

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

HUMBERTO LEONARDO WAISZCZYK OSÓRIO

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PRAZO PARA
APRESENTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL
(ART. 53 DA LEI N. 11.101/05)**

**Florianópolis
2015**

HUMBERTO LEONARDO WAISZCZYK OSÓRIO

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PRAZO PARA
APRESENTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL
(ART. 53 DA LEI N. 11.101/05)**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências
Jurídicas – CCJ da Universidade
Federal de Santa Catarina – UFSC,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Orlando
Celso da Silva Neto.

**Florianópolis
2015**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

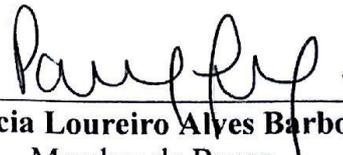
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado ""**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (ART. 53 DA LEI N. 11.101/05)**"" , elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Humberto Leonardo Waiszczyk Osório**, defendido em **14/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 14 de Julho de 2015.



Orlando Celso da Silva Neto
Professor(a) Orientador(a)



Patrícia Loureiro Alves Barbosa
Membro de Banca



Márcio Silvério Filho
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Humberto Leonardo Waiszczyk Osório

RG:

CPF:

Matrícula: 09222020

Título do TCC: "A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (ART. 53 DA LEI N. 11.101/05)"

Orientador(a): Orlando Celso da Silva Neto

Eu, Humberto Leonardo Waiszczyk Osório, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 14 de Julho de 2015.

Assinatura manuscrita de Humberto Leonardo Waiszczyk Osório, escrita em tinta preta sobre uma linha horizontal.

Humberto Leonardo Waiszczyk Osório

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é resultado do esforço de diversas pessoas que passaram pela minha vida. Agradeço à minha família e a todos que, direta e indiretamente, apoiaram-me. Em especial, agradeço:

À minha querida mãe, *Amélia*. Pelo esforço incondicional e pelo exemplo de perseverança.

À minha avó, *Regina*. Pelo amor e carinho.

A todos os meus amigos e amigas, sem vocês talvez a vida não sorrisse para mim.

Ao orientador deste trabalho, Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto, pelo apoio e cujas aulas, sempre muito bem ministradas, despertaram-me o interesse para o estudo do direito privado.

“Todo advogado vive no seu patrocínio certos momentos em que, esquecendo as sutilezas dos códigos, os artifícios da eloquência, as astúcias do debate, não sente mais a beca com a qual se vestiu, não vê mais as togas com que se vestem os juízes, e dirige-se a eles, fitando-os nos olhos de igual para igual, com aquelas palavras simples com que a consciência do homem se dirige fraternamente à consciência do seu semelhante, para convencê-lo da verdade. Nesses momentos, a palavra “justiça” volta a ser fresca e nova, como se fosse dita então pela primeira vez. E quem a pronuncia sente passar em sua voz um frêmito discreto e suplicante, como aquele que passa nas palavras do crente que ora.

Bastam esses momentos de humildade e solene sinceridade humana para resgatar a advocacia de todas as suas misérias”.

Piero Calamandrei.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é correlacionar o princípio da preservação da empresa constante na Lei n. 11.101/05 (que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária) com o prazo para apresentação do plano de recuperação judicial, disposto no artigo 53 do referido diploma. Inicialmente, a fim de expor o tema, aborda-se aspectos e conceitos fundamentais da legislação, quais sejam: a natureza jurídica do instituto da recuperação judicial, os destinatários, a viabilidade das empresas e a conceituação e delimitação do plano de soerguimento, assim como suas peculiaridades, requisitos e finalidades. Superados esses aspectos preliminares, expõe-se o tema que ora se propõe discutir, ressaltando a divergência doutrinária que há acerca do artigo 53 da Lei reitora, bem como sobre eventual inobservância do prazo de sessenta dias constante no *caput* do dispositivo, que a dicção legal qualifica como improrrogável. Dessa maneira, questiona-se a natureza do prazo, se peremptório ou não, assim como se sua inobservância conduz à preclusão e, conseqüentemente, à convalidação do procedimento em falência. Ver-se-á que, com a aplicação do princípio da preservação da empresa, um dos pilares da Ordem Econômica da Constituição Federativa do Brasil de 1988, positivada no artigo 170 da Magna Carta, não há como qualificar o prazo de apresentação do plano de recuperação de empresas como peremptório e proferir, de plano, a convalidação do procedimento recuperacional em falência. Ao final deste trabalho, chegar-se-á à conclusão de que deverá o juiz da demanda averiguar quais os motivos para eventual não apresentação do plano reorganizacional, no intuito de preservar a fonte produtora, visto que cabe à sociedade, em geral, suportar os resultados da quebra de uma companhia.

