sujeitos tanto do regime liquidatório concursal da falência, como ainda dos institutos da concordata, especialmente a preventiva. Já aos comerciantes de fato, sem matrícula mercantil, restava a aplicação do procedimento falimentar liquidatório típico.

Assim, a matéria falimentar, que por natureza é afeta ao direito comercial, no tratado pelo Dec. Lei n. 7.661/45 alcançava apenas aqueles que realizavam os atos objetivos de comércio, por ser esta a essência, o fundamento que caracterizava o direito comercial vigente ao tempo da elaboração e entrada em vigor do revogado decreto lei falimentar.

Numa explicação melhor, não se pode criticar o restrito alcance da ordem falimentar prevista no decreto lei n. 7.661/1945, posto que, aquele diploma obviamente, estava inserido na ordem jurídica então vigente para o direito comercial que, sabidamente, adotara como teoria definidora do sujeito para aquele direito a criticada teoria dos atos de comércio. Portanto, o sujeito passivo do direito falimentar pretérito era o comerciante, sujeito que praticava determinados atos mercantis constantes de uma classe legal, denominada, teoria dos *atos de comércio*.²⁰

Atualmente, já é sabido que o direito empresarial brasileiro está fundado na teoria da empresa que, tal como proclama e conceitua o artigo 966 do Código Civil, considera empresário todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços. Tal teoria, sem sombra de dúvidas, rompe o restrito limite que definia como comerciante o sujeito que exercia um determinado ato previsto numa classe previamente estabelecida em lei, para, nesta era moderna, considerar empresário todo aquele que exerce uma atividade econômica de natureza não intelectual, organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

A Lei 11.101/2005, portanto, inserida nesta nova ordem jurídica do direito empresarial, aplica-se àqueles que se enquadrem no conceito legal de empresários, ou de

²⁰ Para Waldemar Martins em *Instituições de Direito Comercial*, “a falência é instituto peculiar do comércio e dela só comerciante é passível. Deixou isso bem claro a lei.. em face dela, o comerciante, que deixa de pagar, no vencimento, sem relevante razão de direito, obrigação líquida constante de título que legitime ação executiva, entende-se falido. Assim dispondo, cortou dúvidas. Quem não é comerciante, isto é, quem não pratique atos de comércio, profissionalmente, em seu nome e por sua própria conta, sob firma individual, se pessoa natural, ou sob firma ou denominação social, se pessoa jurídica, inscrita, ou não, no registro do comércio, não pode incidir em falência.” (FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 5, p. 59).

sociedades empresárias, observando-se as restritas ressalvas constantes do artigo 2º da norma.²¹

Nesta linha afirma Maria Celeste Morais Guimarães que a primeira e importante contribuição da nova lei falimentar consiste na ampliação do seu alcance a todos os empresários ou sociedades empresárias, exercentes de atividades de indústria, comércio ou prestação de serviços que, na lei falencial, são simplesmente referidos como devedor.²²

Sob outro aspecto, no tocante às inovações trazidas pela nova ordem jurídica falimentar, esta elaborada ante a realidade do comércio e indústria brasileiros no início do século XXI, certo é que a Lei 11.101/2005 ousou integrar no sistema de insolvência nacional o novo instituto da recuperação das empresas, tanto na via judicial quanto extrajudicial, estas, em substituição à antiga concordata.

Tal instituto, especialmente quando comparado à pretérita concordata, tem alcance ampliado de seus efeitos em relação aos credores e ao próprio propósito da medida, eis que, anuncia a norma, a recuperação judicial das empresas tem como escopo viabilizar a superação da crise econômico financeira, permitindo-se a manutenção da fonte produtora, o emprego dos trabalhadores, os interesses dos credores, tudo com vistas à promoção da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, tal qual está proclamado no artigo 47 da citada lei 11.101/2005²³.

O novel sistema falimentar adotado pelo legislador nacional, desse modo, inaugurou no Brasil a importância destacada à atividade empresarial, de modo que o instituto da recuperação judicial da empresa tem como fundamento normativo principiológico e visa

²¹ Art. 1º da Lei 11.101/2005 esclarece: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor. Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores”. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

²² Cf. GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9. Para ela “aí está, portanto, a primeira e importantíssima contribuição da nova Lei n. 11.101/2005, a de estabelecer no seu art. 1º que a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência se aplicam ao empresário e a sociedade empresária, simplesmente referidos como devedor. Levando o instituto concursal a todos aqueles que fazem uso do crédito, ampliando, pois, a abrangência do seu regime a toda a atividade econômica”.

²³ O Artigo 47 lei 11.101/2005, dispõe que: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

promover a própria preservação e função social da empresa e, ainda, estimular a atividade econômica.

Como se vê da norma do artigo 49 da Lei 11.101/2005, sem, contudo, enfrentar as limitadas exceções normativas, estão sujeitos à recuperação judicial ordinária todos os créditos, vencidos ou não, existentes ao tempo do pedido. No tocante à recuperação judicial pelo plano especial, destinada aos microempresários e empresários de pequeno porte, sujeitam-se ao plano de soerguimento exclusivamente os créditos quirografários. Em relação à recuperação extrajudicial, sujeitam-se àquele procedimento todos os créditos, ressalvados os de natureza tributária, trabalhistas, acidentários, bem como aqueles previstos no § 3º do art. 49, e 86, inciso II²⁴.

Já a concordata, instituto que era regulado pelo Dec. Lei 7.661/45, sujeitava os seus efeitos apenas aos créditos de natureza quirografária, fato que demonstra a tímida eficiência do instituto, em especial quando dele se extrai o sentido de dar ao comerciante oportunidade de superação da crise econômica financeira que assola o seu empreendimento negocial.

Para Sérgio Campinho em *Falência e recuperação de empresa*,

a visão, encampada pela legislação atual, mostra-se satisfatória. É uma resposta às críticas tecidas ao instituto da concordata tal qual concebido em nossa legislação

²⁴ Assim dispõe o Art. 49: “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. § 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. § 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.” Quanto ao Art. 71. “O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições: I - abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014). E no Art. 161 “O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. § 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

pretérita, sempre se mostrando tímido a realizar a vocação recuperatória. Propõe-se uma recuperação como meta. A filosofia é preservar a empresa por todos os meios disponíveis e, na sua impossibilidade, liquidar imediatamente o ativo para pagamento do passivo.²⁵

Enquanto Nelson Abrão sustenta que,

a concordata, tanto a preventiva, quanto a suspensiva, é oponível apenas aos credores quirografários, isto é, aqueles que não gozam de qualquer preferência. Não são, pois, atingidos os credores privilegiados e os com garantia real, cujas relações jurídicas com o concordatário continuam regidas pelo direito comum, tanto material como processualmente²⁶.

A flagrante ineficiência da concordata no sentido de prover ao comerciante em dificuldade econômica meios de superação da crise depreende do curto efeito daquele instituto em relação aos credores, posto que, como visto, sujeitava apenas os credores quirografários.

A recuperação de empresas, notadamente a recuperação judicial ordinária, veio a lume para atender novas exigências do mercado empresarial. A importância da empresa como atividade econômica, a sua função social e a necessidade de sua preservação com o propósito de evitar danos ainda maiores em toda a sociedade, o que se vislumbra com as nocivas consequências da falência para a sociedade, orientaram o legislador falimentar moderno no estabelecimento de seguros e eficazes meios e mecanismos judiciais de salvamento da empresa.

A tendência moderna, seguramente, caminha no sentido de prestigiar sobremaneira a atividade empresarial, sobretudo porque tal atividade possui grande relevância econômica em seus mais diversos sentidos e matizes. Portanto, não se concebe, na atualidade, qualquer ordem de pensamento convergente para a prescindibilidade da atividade empresarial na vida em sociedade moderna.

A enorme importância da empresa na economia moderna pode ser vista em seus mais diversos e variados ângulos, perante o Estado, como a principal fonte arrecadadora de receita tributária, para os consumidores, como núcleo produtivo das mais variadas mercadorias, produtos e serviços e, ainda no desenvolvimento e aplicação de toda a ordem de tecnologias em novos e cada vez mais modernos instrumentos, aparelhos, produtos, sistemas; a atividade empresarial, enquanto núcleo de produção de riquezas, é também fundamental na distribuição

²⁵ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 124

²⁶ ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 183.

de postos de emprego e equilíbrio no poder de compra e consumo de toda a sociedade em que está integrada.

Grande parte dos empregos e da produção de toda a riqueza decorre da atuação no seio da sociedade da atividade empresarial, daí porque tal atividade está inserida como um dos pilares mais vigorosos destinado ao equilíbrio da economia e capitalismo mundial. A atividade empresarial, portanto, guarda estreito e absoluto interesse para o estudo e aplicação das ciências econômicas, das normas do mercado econômico de capitais, concorrenciais, de propriedade industrial, de consumo, etc..

Este novo cenário social, essencialmente econômico e capitalista, encontra o seu regular equilíbrio na atuação empresarial, razão esta que justifica a preocupação do legislador moderno no reconhecimento da importância e função social da empresa, empregando, nas normas de regências afetas ao direito empresarial, notadamente o ordenamento falencial, o sentido finalístico da preservação da atividade empresarial economicamente viável.

Não pode ser considerada a empresa como atividade organizada apenas em prol dos interesses estritamente individuais do empresário, como sendo um bem de sua exclusiva propriedade que dela faz o que bem quer e deseja, pois, a empresa na atualidade serve à sociedade como pilar do seu equilíbrio econômico, do desenvolvimento social.

Os postulados fundamentais da livre iniciativa e da valorização do trabalho, pilares da ordem econômica, cuja finalidade é assegurar a todos a existência digna de acordo com os ditames sociais, realizam-se sob o regramento do princípio da função social da propriedade, este, aplicável em face da atuação empresarial.

A atividade empresarial somente será exercida em boa harmonia com a legislação vigente se houver a segura observância e entendimento de que, tal exercício, está balizado pelo princípio da função social da empresa. Desse modo, o titular da empresa, seus administradores, têm o dever de conduzir o negócio e realizar o objeto social preservando todos os interesses coletivos anexos à atividade, quais sejam, à guisa de exemplo, os interesses dos trabalhadores, dos consumidores, dos parceiros de negócio, do Estado²⁷.

²⁷ “Com acerto, Rubens Requião já nos ensinava que a empresa não deve ser analisada como propriedade absoluta do empresário, mas sim como a comunidade de trabalhadores, capital e coletividade. O art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, determina que a propriedade atenderá à sua função social. Por certo, tal propriedade se refere, analogamente, ao poder de controle e às participações sociais majoritárias nas sociedades limitadas.” (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19).

A atividade empresarial que, por natureza é econômica, deve ser exercida sob a severa obediência aos princípios que fundamentam a ordem econômica, notadamente o princípio da função social da propriedade/empresa.²⁸

A propósito, a nova ordem falimentar está em boa harmonia com o mandamento constitucional proclamado pelo artigo 170 da Constituição Federal, dando-lhe verdadeira efetividade prática normativa.

Desse modo, a empresa, na atualidade, está caracterizada pela relevância social que se desprende da importância econômica de sua atuação perante a sociedade. Neste sentido, dada a sua importância coletiva e social e, considerando os aspectos negativos decorrentes do processo liquidatório da falência, outra não poderia ser a finalidade da moderna legislação, senão a disposição em prol da atividade de meios seguros e eficazes de superação da situação de crise econômico financeira do devedor empresário ou sociedade empresária.

A falência, sabido é, deflagra o processo de dissolução da empresa, inaugura o caminho que converge para a extinção, o fim da atividade. Com as medidas falenciais, procura-se pagar o maior número de credores, mas, a experiência tem demonstrado que nem todos aqueles recebem os seus créditos e, ainda, nefastos são os corolários sociais advindos da patologia falencial. Desemprego, perda de tecnologia, perda de arrecadação tributária, abandono de maquinário, de imóveis, fraudes, crimes, divórcios, sofrimentos inúmeros, são fatores que rotineiramente caracterizam o processo liquidatório falencial.

A Lei 11.101/2005, sensível à importância social da empresa e ao nocivo efeito da falência perante a sociedade, propõe uma nova interpretação e visão finalística em prol da manutenção e preservação da empresa, por isso, cede lugar a perspectiva meramente liquidatória da falência para a aplicação séria e segura da recuperação da empresa e, por conseguinte, a preservação e manutenção do núcleo produtivo.

Esta nova característica normativa, da preservação da empresa e de sua função social enquanto organismo fundamental para o equilíbrio sócio-econômico de toda uma

²⁸ No Art. 170 da Constituição Federal: “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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2014).

comunidade, na doutrina de Guimarães, é a segunda grande contribuição da Lei n. 11.101/2005 para o direito brasileiro²⁹.

Visto isso, claro está que o sistema de direito falimentar vigente pela Lei 11.101/2005 regula o processo liquidatório clássico, adotando como elemento configurador do estágio falimentar a impontualidade do devedor e a sua insolvência jurídica, isto, por inteligência do já citado artigo 94 da lei. A mesma norma, como sabido, ainda instituiu os procedimentos de recuperação judicial e extrajudicial das empresas em crise econômica, desde que ainda viáveis financeiramente, fato que enaltece sobremaneira a preocupação do legislador moderno à função social da empresa e a sua utilidade no mercado que integra.

²⁹ “Aí está, portanto, a segunda grande contribuição da Lei n, 11.101/2005 ao direito brasileiro: reconhecer a tendência mundial e, parece-nos, natural, de dar cabo a tão pretendida preservação da empresa, da sua função social, embora não tenha avançado a ponto de promover a dissociação “empresa-empresário”. Como veremos a frente, ao analisar o art. 48 da Lei n. 11.101/2005, os impedimentos pessoais do empresário podem obstacularizar a concessão da recuperação da empresa, em detrimento do seu interesse social. Contudo, houve um reconhecimento inequívoco pela nova lei de que a empresa tem um papel social a desempenhar, o que está tão bem ilustrado no art. 47, anteriormente citado, que é o cumprimento do seu objeto social, de sua função social tão preconizada no art. 170 da Constituição Federal. Não mais se premia, como a antiga concordata do Decreto-lei 7.661/45, o “favor legal” ao empresário, mas a preservação da empresa que é o agente da economia e o destinatário da norma constitucional”. (GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18).

4 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

4.1 Noções preliminares

No Brasil, como sabido a Lei n. 11.101/2005, além dos preceitos liquidatórios típicos para as empresas inviáveis e que estejam já em estágio falimentar, regula ainda e principalmente o procedimento da recuperação judicial da empresa em crise, este apto a garantir e preservar a manutenção da empresa no cenário econômico e, ainda, a participação ativa dos agentes envolvidos na atividade empresarial, em especial os credores³⁰.

Esta nova característica normativa, que prestigia a proteção dos interesses sociais que interligam as relações havidas no exercício da empresa, propõe a preservação da atividade empresarial viável, a obediência respectiva à sua função social e o estímulo da atividade econômica, isto, sabidamente, para que se permita a manutenção do núcleo produtivo, do emprego dos trabalhadores e, por óbvio, dos interesses dos credores.

O titular da empresa, não raro, se depara com situações de dificuldades no cumprimento de suas obrigações. Tais dificuldades decorrem de situações às vezes episódicas, o que pode gerar momentaneamente uma situação de impossibilidade na realização dos pagamentos, quando se tem, portanto, a impontualidade. De outro lado, as dificuldades financeiras podem se apresentar mais graves, nas quais o empresário se depara com a falta de recursos não por uma causa episódica, mas sim, quando os seus ativos se mostram incapazes de gerar as rendas necessárias para lhe prover o cumprimento das obrigações e, neste caso, da incapacidade produtiva do ativo, estar-se-á diante do fenômeno econômico denominado insolvência.

Tanto as circunstâncias que determinam a impontualidade, ainda que temporária, das obrigações do devedor empresário, quanto a hipótese de insuficiência produtiva dos ativos determinante do estado de insolvência, são fenômenos de ordem econômica e empresarial que caracterizam o estado de crise econômico financeira.

³⁰ Esclarece Frederico A. Monte Simionato que: “O direito falimentar é necessariamente um ramo do direito voltado para questões econômicas e os seus reflexos no mundo jurídico. Por isso, a perspectiva exclusivamente liquidatória do direito falimentar passa para a tentativa de salvamento da atividade empresarial, a qual congrega interesses de toda ordem, inclusive políticos. Vale dizer que o paralelo liquidatório do direito falimentar clássico corresponde ao novo direito falimentar o paralelo teórico da preservação da empresa viável. O princípio da função social da empresa será então o fundamento jurídico da reorganização econômica da empresa, porque a continuidade da atividade empresarial é o princípio da atividade funcional da empresa, segundo o perfil funcional e corporativo da empresa previstos no Código Civil Italiano de 1942”. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 9-10).

Para tais situações, o sistema falimentar reserva ao empresário dois institutos falimentares clássicos, um, tendente a submeter o devedor aos efeitos da liquidação concursal clássica – falência –, isto, quando verificada a completa insuficiência produtiva dos ativos e respectivamente, a inviabilidade na continuação e salvamento da empresa. Por outro lado, o mesmo sistema normativo ainda oferece à empresa que demonstre ser viável e superável a crise que a acomete, o instituto da recuperação judicial, dando-lhe meios e suportes necessários para a superação do estado de crise.

No tocante ao tema da recuperação da empresa, cabe destacar que tal instituto foi introduzido no ordenamento jurídico nacional em substituição à pretérita e pouco eficiente concordata e, com o escopo bem traçado de sanar as falhas verificadas no antigo e revogado instituto.

A concordata, por sua vez, não passava de um mero parcelamento de débitos quirografários oferecido ao comerciante em dificuldade, independentemente de audiência ou anuência dos credores e, que não dava suporte suficiente para a superação efetiva da crise, tampouco oferecia uma tutela protetiva aos demais agentes de produção que com o antigo comerciante mantinham e encetavam relações jurídicas no seio do comércio.

A par disso, a concordata ficou caracterizada por ser um ineficiente instrumento de recuperação, notadamente porque o seu estreito limite de atuação e a rigidez de suas regras não eram suficientes para possibilitar à empresa a superação de seus dramas e tormentos econômico – financeiros.³¹

O novo e vigente instituto recuperacional cuidou de vislumbrar a relevância social da atividade empresarial no mercado e sociedade em que está integrada e, por corolário, a importância de seu salvamento quando verificado ser a crise reversível, por isso, a ação de recuperação judicial da empresa revela-se mais eficiente ao objetivo de superação dos problemas econômicos e financeiros vividos pelo empresário.

A recuperação da empresa, neste norte, deve ser buscada sempre que a crise econômico financeira vivenciada pelo devedor empresário for superável e viável, notadamente porque o novo e fundamental primado da vigente ordem falimentar é o de

³¹ Para Lisboa: “A experiência brasileira das últimas décadas, baseada na concordata como único instrumento de recuperação, revela que mecanismos muito rígidos, sem espaço para a negociação entre devedor e credores, dificilmente tem êxito no seu objetivo de possibilitar à empresa a superação de seus problemas financeiros. Os novos regimes de recuperação judicial e extrajudicial procuram mudar esse cenário, criando mecanismos flexíveis para a busca de soluções de mercado para a empresa”. (LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 43).

preservar e manter a fonte produtora de riquezas, para dar-lhe o devido e necessário cumprimento da função social da empresa e o estímulo à atividade econômica.

O reconhecimento da notável importância social da empresa está ligado à sua atuação e interação na sociedade em que está imersa e, por óbvio, no mercado econômico onde enceta toda a ordem de relações jurídicas entre os mais diversos agentes, sejam os seus empregados, consumidores, outros empresários, o Estado, e a comunidade.

A empresa, portanto, interage com outros tantos agentes no cenário do mercado econômico e, por isso, possui sobrelevado interesse que desborda a exclusividade do seu titular. Enquanto organismo econômico que é, a empresa deve atender e respeitar outros valores além do exclusivo interesse daquele que a titulariza, daí porque o novo sistema falimentar cuidou de preservar e tutelar os interesses dos credores, empregados, da sociedade, meio ambiente, da própria atividade, e do Estado.

O instituto recuperacional foi incorporado no sistema jurídico mercantil especialmente para a tutela de todos os interesses que envolvem a atividade empresarial, isto porque, não custa ressaltar, caracteriza a empresa da atualidade a sua sobremaneira importância e relevância social. A recuperação judicial da empresa, nesta ordem, visa salvaguardar não apenas o interesse do sujeito que, individualmente ou em sociedade, exerce tal atividade econômica, mas sim, além dos interesses do devedor, o instituto principalmente da guarda aos demais interesses e valores sociais que gravitam em torno da empresa.

Desse modo, apenas se concebe e se legitima a recuperação da empresa se, na busca pela superação da crise, houver “equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem”³². Para esta doutrina, o cenário jurídico que autoriza e legitima a propositura

³² CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 124.

da ação de recuperação judicial da empresa é aquele pautado pela rigorosa observância dos objetivos, finalidades e princípios do instituto³³.

Como visto, o novo sistema de insolvência vigente no Brasil rompe o característico do individualismo que marcava a atuação do antigo comerciante e do próprio ambiente em que atuava, de modo que o interesse coletivo, social, está devidamente regulado pelo regime jurídico da recuperação de empresas.

A recuperação judicial das empresas, portanto, está prevista a partir da norma do artigo 47 da Lei 11.101/2005. A redação da norma citada, como dito, regula e tutela os interesses de todos os agentes envolvidos na relação empresarial, isto é, na medida em que a norma prevê o instituto da recuperação como sendo apto à superação da crise empresarial, para que se permita a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores, dos interesses dos credores, tudo com vistas à promoção da preservação da empresa viável e sua função social e, ainda, do estímulo à atividade econômica, está o legislador direcionando o espírito da lei à idéia da empresa institucional que atua em prol de todo o público que em suas relações encontra-se vinculado.³⁴

O sucesso da medida judicial da recuperação, é sabido, promove a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, tal qual proclama o artigo 47 da Lei 11.101/2005³⁵.

³³ Para Sérgio Campinho, “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-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 os trabalhadores, investidores, agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem. [...] 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.” (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 124-125).

³⁴ Para Simionato, “A definição legal é realmente correta. Os magistrados devem se atentar que reside aqui, no art. 47 da nova Lei, a fonte de interpretação e aplicação do novo direito falimentar, como norma definidora de deveres, funções e paradigmas de hermenêutica jurídica, fazendo valer o interesse público sobre o interesse individual dos credores, e, portanto, repercutindo sobre a análise de viabilidade econômica do plano de recuperação judicial. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122).

³⁵ Conforme Art. 47 da Lei 11.101 “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

4.2 Definição e natureza jurídica

A ação de recuperação judicial das empresas é o instituto previsto no novel regime jurídico da insolvência e que, caracterizado por novos princípios e fundamentos, propõe e regula o soerguimento do estágio de crise e a reconstrução, reorganização, recuperação da empresa, de modo que sejam satisfatoriamente atendidos os interesses sociais que interligam as relações jurídicas que gravitam em torno do empreendimento econômico respectivo.

A ciência jurídica, desde a vetusta concordata, busca não só definir os institutos empresariais que visam prover a superação das crises econômicas dos comerciantes – empresários, como ainda a natureza jurídica daqueles.

Na definição da recuperação judicial das empresas não há como se afastar do conteúdo do *objetivo* da medida, que é a superação do estado de crise econômico financeira do devedor empresário. O aspecto teleológico também encontra-se claro na dicção do art. 47 da LFRE, pois a finalidade da ação recuperacional é a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Por último, a superação da crise e êxito das finalidades promovem a preservação da empresa, sua função social e ainda estimula a atividade econômica.

A recuperação judicial da empresa, como está em nosso ordenamento jurídico, possui características que lhe aproxima do Direito Econômico, Direito Empresarial, Processual, sendo que os contornos de cada conceito estão afetos à natureza jurídica que cada autor confere ao instituto. A grande separação conceitual é feita, de um lado, pelos privatistas, que consideram a recuperação judicial um contrato celebrado entre o devedor e os seus credores e, de outro lado, os publicistas, que afirmam tratar-se de um instituto de direito público que se implementa através de uma medida processual.³⁶

A definição proposta por Sérgio Campinho caracteriza a ação da recuperação judicial da empresa como instituto do direito econômico, implementado a partir da iniciativa do devedor com a propositura da ação recuperacional própria:

o 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

³⁶ Cf. LOBO, Jorge Joaquim. Direito da Empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. *Revista Forense*, v. 379, p. 119-131, maio-jun. 2005, p. 126.

credores (cf. artigo 47). Nestas perspectiva, é um instituto de Direito Econômico. Sob a ótica processual, a medida se implementa por meio de uma ação judicial, de iniciativa do devedor, com o escopo de viabilizar a superação de sua situação de crise. Mas dita pretensão somente pode ser exercida até a declaração de sua falência.³⁷

Para o mesmo autor, a atuação e influência dos credores na aprovação do plano da recuperação da empresa denota a prevalência da autonomia privada da vontade das partes envolvidas na recuperação judicial. É certo, neste sentido, que incumbe aos credores o exame e aprovação do plano de recuperação e, por tal motivo, detém aqueles o poder, em assembleia, de definir sobre a sorte ou o revés da empresa³⁸.

A aprovação do plano por parte dos credores confere à recuperação judicial a natureza jurídica de um contrato judicial de feição novativa³⁹.

Para a jurista Maria Celeste Morais Guimarães, o aspecto processual da medida recuperacional é destacada na definição, pois, para tal doutrina,

a recuperação judicial é uma ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa.⁴⁰

Alberto Camiña Moreira define a recuperação judicial como “a ação pela qual o devedor oferece aos seus credores a possibilidade de examinar o que a lei chama de plano de recuperação judicial. Trata-se de mera proposta que pode ser aceita ou não”⁴¹.

Na definição do citado autor também se vislumbra a ideia de um contrato a ser celebrado entre o devedor e os seus credores, estes, os destinatários da proposta constante do plano. Para aquela doutrina, a recuperação judicial consiste no direito do devedor de apresentar aos seus credores uma proposta, um plano, que poderá ou não ser aceita por eles. Não se trata, pois, de medida litigiosa, mas sim de um procedimento cuja causa de pedir é a

³⁷ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 10-11.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 126.

⁴¹ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 248.

proposta de superação da crise através da efetivação de um plano estratégico que será analisado e, aprovado ou rejeitado pelos credores.⁴²

Afirma Joaquim Jorge Lobo, por sua vez, que a recuperação judicial tem natureza e características próprias do Direito Econômico, pois as normas que a regulam não visam resolver um conflito à luz do ideal de justiça, mas sim, oferecer soluções, meios e condições para que as empresas em estado de crise possam se reerguer e se reestruturar, de modo que possa voltar a cumprir sua função econômica e social na cadeia produtiva.⁴³

A doutrina em referência vê na recuperação judicial um instituto ligado ao Direito Econômico, notadamente porque a medida recuperacional tem o propósito de ofertar à empresa em crise meios que propiciem a reestruturação da atividade e, não diretamente a solução do caso sob a idéia precípua de justiça.

Marlon Tomazette, por seu turno, define a recuperação judicial como um

conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com objetivo de superar as crises de empresas viáveis. Assim, podemos estabelecer os elementos essenciais da recuperação judicial: (a) série de atos; (b) consentimento dos credores; (c) concessão judicial; (d) superação da crise; e (e) manutenção das empresas viáveis⁴⁴.

O conceito elaborado pelo didático autor revela a recuperação judicial enquanto procedimento, contrato judicial e, ainda, o seu aspecto teleológico e principiológico.

Vistas algumas definições dadas à recuperação judicial, resta-nos indicar a sua natureza jurídica. Consoante asseverado, a doutrina define a recuperação judicial das

⁴² Para Alberto Camiña: “Na recuperação judicial não há pretensão exercida contra os credores, entendida a pretensão como a afirmação de um direito contra o réu, para que seja este submetido a ele. O direito do devedor, na recuperação judicial, é de apresentar uma proposta, apresentar um plano. O destino do plano, contudo, está nas mãos dos credores, que poderão aceitá-lo, modificá-lo ou rejeitá-lo. [...] Negociação é a palavra chave; e essa negociação, conquanto se dê perante o Poder Judiciário, dá-se sem a intervenção do juiz. A lei não prevê a atuação jurisdicional para esse fim; muito embora o juiz brasileiro disponha de poderes gerais de conciliação, e ela seja mesmo muito enfatizada pela doutrina.” (Ibid., p. 249-250).

⁴³ Para Joaquim Jorge Lobo, “embora ‘ato complexo’ e ‘ação constitutiva’, a recuperação judicial tem natureza e as características de um instituto de Direito Econômico, como passo a demonstrar. Filio-me à doutrina, liderada, no País, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado, (b) possuir uma tríplice unidade: ‘de espírito, de objeto, e de método’ e (c) não orientar-se regra de direito pela idéia de justiça (princípio da igualdade), mas pela idéia de eficácia técnica devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de ‘fato de príncipe’, ‘proibições legais’ e ‘regras excepcionais’. Com efeito, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, porque suas normas não visam precipuamente realizar a idéia de justiça, mas sobretudo criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores”. (LOBO, Jorge Joaquim. Direito da Empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. *Revista Forense*, v. 379, p. 119-131, maio-jun. 2005, p. 127-128).

⁴⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3, p. 42.

empresas de acordo com a natureza jurídica que lhe é atribuída. Assim, é verdade que os adeptos da doutrina privatistas tendem a afirmar que a natureza jurídica da recuperação judicial é um contrato judicial. Os publicistas, que vêem na recuperação um instituto de direito público, afirmam que a recuperação judicial é um instituto do direito processual.⁴⁵

Conforme já citado, para Sérgio Campinho a recuperação judicial é um contrato judicial de feição novativa. É contrato que se celebra perante o poder judiciário e, depois de deferido o processamento da ação recuperacional, tal qual proclama a norma do art. 59 da Lei n. 11.101/2005, implica na novação dos créditos anteriores ao pedido.

Tomazette, segue a mesma linha que confere a natureza jurídica de contrato à recuperação judicial, e explica, ainda, que a atuação judicial presente no curso da ação recuperacional não desconfigura a sua feição contratual, pois o juiz é mero supervisor do procedimento. O poder judiciário, portanto,

não impõe a recuperação, ele só poderá concedê-la caso se chegue ao acordo entre os credores. Portanto, a recuperação judicial é um acordo de vontades entre o devedor em crise e seus credores, que se manifestam em conjunto, por meio da assembleia de credores, uma vez que possuem uma comunhão de interesses⁴⁶.

Em que pese a autoridade dos argumentos que dão à recuperação judicial a natureza jurídica de processo, principalmente diante da importância das regras processuais que regulam o procedimento, por outro lado, a relevância da atuação dos credores na aprovação, rejeição e até para determinar alterações no plano de soerguimento convergem para a conclusão que, de fato, a recuperação judicial é um contrato celebrado entre o devedor e os seus credores, sob a presidência e fiscalização do órgão jurisdicional competente.

4.3 A Ação de Recuperação Judicial das Empresas

Sob o primado da preservação da empresa e o atendimento à sua função social, o devedor cuja empresa esteja acometida de grave crise econômico-financeira superável pode, observados os requisitos concessivos que regem o instituto, postularem a recuperação judicial da empresa que titularizam.

⁴⁵ Cf. LOBO, Jorge Joaquim. Direito da Empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. *Revista Forense*, v. 379, p. 119-131, maio-jun. 2005, p. 126.

⁴⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3, p. 55-56.

Os postulados da preservação e função social da empresa, bem como a autoridade que ressaí do mandamento que prestigia o estímulo à atividade econômica (art. 47 LFRE), dão suporte e fundamento para o ajuizamento, processamento e concessão da recuperação da empresa, desde que, principalmente, haja a demonstração séria e segura por parte do requerente da viabilidade e superabilidade do estado de crise que perpassa a empresa.

Apenas as empresas ainda viáveis é que merecem a tutela recuperacional e o respectivo sacrifício, especialmente dos credores, na reunião de esforços ofertados para o salvamento da atividade econômica empresarial.

Frederico Monte A. Simionato, em precisa lição a respeito do tema, adverte:

A empresa somente deve ser socorrida caso ainda seja viável. Sociedades empresárias que porventura demonstrem fragilidade financeira e econômica, sem que se possa ao menos vislumbrar uma possibilidade séria de recuperação, deverão ser declaradas falidas, para o bem do crédito, que, em realidade, não pode ser dissipado em organismos inviáveis seja pela sua administração incompetente ou pelo volume do passivo.⁴⁷

Pois bem, a par da severa advertência doutrinária supra referenciada, resta saber quais são os sujeitos legitimados ativamente para a propositura da ação de recuperação judicial das empresas.

Inicialmente, importante afirmar que o ordenamento jurídico empresarial brasileiro, em que pese o vigente sistema falimentar ter demonstrado a devida separação entre o empresário e a empresa, na circunstância de cabimento da recuperação judicial não há a previsão de possibilidade do ajuizamento da medida por parte dos credores, do Ministério Público ou de ofício pelo Juiz.

Neste sentido, está legitimado a propor a ação de recuperação judicial da empresa o devedor empresário regular, qual seja aquele que esteja matriculado junto ao Cartório de Registro Público das Empresas Mercantis há, pelo menos, dois anos.

Desse modo, inicialmente exige-se a regularidade no exercício da atividade por no mínimo dois anos, além de não ser falido ou, se o foi, que as suas responsabilidades tenham sido extintas por sentença já passada em julgado. Ademais, não pode o postulante ter obtido há menos de 5 (cinco) seja pelo procedimento ordinário, seja pelo plano especial. Neste último caso, incide a lei sobre a vedação de obter nova concessão de recuperação judicial há menos de cinco anos pelas micro – empresas e empresas de pequeno porte, na modalidade do plano especial. Por último, o devedor que busca a concessão da recuperação judicial não pode

⁴⁷ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

ter sido condenado por crime falimentar ou, ter como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por crime desta natureza.⁴⁸

Neste ponto, percebe-se nitidamente que a figura do empresário (aspecto subjetivo) não restou separada da figura da empresa (aspecto funcional), já que, obstam o deferimento da medida de superação a ausência de registro mercantil do empresário e, ainda, eventuais efeitos da falência, principalmente os decorrentes da condenação criminal, em desfavor de sua pessoa.

O devedor deve ainda expor na petição inicial que inaugura a pretensão pela recuperação judicial da empresa as causas concretas da crise e da situação patrimonial, instruindo-a com os documentos contábeis exigidos na norma do artigo 51 da afirmada lei de regência.⁴⁹

⁴⁸ Conforme dispõe o Art. 48. “Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

⁴⁹ Assim dispõe o Art. 5: “A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. § 1o Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. § 2o Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica. § 3o O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1o e 2o deste artigo ou de cópia destes. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

Cumpridos os requisitos de ordem subjetiva e formais, o juiz decidirá pelo processamento da medida de recuperação e, uma vez deferida, o devedor terá o prazo de 60 dias para apresentar em juízo o plano de recuperação, sob pena de, em não o fazendo, ter a sua falência decretada. O plano, cujo regramento consta do art. 53 da LFRE, deverá apresentar de modo discriminado e pormenorizado os meios de recuperação que integram a estratégia adotada pelo devedor, além da demonstração segura da viabilidade da empresa. O plano deve estar acompanhado do laudo de avaliação dos ativos do devedor recuperando, subscrito por profissional habilitado para tanto.

Sobre os meios de recuperação judicial, o legislador listou, em rol que apenas é exemplificativo, nada mais nada menos que 16 (dezesesseis) opções ofertadas ao devedor em crise, estas, lançadas no texto do artigo 50 da regência normativa da lei 11.101/2005⁵⁰.

A este respeito, tem a boa doutrina que o meio de soerguimento mais indicado para o sucesso da recuperação consiste na séria reorganização empresarial, isto, por exemplo, a partir da contratação de novos diretores e a saída dos anteriores, especialmente nas sociedades administradas por grupos familiares, em que, não raro, os administradores não possuem a necessária capacitação para a empresa.⁵¹

Profissionais de aptidão comprovada devem servir ao devedor na escolha da estratégia de salvamento, tais como economistas, contabilistas, administradores, analistas de mercado e,

⁵⁰ No Art. 50 da Lei 11.101, “Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor. § 1º 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. § 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

⁵¹ Cf. SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 27.

por óbvio, juristas. Operações de fusão, transformação, cisão e até incorporação consistem em vigorosos meios de superação da crise e satisfatória recuperação da atividade empresarial⁵².

O juiz ordenará a publicação de edital contendo o plano de recuperação, podendo os credores apresentarem objeção ao mesmo, no prazo de 30 dias, tal como reza o art. 55 da LFRE.

Não havendo objeções ao plano, o juiz concederá ao devedor a recuperação judicial da sua empresa. Havendo objeções ao plano por qualquer credor, o juiz convocará assembleia geral de credores para a deliberação a respeito do plano apresentado.

A assembleia de credores, por sua vez, é o órgão deliberativo que detém competência exclusiva para aprovar, rejeitar ou propor modificações ao plano de recuperação judicial da empresa.⁵³

Em assembléia, conforme prevê o art. 41 da LFRE quatro são as classes dos credores que deliberam e votam o plano, a saber, (a) os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho; (b) titulares de crédito com garantia real; (c) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e

⁵² De forma didática, Frederico A. Monte Simionato expõe que: “Com efeito, a sistemática da concordata, como favor legal, desaparece do moderno direito falimentar, porque o modelo jurídico das concordatas se esgotou por completo. Então faz-se necessário um novo mecanismo para o salvamento empresarial, e o principal é verdadeiramente a reorganização societária. Será extremamente difícil que uma empresa em crise consiga se salvar sem passar pela fusão ou pela incorporação. Isto leva de imediato à questão para o direito da concorrência. Não raro empresas deficitárias são adquiridas por grupos extremamente competentes e que as reorganizam e logo depois providenciam a venda destas mesmas empresas, até para os seus concorrentes mais diretos. Estas empresas existem para cumprir este objetivo de reorganização, e auferir os lucros quando da venda das mesmas.” (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 27).

⁵³ Compreende-se que seja mesmo da assembleia a competência para deliberar sobre o plano de recuperação porque é ela composta de credores, destinatários do plano e que sofrerão as conseqüências do seu sucesso ou insucesso. A análise do risco, das vantagens e desvantagens, há de ser feita pelos credores, em reunião específica para esse fim convocada, que recebe o nome de assembleia de credores. Ao atribuir tal tarefa a um órgão, a lei, *ipso facto*, retira-a de qualquer outro, inclusive do juiz. Não há, pois, possibilidade de se estabelecer qualquer espécie de conflito, no concernente ao exame do plano de recuperação, entre a assembleia de credores e o juiz. Foi subtraído do juiz, a princípio, a possibilidade de examinar o plano de recuperação e de impô-lo aos credores, com a exceção que será examinada mais adiante.” (MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, Cap. 7, p. 253).

subordinados e, (d) os créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.⁵⁴

Na deliberação sobre o plano, conforme previsto no art. 45 todas as classes citadas deverão aprová-lo. No tocante aos titulares de créditos derivados da legislação trabalhista e os acidentários, estes devem aprovar a proposta pela maioria simples dos presentes. Tem-se, na hipótese, o voto “por cabeça” e não pela importância do crédito. Da mesma forma se dá o voto e aprovação dos titulares de créditos enquadrados como microempresa e empresa e pequeno porte.⁵⁵

No que é afeto aos titulares dos créditos com garantia real estes votam conforme está previsto no já referenciado § 2º do art. 41, ou seja, até o limite do bem gravado e com a classe dos quirografários, privilegiados e subordinados votam com o remanescente do crédito. Já os integrantes da terceira classe votam pela totalidade de seus créditos, devendo aprovar o plano os credores que representem mais da metade dos créditos presentes em assembleia.

Ainda que a aprovação do plano esteja, conforme as regras normativas ora citadas, a cargo dos credores, a depender do quorum obtido em assembleia, mesmo que não tenha havido a aprovação do plano segundo o art. 45, poderá o juiz aprová-lo.

Neste sentido, de acordo com o § 1º do art. 58 da Lei n. 11.101/2005, o juiz poderá conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sido aprovado em assembleia segundo o art. 45 da lei de regência em apreço, desde que, estejam presentes, cumulativamente, as seguintes hipóteses:

⁵⁴ Assim dispõe o Art. 41: “A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) § 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do caput deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor. § 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do caput deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do caput deste artigo pelo restante do valor de seu crédito. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

⁵⁵ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta. § 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. § 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. § 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

(a) I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; (b) II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; (c) III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. (d) § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.⁵⁶

A aprovação do plano por decisão judicial, num exame menos acuidoso, parece não ser a forma natural para a concessão da recuperação da empresa, notadamente quando se analisa a natureza jurídica concordatária/acordo entre o devedor e credores.

Na mesma linha, também não se trata do chamado *cram dow*, que é instituto em vigor no direito comparado, por exemplo no Estados Unidos, e que é entendido como a concessão da recuperação judicial mesmo contra a vontade dos credores.

O permissivo constante do § 1º do art. 58, seguramente não retrata a imposição da recuperação judicial pelo juiz contra a vontade dos credores, isto porque, entre as condições legais que autorizam a concessão da recuperação naquelas circunstâncias, destaca-se a presença da vontade da maioria dos credores convergente para a concessão da recuperação e, ainda, a impossibilidade de tratamento diferenciado entre os credores das classes que aprovaram e rejeitaram o plano.