Palavras-chave: Recuperação de Empresas. Plano de Recuperação Judicial. Princípio da Preservação da Empresa. Convalidação em Falência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NA LEI N. 11.101/05: <i>conceito, finalidade e destinatários</i>	12
1.1 A natureza do procedimento.....	14
1.2 As fases do processo judicial de recuperação de empresas.....	18
1.2.1 O plano de recuperação judicial.....	20
1.2.2 O prazo para apresentação do plano recuperação judicial.....	25
1.2.3 A natureza do prazo e sua (in)completude.....	32
2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	35
2.1 A função social da propriedade e seus reflexos na função social da empresa privada.....	38
2.2 O princípio da preservação da empresa ou da manutenção da fonte produtora.....	51
2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana incorporado na lei 11.101/05.....	55
2.4 Os princípios na LREF.....	57
2.4.1 A supremacia da viabilidade da empresa.....	58
2.4.2 Manutenção dos interesses do credor e maximização dos ativos.....	62
2.4.3 Par condicio creditorum.....	63
3. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA LEI 11.101/05.....	64
3.1 Possibilidade prorrogação do prazo pelo juiz.....	69
3.2 Outros dispositivos da LREF vêm sendo flexibilizados pela jurisprudência.....	72
CONCLUSÕES.....	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81
ACÓRDÃOS CITADOS.....	85

LISTA DE ABREVIATURAS

AGC – Assembleia Geral de Credores;

Art. – Artigo;

CFRB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CPC – Código de Processo Civil;

CTN – Código Tributário Nacional;

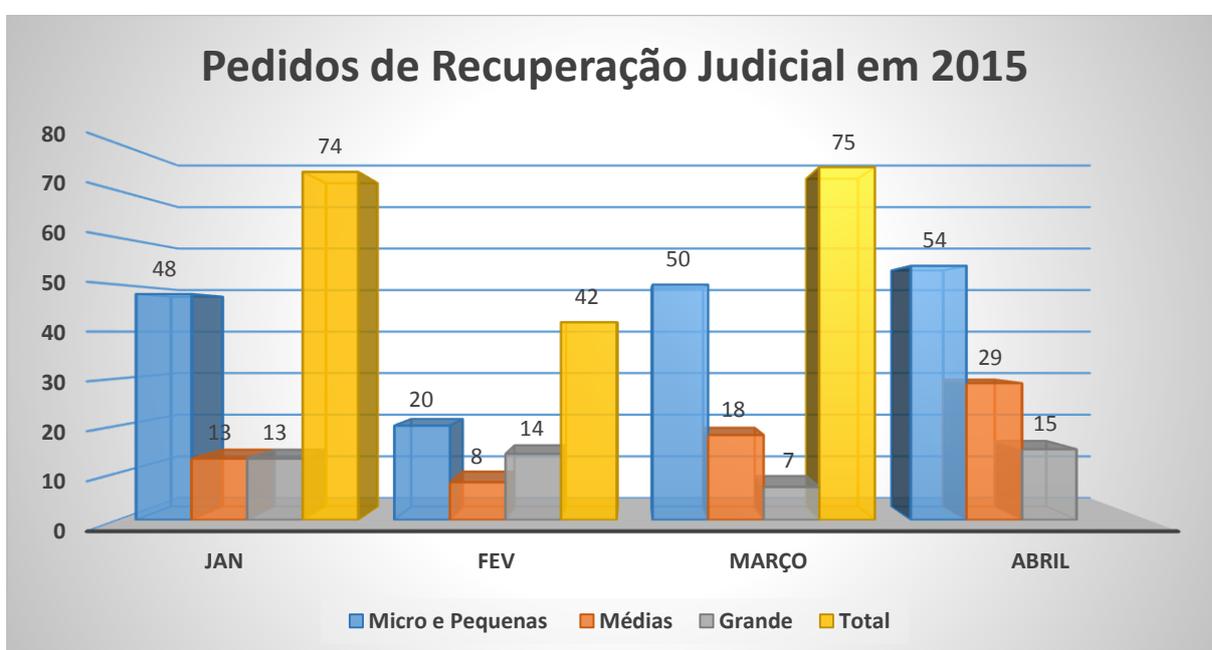
LREF – Lei de Recuperação de Empresas e Falências, Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005;