Tomazette, *apud* Eduardo Secchi Munhoz, explica:

Assim, deve se entender possível a imposição do plano de recuperação judicial aos credores, desde que não haja uma discriminação injusta, desde que se atenda ao melhor interesse dos credores e desde que o plano seja justo. Caberá não ao arbítrio, mas ao convencimento do juiz, a identificação desses critérios nos casos concretos para a aplicação de um *cram down* no Brasil, pelos benefícios que tal instituto traz. Eduardo Secchi Munhoz foi extremamente feliz ao afirmar que é “hora de superar o dualismo soberania do juiz vs soberania dos credores, que se tornou anacrônico no direito falimentar contemporâneo, em vista do consenso em torno da ideia de que o sistema deve procurar conciliar o papel do juiz, do devedor e dos credores na produção de soluções que atendam a função pública do direito da empresa em crise.”⁵⁷

A aprovação do plano pelo juiz segundo lhe autoriza a norma do art. 58, ainda que não tenha havido a aprovação do plano pela assembleia de credores, decorre muito mais de uma proteção à relevância pública e socioeconômica da empresa do que apenas e simplesmente

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014.

⁵⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3, p. 208.

uma imposição pura e singela da recuperação a contragosto dos credores. A concessão da recuperação judicial ao devedor nestas circunstâncias apenas se legitima na medida em que a maioria dos credores, conforme o §1º do art. 58, tenha aprovado e anuído com a proposta de soerguimento apresentada.

Concedida a recuperação, seja pela deliberação e aprovação dos credores em assembleia, seja pela decisão judicial nos moldes previstos em lei, o devedor permanecerá em recuperação até que haja o cumprimento das obrigações constantes do plano que vencerem até 2 (dois) anos após a concessão da medida. Eventuais obrigações previstas para cumprimento após o prazo de dois anos deverão, igualmente, ser cumpridas pelo devedor recuperando, sob pena de que, a par da autoridade executiva da decisão judicial concessiva da recuperação, tenha em seu desfavor o pedido de falência formulado.

Por último, o devedor poderá ainda ter a sua falência decretada se esta for a vontade da assembleia de credores e, ainda, quando não apresentar o plano no prazo de 60 dias da decisão que defere o processamento; quando não obtiver a aprovação do plano perante a assembleia e, quando não cumprir qualquer obrigação assumida no plano de recuperação judicial devidamente aprovado.

O propósito da presente pesquisa não é a abordagem completa do instituto da recuperação judicial das empresas, mas sim, uma passagem em geral pelas principais disposições normativas afetas ao instituto em referência.

4.4 Os objetivos, finalidades e princípios que regem a recuperação judicial das empresas

A vigência da atual lei de falências (11.101/2005) revelou para o ordenamento jurídico brasileiro uma nova normatização de viés robustamente principiológico que, nitidamente, conduz ao somatório de esforços interpretativos e de aplicação dispostos à proteção e manutenção da atividade empresarial em crise econômica superável.

O preceito finalístico e principiológico que integra o conteúdo do artigo 47 do ordenamento recuperacional (lei n. 11.101/2005) constitui uma verdadeira proclamação dos

princípios e objetivos que devem ser observados e aplicados pelo intérprete na recuperação judicial das empresas.⁵⁸

Como se lê do artigo em referência, a recuperação judicial tem por *objetivo* viabilizar a superação da 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.

O artigo 47 da Lei n. 11.101/2005, desse modo, instituiu na ordem jurídica brasileira a importante escala de objetivos, finalidades e princípios, que devem ser velados pelo intérprete e aplicador da norma no trato da questão. Neste sentido, o *objetivo* da recuperação judicial da empresa é a superação da crise econômica financeira do devedor empresário, cuja atividade, a bem da verdade, seja ainda viável. A busca do objetivo de soerguimento proposto na lei tem a *finalidade* de permitir a tutela dos interesses sociais anexos à atividade empresarial, dentre os quais, destaca-se a manutenção da fonte produtora de riquezas (*a empresa*) e, por corolário, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. A rigorosa observância dos preceitos recuperacionais não de promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Com acerto, Jean Carlos Fernandes, em artigo publicado, preceitua:

Confiante nessa orientação caminhou o legislador brasileiro. A recente edição da Lei de Recuperação e Falência de Empresas trouxe uma verdadeira declaração de princípios em seu art. 47, estipulando ainda a ordem de prioridades no regime de insolvência, onde se observa o prestígio à continuidade da empresa, como atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços.⁵⁹

O art. 47 da lei recuperacional prevê abertamente a necessária obediência aos princípios da função social e preservação da empresa. No entanto, a doutrina especializada, sem consenso, categoriza de diversos modos o leque de princípios que dá fundamento à recuperação da empresa, já que, alçam ao patamar normativo dos princípios os objetivos e finalidades do preceito, quais sejam a superação da crise, a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e os interesses dos credores. Em que pese a diversidade de

⁵⁸ “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

⁵⁹ FERNANDES, Jean Carlos. Reflexões sobre a nova lei falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial. *Revista de Direito Mercantil*, v. 45, n. 141, p. 169-184, jan./mar. 2006, p. 173.

entendimentos e textos doutrinários, não há divergência a respeito do mandamento fundamental previsto no art. 47, que decorre do dever de observância aos princípios da preservação e função social da empresa.

Com efeito, o exame criterioso da norma em referência revela que a mesma distribui ao longo do texto positivado não só os fundamentais princípios da preservação e função social da empresa, mas ainda o objetivo declarado do instituto e as suas finalidades.

De outro lado, percebe-se ainda que o atual sistema recuperacional apresenta-se muito mais eficiente que a pretérita concordata, mesmo porque, o antigo e revogado instituto concedia a tutela protetiva ao sujeito titular da empresa, na medida em que era considerado um “*favor legal*” outorgado ao comerciante infeliz, porém honesto.

O retrato da revogada concordata, com efeito, conduz à inarredável conclusão de que aquele instituto voltava-se em benefício dos interesses do titular da empresa, ao passo que, a recuperação judicial da empresa-atividade, instituto em vigência, tem o objetivo de prover a superação da crise e a finalidade de proteger os interesses do empresário, dos seus empregados e credores, tudo isto, a par dos princípios preservação da empresa e sua função social. Reside aí a importância social e coletiva da empresa no mundo moderno capitalista.

Para Ricardo Negrão a nova tutela principiológica recuperacional trazida pela Lei n.11.101/2005 diferencia-se do sistema revogado, isto porque, aquele dirigia-se à pessoa do comerciante e, atualmente, o objetivo da recuperação judicial é a tutela da empresa em seu aspecto funcional, aos meios de produção e aos trabalhadores.⁶⁰

Neste ponto também se revela outro dado característico da nova ordem falencial, que é a separação, para fins de sujeição à autoridade da lei, dos sujeitos - empresário e empresa. O propósito de salvamento contido no instituto da recuperação judicial da empresa e, também no procedimento da falência, é a própria atividade econômica e todos os seus contornos de interesse, daí porque, em sendo necessário e à guisa de exemplo, o afastamento do devedor empresário do comando administrativo da recuperanda pode ser determinado, conforme previsto no art. 64 da Lei n. 11.101/2005.

Na falência, a propósito, tal como está previsto no art. 75 da referenciada lei, o afastamento do devedor do comando administrativo decorre da essência do princípio da

⁶⁰ Para Ricardo Negrão: “A tutela do Decreto-Lei n. 7661/45, ao promover a recuperação do devedor, concedia-lhe “um favor legal”, expressão que, embora imprecisa, revelava a natureza protetiva do titular da empresa – o empresário individual ou a sociedade empresária. Dirigia-se à *pessoa* (aspecto subjetivo) e não à empresa (aspecto funcional), aos meios de produção (aspecto objetivo) e aos trabalhadores (aspecto corporativo), o que se percebe claramente da doutrina em torno da destinação da concordata” (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 124).

preservação da fonte produtora. Está, pois, claro, que a nova ordem falimentar e recuperacional promoveu a devida separação entre o empresário e a empresa, de modo que a tutela normativa é dirigida, mormente no tocante à efetivação do objetivo que converge para a manutenção da fonte produtora, à preservação da empresa – atividade – no cenário econômico, e não do empresário exclusivamente.

A dissociação feita pela lei entre a empresa e o empresário decorre ainda da feição publicista que modernamente se empresta à atividade empresarial, ou seja, os interesses que envolvem a empresa são de toda ordem, desde os individuais de cada sócio ou do empresário individual, do controlador, do acionista majoritário, minoritários, até os interesses meta sociais e coletivos, constante dos empregados, investidores, comunidade, consumidores, Estado, etc., os quais merecem a mesma sorte de tutela jurídica.

O soerguimento da atividade empresarial, neste passo, requer que os esforços envidados para tanto objetivem a superação da crise para a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores, da tutela dos credores e, não apenas o interesse individual do titular da empresa. Este é o moderno entendimento jurídico acerca da relevância social da empresa enquanto unidade econômica de produção ou circulação de bens e serviços.

Oportuna e sempre profícua é a lição de Frederico A. M. Simionato:

A dissociação entre a empresa e o empresário é o ponto fundamental do novo direito falimentar, porque é esta distinção que possibilitará o afastamento do dirigente da empresa sem, contudo, corresponder à cessação da atividade funcional da empresa. Assim, o conceito de empresa sobreleva o do empresário, no que diz respeito às finalidades sociais e econômicas, sendo possível o seu afastamento imediato para melhor aplicação do plano de reorganização. Com efeito, a referida dissociação possibilita que a empresa ainda viável economicamente seja administrada com maior eficiência, até porque o dirigente incompetente será privado de suas funções.⁶¹

A nova ordem recuperacional, assim, não protege e nem tutela apenas e tão somente o interesse individual do empresário, notadamente, porque a empresa, inserida num contexto socioeconômico do qual depreende a sua extrema relevância social e coletiva, reclama uma moderna e ampliada proteção normativa de todos os interesses que lhes são conexos (*fisco; empregados; credores; consumidores; economia, etc.*), razão esta que dá azo à compreensão do sentido finalístico do atual sistema jurídico falimentar e dos princípios que lhe dão fundamento.

Os princípios mais importantes do sistema de recuperação da lei nº 11.101/2005, portanto, são os seguintes:

⁶¹ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 33.

4.5 Princípio da Preservação da Empresa

Todo o suporte normativo do vigente sistema falimentar visa a preservação da empresa viável no mercado empresarial e o cumprimento de sua função social. Tal princípio, é importante adiantar, tutela a manutenção da empresa ainda viável no mercado e sociedade em que está inserida, sendo também certo que o conteúdo normativo deste decorre da função social que a empresa exerce nesta era moderna.

O princípio fundamental da recuperação judicial da empresa, portanto, é o da preservação da empresa, e isto se dá em razão da relevância econômica dos interesses que gravitam em torno da atividade empresarial, esta, enquanto unidade econômica organizada para a produção e circulação de bens e de serviços, dotada de sobrelevada função social.

A empresa, com efeito, gravita no centro da economia de mercado e como tal possui preponderante relevância social, pois, ao realizar o objeto social da atividade, o empresário ou sociedade empresária encetam relações de cunho econômico com outros agentes do mercado, seja vendendo, gerando empregos, recolhendo tributos, levando desenvolvimento e progresso na comunidade em que está inserida, enfim, a atividade empresarial caracteriza-se por sua potencial e eficiente geração de riquezas no cenário socioeconômico.

Com propriedade, Sérgio Campinho enfatiza que a empresa deve ser vista como unidade econômica, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento social de um país, por isso a tutela preservacionista ditada pela norma do art. 47 da LFRE.⁶²

O princípio da preservação da empresa, todavia, não se restringe ao citado preceito recuperacional específico (*art. 47 LFRE*), pois, sua influência pode igualmente ser verificada em vários outros dispositivos da lei, tais como naquele que suspende o curso das execuções e ações que possam alcançar o patrimônio do devedor por até 180 dias depois de deferido o processamento da recuperação judicial (*art. 6º, caput*), no dispositivo que impede a alienação ou sujeição de ônus dos bens que integram o estabelecimento empresarial (*art.66*), a venda ou retirada de bens de propriedade dos credores titulares da posição de proprietários fiduciários,

⁶² Para Sérgio Caminho “O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, movido 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”. (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 124).

arrendador mercantil, compra e venda com reserva de domínio (art.49§ 3º) e, até mesmo, no processo falimentar (art. 75 *caput*).

Também está presente o princípio da preservação da empresa, igualmente, no dispositivo que revela verdadeiro estímulo aos novos financiamentos e à manutenção do fornecimento de bens e serviços durante o período da recuperação judicial (art. 67), posto que categoriza, no nível dos extraconcursais, os créditos havidos durante a recuperação, caso haja falência da recuperanda e, ainda, confere privilégio geral aos créditos vinculados à recuperação por credores que, durante a fase de recuperação, continuem a provê-los.

Finalmente, como asseverado, mesmo na falência percebe-se a preocupação do legislador com a preservação da empresa, especialmente nas regras previstas nos arts. 95 (*que autoriza o devedor a pleitear sua recuperação judicial como meio de defesa, de forma incidental, dentro do prazo legal para contestação de pedido de falência apresentado por determinado credor*) e 140 e seus incisos da LFRE (*que indicam a preferência legal pela venda do conjunto de estabelecimentos do falido, pelos estabelecimentos singularmente considerados ou, pelo menos, de blocos de bens aptos à utilização produtiva*), hipótese esta que resulta em verdadeiro prestígio à manutenção do núcleo econômico de produção.

A incidência do princípio da preservação da empresa no processo falimentar, certo é, não se afigura contraditória ou sem coerência, pois, a preservação e otimização dos recursos produtivos do devedor falido, igualmente, garantem a satisfação não só do maior número de credores envolvidos no processo falimentar, mas ainda, dos sociais e coletivos interesses que integram e gravitam o universo empresarial.

Na falência, a prioridade da venda em bloco do estabelecimento que compõe a massa falida faculta a possibilidade de manter o núcleo de produção na mesma comunidade em que já estava integrado, agora com os novos titulares da empresa, fazendo-se com que a função social daquela seja atendida, mantendo-se, pois, os reflexos econômicos da empresa em prol dos demais agentes que estão, diretamente ou não, envoltos àquele fenômeno econômico que é a atividade empresarial.

Veja, portanto, a importância da preservação da empresa, pois tal mandamento consta não só do instituto recuperacional, como também dá fundamento ao processo liquidatório concursal, tudo isto, para que não se atenda de forma exclusiva tão somente os interesses dos credores ou do empresário na falência, mas sim, todos os macro interesses sociais que integram a complexa rotina afeta à atividade empresarial.

Anota Adriana Valéria Pugliesi:

No direito brasileiro, a Lei n. 11.101/2005 modificou expressamente o enfoque do tratamento do empresário em crise, dando destaque, efetivamente, ao tratamento da crise das empresas e levando em consideração o centro múltiplo de interesses que esta representa: “do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral”.⁶³

E acrescenta a mesma autora:

Mas há, com efeito, uma peculiaridade fundamental a ser lembrada e pela qual a lei concursal brasileira atual fez romper, definitivamente, com as tradicionais funções do Direito Concursal, tal como era disciplinada nos diplomas anteriores: o princípio que inspira a norma do art. 75 da Lei n. 11.101/2005 é o mesmo retratado no art. 47 da lei concursal vigente, ou seja, o princípio da *preservação da empresa*.⁶⁴

A preservação da empresa, princípio em destaque no sistema recuperacional vigente, deve ser aplicado e interpretado em prol das empresas que possuem potencial de superação, ou seja, não de merecer a tutela da preservação apenas as empresas que demonstrem e comprovem efetiva capacidade e viabilidade econômica. As empresas economicamente inviáveis, irrecuperáveis, deverão seguir o revés da experiência liquidatória falimentar.

Não se pode pretender a manutenção de uma empresa a qualquer custo, ou, às custas dos sacrifícios da comunidade credora, notadamente se a atividade respectiva não demonstrar de modo seguro a necessária viabilidade econômica que da fundamento à aplicação do citado princípio. Insistir ou manter empresas absolutamente inviáveis em atividade, mesmo que sob o domínio de novos titulares, nada mais é do que transferir o risco do negócio para o mercado, sejam os credores, empregados, consumidores, circunstância esta que não pode ser admitida.

Com acerto, Frederico A. M. Simionato afirma:

Quando da inviabilidade da empresa, tornar-se-ia inútil salvá-la, devendo aplicar-lhe o remédio da liquidação, nos termos falimentares. O fracasso não pode ser premiado com a tentativa da sua perpetuidade. Entidades fracassadas, inviáveis, que lesam o crédito, devem sucumbir diante das premissas históricas que são caríssimas à dogmática do direito falimentar clássico.⁶⁵

Aquelas empresas certamente inviáveis sob o ponto de vista econômico não merecem a tutela jurídica da recuperação e, tampouco, a sua preservação no mercado. O princípio em

⁶³ PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e preservação da empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 25.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 30 (*Grifo Nosso*).

⁶⁵ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 21.

referência pela preservação da empresa que detenha ainda utilidade econômica a par da efetiva comprovação de sua viabilidade.

Interessa a tutela recuperatória da empresa e, por conseguinte, sua preservação no cenário econômico, se o resultado da proposta de recuperação atender a todos os interesses – devedor, credores, empregados, fornecedores, comunidade – isto é, que haja a demonstração e o convencimento de que a preservação da empresa não se apresenta nociva ou muito custosa para o mercado que integra.

Desse modo, a despeito da importância do princípio da preservação da empresa, que se apresenta como vigoroso fundamento do instituto da recuperação, deve ser frisado que somente as empresas economicamente viáveis é que farão jus à tutela recuperacional, sob pena de, ao contrário, transferir-se ao mercado, notadamente aos credores, empregados, consumidores e comunidade, todos os riscos afetos ao negócio acometido de patologia creditória flagrantemente incurável.

4.6 A função social da empresa e o estímulo à atividade econômica

A noção preservacionista da empresa segue fundada na importância que a mesma exerce no cenário socioeconômico em que está inserida. Não se comunga, nestes tempos modernos, da idéia da empresa voltada para o atendimento exclusivo, individual e egoísta apenas do seu titular.

O princípio da função social da empresa, outrossim, integra ainda o conteúdo normativo do princípio da preservação da empresa, ou seja, a preservação da atividade empresarial depreende-se relevante na medida em que deriva da função social que a empresa exerce perante os demais agentes econômicos que com ela encetam toda a ordem de relações jurídicas.

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal proclama no artigo 170 que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa para a aplicação do capital, com a finalidade de prover a todo o povo sua existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A normatização afeta à ordem econômica, mandamento constitucional que tem a finalidade de garantir a todos uma existência digna, é igualmente aplicada à atividade de

empresa – organização econômica para a produção de riquezas – exigindo-se do seu titular a obediência aos princípios que integram a afirmada norma Constitucional.

A empresa na atualidade, notadamente após a entrada em vigor da Carta Política de 1988, possui novo e fundamental paradigma, que é a necessidade do seu exercício a par dos efeitos normativos dos princípios gerais da ordem econômica, fato este que determinou o deslocamento da atividade empresarial da órbita meramente privada para o reconhecimento de seu atual e imprescindível aspecto e importância socioeconômica.

A propósito, também merece a devida observação o fato de que a Lei das Sociedades por Ações trata expressamente da função social da empresa no parágrafo único do art. 116, determinando ao acionista controlador a observância da função social da companhia na realização do seu objeto. O mesmo princípio consta expressamente dos arts. 154 e 165 do mesmo diploma legal, orientando não só os administradores, como ainda os membros do conselho fiscal, para que exerçam as suas atribuições de acordo com a função social da empresa.⁶⁶

No mesmo sentido dispõe o Código Civil, no artigo 421, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Vê-se, pois, que a função social da propriedade, da empresa e dos contratos ornamenta o sistema jurídico brasileiro, determinando-se o exercício solidário de tais direitos e liberdades. A empresa que, por sua vez, é organismo econômico que enceta diariamente toda a ordem de relações negociais, deve harmonizar os interesses exclusivos da empresa àqueles outros interesses sociais cujos titulares são os demais agentes do mercado, a sociedade, o meio ambiente e a própria comunidade societária.

A respeito da função social, Comparato⁶⁷ afirma que é o poder-dever do proprietário de vincular o objeto da propriedade a um destino determinado. Desse modo, o sistema

⁶⁶ No Art. 116, “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”, e conforme o Art. 154, “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.” (BRASIL, Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 23 ago. 2014).

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.

econômico deve ser examinado em sua globalidade, fato que não autoriza considerar a atividade empresarial como matéria de interesse exclusivamente privado.

Quer-se dizer, neste sentido, que o exercício da empresa na atualidade não mais interessa e tampouco deve atender apenas aos interesses do sujeito que titulariza o empreendimento, isto porque, a matiz e contorno econômico que ressaí da empresa determina que a mesma se realize em boa harmonia e respeito aos coletivos e sociais interesses que a envolvem.