LSA – Lei de Sociedade Anônimas;

PRJ – Plano de Recuperação Judicial;

INTRODUÇÃO

A legislação que ora se propõe analisar é a Lei n. 11.101/05, que regula as recuperações de empresas, também chamadas de judiciais, e o processo falimentar (LREF). Dito diploma tem ganhado especial relevo no contexto econômico atual, mormente pela crise que passa a economia brasileira, visto que vêm aumentando as estatísticas de pedidos judiciais de recuperação. O gráfico abaixo demonstra a atualidade do tema que se pretende abordar¹:



Voltando-se à temática do estudo, em três capítulos, o presente trabalho expõe divergência doutrinária existente entre a interpretação do art. 53 da LREF, bem como das consequências que dele advêm. O referencial metodológico para a presente análise foi o dedutivo, que orientou a condução e organização do raciocínio nesta monografia, adotando-se a fonte bibliográfica como procedimento de pesquisa.

¹ Fonte: SERASAEXPERIEN. Dados adaptados da planilha fornecida no link: http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm

No primeiro capítulo serão elencados conceitos e aspectos basilares da Lei n. 11.101/05, na intenção de situar o campo de estudo, quais sejam: natureza jurídica do procedimento de recuperação judicial, o conceito de empresa viável, a definição e finalidade do plano de recuperação, assim como todas as nuances que o compreendem. Será, ainda, delimitado o tema que se objetiva discutir, discorrendo sobre o prazo do art. 53 e suas consequências para o procedimento de recuperação judicial, visto que se inobservado o comando estipulado em lei, o procedimento é convalidado em falência.

No segundo capítulo, serão apresentados os princípios que norteiam a recuperação judicial na Lei 11.101/05, com o devido enfoque histórico-constitucional. Serão abordados os princípios da função social da propriedade, função social da empresa, manutenção da fonte produtora e dignidade da pessoa humana, bem como a dinâmica dos bens de produção e a relevância do conceito de companhia para a sociedade. Via reflexa serão analisados, em menor grau, os princípios da viabilidade da empresa, manutenção dos interesses do credor, maximização dos ativos e *par condicio creditorum*. Toda essa conceituação busca definir quais os princípios que se sobrelevam quando da interpretação sistêmica do diploma, de modo a sempre prestigiar finalidade da lei, qual seja, a preservação da empresa como relevante mecanismo de prosperidade social.

Por fim, no terceiro capítulo, será correlacionada a questão do prazo do art. 53 com os princípios emanados pelo art. 47, também da LREF. Far-se-á uma análise da jurisprudência, bem como serão contrapostos temas que sofreram certa flexibilização legal, sobretudo quando abordados na prática.

As conclusões ao final elencadas demarcam o desfecho do presente trabalho.

1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NA LEI N. 11.101/05: *conceito, finalidade e destinatários.*

O conceito de recuperação pode ser sintetizado pelas palavras do Deputado Federal Osvaldo Biolchi, relator do projeto de Lei n. 4.376/1993, que originou a Lei 11.101/05, que dispõe sobre a Recuperação Judicial e Falências – LRF:

Recuperação judicial é o instituto jurídico fundado na ética da solidariedade, que visa a sanar o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juiz, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral².

À semelhança do que ocorre nos diplomas estrangeiros que referendam a matéria ora estudada, a LREF rompe com o antigo paradigma imposto pela legislação anterior (no caso brasileiro, o Decreto-lei n. 7.661/45), trazendo, com o novel instituto da recuperação judicial uma visão *“que leva em conta não mais os direitos dos credores, de forma primordial”*³. Em verdade, supera-se *“a fase de uma legislação orientada pró-credor, voltada apenas ao incentivo da liquidação dos ativos do devedor e sua partilha entre os credores”*⁴

² IMHOF, Cristiano. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial – Anotado artigo por artigo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 151.

³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências: comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

⁴ FERNANDES, Jean Carlos. Reflexões sobre a Nova Lei Falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n 141, ano XLV (nova série), jan-mar/2006, p. 169.

Essa evolução é constatada por Manoel Justino Bezerra Filho, na opinião do autor, esta é a comparação que se tem:

A lei anterior, de 1945, privilegiava sempre o interesse dos credores, de tal forma que um exame sistemático daqueles artigos demonstra a ausência de preocupação com a manutenção da empresa como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível⁵.