A empresa, centro econômico de produção de riquezas, é atividade que se insere na ordem econômica e financeira do País, aí a razão fundamental que converge para a sua nova perspectiva, qual seja o exercício da atividade segundo o postulado da função social, dever jurídico que denota natureza sobremaneira pública.

A atividade empresarial, por sua vez, é de natureza privada e regida conseqüentemente pelo direito privado, entretanto, o exercício daquela, dados os interesses coletivos e sociais por ela abrangidos, se legitima na medida em que interesses de ordem social, públicos, o sejam observados com rigor.

A recuperação judicial da empresa, portanto, no direito empresarial atual e moderno, visa tutelar não apenas os interesses do empresário, mas sim, os interesses de viés social e coletivo, a verdadeira proteção da comunidade credora, societária, dos empregados, do Estado, que aproveitam e se beneficiam dos efeitos econômicos que emergem da empresa.

Não é por acaso, então, que a recuperação judicial da empresa, quando cabível, promove não só a preservação daquela, mas, a tal preservação é defendida porque também está fundada na função social que a empresa exerce no seio de toda a sociedade que, de um ou de outro modo, tem junto com ela, a empresa, toda uma ordem de interesses interligados.

A função social da empresa justifica, desse modo, a reunião de esforços para a preservação da respectiva fonte de riquezas econômicas, isto é, busca-se a preservação da empresa com o escopo de garantir e promover a importante função social que dela se extrai.

De modo mais claro e preciso, expõe Bernardo Gonçalves Fernandes que:

Falar em função social, portanto, não pode ser confundido, nem mesmo reduzido às diversas limitações negativas a que o direito de propriedade deve se submeter, isso porque a função social está ligada à substância do direito de propriedade. Antes de tudo, registra-se que é uma alteração na mentalidade: o direito de propriedade perde o caráter absoluto e, com isso, sua razão de ser passa a estar ligada à utilização da propriedade em ditames de inspiração socialista. É, portanto, elemento legitimador do próprio direito, sendo objeto intrínseco a este, e não algo externo. Por isso, é possível afirmar que propriedade é hoje um *poder-dever* que se volta tanto para o

atendimento do interesse privado de seu titular (privado) quanto ao interesse coletivo (público), devendo o uso da propriedade buscar o correto equilíbrio entre ambos.⁶⁸

Como se vê, é sobremaneira importante a investigação do teor normativo e teleológico do princípio da função social da empresa, isto para que se possa compreender melhor o aspecto científico do preceito.

Anuncia o art. 47 da LFRE, como sabido, que a superação da crise econômica financeira do devedor promove, além da preservação da empresa, também a sua função social e o estímulo à atividade econômica. O preceito em referência, que se destaca no ordenamento nacional pelo conteúdo principiológico que nele se observa, deve ser lido e compreendido à luz do mandamento constitucional do art. 170 da Constituição Federal que, sabidamente serve para também integrar e preencher o conteúdo do ora referenciado preceito recuperacional.

Inicialmente, acredita-se que a superação da crise econômica do devedor promove a função social da empresa porque, cumpridas as finalidades do instituto – a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores – seguramente estar-se-á atendendo diretamente a função social da propriedade sobre os meios de produção, isto é, da empresa.

Do anúncio normativo que ressaí do art. 47 da LFRE, neste sentido, denota que a função social da empresa será atendida desde que a superação da crise econômica (*objetivo*) seja eficaz para atender as finalidades sociais do instituto, quais sejam a manutenção da fonte geradora de riquezas (empresa), o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores.

De igual modo o princípio da função social pode ser interpretado e concebido no sentido de que a preservação da atividade no mercado propicia a existência da empresa e esta, na modernidade, deve ser exercida de forma harmônica com todos os interesses que lhes são conexos. Estando presente para o mercado, apenas se admite o exercício legítimo da empresa se, tal atividade, for empreendida sob a autoridade do mandamento constitucional do art. 170, ou seja, em severa obediência essencialmente à sua função social.

Oportuna é a lição de Gladson Mamede, para quem a preservação da empresa decorre do princípio da função social, ou seja, preserva-se a empresa com o propósito que ela atenda a sua função social. Eis a citação do autor:

A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no

⁶⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2012, p. 1256.

mínimo indiretamente – com a sua atividade. E, como visto no volume I desta coleção, corolário da *princípio da função social da empresa* é o *princípio da preservação da empresa*, metanorma que é diretamente decorrente da anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social.⁶⁹

A relação entre estes fundamentais princípios do instituto jurídico da recuperação judicial da empresa, *função social e preservação da empresa*, por certo que deve ser plenamente harmônica, o que facilita a compreensão do intérprete acerca da importância de ambos no cenário econômico empresarial.

Demais disso, pode-se também concluir que a recuperação da empresa é responsável pela promoção da respectiva função social daquela porque, na atualidade, não concebe como legítima a atuação empresarial em descompasso com os princípios gerais que regem a ordem econômica. Assim, o exercício da atividade empresarial se legitima na medida em que é realizado segundo as normas que regem a ordem econômica.

Proclama, pois, a norma constitucional ditada pelo art. 170:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.⁷⁰

A função social da empresa é atendida na medida em que o exercício daquela atividade, que decorre da livre iniciativa na organização do capital para a produção e circulação de bens e serviços, prima pelo respeito à valorização do trabalho humano, no emprego da função social da propriedade, respeito aos direitos dos consumidores, trabalhadores, enfim, de forma ética.

⁶⁹ MAMEDE, Gladson. *Direito Empresarial brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 182.

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2014.

Bernardo Gonçalves Fernandes, em lúcida lição, expõe:

Mesmo que a Ordem Econômica brasileira seja fundada na liberdade de iniciativa econômica, garantindo o direito de propriedade privada dos meios de produção – típico dos modelos capitalistas –, a Constituição de 1988 instituiu diversos princípios sob os quais se subordinam e limitam o processo econômico, a fim de que com isso, se possa direcioná-lo para a persecução do bem-estar de toda a sociedade, notadamente na melhoria da qualidade de vida.⁷¹

Os titulares da empresa devem, em obediência à sua função social, harmonizarem as atividades negociais segundo os interesses da empresa e da sociedade na qual está inserida. Nesta frente, deve o sócio controlador, os membros da diretoria, conselhos, realizar o objeto social em criteriosa harmonia e lealdade com os interesses do mercado econômico, dos empregados, consumidores, sócios, do meio ambiente e da própria sociedade como um todo.

O cumprimento da função social da empresa, neste entendimento, decorre do exercício ético da atividade mercantil. A ética, ou a obediência à função social da empresa, trata-se de verdadeiro dever a ser observado por seu titular no sentido mais essencial do exercício da atividade. Inconcebível, atualmente, a empresa que não respeita os valores ambientais, humanos, econômicos, societários. A busca pelo lucro, objetivo de qualquer empresa, está hodiernamente balizado pelo dever ético que deve ser cumprido no exercício da atividade com foco no atendimento de sua função social.

De Lucca em citação do professor José Henrique Silveira de Brito, assinala:

Ver na ética um caminho para promover as empresas aos olhos da opinião pública não é uma fantasia, uma miragem. Uma empresa que põe em primeiro lugar os seus clientes, que respeita o meio ambiente, que reconhece ter uma responsabilidade social, que se preocupa com a vida cultural dos seus trabalhadores, que está atenta a todos os que, direta ou indiretamente, têm alguma relação com ela, melhora sua imagem e tira disso benefícios de diversa índole e, entre eles, benefícios econômicos. Tornou-se evidente para os empresários e gestores que a empresa não se relaciona apenas com as pessoas que têm a ver diretamente com a sua produção do ponto de vista econômico. As empresas têm outros tipos de relações para além das meramente econômicas, utilizando-se hoje em dia o termo *Stakeholders* para designar aqueles que têm a ver diretamente com a sua produção do ponto de vista econômico.⁷²

Nesta toada, admitir o exercício da empresa na contemporaneidade sem a devida obediência ao cumprimento de sua função social e sem postura ética e moral, constitui severa

⁷¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador, Jus PODIVM, 2012, p. 1253.

⁷² BRITO, José Henrique Silveira de. A ética na vida empresarial. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, tomo LV, Fasc. 4, out./dez. 1999 *apud* DE LUCCA, Newton. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 339.

violação ao mandamento constitucional do art. 170 e das regras e princípios infranconstitucionais que compõem o ordenamento jurídico mercantil.⁷³

A empresa da modernidade deve se ater a interesses transindividuais, deve atender e buscar a efetivação da felicidade e bem estar de toda a comunidade, não sendo mais aceitável o exercício da atividade sem a devida obediência ética e moral e em desarmonia com os interesses da sociedade. Desafia o titular da empresa, por conseguinte, a organização da atividade em boa harmonia com os interesses da sociedade.

O exercício da empresa em todas as suas fases deve estar compreendido pela boa noção de ética e responsabilidade social por parte do seu sujeito, de modo que a atividade sirva aos interesses sociais que por conta dela subsistem, ou seja, o empresário deve reconhecer a importância e velar pela proteção da saúde e integridade dos valores humanos que são alcançados por sua empresa, pela proteção ao meio ambiente e ao próprio sistema econômico do mercado e Estado.

A recuperação da empresa do estado de crise e, conseqüentemente a sua preservação, por efeito reflexo conduz à idéia de promoção da função social, na medida em que o legítimo e válido exercício da atividade empresarial somente se constata se tal atividade, hoje dotada de perfil público e interesse coletivo, cumprir a necessária e imprescindível função social.

Esta função social, por fim, denota-se tal como exposto no exercício da empresa de forma harmônica com os valores meta sociais e transindividuais que com ela interagem, isto é, na medida em que o seu titular a exerce com severo respeito e valorização, por exemplo, do trabalho humano, ao meio ambiente, à sociedade na qual está integrada, ao mercado, aos parceiros de negócio, empregados, credores e comunidade societária.

Em outro sentido, o fiel cumprimento e observância da função social da empresa, ainda, depreende-se igualmente como fator de sobrelevada preponderância em prol da organização/ordem econômica de toda a nação. Assim, verdade é que a função social da propriedade dos meios de produção, isto é, da empresa, é princípio fundamental da ordem econômica e social do Brasil, a teor do já referenciado art. 170 da CF.

Com efeito, o instituto recuperatório, que destina-se à superação da crise econômica que acomete a empresa e, que tem como finalidade a manutenção da fonte produtora, do

⁷³ Para Arnold Wald, “No caso do art. 47, seu conteúdo permite dar eficácia aos princípios almejados pelo constituinte, por meio de sua aplicação concreta nas recuperações judiciais. Isso ocorre tanto pelo seu caráter de diretriz interpretativa quando de direito subjetivo que não pode ser afrontado por outras normas.” (WALD Arnold; WAISBERG, Ivo. Da recuperação judicial In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 320).

emprego dos trabalhadores, dos interesses afetos ao crédito, promove também o estímulo à atividade econômica. A interpretação harmônica dos princípios da preservação da empresa e de sua função social no cenário da recuperação da atividade empresarial converge, seguramente, ao atendimento do mandamento último também previsto no art. 47 da LFRE, qual seja o estímulo à atividade econômica.

Por certo que a preservação da empresa e a sua utilidade social, nesta toada, é fator de grande importância para o estímulo à atividade econômica, tal como previsto na norma de regência.

A existência das empresas é fator de grande importância no mercado econômico, pois, são elas, as empresas, fontes geradoras de toda ordem de recursos e riquezas, portanto, a preservação delas e, por consequência, o cumprimento e obediência da sua função social servem para o estímulo à atividade econômica.

Rachel Sztajn, em doutrina a respeito do tema, explica:

Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador na economia.⁷⁴

Assim colocado, o instituto da recuperação judicial da empresa, nos moldes da dicção proclamada pelo art. 47 da Lei n. 11.101/2005 possui grande importância no ordenamento jurídico e no cenário econômico empresarial do Brasil, haja vista que deriva de sua escorreita obediência e aplicação de seu objetivo e finalidades a promoção dos fundamentais princípios da preservação e função social da empresa e, por conseguinte, o estímulo à atividade econômica brasileira.

⁷⁴ STAJN, Rachel; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

5 A EMPRESA RURAL

5.1 Histórico e definição

A atividade agropecuária (rural) profissional e organizada para a produção de bens e serviços, até um passado que não está muito distante, estava excluída da tutela do direito comercial. O regramento mercantil, como sabido, excluía de sua aplicação as atividades agrárias por questões de ordem histórica, político legislativa, doutrinárias e jurisprudenciais, isto, não só no direito brasileiro, como ainda em outros direitos estrangeiros.

No Brasil, até a entrada em vigor do atual Código Civil, isto em janeiro do ano de 2003, não havia na ordem jurídica um tratamento ou compreensão firme e segura acerca da regulação da atividade agropecuária pelo direito comercial, sendo certo que, até meados do final do século XX, o entendimento prevalente era o de que a atividade agropecuária estava excluída do campo de aplicação do direito de empresa, sendo tida, portanto, como atividade de índole civil.

Os fundamentos ou razões que sustentavam tal entendimento pautavam-se, a princípio, no discurso de que o exercente da atividade agropecuária não era intermediário de produtos ou serviços, mas sim e, ao contrário, um singelo explorador da força da terra, o que não lhe caracterizava como comerciante ou empresário.

Assim, na linha do entendimento de que o produtor rural não realiza efetivamente atividade de intermediação, somado à idéia de que quem produz é a terra e não o homem que a explora, o direito comercial cuidou de afastar de seu regramento e tutela dita atividade rurícola.

Na investigação do tema, em sua tese de doutoramento o saudoso jurista mineiro Wille Duarte Costa também revelou alguns dos motivos pelos quais o direito comercial excluía de seu campo de tutela a atividade agropecuária, deixando-a, como afirmado, sob a batuta normativa do direito civil.

Nesta linha, além do argumento que repousa na ausência de intermediação do produtor rural no exercício da atividade respectiva, também se encontra fundamento para a exclusão da atividade rurícola do regime mercantil os elementos de ordem histórica e legislativa que, por sua vez, firmaram a tradição de afastar do regime mercantil a atividade agropecuária.

Sob o ponto de vista *histórico*, afirma Wille Duarte Costa que a atividade agropecuária era inicialmente exercida de modo não profissional, isto porque, grande parte das pessoas moravam no campo e, dele extraíam o necessário para a sua subsistência. Não havia, assim, atividade rural exercida de forma profissional e destinada à produção com sobras e ao consumo em geral, mas sim e ao contrário, era reduzida e, basicamente servia ao exercente para o seu consumo e subsistência.⁷⁵

Wille Duarte Costa, com clareza, pronuncia que:

Em conseqüência, por perdurar tal situação por longos anos, a atividade agropecuária nunca teve um merecido exame, sendo mesmo considerada por quase todos como uma atividade não-mercantil. Um pouco se deve a fato de que o agricultor sempre foi visto como aquele que produz para o seu próprio consumo e o de sua família. Quando negocia com seus produtos, só o faz para obter recursos necessários à manutenção de sua propriedade, ou para adquirir outros bens de que necessita. Mas hoje, na maioria dos casos, a situação se inverteu, tornando-se a atividade uma das mais importantes e necessárias da economia mundial.⁷⁶

Desse modo, numa visão histórica e mais antiga da atividade agropecuária, o que se vê é o exercício daquela por parte do agricultor e de forma não profissional, com vistas ao seu próprio consumo, à sobrevivência e subsistência de sua família, fato que, seguramente, de certo modo até justifica a então exclusão da atividade dos contornos normativos do direito comercial.

Por outro lado, também é sabido que a atividade comercial era proibida por algumas legislações antigas, como, por exemplo, pelo direito romano clássico. Os romanos, cujo direito grassava influenciado por questões e aspectos religiosos, tinham repulsa aos comerciantes, o que justifica a ausência de normatização, pelo direito romano, das atividades de mercancia em geral.

Por essa razão eminentemente normativa, o direito romano não tratou especificamente do direito comercial, regulando tais atividades como sendo puramente civis e, por

⁷⁵ “O elemento *histórico* é uma decorrência dos tempos remotos, onde as atividades agrícola e pecuária foram reduzidas. Naqueles tempos, as chamadas grandes cidades, vistas por nossos olhos hoje, não passariam de pequenos lugares. Ainda assim, poderiam ser contadas nos dedos. Então, o campo era próximo delas, de fácil acesso e onde quase todos buscavam o seu sustento. Produzia-se quase sempre para consumo, pois não havia grandes excessos de produção. Diante de tal fato, que permaneceu por muito tempo, a atividade agropecuária nunca mereceu outro tratamento, sendo mesmo considerada uma atividade secundária, sem maior valor. Além do mais, as dificuldades de transporte e armazenamento impediam grandes produções.” (COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 180).

⁷⁶ COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 181.

conseqüência, tuteladas pelo direito civil, fato que também se deu, pelo visto, com a atividade agropecuária.

Com efeito, Wille Duarte Costa também ensina que esta repulsa especialmente dos romanos ao comércio e a ausência de regulação específica pelo direito romano da atividade comercial também fundamenta a resistência dos sistemas jurídicos em submeter a atividade rural ao direito comercial.⁷⁷

Neste sentido é a lição citada:

Considerar a atividade agrícola como uma atividade civil é decorrência da história e se inscreve na tradição. Os romanos, diante da aversão à atividade mercantil, procuravam encontrar a tutela de qualquer atividade no Direito Civil. Assim sendo, os negócios relacionados com a agricultura e a pecuária nunca mereceram uma regulação especial, nem eram considerados mercantis, ficando sempre agrupados com as normas civis.⁷⁸

Como se vê, a ausência de intermediação, jungida ao argumento de que a produção vem da terra e não do homem, que dela é mero explorador, a exemplo das pretéritas agriculturas de subsistência e, ainda, a repulsa que alguns povos nutriam em desfavor da atividade comercial, depreenderam na tradição de, desde os remotos tempos, excluir o produtor da terra da tutela do direito comercial.

Neste sentido e, tratando igualmente sobre o aspecto histórico da atividade rural e o direito comercial, com acerto explica Marcelo Fortes Barbosa Filho:

Entende-se, aqui, como atividade rural aquela correspondente a uma sucessão encadeada e organizada de atos, cuja consecução se efetua por meio da agricultura, da pecuária, do extrativismo, resultantes na produção e circulação de bens destinados ao mercado. O conceito resguarda economicidade, pois não se trata, aqui, simplesmente da atividade desenvolvida fora da zona urbana, ou seja, rústica, mas daquela peculiar ao campo. Nesse sentido, o presente artigo provoca claro alargamento dos limites do direito comercial e um rompimento com vários dos conceitos antes vigentes. O direito comercial nasceu na Baixa Idade Média e depois se desenvolveu como um ramo privatístico especial, em razão da necessidade dos mercadores de afastarem a incidência de normas próprias ao direito comum, atreladas a fórmulas primárias de produção e incompatíveis com a incessante busca do lucro e a realização dos empreendimentos de escala. Por isso a atividade rural, efetivada, inicialmente, sob o regimento feudal, vinculada à terra e desfocada da circulação da riqueza móvel, sempre foi excluída do âmbito do direito comercial. Pretende-se, agora, mesmo que parcialmente, remodelar a disciplina de tal atividade. Desde que estejam reunidos todos os elementos caracterizadores da empresa, a pessoa física ou jurídica, de quem emana a vontade criadora e dirigente da produção e circulação de bens oriundos da atividade rural, enquadra-se como empresário e

⁷⁷ COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 183.

⁷⁸ Idem.

ostenta a faculdade de se equiparar a todos os demais empresários, recebendo idêntico tratamento jurídico.⁷⁹

O entendimento pela exclusão da atividade agrária da tutela mercantil não merecia prevalecer por tantos anos, daí a séria pesquisa empreendida pela ciência do direito com o escopo velado de reconhecer a atividade agropecuária econômica e organizada de forma profissional como atividade sujeita ao regime jurídico mercantil, notadamente por sua sobrelevada relevância socioeconômica.

Em tempos atuais, o agronegócio representa forte pilar da economia brasileira e, não há razão melhor para considerá-la, como hoje já é possível, atividade tipicamente empresarial que, como tal, é sujeita aos efeitos normativos do regime legal do direito de empresa.

De fato, o homem do campo explora a terra e dela retira o seu sustento. No mesmo sentido, o homem do campo empresário também explora a terra, mas o faz de forma profissional, organizada, cujo resultado, produção, destina-se ao mercado como um todo, não havendo fundamento hábil que sustente, neste caso, qualquer argumento que proponha a sua exclusão do regime jurídico do direito comercial.

A atividade rural exercida nestas condições é de fato uma atividade empresarial de significativa importância econômica e, o resultado da produção, neste cenário, é destinado ao mercado como um todo, seja a indústria, comércio atacadista e de varejo e, ainda, o mercado financeiro que negocia os papéis do agronegócio.

Acerca do empreendedor rural, titular do agronegócio, a ausência de intermediação pura é compensada pela existência de outros tantos elementos que podem caracterizar a atividade agropecuária como sujeita ao direito da empresa. Assim, a força do trabalho humano, o uso de tecnologia, a aplicação de capital e mão de obra, a compra de insumos, a venda ao mercado da produção ou a prestação do serviço, o melhoramento genético de raças com vistas à otimização do resultado produzido, a repercussão econômica no mercado financeiro e na própria balança comercial do País, conseqüentemente, indicam o tratamento jurídico empresarial à atividade agropecuária realizada nestas condições, ou seja, ao agronegócio.

Tem-se, nestas circunstâncias, verdadeiro exercício de atividade agropecuária organizada para a produção e circulação de bens e serviços, portanto, atividade eminentemente empresária.

⁷⁹ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes; PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. 6. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 984.

Para Wille Duarte Costa, na conclusão de sua pesquisa, a natureza por si só, sem a influência do trabalho humano, não teria condições de nos oferecer tudo aquilo que precisamos, por isso, a potência humana sobre a terra, especialmente quando realizada de modo profissional, organizado e voltado para o mercado, merece e reclama a devida tutela do direito comercial.⁸⁰

Demais disso, o jurista em referência ainda conceituou com maestria a empresa rural, como sendo a atividade econômica que abrange toda e qualquer atividade agropecuária, desde que, evidentemente, seja exercida de forma organizada, profissional e habitual e, ainda, voltada para o mercado. Lado outro, não se enquadra no regime mercantil a atividade agropecuária que, por sua vez, é exercida como forma de sobrevivência do rurícola e de sua família, ou seja, aquela de singela subsistência e que não é destinada ao mercado econômico.⁸¹

Para Maria Helena Diniz, a definição do empresário rural,

é o que exerce atividade agrária, seja ela agrícola, pecuária, agroindustrial ou extrativista (vegetal ou mineral), procurando conjugar, de forma racional, organizada e econômica, segundo os padrões estabelecidos pelo governo e fixados legalmente, os fatores terra, trabalho e capital. Fábio Ulhoa Coelho esclarece que são rurais atividades econômicas de plantação de vegetais para alimentação ou para matéria-prima (agricultura, reflorestamento), criação de animais para abate, reprodução, competição ou lazer (pecuária, suinocultura, equinocultura, apicultura, avicultura, sericultura, piscicultura) e o extrativismo vegetal (corte de árvore), animal (caça e pesca) e mineral (garimpo e mineração) etc. Na produção de alimentos tem-se agroindústria (com tecnologia avançada e mão-de-obra assalariada, permanente ou temporária) e a agricultura familiar, (levada a efeito pelo dono da terra, seus parentes e uns poucos empregados). O empresário rural exerce atividade simples destinadas à produção agrícola, pecuária, silvícola e conexas, como a de transformação ou de beneficiamento do produto rural para adequá-la à

⁸⁰ “Nega-se a existência da intermediação na atividade agropecuária porque, segundo dizem, nela não existe a força do trabalho humano. Assim, na produção agrícola e na pecuária só existe a força da natureza, da qual o homem é mero expectador e que só recolhe os frutos ou o resultado da produção natural. Assim não seria exato falar-se em relação à produção agropecuária, de interposição na troca. Mas, se dependêssemos apenas dos frutos da natureza, sem o trabalho humano, teríamos de nos igualar aos animais, esperando que a dadivosa natureza nos fornecesse os alimentos de que precisamos. Partindo desse fato a atividade humana deveria se resumir na extração de produtos ou na caça de animais no seu habitat. Ora, se a natureza pode tanto, se não depende do trabalho e da inteligência humana, seria possível ela nos fornecer os alimentos de que precisamos sem a força humana? Se cruzarmos os braços diante de um campo fértil, a natureza nos dará trigo, soja, arroz, feijão ou outro qualquer alimento, mesmo no estado natural? A engorda de animais domésticos e a apuração de novas raças seria possível sem a participação do homem? Em todos os casos, a resposta haverá de ser negativa, na certeza de que é imprescindível o trabalho do homem, para que a natureza possa nos dar aquilo de que necessitamos”. (COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 211).

⁸¹ “A empresa, mesmo a rural, continua sendo atividade econômica, que abrange toda e qualquer atividade agropecuária. É certo, apesar disso, que as atividades que não visam a economia de mercado não podem ser abrangidas, como aquelas que dizem respeito aos que, sendo pessoa física, têm na atividade agropecuária apenas uma forma para a sua sobrevivência e de sua família, plantando e criando para o seu sustento próprio, ainda que esporadicamente venda os frutos de sua produção para obtenção de bens de que necessita”. (Ibid., p. 173).

comercialização ou a de alienação dos produtos rurais, por serem concernentes à rotina.⁸²

De outro lado e em tempos atuais, o Código Civil consagrou tratamento específico para o exercente da atividade rural, seja aquele que o faz de modo individual, seja em sociedade.

Com efeito, atualmente o exercente de atividade rural tem a faculdade de optar pela adoção e tutela do regime jurídico mercantil, isto, conforme preceituam os artigos 971 e 984 do Código Civil⁸³.

O Código Civil, como se vê, facultou ao exercente da atividade agropecuária a opção de adotar ou não o regime jurídico do direito empresarial. Portanto, caso aquele que exerça tal atividade queira sujeitar-se ao regime mercantil, basta que faça a devida inscrição perante o Cartório do Registro Público das Empresas Mercantis, para que, a partir de então, passe a ser tutelado pelas normas afetas ao regime especial do direito de empresa.

Assim, o rurícola que inscrever-se no Registro Público das Empresas Mercantis passa a ser equiparado, em todos os sentidos próprios, ao empresário. Com efeito, aquele que exerce atividade empresarial de índole rural, concebida nesta era moderna como agronegócio, pode escolher o regime jurídico aplicável à sua rotina profissional, sendo certo que, a opção pelo regime mercantil, como afirmado, lhe imporá as atribuições respectivas da atividade empresarial, como, por exemplo, a regular escrituração mercantil, elaboração de inventário, balanços patrimonial e de resultado econômico, sujeição à falência e, por óbvio, possibilidade de obter a concessão da recuperação de sua empresa, além do necessário arquivamento e averbação de certos atos negociais e sociais.

Por outro lado, aquele que exerce a atividade rural não voltada para a economia de mercado, mas apenas com vistas ao seu sustento e ao sustento da família, não deve buscar o registro mercantil como opção que a lei lhe faculta, na medida em que, nestas circunstâncias,

⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Direito de Empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

⁸³ “Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.” “Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.” (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 ago. 2014).

de certo que faticamente empresário ele não é, daí porque inoportuna é a adoção do regime do direito das empresas.

Com efeito, Alfredo de Assis Gonçalves Neto ressalta que

não se enquadra no conceito de empresário rural, quem exerce atividade rural sem organização, para sua subsistência ou em caráter eventual ou não profissional, não se enquadra no enunciado do art. 966 e, por isso, não se insere no conceito de empresário rural. Também não se insere no conceito de empresário rural quem exerce essa atividade como complemento de outra profissão, visto que o dispositivo sob análise ainda prevê, para fins de sua aplicação, que tal pessoa tenha nela sua única ou principal profissão.⁸⁴

A opção ao regime legal do direito de empresa deve ser exercida pelo empreendedor rural profissional, o empresário do agronegócio, pois, a bem da verdade a previsão lançada nos artigos já citados do Código Civil destinam-se aos exercentes de atividade rural profissional e organizada para a produção e circulação de bens e serviço no mercado e, não àqueles que realizam a atividade rural apenas como fonte e meio de sua subsistência.

Fábio Ulhoa Coelho, explica que a existência de organizações econômicas radicalmente diferentes no meio rural, uma destinada à subsistência daquele que a empreende e, a outra destinada a grande indústria agrícola, é o contorno que define e legitima a opção do rurícola pela aplicação do direito empresarial ou não em face de tais organizações.⁸⁵

É bem verdade, como citado, que a previsão normativa constante do Código Civil, que faculta ao empreendedor agropecuário a opção pelo regime jurídico mercantil de sua atividade com a realização do respectivo registro, destina-se àquele que verdadeiramente empreende profissionalmente o agronegócio, seja individual, seja em sociedade, realizando de fato a atividade econômica organizada para a produção e ou circulação de bens ou serviços essencialmente agropecuários destinada ao mercado econômico.

⁸⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

⁸⁵ “Em vistas dessas características da agricultura brasileira, o Código Civil reservou para o exercente de atividade rural um tratamento específico (arts. 971 e 984). Ele está dispensado de requerer sua inscrição no registro das empresas, mas pode fazê-lo. Se optar por se registrar na Junta Comercial, será considerado empresário e submeter-se-á ao regime correspondente. Neste caso, deve manter escrituração regular, levantar balanços periódicos e pode falir ou requerer a recuperação judicial. Sujeita-se, também, às sanções da irregularidade no cumprimento das obrigações gerais dos empresários. Caso, porém, o empresário rural não requeira a inscrição no registro das empresas, não se considera juridicamente empresário e seu regime será o do direito civil (claro, se a atividade for exercida em sociedade, os seus atos constitutivos devem ser levados ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas). A primeira – regime de direito empresarial – deve ser a opção do agronegócio, da grande indústria agrícola; a última – regime de direito civil –, a predominante entre os titulares de negócios rurais familiares.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 139).

5.2 Natureza jurídica do registro mercantil do empresário rural

A definição da natureza jurídica do registro mercantil perpetrado pelo empresário rural desperta interesse na doutrina nacional, na medida em que, tal ato registrário, como agora se sabe, não é uma obrigatoriedade imposta ao exercente da atividade agrária, mas sim, uma opção que o Código Civil lhe faculta, caso queira sujeitar-se ao regime jurídico do direito de empresa.

Desse modo, a propósito do tema, de um lado propõe e entende a doutrina a natureza constitutiva do ato registrário e, de outro lado, a natureza declaratória daquele. Quanto a esta última, sustenta a doutrina correspondente que o registro não integra o conceito de empresário previsto no artigo 966 do Código Civil ⁸⁶, daí porque, a essência do registro da empresa rural, que igualmente exerce atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, é declaratória.

O registro do empresário rural, portanto, apesar de opiniões realçadas com propriedade ao contrário, possui natureza declaratória e não constitutiva, isto porque, está aquele entendimento fundamentado na certeza de que o registro mercantil, em sua essência, não constitui e nem integra os elementos que compõem o conceito de empresário.⁸⁷

Na mesma linha, Newton De Lucca esclarece:

Assim como a simples inscrição de uma sociedade na Junta Comercial jamais teve efeito *constitutivo* da qualidade de comerciante no regime anterior ao Código Civil de 2002, jamais existindo dúvida na doutrina quanto a isso e como foi muito bem esclarecido pela nossa mais alta Corte de Justiça, também não se poderá concluir, agora, que a existência da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, por si só, outorgará a qualidade de empresário. Tratar-se-á, evidentemente, de simples efeito declaratório – e não constitutivo – dessa qualidade.⁸⁸

⁸⁶ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 ago. 2014).

⁸⁷ Para José Delgado, “as exigências formais, na interpretação da norma, não devem prevalecer sobre os pressupostos materiais. O conceito de produtor rural como empresário está fixado no art. 966 do Código Civil de 2002. É este que deve prevalecer. A inscrição na Junta Comercial é facultativa, cuja exigência tem natureza, apenas, formal, com o objetivo de tornar público os atos do empresário. Nada mais. Não se constitui em um dos elementos componentes do conceito de empresário.” (DELGADO, José. Interpretação contemporânea da lei de recuperação judicial e sua aplicação ao produtor rural quando pratica atos empresariais. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, Florianópolis, v. 1, n. 0, p. 11-57, jan./mar. 2010, p. 55).

⁸⁸ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 87.

Como o conceito de empresário vem descrito no texto do artigo 966 do Código Civil e, como nele não se encontra o registro como elemento constitutivo da atividade empresarial, também para o produtor rural o registro mercantil tem efeito declaratório e não constitutivo, já que, a atividade empresarial rural, como os demais ramos da atividade empresarial, não possui como elemento que lhe caracterize o registro junto ao cartório mercantil.

Em sentido contrário, sustenta Alfredo de Assis Gonçalves Neto,

como já aludido nos comentários ao art. 966, a inscrição do empresário rural no Registro Público de Empresas Mercantis tem natureza constitutiva, e não declaratória, que é o que ocorre, normalmente, com a inscrição de qualquer outro empresário. O empresário em geral é empresário porque exerce atividade econômica organizada, e não porque está inscrito na Junta Comercial. Trata-se de uma situação de fato. Se alguém exerce atividade econômica com os requisitos do art. 966 e não incide nas ressalvas legais, é empresário e se obriga a fazer a sua inscrição no referido órgão registrador. Já no que se refere ao empresário rural, melhor dizendo, rurícola, a situação é diferente. Ele não é empresário obrigado ao registro. Para que seja equiparado ao empresário é preciso que opte por fazer a sua inscrição. Ao optar, ele passa a ser, a partir daí, empresário e a se subsumir ao regime jurídico próprio do empresário (ainda que sua atividade não seja organizada de conformidade com o enunciado do art. 966). Por isso, a natureza constitutiva da inscrição: ela implica modificação no *status* pessoal do optante, submetendo-o a novas regras definidoras de obrigações e direitos no exercício de sua empresa, diversas daquelas a que antes se subsumia.⁸⁹

A posição doutrinária que é exposta acima atribui a natureza constitutiva do registro mercantil perpetrado pelo empreendedor rural, pois, segundo dela se abstrai, deriva da inscrição mercantil promovida pelo exercente da atividade rural a alteração do seu *status* pessoal, pois, depois de inscrito no registro da empresa, o rurícola submete-se às regras próprias do direito de empresa, diversas daquelas às quais estava antes sujeito.

O mesmo entendimento doutrinário acima referenciado, por incrível que pareça, também autoriza o registro mercantil àquele exercente da atividade rural que não se amolda ao conceito proclamado pelo art. 966 do Código Civil.

Superadas as exposições acerca da natureza do registro de empresa do rurícola, ressaí de todo oportuno afirmar que o rurícola, atualmente, pode optar pela adoção ou não do regime jurídico mercantil. Logo, caso o mesmo exerça de fato uma atividade econômica agrária que se amolde ao clássico conceito de empresário, a inscrição de seus atos constitutivos no Registro Empresarial lhe configura como empresário, este, sujeito a todo o regime jurídico do direito mercantil.

⁸⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93.

6 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA RURAL – A REGRA DO BIÊNIO MÍNIMO E A REGULARIDADE MERCANTIL DA ATIVIDADE COMO PRESSUPOSTO PARA O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Com a inscrição junto ao Registro Público das Empresas Mercantis por parte do exercente da atividade agropecuária, nos moldes regulados pelo Código Civil em seus artigos 971 e 984, o empreendedor da terra será equiparado, para todos os fins de direito, ao empresário regular.

Em que pese a dicção da regra, que proclama a equiparação do produtor rural ao empresário a partir de sua inscrição no registro mercantil, verdade é que o legislador ordinário não cuidou de aplicar a melhor técnica e clareza no texto da norma, pois, não se pode afirmar que a inscrição mercantil do produtor rural produz o efeito de equipará-lo ao empresário, pois, com tal registro, o mesmo passa a ser considerado, de fato e de direito, empresário.

Desse modo, na qualidade de empresário, o produtor rural passa a sujeitar-se ao ordenamento jurídico mercantil, podendo, sabidamente, ter a sua falência requerida e até decretada por pedido de seus credores e, também, gozar dos benefícios que o instituto da recuperação das empresas lhe confere⁹⁰.

Outrossim, o empresário rural, em razão desta condição especial de sujeito da normatização mercantil, pode requerer a recuperação judicial da empresa que exerce, quando diante do estado de crise econômico financeira que coloque em xeque a manutenção do seu núcleo produtivo e, desde que, por óbvio, obtenha também êxito na comprovação e demonstração da viabilidade da empresa.

Não há, a rigor, diferença de tratamento na concessão e processamento da recuperação judicial da empresa rural, na medida em que, os requisitos e pressupostos para a concessão e

⁹⁰ De forma objetiva, ensina Sérgio Campinho: “O novo Código Civil, considerando as peculiaridades da atividade agrícola nacional, propõe regulação especial para o praticante de atividade rural. Fica o denominado empresário rural submetido ao regime do Direito Civil, não lhe sendo aplicáveis as normas do Código Civil, as da Legislação Comercial não revogada e aquelas supervenientes referentes aos empresários. Não estará, desse modo, sujeito à falência, nem poderá requerer recuperação judicial ou propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial (artigo 1º da Lei n.º 11.101/2005) e estará dispensado de manter escrituração especial (artigos 1.179 e 1.180 do novo Código Civil). Não é, assim, considerado juridicamente empresário. No entanto, permite-se ao empresário rural requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua respectiva sede, iniciativa esta que, após a inscrição, o equipara, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro na Junta Comercial, ou seja, passa a ser considerado juridicamente empresário, submetendo-se ao seu regime legal correspondente (artigo 971). A opção pelo registro na Junta Comercial poderá se justificar para que, desfrutando da posição jurídica de empresário, o empresário rural possa se valer das figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, que se apresentam como eficientes meios de viabilizar a reestruturação e preservação da atividade empresarial, instrumentos bem mais abrangentes e eficazes do que aquele posto à disposição do devedor civil (concordata civil - Código de Processo Civil, artigo 783)”. (CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15).

processamento da medida de salvamento são destinados aos empresários em geral e, não especificamente aos exercentes de determinados e específicos ramos de negócio empresarial.

O empresário do agronegócio, desse modo, quando diante do estado de crise econômico-financeira e, desde que julgue e demonstre ser viável a sua atividade, pode promover o requerimento de recuperação judicial, seguindo, para tanto, o regramento normativo previsto na lei de regência própria, qual seja, a já citada Lei n. 11.101/2005.

No entanto, o exercente da atividade agropecuária, como citado, aproveita a faculdade que o Código Civil lhe confere para adotar ou não em seu favor a aplicação do regime jurídico do direito empresarial, já que, apenas e tão somente será considerado empresário e, por conseguinte, sujeito ao respectivo regime de direito, a partir do momento em que promover a sua inscrição no Cartório de Registro Público das Empresas Mercantis.

Com tal registro, o produtor rural passa a ser tratado juridicamente como empresário e, em sendo necessário o processamento da recuperação judicial de sua empresa, o mesmo deverá comprovar, no mínimo, dois anos de exercício regular da atividade empresarial, tal como proclama o *caput* do artigo 48 da Lei 11.101/2005⁹¹.

Exige a norma em referência, portanto, que o empresário requerente da recuperação judicial comprove junto ao juízo em que se processa o pedido respectivo o exercício regular de sua atividade por no mínimo dois anos. Este é, como visto, o primeiro pressuposto de admissibilidade do processamento da medida de recuperação, sendo que, os demais pressupostos vêm elencados nos incisos e parágrafos da citada regra legal.⁹²

Neste sentido, o empresário rural que pretenda requerer a recuperação judicial da empresa deve, inicialmente, provar o exercício regular da atividade respectiva, não pode ser falido, não pode ter obtido a concessão da recuperação judicial ordinária há menos de 5 anos ou há menos de 5 anos obtido concessão da recuperação judicial pelo plano especial, nem tampouco ter sido condenado e, também não ter como administrador ou sócio controlador

⁹¹ 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. (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

⁹² I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. § 1o A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. (Renumerado pela Lei nº 12.873, de 2013) § 2o Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente. (Idem).

pessoa condenada por crime falimentar. Este é o rol de pressupostos para a concessão em favor do empresário da recuperação judicial de sua atividade negocial, previsto no já citado artigo 48 da lei de regência.

O exame dos requisitos legais que condicionam o processamento da recuperação judicial revela que, neste ponto, o legislador falimentar, ao contrário de outros exemplos encontrados na própria lei, não separou a sorte do empresário com a da empresa – atividade econômica organizada – pois aqui se vê como óbice ao deferimento da recuperação a existência de crime falimentar praticado pelo empresário ou por seus administradores ou sócio controlador.

Demais disso, a comprovação da regularidade do exercício da atividade empresarial pelo prazo mínimo de dois anos, sabido é, far-se-á com a exibição da competente certidão expedida junto ao cartório mercantil ou, tal como está previsto no § 2º do mencionado artigo 48, pela Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica entregue no prazo legal.

Do mesmo modo, é evidente que não basta a regularidade formal para a obediência da regra insculpida no *caput* do artigo 48, pois, ainda que devidamente inscrito no registro mercantil há mais de dois anos, o empresário que busca a sua recuperação em juízo deve comprovar, outrossim, que está regularmente exercendo de fato e de direito a atividade durante o biênio legal⁹³.