Têm legitimidade ativa ordinária para requerer recuperação judicial o devedor, o empresário individual ou a sociedade empresária, no último caso o pedido é realizado pela própria pessoa jurídica. Acaso faleça a pessoa natural que exerce atividade empresarial, tornam-se legitimados, extraordinariamente, o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor e o inventariante⁶. Quanto às sociedades empresárias contratuais, ou sociedades por quotas – sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples e sociedade limitada –, poderá fazê-lo o administrador, se o contrato social conferir poderes para tanto, respondendo judicialmente se houver abuso de direito (CC, art. 1.015). Se o contrato não contemplar tal previsão, será preciso obter aprovação dos sócios quotistas. No tocante às sociedades por ações – sociedade anônima e sociedade por comandita por ações – é competência privativa da assembleia autorizar os administradores a pedir recuperação judicial. Contudo, em casos de urgência, basta a concordância do acionista controlador para que os administradores formulem o pedido, porém, deverá ser convocada assembleia geral imediatamente para que se delibere sobre a matéria (§ único do art. 122 da Lei n. 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações)⁷.

⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências: comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

⁶ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3 - Recuperação de Empresas e Falência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

⁷ MAMEDE, Gladson. Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas. vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 171.

Há, ainda, uma última hipótese de legitimação ativa extraordinária para propor o pedido de recuperação judicial: o sócio remanescente de sociedade dissolvida ou pela retirada ou morte de outro sócio (§ 1º do art. 48 da LREF).

Para fins do presente trabalho, quanto à legitimação *ad causam*, é preciso se ter em mente a finalidade da nova legislação, que se diferencia do Decreto-lei n. 7.661/45. Ricardo Negrão esclarece que a Lei n. 11.101/05, em abordagem distinta das legislações anteriores, distingue a figura da *empresa* e do *empresário*. Na LREF a tutela legal concentra-se naquela, “*de tal modo que, se necessário, impõe o afastamento do último para preservá-la*”⁸. Portanto, o objetivo é a recuperação da empresa, e não do empresário.

1.1 A natureza do procedimento

A natureza jurídica do procedimento de recuperação judicial é matéria de sensível divergência doutrinária porquanto desdobra-se em diversos campos do direito.

Há doutrinadores que a conceituam como instituto eminentemente de Direito Privado, devido à natureza contratual que se sobrepõe. Por sua vez, os publicistas ressaltam que sua materialização se dá por meio de uma medida ou um conjunto de medidas processuais, sendo, portanto, instituto de Direito Público⁹. E há, por fim, conforme ressalta Jorge Lobo, quem a defenda como um mecanismo do Direito Econômico, neste caso, a fim de se justificar, o autor mencionado se vale do escólio de Orlando Gomes¹⁰.

⁸ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3 - Recuperação de Empresas e Falência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

⁹ LOBO, Jorge: in TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125-127.

¹⁰ Ibid, p.127-128.

Os diversos enfoques jurídicos captados pelo direito econômico lhe conferem uma classificação diferenciada, situando-o numa zona intermediária entre Direito Público e Privado. Orlando Gomes esclarece:

*o direito econômico, compreendendo, como compreende, regras de direito civil, comercial, administrativo, penal e tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de direito público nem de direito privado, caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método*¹¹.

Sérgio Campinho, em parte, também a descreve como um instituto de direito econômico:

A recuperação judicial, segundo o perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como um 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 a rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra o seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (cf. artigo 47). Nesta perspectiva, é um instituto de Direito Econômico¹².

No entanto, esse mesmo autor entende que o *“instituto da recuperação deve ser visto com a natureza de um contrato judicial”*, concretizável por meio do plano de recuperação, cuja *“perfectibilidade do acordo não exige manifestação unânime das vontades dos credores”*¹³, estabelecendo, assim, uma relação processual única para todos.

Campinho também defende que a Lei n. 11.105/05 resgata a perspectiva de um acordo, um contrato judicial com feição novativa, restabelecendo a tradição do direito brasileiro, diferentemente da natureza jurídica do Decreto-Lei n. 7.661/45, que considerava o instituto da concordata um favor legal facultado aos devedores de boa-

¹¹ GOMES, Orlando; VARELLA, Antunes. Direito econômico. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 4.

¹² CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.10.