Assim, mesmo que o empresário possua o registro mercantil há mais de dois anos, mas, por um ou outro motivo esteve inativo e só voltou ao exercício da empresa há menos de dois anos ou, deixou de cumprir as exigências afetas à regularidade da atividade empresarial, ele não fará jus à concessão da medida, pois, como afirmado, além da regularidade formal, documental, também não se prescinde a comprovação da regularidade de exercício, isto porque, o escopo maior do instituto da recuperação é o salvamento da empresa e, esta, é a atividade promovida por seu agente, o empresário.

Revela-se sobremaneira importante, neste sentido, que haja a demonstração da regularidade de exercício da empresa por mais de dois anos, sobretudo porque o propósito declarado do instituto em estudo, consoante afirmado, é o soerguimento da atividade

⁹³ Para Ricardo Negrão ensina que: “A Lei de Recuperação e Falência exige mais que a simples declaração de constituição dos atos de arquivamento do contrato social ou de declaração de firma individual: os empresários devem, ainda, demonstrar a *regularidade* de suas atividades nos últimos dois anos. A lei veda a obtenção de recuperação em juízo aos empresários registrados que se tornaram *irregulares* posteriormente ou não conseguem comprovar essa regularidade nos últimos dois anos”. (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 127).

empresarial cuja viabilidade econômica tenha sido satisfatoriamente e de modo seguro demonstrada à comunidade credora vinculada ao plano de recuperação.

A regra que impõe o exercício regular da atividade empresarial por no mínimo dois anos também integrava o instituto da concordata preventiva, este previsto na vigência do regime do Dec. Lei 7.661/1945⁹⁴, conforme redação dada ao artigo 158, I, da citada normatização.

Art. 158: Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições:

I – exercer regularmente o comércio há mais de dois anos.

Ressai da pretérita norma a exigência que então era imposta ao requerente da concordata a prova do exercício regular do comércio por mais de dois anos, isto, sob pena de indeferimento do então “*favor legal*”.

O fundamento da atual exigência legal de exercício regular da empresa por no mínimo dois anos, como requisito para o processamento da recuperação judicial da empresa, está vinculado e remonta essencialmente à antiga e não mais aplicável concordata. O Código Comercial de 1850, norma elaborada sob os auspícios da *teoria dos atos de comércio*, previa em seu art. 4º que não se reputava comerciante para efeito de gozar dos favores das leis comerciais, aquele que não estivesse matriculado ou registrado no registro do comércio. Assim, a concordata preventiva, caracterizada como um favor legal dado pelo Estado ao comerciante em crise, somente era deferida se aquele que a pretendesse demonstrasse e comprovasse o exercício regular do comércio por no mínimo dois anos.⁹⁵

Neste sentido, ensinam Arnaldo Wald e Ivo Waisberg, em comentários emprestados à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas:

As regras da extinta concordata serviram de ponto de partida para o legislador na composição de alguns dispositivos sobre a recuperação judicial. O texto do art. 48 da nova lei corresponde, em grande parte, a dois dispositivos da lei anterior. O primeiro tratava dos impedimentos gerais para ambas as espécies de concordatas (art. 140), e o segundo, das condições específicas para a concordata preventiva (art. 158). O *caput* do art. 48 da NLRF condensou o *caput* do inciso I do art. 158 da lei anterior.

⁹⁴ BRASIL. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014.

⁹⁵ Esclarece José da Silva Pacheco: “Em se tratando de concordata, porém, a relevância do registro salta à vista (art. 140, I), caracterizando a concordata como um *favor* ao comerciante, o legislador apegou-se ao velho Código Comercial que não reputava comerciante para o efeito de gozar dos favores que as leis comerciais liberalizam ao comércio, quem não estivesse matriculado ou registrado (art. 4º do Cód. Com.)” (PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 644).

O *caput* da regra revogada previa a necessidade de que, uma vez ultrapassados os impedimentos do art. 140, fossem cumpridas as condições listadas nos incisos que se seguiam. O inciso I, por sua vez, previa a necessidade de exercício regular do comércio por mais de 2 anos.⁹⁶

Arnoldo Wald e Ivo Waisberg concluem a respeito do tema que “o prazo de 2 anos de existência da empresa se mantém. O parâmetro de tempo é igual ao que fixava a norma anterior para a concessão da concordata preventiva”⁹⁷

O prazo de dois anos que serve a norma como pressuposto para o processamento da recuperação judicial, como visto, era também exigido para a concessão da concordata preventiva, instituto vigente na revogada normatização do Dec. Lei 7.661/1945.

Além do fundamento que afastava do então existente *favor legal* da concordata os comerciantes irregulares ou com menos de dois anos de registro mercantil, a doutrina ainda afirma que a exigência do biênio mínimo como requisito para processamento da recuperação judicial da empresa consiste na intenção do legislador de separar da proteção dos institutos jurídicos de soerguimento empresarial os casos de crise que assolam comumente as atividades de empresa em seu início de existência, daquelas que assolam as empresas já consolidadas e com certa maturidade no mercado⁹⁸.

Afirma Pacheco que no tocante ao requerente da recuperação judicial, que “se for um neófito, com menos de dois anos (24 meses) de atividade empresarial, não pode requerer recuperação judicial”.⁹⁹

A disposição normativa em estudo, constante da exigência mínima de dois anos de exercício regular da empresa como pressuposto para o deferimento do processamento da recuperação judicial, ao que se vê, conta com o mesmo fundamento emprestado ao preceito normativo pretérito que entrou em vigor na primeira metade do século passado, regulando, naquela época, a concordata preventiva.

⁹⁶ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 322.

⁹⁷ Ibid., p. 328.

⁹⁸ E Completa “O prazo de 2 anos de vida foi estabelecido pelo legislador como o marco temporal necessário para separar os casos de crise dos empreendimentos iniciantes, correspondendo à mortalidade infantil, daquela por que passa uma empresa já estável no mercado. Se, na lei anterior, o intuito era afastar possíveis aventureiros, a razão da manutenção do prazo em 2 anos na lei atual é o reconhecimento do fato de que, na economia brasileira, empreendimentos iniciantes estão mais suscetíveis à quebra do que ao sucesso. O requisito de prazo mínimo de existência contribui para a credibilidade da recuperação judicial, na medida em que só autoriza a concessão do pedido às empresas que já tenham adquirido certo nível de consolidação e maturidade no mercado”. (Ibid., p. 322).

⁹⁸ Ibid., p. 328.

⁹⁹ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*: em conformidade com a Lei nº 11.101/2005 e a alteração da Lei nº 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 114.

No estudo sobre a lei falimentar atual, Rachel Sztajn também esclarece a função do biênio mínimo como requisito para o processamento da recuperação judicial:

O prazo de dois anos de regular exercício da atividade, que se demonstra mediante a apresentação de certidão do Registro de Empresa, tem como função evitar oportunismos, isto é, a obtenção de vantagem ou benefício por quem, aventurando-se e assumindo riscos, exerça atividade econômica sem, para tanto, estar devidamente matriculado, na forma do previsto no Código Civil para qualquer empresário, pessoa natural ou jurídica. Pode-se presumir que o prazo mínimo quanto ao exercício regular da atividade tenha que ver com a análise empírica da realidade, a taxa de “mortalidade” de empresas costuma ficar ao redor de 12 meses contados da data de início da atividade, portanto, parece razoável que, além do fato de que os resultados da atividade nem sempre emergem de imediato, os 2 anos exigidos na norma servem para inibir que os oportunistas ou pessoas ávidas por riscos se beneficiem do sistema de recuperação, ganhando tempo para dominarem os procedimentos necessários no exercício da atividade empresarial.¹⁰⁰

A preocupação do legislador que, como visto, conta com fundamento que remonta da primeira metade do século passado, foi a de que os então comerciantes e, os hoje empresários iniciantes, bem como os que se aventuram na atividade da mercancia, estivessem à margem da tutela dos institutos da então concordata preventiva e, também, da atual e moderna recuperação judicial da empresa.

Além disso, o próprio Código Comercial era claro ao afastar dos benefícios das leis mercantis os comerciantes sem registro, portanto, a concordata, vista como um favor, um benefício dado ao comerciante, não era deferida em sua forma preventiva ao comerciante que não comprovasse o exercício regular de sua atividade por no mínimo dois anos.

A regra normativa que separa o revés da empresa iniciante daquela atividade empresarial já consolidada, que tenha pelo menos dois anos de inscrição formal no Registro da Empresa, está fundada, tal como demonstrado, na revelada intenção de afastar da proteção do instituto recuperacional aqueles potenciais oportunistas, aventureiros, empresários ainda iniciantes e sem a devida consolidação e maturidade no mercado que atuam e, ainda, a tradição de tratar como *favor legal* o instituto recuperacional, tal como o era na época da antiga concordata.

Com efeito, importante destacar que é sempre de bom alvitre a séria investigação acerca dos verdadeiros fundamentos que respaldam os institutos jurídicos aplicados nos ordenamentos de regência do direito.

¹⁰⁰ STAJN, Rachel; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

Nesta trilha, sabido que a vedação à concessão da concordata preventiva aos comerciantes com menos de dois anos de exercício regular da atividade guardava estreita relação com a própria natureza jurídica do revogado e respectivo instituto. Naquela época, a ciência do direito há muito tempo já discutia acerca da natureza jurídica, se contratual ou não contratual da concordata, especialmente porque os seus efeitos abrangiam não só os credores que anuíam ao plano concordatário, mas também, aqueles que dele divergiam¹⁰¹.

A despeito da discussão da natureza jurídica da concordata, restou concebido que aquele instituto, que revelava na legislação revogada característica mais processual do que contratual, era principalmente um “*favor legal*” concedido pelo Poder Judiciário, em benefício do comerciante impontual ou insolvente, porém regular. Assim, por tratar-se de um *favor legis*, o mesmo apenas seria concedido ao comerciante regular e, desde que comprovasse no mínimo dois anos de inscrição mercantil, pois, do contrário, o ordenamento da insolvência não lhe ofertava o referido favor.

Nélson Abrão, em obra publicada na vigência da pretérita lei, explica: “é a concordata – processo, sentença, ou *favor legis*, aplicável apenas ao comerciante”.¹⁰²

Assim, definindo-se a concordata como um favor dado ao comerciante em crise, tal favor, entretanto, somente era destinado àqueles que comprovassem a regularidade formal mercantil, ou seja, eram merecedores do favor apenas os inscritos no Cartório de Registro Público das Empresas Mercantis. Por se tratar de ato de benevolência do Estado em favor do comerciante, entendeu o legislador que a graciosidade do instituto não poderia servir a quem exercia a mercancia sem o registro público de sua atividade junto ao órgão de competência.

¹⁰¹ Neste sentido pronuncia Nelson ABRÃO: “Dois grupos básicos de teorias se apresentam a esse respeito, comportando eles próprios nuances e subdivisões: o *contratualista* e o *não-contratualista*. Para o primeiro grupo, a concordata é uma avença comum entre devedor e credores, obrigando também os dela não participantes; ou um contrato processual para extinguir a execução e o direito de penhora que os credores adquiriram sobre o patrimônio do devedor, quando da abertura da falência (Köhler). [...] Para os adeptos do grupo não-contratualista, a concordata seria uma demanda (Shultze), na qual a sentença dá a força obrigatória”. (ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 179-180).

¹⁰² *Ibid.*, p. 180.

Para Nelson Abrão,

caracterizando a concordata como um favor ao comerciante, o legislador apegou-se ao velho Código Comercial, que não reputa comerciante, para o efeito de gozar dos favores que as leis comerciais liberalizam ao comércio, quem não esteja matriculado ou registrado (CCom, art. 4º).¹⁰³

Ademais, a revelada presunção consignada pelo legislador no texto da antiga e revogada norma (art. 158 do Dec. Lei 7.661/1945) constitui-se na proibição de prestar o favor legal concordatário àquele que, do dia para a noite, registra-se no comércio com a intenção de lograr o benefício da liquidação de suas dívidas à base de cinquenta por cento, este, vale dizer, o formato de cumprimento das obrigações sujeitas ao antigo sistema da concordata.¹⁰⁴

O fundamento, portanto, que respalda a exclusão do comerciante perante a concordata, é o de não prestar o então favor legal àqueles que, por presunção, estariam utilizando do instituto, como oportunistas e até aventureiros na mercancia, para apenas e tão somente beneficiarem da forma de liquidação de suas dívidas.

No tocante ao empresário rural, como visto, enquanto produtor agropecuário a lei ordinária lhe faculta o direito de optar ou não pelo regime mercantil.

No entanto, não beira apenas o campo da remota hipótese o fato de existir alguém que já exerça regularmente uma atividade econômica de índole agropecuária, devidamente registrada, por exemplo, nos cartórios de registros civis e que, promova a sua inscrição mercantil, passando a ser considerado, ou, na dicção do código civil, equiparado ao empresário para todos os fins de direito.

Este mesmo agente econômico pode vir a enfrentar, após o registro mercantil, grave crise financeira e econômica que reclame a necessidade de requerer a recuperação judicial da sua atividade, agora empresarial, sob pena de perecimento do negócio, de extinção da sua atividade, isto, caso não seja possível lograr sucesso na empreitada judicial da recuperação da empresa que exerce.

Tal fato, a crise, pode ocorrer, e não raro acontece por inúmeros motivos, seja por questões de ordem climática, seja por questões de ordem mercadológica, seja por questões

¹⁰³ Para Nelson Abrão, “não é dado, pois, pleitear concordata preventiva ao empresário com menos de dois anos de registro, muito menos ao de fato ou à sociedade irregular. É claro o propósito de favorecer aquele que exerce regularmente a atividade empresária. Do contrário, surgiriam da noite para o dia, como cogumelos, aqueles que se estabeleceram na véspera para, no dia seguinte, sob o beneplácito da lei, propor-se a liquidar os seus débitos na base de cinquenta por cento.” (ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 195).

¹⁰⁴ Idem.

essencialmente econômicas, pois a verdade é que aquele que exerce a atividade empresarial, exposto a toda ordem de riscos que caracterizam a sua atividade, pode ver-se instado a promover a reorganização e recuperação do seu negócio, utilizando-se dos eficientes benefícios e meios afetos à recuperação judicial da empresa.

Entretanto, quando a crise instala-se na empresa rural com menos de dois anos de registro mercantil, verdade é que a regra de regência obsta a concessão da recuperação judicial para o soerguimento daquela atividade, isto, por interpretação gramatical exarada sobre o texto do artigo 48 da Lei 11.101/2005.

Com efeito, a crise que afeta a empresa rural registrada há menos de dois anos no cartório de registro público das empresas mercantis, quando se tem notícias de que a atividade vinha sendo exercida há mais de dois anos, com registro não mercantil, carece e merece, para uma solução que melhor atenda ao propósito do instituto, de uma interpretação que vá além da simples letra escrita no texto da regra legal proclamada no artigo 48 da LRE.

O que se propõe, importante esclarecer, é dar a devida primazia ao efetivo tempo de exercício da atividade econômica agropecuária regular, qual seja aquela antes exercida sob registro civil e, por consequência, sujeita àquele regime jurídico. A este tempo de efetivo exercício regular da atividade econômica deve ser somado o prazo correspondente à regularidade mercantil, isto, para que se possa atender o biênio mínimo de exercício regular da atividade para, conseqüentemente, lograr o deferimento do processamento da recuperação judicial da, agora, empresa rural.

6.1 A possibilidade de relativização da regra do biênio mínimo de exercício regular da atividade empresarial

Tal como exposto, a regra do artigo 48 da Lei 11.101/2005, na redação que integra o *caput* da norma, condiciona o processamento da recuperação judicial da empresa à prova de regularidade formal e de exercício do requerente da medida pelo prazo mínimo de dois anos, ou seja, aquele que pretende a recuperação judicial de sua empresa deve demonstrar que, no momento do pedido, já exerce a sua atividade de forma regular há mais de dois anos.

Na atualidade, a exegese que ainda se faz acerca de tal regra, conduz ao entendimento de que a ausência de registro mercantil datado de mais de dois anos constitui óbice intransponível ao deferimento da recuperação judicial da empresa.

Referida disposição, conforme destacado, está fundada no escopo do legislador de separar o sujeito da tutela especial da recuperação, colocando, de um lado, aqueles que ainda não completaram o tempo mínimo de dois anos no exercício da empresa e que, por isso, são caracterizados como iniciantes, aventureiros e até mesmo oportunistas e, de outro lado, estão aqueles que há mais de dois anos possuem Registro da Empresa e, portanto, presumem-se consolidados e com maturidade suficiente para justificar o envidamento coletivo de esforços para o salvamento da sua empresa.

Aos primeiros, como visto, a lei não dá a guarida da recuperação judicial da empresa que exercem, isto porque, estão aqueles caracterizados de antemão como iniciantes, oportunistas e sem a devida consolidação no mercado empresarial. Outrossim, os empresários com menos de dois anos de comprovada regularidade encontram-se à margem da recuperação judicial das empresas, notadamente porque a novel normatização aproveitou a regra então vigente no art. 158 do Dec. Lei 7.661/45 que, por sua vez, adotou o disposto no velho Código Comercial, que não reputava comerciante para gozar dos favores legais quem não estivesse matriculado ou registrado perante o cartório mercantil.

Como visto, o sistema falimentar brasileiro afasta da tutela da recuperação judicial da empresa, segundo está previsto no *caput* do art. 48 da LFRE, aquele que não comprovar o exercício regular de sua atividade há mais de dois anos no momento do pedido. Tal impedimento se dá em razão dos fundamentos que consideram, primeiro, que os empresários iniciantes não merecem a reunião de esforços para lhe prover a devida tutela recuperacional e, que também não se deve dar a guarida recuperacional àqueles que, oportunistas, buscam o registro mercantil apenas para a obtenção da recuperação judicial da empresa. Por outro lado, há também o fundamento que considera a recuperação judicial, tal como a concordata, como um favor legal conferido apenas ao empresário que exerça regularmente a sua atividade.

Acerca da empresa rural, cujo Registro Mercantil é facultado ao seu exercente, dada a sua especial situação perante o ordenamento empresarial de regência, curial que se realize a interpretação que atenda mais aos princípios que dão suporte ao instituto do que a própria dicção gramatical da regra do artigo 48 da LRE., mesmo porque, a recuperação não pode ser vista e analisada como um singelo favor dado ao empresário, mas, por outro lado, como instituto apto à superação do estado de crise e que tem como escopo a manutenção da fonte produtora, dos empregos, a tutela do crédito e a promoção dos princípios da Preservação e Função Social da Empresa e o Estímulo à Atividade Econômica.

Inconcebível, pois, a leitura do instituto recuperacional moderno como sendo um mero favor outorgado ao empresário insolvente ou impontual e que, apenas a par deste raso fundamento, deixam à margem da norma as atividades com menos de dois anos de registro mercantil. Também não se deve repelir a tutela recuperacional do empresário rural com menos de dois anos de registro mercantil ao fundamento de que se está diante de um singelo iniciante na vida negocial.

O exercente da atividade rural que, após o registro mercantil passa a ser considerado empresário para todos os fins do regime jurídico do direito da empresa, pode, por hipótese, enfrentar grave crise econômica que reclame a tutela recuperacional antes mesmo de completar o biênio mínimo de registro mercantil. Este mesmo empresário rural, por incrível que pareça, pode contar com mais de dois anos de exercício da atividade econômica organizada se, computar os prazos de exercício sob o regime civil e sob o regime jurídico mercantil.

Ou seja, o empresário rural pode ter optado pelo registro mercantil quando já exercia sua atividade há mais de dois anos e, pela dicção da regra do art. 48 da Lei nº 11.101/2005 e sua interpretação literal, apenas fará jus à tutela da recuperação judicial da empresa depois de completar dois anos de registro junto ao Cartório de Registro Público das Empresas Mercantis.

No caso da empresa rural, cujo registro mercantil é facultativo, deve aquela ser atendida pela recuperação judicial quando comprovar o exercício regular da atividade há mais de dois anos, todavia, a defesa aqui empreendida é no sentido de se computar o período de exercício regular não empresarial com o período do exercício regular sob registro mercantil.

Nesta linha, há que ser concebido como sujeito tutelado pelo instituto da recuperação judicial a empresa rural que possui Registro de Empresa há menos de dois anos, mas que, por outro lado, comprove também a devida regularidade da atividade nos moldes do regime jurídico civil a que estava, anteriormente, vinculada; este entendimento prestigia e obedece aos fundamentais princípios que atualmente dão respaldo à recuperação judicial da empresa.

Trata-se, a bem da verdade, de primar pela preservação efetiva da atividade empresarial rural e o atendimento de sua função social, bem como, do estímulo à atividade econômica respectiva, isto, quando se permite o cômputo dos prazos de exercício regular da atividade econômica rural sujeita tanto ao regime jurídico civil, quanto ao regime do direito empresarial.

6.1.1 A inaplicabilidade dos fundamentos de exclusão: o empresário iniciante e a recuperação como favor legal dado ao empresário regular

A empresa rural, como os demais ramos empresariais, são caracterizados pela essência e natureza da atividade exercida, assim, o titular da atividade econômica agropecuária, exercida de forma profissional e habitual, organizada para a produção e circulação de bens e serviços, conforme proclama o artigo 966 do Código Civil, é também empresário.

Todavia, o mesmo código civil faculta ao exercente da atividade agrária a opção pelo registro de sua atividade junto ao cartório mercantil, para que, a partir de então, passe a ser tutelado pelo regime jurídico do direito das empresas.

Logo, por hipótese, pode-se conceber que o empresário rural, depois de optar pelo regramento mercantil, há menos de dois anos venha a ser surpreendido por uma situação episódica de crise em sua atividade, crise esta que pode ter como causa fatores ligados à economia de mercado, climáticos, pragas e doenças, dentre outras tantas. Em casos tais, pela aplicação severa e meramente gramatical da regra do art. 48, a empresa rural, nesta circunstância, está excluída da tutela da recuperação judicial, mas, por outro lado, está ela sujeita aos revezes do procedimento liquidatório falimentar.

Se o objetivo do legislador, desde a primeira metade do século passado e até hoje foi a de afastar da tutela do instituto da recuperação judicial da empresa os aventureiros, meros iniciantes, oportunistas, tal fundamento não pode e nem deve ser aplicado em desfavor do titular da empresa rural registrada há menos de dois anos no Registro Mercantil e, com prazo comprovado de exercício regular devidamente registrado no registro civil das pessoas jurídicas que, somado ao primeiro, atenda à exigência do biênio mínimo.

Com efeito, à empresa rural que conte com menos de dois anos de registro mercantil, mas que, por outro lado, comprove o exercício regular da atividade econômica e organizada de natureza agropecuária, cujo período anterior, somado ao período de regularidade empresarial, seja superior a dois anos, deverá ser garantida em seu favor a tutela da recuperação judicial da empresa, posto que, neste caso, não há que se falar em exercente neófito, iniciante da atividade econômica negocial.

A proposta desta pesquisa, portanto, é reconhecer que a empresa rural registrada no comércio há menos de dois anos possa, para atender a exigência de *regularidade de exercício* ditada no *caput* do art. 48 da Lei 11.101/2005 e receber a tutela do instituto da recuperação judicial da empresa, somar ao prazo transcorrido de seu registro mercantil o período anterior

de exercício da atividade, qual seja, a devida comprovação da regularidade do exercício da mesma atividade, porém, sob a batuta do anterior regime civil. A prova da regularidade há de ser feita a partir da permissivo previsto no § 2º do art. 48 da norma recuperacional em estudo.

Esta é a redação do *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/2005 e, do novel parág. 2º:

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:

[...]

§ 2o Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.

Convém salientar que não se propõe a franca relativização do biênio mínimo que é pressuposto do processamento da recuperação judicial a toda e qualquer empresa, inclusive à rural, mas sim e ao contrário, reconhecer a atividade agropecuária exercida de modo regular sob o regime civil, para que a experiência deste período possa ser computada ao prazo da regularidade mercantil e, assim, possibilitar a tutela em favor da empresa rural do instituto da recuperação judicial da empresa.

Com efeito, nesta específica hipótese, deve ser inaplicável o fundamento que exclui da recuperação da empresa o exercente ainda iniciante, neófito, pois, a experiência negocial do empresário rural existente antes do seu registro mercantil deve ser computada ao período transcorrido depois do registro, entendimento este que elide a característica de iniciante, neófito, que intenta obstar o deferimento da recuperação judicial ao empresário rural nas condições e circunstâncias ora explanadas.

De outro lado, afirma Sérgio Campinho que o registro mercantil do empresário rural há menos de dois anos é causa intransponível que obsta o deferimento em seu favor da recuperação judicial. Para aquele jurista, a regra que impõe o biênio mínimo da atividade não pode ser afastada em prol do empresário rural, mesmo que aquele tenha comprovado o exercício efetivo de sua atividade antes do registro. Neste caso, para a obtenção da

recuperação judicial da empresa rural, deve o seu titular completar o período de dois anos de exercício sob registro mercantil.¹⁰⁵

Como se vê, a posição da doutrina ora referenciada vai de franco encontro aos princípios e objetivos da recuperação judicial, na medida em que, segundo defende Campinho na referência supra, o exercício de fato da atividade rural há mais de dois anos não é suficiente para atender o requisito objetivo do art. 48 da Lei n.º 11.101/2005, pois tal dispositivo exige, como requisito para o processamento da ação recuperacional, a prova de exercício da atividade há mais de dois anos sob registro empresarial.

Os princípios e objetivos da lei, por lado outro, demonstram que a intenção do novo sistema é salvar da crise a atividade empresarial ainda viável, por isso, se demonstrado pelo empresário rural a sua viabilidade e, ainda, o efetivo exercício da atividade por mais de dois anos, a recuperação judicial da sua empresa deve ser deferida.

Apegar-se no proclame literal da regra e, por isso, afastar da tutela recuperacional a atividade rural empresarial comprovadamente viável, mesmo diante da prova do anterior exercício regular da mesma atividade, porém sob o regime civil, significa, claramente, afastar-se do verdadeiro espírito da lei, qual seja a salvaguarda da atividade empresarial viável.

Em outro sentido, Gladson Mamede interpreta que a exigência do art. 48 da lei de falências não se restringe ao exercício da empresa pelo prazo de dois anos contados a partir do registro mercantil, mas sim, o *caput* da referida norma exige, como requisito ao processamento da recuperação judicial da empresa, a comprovação de regularidade no exercício da atividade por mais de dois anos, ou seja, o prazo a ser observado é aquele que demonstra o tempo de exercício efetivo da empresa. O magistrado deve examinar, então, não

¹⁰⁵ Expõe Sérgio Campinho: “Da conclusão insta, portanto, salientar a situação especial do empresário rural. Consoante os artigos 971 e 984 do Código Civil de 2002, é a ele facultado, seja pessoa natural ou jurídica, requerer a sua inscrição no Registro Público de Empresas da sua sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado ao empresário sujeito a registro, para todos os efeitos legais. Mesmo que há mais de dois anos viesse de fato exercendo sua atividade econômica em moldes empresariais, somente poderá fazer uso do pedido de recuperação judicial se o seu registro na Junta Comercial distar de mais de dois anos, sem o que não estaria atendida a condição legal do exercício regular da atividade.” (CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135).

o registro mercantil, mas sim as escriturações e registros contábeis que, de igual modo, comprovam o início da regularidade de sua atividade.¹⁰⁶

O que se vê, portanto, é a preocupação da doutrina em referência na observância dos princípios e objetivos do sistema falencial brasileiro, ou seja, o devido atendimento aos princípios da função social e preservação da empresa, bem como, a tutela dos interesses coletivos que gravitam em torno daquela e, mais, o estímulo à atividade econômica.

A aplicação e interpretação meramente literal do dispositivo normativo em referência, sabido é, não atende a notável finalidade do novo e atual sistema de insolvência brasileiro, pois, quando se impede o processamento da recuperação judicial ao empresário rural com registro mercantil datado de menos de dois anos, mas que, por outro lado, conta com mais de dois anos de efetivo e comprovado exercício da atividade agropecuária, estar-se-á afastando claramente do escopo da lei, que é a preservação da atividade, o cumprimento de sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Desse modo, se o fundamento de exclusão da medida de recuperação judicial do empresário com menos de dois anos de registro mercantil adotado por grande parte da doutrina é porque aquele ainda é iniciante, no tocante ao empresário rural cujo registro tenha sido efetivado há menos de dois anos mas que, tenha ele comprovado o exercício efetivo da atividade rural há mais de dois anos, o cômputo desses prazos deve ser realizado, isto porque, não se está diante de nenhum empreendedor iniciante ou neófito. Em casos deste jaez, não há conteúdo para o fundamento de exclusão em referência.

De outro lado, a doutrina também exclui da tutela recuperacional o empresário que não tenha completado dois anos de registro mercantil, utilizando-se, para tanto, o mesmo fundamento dado à concordata preventiva. Aquela instituto, como já exposto neste trabalho, visava deferir ao comerciante a oportunidade de parcelamento dos créditos quirografários como medida de superação do seu estado de crise e, sabidamente, não tinha a concordata

¹⁰⁶ Para Gladson Mamede “Há, antes de mais nada, uma extensão temporal na qualificação subjetiva para permitir o pedido de recuperação judicial da empresa. Não basta ser empresário ou sociedade empresária, com registro regular na Junta Comercial, mas é preciso, ademais, estar exercendo regularmente as atividades empresárias há mais de dois anos, evitando-se, assim, que tal medida extraordinária seja banalizada e, assim, atenda ao insucesso de empreendimentos que, já em seu nascedouro, mostraram-se inviáveis ou pouco viáveis, não consumindo sequer um par de anos para apresentarem-se em crise econômico-financeira. Note-se que o legislador não disse *estar inscrito no Registro do Comércio* há mais de dois anos, mas *exercer regularmente suas atividades* há mais de dois anos; o requisito, portanto, não é atendido pelo tempo de registro do empresário ou da sociedade empresária, mas pelo tempo em que efetiva e regularmente exerceu-se a empresa. Afere-se o regular exercício das atividades, portanto, não apenas verificando o registro, mas examinando as escriturações e demonstrações contábeis, designadamente o livro Diário, para aferir quando a empresa já estava em atividade, contando-se de então o prazo bienal exigido pelo *caput* do artigo 48.” (MAMEDE, Gladson. *Direito Empresarial brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 185).

preventiva o escopo de salvaguardar a própria atividade e os demais interesses (*empregados, credores, estabelecimento, fisco, comunidade*) a ela conexos.

Tratava-se, como visto, de um *favor legal* deferido ao comerciante e, para beneficiar-se dos beneplácitos da lei mercantil, exigia o então vigente Código Comercial que apenas os comerciantes matriculados e registrados é que faziam jus à proteção que aquela norma liberalizava em favor do comércio.

Com efeito e diante disso, certo é que o instituto da pouco eficiente concordata, vigente em outra época do direito mercantil, não pode oferecer tão vigorosos fundamentos para a nova e moderna recuperação judicial, notadamente o fundamento de exclusão que constava do art. 158 do Dec. Lei 7.661/1945, isto porque, por mais que se assemelhem na natureza concordatária, a concordata e a recuperação da empresa são institutos de direito que visam a tutela e salvaguarda de sujeitos distintos, a primeira, tutelava o interesse do comerciante e, a segunda, tutela todos os macro interesses que gravitam na empresa e em seu entorno.

A concordata, ao contrário da recuperação da empresa, visava atender os interesses dos comerciantes que dela faziam jus, todavia, a recuperação da empresa, sabido é, tutela não só os interesses do titular da empresa, mas ainda e principalmente visa oferecer meios de superação da crise para atender os interesses dos empregados, credores e a manutenção da fonte de produção de riquezas.

Além disso, a superação da crise que acomete a empresa serve para a promoção da função social e preservação daquela e, ainda, o estímulo à atividade econômica, fato este que depreende o caráter coletivo, social e publicista da nova e moderna empresa institucional.

Não se trata, como era na época da concordata, de um singelo favor dado ao empresário que exercia o comércio de forma regular e com registro há mais de dois anos, mas, ao contrário, a recuperação judicial da empresa tem um propósito e escopo muito mais amplo, a tutela recuperacional, de início, não se revela como um mero favor dado pelo Estado ao empresário, mas sim, um eficiente instituto que se destina à superação da crise que assola a atividade empresarial e, por conseqüência, que seja apto a atender os interesses dos empregados, credores, sociedade, mercado, fisco, etc..

Não vige a lei recuperacional atualmente apenas para atender os interesses do empresário e dos seus credores, pois, o caráter publicista que caracteriza a atividade empresarial nesta era moderna exige a implementação de um instituto que verdadeiramente

seja eficiente para a superação da crise e a promoção e tutela de toda uma ordem de interesses, objetivos, princípios e finalidades que na lei estão incorporados.

Não se está diante apenas de um mero favor dado ao empresário, mas sim de um eficiente instituto que serve aos interesses dos empregados, da comunidade, do Estado, dos credores e do titular da empresa, daí porque, à recuperação judicial não deve ser aplicado o fundamento de exclusão de sua tutela dos empresários com menos de dois anos de registro mercantil, tal como era utilizado na concordata.

Os tempos da empresa atual são outros, o caráter publicista e o feixe de interesses que gravitam no seu entorno denota a relevância do instituto recuperacional ora vigente e, demonstra ainda a sua completa diferença no tocante à revogada concordata, fato este que repele a aplicação do mesmo fundamento afeto à concordata preventiva como requisito para a concessão da recuperação judicial da empresa.

Neste sentido, para Maria Celeste Morais Guimarães,

a visão da atividade empresarial, como se vê, extrapola o mero relacionamento entre o devedor e seus credores. Aos juristas se impôs um novo plano de abertura: o funcionamento de uma sociedade empresarial não pode mais ser focado unicamente sob o ângulo dos direitos e poderes dos membros que a compõem, dirigentes ou acionistas, nem da validade intrínseca das decisões que cada poder organizado no seio da sociedade é chamado a assumir. Outra perspectiva se mostra, a qual não se prende exclusivamente às formas jurídicas dos atos pelos quais se manifesta a vida social, mas lhe dá uma coloração diferente; ela traduz sua natureza econômica e revela o liame da sociedade com a ordem econômica onde ela está inserida. [...] Acrescente-se, ainda, que, pela Lei n.11.101/2005, a recuperação judicial ganhou uma conotação predominantemente econômica, vez que visa precipuamente a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, com a apresentação do *Plano de recuperação* que demonstrará as medidas concretas para debelar e superar a crise da empresa. Não se trata mais de um *favor legal* concedido pelo Estado, por sentença do juiz, como na concordata regulada pelo Decreto-lei n.7.661/45, ao comerciante honesto, porém infeliz em seus negócios, na clássica definição de Miranda Valverde.¹⁰⁷

Qualquer interpretação que vá contra a ideia preservacionista que caracteriza o sistema falimentar e recuperacional brasileiro deve ser revista e, até afastada. No tocante à presente pesquisa, frise-se, o empresário rural que possua menos de dois anos de registro de empresa, mas que, por outro lado, logre sucesso na comprovação de que já exercia a atividade antes de ter promovido o registro, que, no seu caso é facultativo, deve ter em seu favor o cômputo dos prazos de regularidade registrária mercantil e do efetivo exercício da atividade sob o regime civil, isto, para que lhe seja deferido o processamento da recuperação judicial de sua empresa.

¹⁰⁷ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 123-124.

De modo defende Frederico Augusto Monte Simionato que:

O que requer atenção são os interesses que governam a atividade empresarial organizada. Como já se acentou, a grande empresa não é apenas uma organização de interesses particulares, mas, sobretudo, é um fator de economia nacional que deve estar a serviço do interesse público. Este deveria ser o centro da nova Lei 11.101/2005, de 2005, o que não se manifestou por completo no texto legal, salvo a disciplina do art. 47 da Lei. Mas tal norma não é suficiente. A aplicação da nova Lei vai requerer, por certo, um Judiciário atento e diligente, fundando suas decisões no espírito da lei, e nem tanto no texto legal, em interpretação literal. Do contrário, a reforma tende a ser em vão, sem soluções razoáveis para dar trato à crise econômica da empresa. Aqui vale a equidade.¹⁰⁸

O novo sistema normativo recuperacional, então, deve ser aplicado em prol da preservação da empresa e sua função social, bem como deve promover o estímulo à atividade econômica, de modo que, ao empresário rural que não possua dois anos de registro mercantil mas, que demonstre o exercício anterior da mesma atividade, cujo prazo, computado ao do registro de empresa seja superior a dois anos, deve ser deferido o processamento da ação de recuperação judicial da empresa.

A propósito, em julgado perante a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do ano de 2009, a exigência do biênio restou afastada em favor de sociedade empresária componente de um grupo econômico existente há mais de dois anos, ao fundamento demonstrado de que a recuperanda, naquela ocasião, aproveitaria o tempo de exercício regular da empresa por parte das outras empresas que também compunham o mesmo grupo, a partir das quais fora aquela criada, mediante a transferência de ativos societários.

O que se vê no julgado em referência, principalmente, é a proteção à preservação da empresa recém criada, todavia, dispensando a obediência ao biênio mínimo pelo fato de ter sido demonstrada a experiência e regularidade empresarial das demais empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

Eis o trecho que consta da ementa do julgado em apreço:

O requisito do artigo 48, caput, da Lei nº 11.101/2005, exercício regular das atividades empresariais há mais de dois anos no momento do pedido de recuperação judicial, não exige inscrição na Junta Comercial por tal período mínimo. Integrando a requerente da recuperação judicial grupo econômico existente há 15 anos, e sendo constituída há menos de dois anos mediante transferência de ativos das empresas do grupo para prosseguir no exercício de atividade já exercida por tais empresas, é de se ter como atendido o pressuposto do biênio mínimo de atividade empresarial no momento do pedido. [...] Por tais motivos, entendo satisfeito o requisito do artigo 48

¹⁰⁸ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12.

da Lei nº 11.101/2005, uma vez que está comprovado que, apesar da constituição formal da Agreco Bioenergia ter sido formalizada perante a Junta Comercial há menos de 2 anos da data do pedido de recuperação judicial do Grupo Agreco, a atividade constante de seu objeto social já era exercida por outras empresas do referido grupo econômico, mercê do que, bem se houve o digno juiz ao deferir o processamento da recuperação judicial da agravada, atendendo, desta forma, ao fim social do instituto da recuperação de empresas. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. AI nº 604.160.4/8-00, Relator: Pereira Calças, j. 04/03/2009.¹⁰⁹

O precedente ora citado deve servir de norte interpretativo e orientação dos casos em que a empresa rural em crise que reclame o necessário processamento e concessão em seu favor da recuperação judicial, mas que, por outro lado, conte com menos de dois anos de registro mercantil. Em casos desse jaez deve ser autorizado à empresa rural, com vistas à obediência do biênio mínimo, computar ao tempo do registro mercantil o prazo de exercício também regular da atividade econômica agrária, porém, sob o regime jurídico civil. A comprovação deste prazo, quando se tem a constituição de pessoa jurídica, há de ser feita por meio da apresentação da declaração de informações econômico-sociais da pessoa jurídica, tal como está previsto no § 2º do art. 48 da lei falimentar.¹¹⁰

Desse modo, estar-se-á prestigiando e primando pela efetiva aplicação dos princípios, objetivos e finalidade que fundamentam a recuperação judicial, em especial aqueles que são fundamentais e que integram o texto do art. 47 da Lei 11.101/2005, abaixo destacados:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.¹¹¹

¹⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. AI nº 604.160.4/8-00. Relator: Pereira Calças, j. 04/03/2009.

¹¹⁰ Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. § 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. § 2º *Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.* (BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014).

¹¹¹ Idem (*Grifo Nosso*).

A doutrina do direito empresarial, no exame do assunto, não tem consenso e nem segue de modo pacífico o entendimento que deve afastar peremptoriamente o postulante da recuperação judicial que ainda não tenha completado os dois anos de registro mercantil. Naquilo que pertine ao empresário rural, a preocupação acerca do assunto salta aos olhos, pois, pelo que trata a lei de falência, não é nenhum absurdo vislumbrar a possibilidade de se decretar a falência de um empresário rural a partir do primeiro dia do seu registro mercantil e, por outro lado, se o mesmo não comprovar o prazo mínimo de dois anos de exercício regular sob registro mercantil de sua atividade, o processamento da recuperação judicial por ele pleiteada será indeferido.

O que se propõe é a devida tutela da atividade empresarial sob a estrita obediência ao escopo da lei, ou seja, deve se dar primazia não à estrita formalidade que ressaí do registro mercantil, mas sim, à comprovação, por parte do empresário rural em especial, de que o mesmo já exercia a atividade respectiva antes do registro no comércio e, tal exercício pretérito merece ter o seu período computado ao período de exercício sob o regime mercantil, para que, atendida a regra do biênio mínimo, ao mesmo seja deferida a recuperação judicial da empresa.

Como se vê, não se pretende simplesmente afastar a incidência da regra, mas sim e ao contrário, interpretá-la à luz dos princípios que fundamentam o sistema falimentar e recuperacional brasileiro.

Numa época em que a atividade agropecuária era ainda excluída do regime jurídico mercantil, sensível à importância e relevância econômica da atividade e com vistas à sua preservação, o poder judiciário chegou a deferir a concordata preventiva para o produtor rural, isto, numa circunstância em que não só inexistia o registro mercantil há mais de dois anos, mas ainda, em favor de um profissional cuja atividade não era sequer tutelada pelo regime jurídico do direito de empresa.¹¹²

A concordata, então deferida ao produtor rural, demonstra uma das primeiras manifestações e interpretações dadas e aplicadas pelo judiciário brasileiro em prol da atividade agropecuária, fato que denota a relevância da preservação da atividade e o reconhecimento de sua importância sócio-econômica.

¹¹² Expõe Wille Duarte Costa: “Por outro lado, *Paulo Mendes Álvares* (Álvares, Paulo Mendes. Concordata Rural. Comarca de Pompéu (MG). Sentença proferida em 15 de abril de 1988. *Revista Jurídica Mineira*. Belo Horizonte: interlivros, v. 52, p. 220-226, nov. 1988), Juiz de Direito da Comarca de Pompéu (MG), deferiu concordata preventiva impetrada por *Antônio Carlos Barbosa Álvares* e sua mulher *Maria Salomé de Carvalho Álvares*, sustentando que “o empresário rural pode perfeitamente ser tratado da mesma forma como o é o empresário comerciante urbano, pois seus contornos se assemelham e suas atividades acabam resultando numa só”. (COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 194).

No mesmo sentido, em exame sobre a exigência do biênio de registro mercantil como requisito para o processamento da recuperação judicial, ensina Júlio Kahan Mandel:

Trajano de Miranda Valverde, em sua obra, brilhantemente atualizada por Paulo Penalva Santos e J. A. Penalva Santos (*Comentários à Lei de Falências*, 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 298), defendia que a contagem do prazo se daria da data do arquivamento dos atos constitutivos da pessoa jurídica. Porém, logo depois defendia que a concordata poderia ser aceita pela Justiça se o devedor comprovasse que já vinha atuando como comerciante há mais de dois anos, mas que somente havia regularizado sua situação em tempo inferior aos dois anos determinados. O professor Valverde, um visionário do direito e um dos maiores autores do direito falimentar, já defendia que o princípio da preservação da empresa suplantaria as formalidades. Defendo também essa tese, mesmo porque a burocracia para o arquivamento definitivo de uma empresa é grande, e, se a empresa se mostrar viável, não há porque não permitir sua recuperação.¹¹³

Os Princípios da Preservação da Empresa, Função Social e Estímulo à Atividade Econômica, fundamentos do direito falimentar e recuperacional, além dos objetivos do instituto (*interesses dos empregados, credores e manutenção da fonte produtiva*) devem ser o norte interpretativo para a aplicação da decisão que relativize a severa regra do art. 48 da LFRE, desde que, a empresa rural requerente da medida recuperatória, que ainda não tenha completado dois anos de registro mercantil possa, em seu favor, computar o prazo devidamente comprovado de regularidade daquela atividade sob o registro civil, isto, para que seja atendida a regra do biênio mínimo do exercício regular da atividade econômica que reclame o processamento da ação recuperacional.

O exame fático e efetivo se a requerente, nestas condições de especialidade, se caracteriza como mera oportunista, aventureira ou, ainda, uma singela iniciante no mercado afeto à atividade empreendida, pode ficar ao alvedrio da comunidade credora quando da deliberação e aprovação do plano de superação que lhes será apresentado.

O que não é concebível, entretanto, é o prematuro indeferimento da petição inicial ao fundamento de que não há o atendimento puro e simples do biênio mínimo de exercício da empresa sob o registro mercantil, principalmente e conforme o cerne desta pesquisa, quando o rurícola empresário deixar comprovado e bem demonstrado que não se enquadra no conceito de mero iniciante, oportunista, aventureiro, posto que já vinha anteriormente exercendo a mesma atividade, de modo inteiramente regular, sob a tutela do regime jurídico civil.

¹¹³ *Apud* VALVERDE, Trajano de Miranda; MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada*: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 98.

De mais a mais, também não se afigura lógico, justo ou coerente conceber a possibilidade de ser decretada a falência do empresário rural registrado há menos de dois anos no Registro de Empresa, fato previsto na lei de regência se, por outro lado, não se outorgar ao mesmo empresário o direito de pugnar pelo deferimento da ação recuperacional, sobretudo se aquele, de fato, demonstrar e comprovar a existência do exercício da atividade agrária por mais de dois anos, quando computado o prazo de exercício regular não mercantil com o prazo de exercício regular da empresa.

Além da inaplicabilidade dos fundamentos expendidos pela doutrina para justificar a exigência do cumprimento do prazo de dois anos de registro mercantil como requisito para o processamento da recuperação judicial da empresa, atualmente a alteração legislativa promovida pela Lei 12.873/2013, que incluiu o § 2º do art. 48, da fundamento à tese defendida no presente trabalho, pois não condiciona a recuperação judicial do empresário rural à exibição de certidão expedida pela Junta Comercial para a comprovação do exercício regular da atividade empresarial, na medida em que o prazo bienal exigido pode ser comprovado pela Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica.

6.1.2 A nova previsão normativa

Conforme já foi preliminarmente exposto, a situação da empresa rural ante o instituto da recuperação judicial parece ter sido um pouco descortinada, isto, em razão da inclusão no artigo 48 da lei recuperacional do já citado parágrafo segundo, por obra da lei 12.873 de 2013.

A novidade legislativa que ora é proclamada permite que a empresa rural exercida por pessoa jurídica comprove a regularidade de exercício pelo prazo mínimo de dois anos através da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica prestada dentro do prazo legal perante a Receita Federal do Brasil.

Assim, preceitua a nova norma recuperacional:

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

- I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
- II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
- III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

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

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

§ 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Como visto, a empresa rural exercida por pessoa jurídica pode comprovar o requisito afeto ao exercício regular da atividade rural pelo prazo mínimo de dois anos não mais apenas através da certidão registrária expedida pelo Cartório Público das Empresas Mercantis, mas sim, pela Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica que tenha sido entregue dentro do prazo legal.

Referida regra, incorporada ao sistema falimentar pela lei 12.873 de 24 de outubro do ano de 2013, sabidamente, ainda não foi devidamente interpretada e aplicada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Entretanto, não se pode discordar que tal previsão promoverá importante ajuste e segurança no tocante à recuperação judicial da empresa rural, notadamente naquilo que pertine à comprovação do efetivo exercício da atividade agrária pelo período mínimo de dois anos, este o primeiro pressuposto de admissibilidade do processamento da ação recuperacional.

Acerca do novo preceito normativo, a interpretação que dele se extrai não pode ser outra, senão a de que a atividade rural pode ser efetivamente tutelada pelo instituto da recuperação das empresas e, quanto à prova da regularidade do tempo de exercício, a mesma poderá ser feita através da afirmada Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica que é entregue à Receita Federal do Brasil.

Não se exige mais da empresa rural pretendente da recuperação judicial, exclusivamente, a exibição de certidão expedida pelo cartório mercantil atestando sua regularidade há mais de dois anos, pois, a prova deste fato poderá ser realizada com a exibição da referida declaração de informações econômico-fiscais da pessoa jurídica, esta, entregue à Receita Federal no prazo legal.

Não obstante isso, vale salientar que a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica é um dever imposto a todas as pessoas jurídicas de direito privado do País, independentemente de sua finalidade, e, ainda, se empresária ou não.¹¹⁴

Tal fato, acreditamos, não significa que aquele que exerce atividade rural possa, apenas por ter se constituído pessoa jurídica, lograr a recuperação judicial sem que tenha, antes, realizado o necessário registro mercantil, pois, o instituto recuperatório destina-se aos empresários ou sociedades empresárias e, para o rurícola, tal qualidade lhe é atribuída apenas depois de registrar-se na modalidade mercantil.

A solução trazida pelo §2º do art. 48 da Lei 11.101/2005, por sua vez, oferece ao empresário rural a alternativa para a comprovação do exercício bienal e regular de sua atividade, mas, para fazer jus à tutela da recuperação judicial, a simples constituição da pessoa jurídica e a entrega tempestiva de suas declarações de informações econômico-fiscais não se mostram suficientes para o deferimento da recuperação judicial em seu favor, pois, para tanto, deve ser mantida a exigência do registro mercantil, isto porque, tal qual afirmado, a recuperação judicial é instituto que se destina ao soerguimento da empresa e não de qualquer outra pessoa jurídica.

Portanto, a melhor leitura interpretativa que se faz sobre a inovação legislativa em apreço, então, é exatamente aquela que permite ao empresário rural a comprovação do período bienal de exercício da atividade agrária com a exibição da declaração de informações econômico-fiscais entregue tempestivamente; tal documento servirá como prova da regularidade no exercício da atividade não só após o registro da empresa, mas também, antes daquele registro, ou seja, a partir do momento em que o exercente da atividade rural constitui-se em pessoa jurídica, a declaração de informações econômico-fiscais servir-lhe-á como prova do exercício regular da atividade apta a lhe prover a tutela recuperacional, se empresário.

Não se pode conceber, portanto, que a exibição da declaração de informações econômico-fiscais, por si só, sirva para o cumprimento do requisito temporal previsto no *caput* do art. 48, pois, há que se ter em mente a necessidade do registro mercantil que confere à atividade rural o caráter de empresa, sujeitando-a, pois, ao regime jurídico que lhe é próprio e especial.

¹¹⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa jurídica – DIPJ. 2014. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipj2014/Capitulo_I_DeclaracoesdaPessoaJuridica2014.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

Desse modo, a novidade trazida pela lei 12.873/2013 não pode ser entendida como a dispensa do registro mercantil por parte da empresa rural, mas sim, que a referida declaração prevista no § 2º do art. 48 da Lei n. 11.101/2005 sirva como prova do exercício regular da atividade por no mínimo dois anos, independentemente do tempo de registro mercantil.

Com efeito, vê-se que este é exatamente o caminho percorrido pela presente pesquisa, que defende a possibilidade de ser deferido o processamento da recuperação judicial para a empresa rural que possua menos de dois anos de registro mercantil, desde que, esta comprove que já exercia a atividade antes mesmo de tal registro; nestas circunstâncias, a prova da regularidade no exercício da atividade far-se-á com a exibição da mencionada declaração fiscal.

Assim, o prazo mínimo de dois anos do exercício regular da atividade a ser recuperada, que é condição para o processamento da aludida medida, deve ser aferido de acordo e em boa sintonia com o propósito da norma recuperacional, ou seja, deve ser computado em favor da empresa rural o tempo de exercício comprovado antes do registro mercantil com o tempo de exercício depois do registro na Junta Comercial. Tais períodos poderão ser comprovados com a Declaração de Informações Econômico-Fiscais, entregue à Receita Federal no prazo legal.

Por derradeiro, também é importante esclarecer que a *declaração de informações econômico-fiscais da pessoa jurídica* poderá ser utilizada como prova do exercício regular da atividade agrária por aquele que empreende tal atividade através da pessoa jurídica que, de igual modo, postula a tutela recuperacional.

7 CONCLUSÃO

O nobre instituto da recuperação judicial das empresas, incorporado no direito brasileiro com a entrada em vigor da Lei 11.101 de 2005, desponta como significativo avanço na legislação empresarial pátria.

Tal norma visa a superação da crise econômica do devedor, sem prejuízo de também e principalmente tutelar toda uma gama e feixe de obrigações e direitos que vão além do simples atendimento aos interesses do empresário ou dos seus credores, pois ainda e também, tem como escopo a manutenção do núcleo produtivo e do emprego dos trabalhadores, isto, para que haja a regular promoção dos Princípios da Preservação da Empresa, Função Social e Estímulo à Atividade Econômica.

Outrossim, o estado de crise reversível instalado sobre a empresa, aquele decorrente da patologia do sistema de crédito, consumo, mercado e economia, justifica o envidamento de esforços coletivos que buscam o salvamento da atividade que transpareça ainda ser viável, recuperável, tudo isto, com vistas ao atendimento do sistema de princípios que integram o propósito do instituto, tal como proclamado pela norma do artigo 47 da Lei em estudo.

Constituiu o trabalho em apreço, ainda, no estudo sobre o rurícola, que é, sabidamente, exercente da atividade agropecuária, bem como, sobre os efeitos do direito empresarial na atividade econômica por ele exercida, especialmente, a partir do momento em que aquele, em virtude da opção que lhe faculta o Código Civil, se inscreve junto ao Registro Público das Empresas Mercantis.

A pesquisa se deteve ainda acerca da natureza jurídica do ato registrário da empresa rural, sendo que, como defendido, tem ele natureza declaratória, na medida em que o conceito trazido pelo artigo 966 do Código Civil não exige e nem apresenta como elemento integrativo do mesmo, o registro em quaisquer dos órgãos públicos. Assim, a atividade econômica agrária, organizada para a produção de bens e serviços tem no registro mercantil a natureza declaratória e, não, constitutiva, a par de entendimentos importantes defendidos a respeito.

Demais disso, o empresário rural, ante à crise econômica que assola e incide sobre sua atividade, pode buscar meios de superação do estado de crise, isto, com a propositura da ação recuperacional prevista no art. 48 da LFRE., desde que, para tanto, atenda aos requisitos exigidos para o processamento da medida.

Neste ponto, acerca do biênio mínimo de exercício regular da atividade, ainda que não tenha a empresa rural cumprido o prazo mínimo de dois anos de registro mercantil, deve ser

analisada a existência da mesma atividade econômica exercida de modo regular, porém, sob o regramento do regime jurídico civil, isto, para que haja o deferimento da necessária recuperação judicial, posto que o propósito do instituto é o salvamento e a recuperação da atividade econômica comprovadamente viável.

Assim, como o desiderato da norma é a tutela da atividade econômica, deve ser computado em favor da empresa rural, quando necessário, o tempo de exercício regular da mesma atividade no âmbito civil com o tempo de exercício após o registro empresarial, isto, para que seja efetivamente atendida a regra bienal que, nitidamente, tem como escopo o afastamento da tutela recuperacional de aventureiros, oportunistas e mero iniciantes.

Ademais, não se pode conceber, nesta era moderna do direito empresarial, a absoluta exclusão da tutela da recuperação judicial do empresário com menos de dois anos de registro mercantil, pois, tal fundamento remonta a primeira metade do século passado, sendo que, naquela pretérita época, servia para afastar da concordata preventiva o comerciante irregular, oportunista e aventureiro, pois, segundo proclamava o ordenamento antigo, o titular do então *favor legal* ofertado era o comerciante devidamente registrados nos tribunais do comércio.

Tal entendimento partia do pressuposto de que a concordata era um favor legal outorgado ao comerciante, o que não se concebe na atualidade, pois, a recuperação, ao contrário da concordata, tem o escopo de tutelar não apenas os exclusivos e individuais interesses do empresário, mas sim, macro-interesses de ordem coletiva e social, razão esta que justifica uma investigação e interpretação que vá ao encontro da verdadeira intenção e eficácia da ação recuperacional, dos seus princípios correlatos e do próprio sistema jurídico da insolvência.

O cômputo dos prazos de comprovada atividade regular da empresa rural, conforme defendido, tem o condão de esvaziar o fundamento vetusto que ainda persiste em integrar a natureza da regra do art. 48 da LFRE, qual seja, consoante esclarecido, deixar à margem da tutela recuperatória, antigo *favor legis*, os iniciantes, empresários irregulares, meros oportunistas e aventureiros.

Ao somar os prazos e, verificando que o empreendedor rural está há mais de dois anos exercendo regularmente a atividade, contando-se a época do registro civil com o período do registro mercantil, não há fundamento sustentável que afaste o deferimento do processamento da recuperação judicial da empresa rural em crise, nas circunstâncias ora demonstradas.

A regularidade no exercício da atividade, exigência que ornamenta o *caput* do mencionado art. 48 da lei falimentar, era comprovada exclusivamente com a exibição da

certidão respectiva expedida pelos cartórios mercantis. Atualmente, com a inovação legislativa proclamada pelo § 2º do referido art. 48, o empresário rural poderá comprovar o biênio de exercício regular da atividade apresentando, para tanto, a Declaração de Informações Econômico-fiscais da pessoa jurídica entregue tempestivamente na Receita Federal do Brasil. Acaso não se trate de empreendedor rural pessoa jurídica, o interessado deve valer-se de outras provas que demonstrem o exercício regular da atividade agrária, como, por exemplo, relatório de fluxo de caixa, registro de dados contábeis, balanços, dentre outros.

A comprovação do biênio de exercício regular da atividade com a apresentação da Declaração de Informações Econômico-fiscais da pessoa jurídica por parte do empreendedor rural servirá como prova para a concessão do processamento da medida de recuperação, desde que, por óbvio, esteja aquele devidamente matriculado perante o Cartório de Registro Público das Empresas Mercantis, posto que, o instituto da recuperação das empresas visa prover a superação do estado de crise enfrentado pelo empresário e, acerca do rurícola, aquele é considerado empresário e sujeito do regime jurídico mercantil apenas a partir da efetivação do seu respectivo registro empresarial.

Assim, para a tutela recuperacional, restou defendido que o empresário rural fará prova do exercício regular da atividade por no mínimo dois anos, podendo, para tanto, computar ao prazo transcorrido após o registro mercantil o período anterior em que aquele exercera a atividade rural também de forma regular, porém, sob a tutela civil. A prova daquele período far-se-á por todos os meios legalmente admitidos e, se houver a constituição de pessoa jurídica por parte do rurícola, pela apresentação da Declaração de Informações Econômico-fiscais da pessoa jurídica entregue à Receita Federal.

O que restou demonstrado, portanto, é que o empresário rural postulante da ação de recuperação judicial pode comprovar o exercício regular e bienal da atividade correspondente com a apresentação da mencionada declaração de informações econômico-fiscais e, se necessário, poderá computar os prazos de exercício regular havidos antes e depois do registro mercantil, para que, atenda ao pressuposto primeiro ditado pelo *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/2005.

Por outro lado, acerca da necessidade de dar o devido prestígio à superação da atividade empresarial ainda viável, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento de matéria que se assemelha ao conteúdo desta pesquisa, deferiu em favor de sociedade empresária constituída há menos de dois a recuperação judicial, ao fundamento de

que a mesma integra um grupo econômico estabelecido no mercado empresarial há mais de 15 anos, aproveitando, portanto, o prazo de experiência e regularidade mercantil do grupo de empresas e não isoladamente o prazo de regularidade da pretensa recuperanda, dando, àquele caso, a devida primazia e tutela à relevância da reunião de esforços para o salvamento da atividade econômica ainda recuperável.

Assim deve seguir o direito empresarial, notadamente porque o fundamento da regra bienal, que data da primeira metade do século passado, deve ser visto e revisto sob a realidade da era moderna, da economia que oscila e vacila em uma velocidade muito rápida, da inexistência de favor legal outorgado individualmente ao empresário e, por fim da necessária proteção jurídica destinada à empresa institucional e, o que deve servir para superar o formalismo exacerbado que caracterizou o direito mercantil ao longo de sua secular história.

Por derradeiro, não há fundamento que resista à realidade de que o instituto da recuperação da empresa visa oportunizar a superação da crise econômica que abala a própria atividade econômica e o severo atendimento ao sistema de princípios correlatos, razão pela qual, o empreendedor da empresa rural, que exerce exatamente a mesma atividade econômica desde antes o registro mercantil merece, como prestígio à segurança jurídica e aos Princípios da Preservação da Empresa, Função Social e Estímulo à Atividade Econômica, se necessário ao processamento da ação recuperacional, o cômputo dos períodos relativos à atividade agropecuária civil e empresarial por ele exercida para a devida tutela de soerguimento do empreendimento.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes; PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2014.
- BRASIL. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014.
- BRASIL, Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 23 ago. 2014.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 ago. 2014.
- BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014.
- BRITO, José Henrique Silveira de. A ética na vida empresarial. Revista Portuguesa de Filosofia, Braga, tomo LV, Fasc. 4, out./dez. 1999 *apud* DE LUCCA, Newton. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3: Direito de Empresa.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1: Direito de Empresa.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Wille Duarte. *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DELGADO, José. *Interpretação contemporânea da lei de recuperação judicial e sua aplicação ao produtor rural quando pratica atos empresariais*. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, Florianópolis, v. 1, n. 0, p. 11-57, jan./mar. 2010.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Direito de Empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERNANDES, Jean Carlos. *Reflexões sobre a nova lei falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial*. *Revista de Direito Mercantil*, v. 45, n. 141, p. 169-184, jan./mar. 2006.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 5: A falência.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge Joaquim. Direito da Empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. *Revista Forense*, v. 379, p. 119-131, maio-jun. 2005.

MAMEDE, Gladson. *Direito Empresarial brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4: falência e recuperação de empresas.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/2005 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e preservação da empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. AI nº 604.160.4/8-00. Relator: Pereira Calças, j. 04/03/2009.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STAJN, Rachel; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1: teoria geral e direito societário.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3: Falência e recuperação de empresas.

VALVERDE, Trajano de Miranda; MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.