¹³ Ibid, p.12-13.

fé¹⁴. Corroborar esse entendimento Amador Paes de Almeida que, ao citar Alfredo Rocco, considera que a recuperação judicial tem nítida feição contratual, porquanto envolva credores e compromissos de pagamentos estabelecidos no plano de reorganização. Almeida aduz ainda que a sentença que concede a recuperação é de inquestionável carga constitutiva, porque cria novas relações jurídicas, impondo novação de créditos¹⁵.

Jorge Lobo, em seus ensinamentos, traz a ideia de recuperação judicial como ato complexo, justificável porque o procedimento recuperacional é um ato coletivo, onde há congregação das vontades de devedor-empresário e credores, tudo sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário. O autor prossegue descrevendo que o instituto é um *favor legal*, porquanto faculta ao devedor “o direito de sanear o estado de crise econômico-financeira em que se encontra”. Por fim, trata-se de obrigação *ex lege* pois concedida por sentença, implicando em alteração no status *quo* com a novação dos créditos¹⁶.

Marlon Tomazette, por sua vez, discorda pois acredita não haver *vontades paralelas* na recuperação, de modo que as vontades de credores e devedores “se cruzam e, por vez, até se opõem, como se vê nas assembleias de credores”¹⁷. Tomazette também não considera o instituto um *favor legal* ou a obrigação *ex lege*, justamente pela necessidade de manifestação favorável, expressa ou tácita, dos credores. Para o autor a atuação judicial não desconfigura a natureza contratual da recuperação, pois ela não é imposta, mas sim, concedida pelo judiciário caso haja comunhão de interesses entre credores e devedor¹⁸.

¹⁴ Ibid, p.126-127.

¹⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e recuperação de empresa. 27ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 321.

¹⁶ LOBO, Ibid, p. 124.

¹⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3: Falências e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56-58.

¹⁸ Ibid, p. 56-58

1.1.2 A recuperação destina-se às *empresas viáveis*

Aqui reside ponto nefrágico à compreensão do instituto: nem toda empresa é recuperável. Convém ressaltar que a recuperação judicial se presta tão somente às *empresas viáveis*, de sorte que tal conceito vincula-se intimamente com a *viabilidade econômica da empresa*.

Nesse sentido, ressalta Bezerra Filho:

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se (...) ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social¹⁹.

Definir se há viabilidade para recuperar uma empresa é matéria que transcende as normas legais e os padrões do direito positivo. É, em verdade, matéria que compreende conceitos financeiros e contábeis, sobretudo: *receita, custos e lucro*²⁰. Frederico Simionato explica de maneira categórica que:

a atividade empresarial começa a ficar inviável economicamente sempre que os custos (fixos, variáveis, administrativos, legais, financeiros e investimentos) abalam, pelo menos em parte, a receita da empresa. Neste

¹⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências: comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 142.

²⁰ Os conceitos mencionados são bem definidos por Lúaudio Camargo Fabretti: “*receita bruta das vendas ou serviços compreende o produto da venda nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia*”. (...) Para se chegar na receita líquida, devem ser deduzidos os seguintes valores: “*vendas canceladas (devoluções), descontos concedidos incondicionalmente e tributos incidentes sobre a venda*”. (...) Custos, que se subdividem em custos de produção, ou seja, matéria prima, produtos intermediários e material de embalagem, mão de obra (salários, encargos fiscais e sociais), mais despesas gerais de fabricação (consumo de energia elétrica de água, manutenção de equipamentos, depreciação, IPTU da fábrica, taxas para funcionamento, etc). (...) O autor ainda elenca que há, conforme as peculiaridades da empresa, custos de mercadorias, importações, serviços prestados, etc. (...) “*O lucro líquido é o resultado contábil do período, deduzido do valor das provisões para IR e a CSL*”. (in FABRETTI, Lúaudio Camargo. Contabilidade Tributária e Societária para Advogados. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 43-50).

caso, com o abalo da receita, necessariamente teremos uma queda na lucratividade²¹.

Prossegue autor elencado meios para que a empresa *volte a ser lucrativa (viável e equilibrar ativo e passivo)*, dentre os quais, destacam-se sucintamente: *a) cortar custos, sempre atentando para que o custo eliminado não prejudique uma fonte de receita, v.g., com fechamento de uma filial ou reduzindo-se os empregos gerados; b) aumento de preços, caso que se aplica somente na existência de monopólios ou oligopólios; c) utilização de recursos presentes no caixa, no intuito de manter a receita estável e de promover políticas de corte de custos e de eficiência administrativa (hipótese viável à empresa bem capitalizada); d) financiamento bancário, para o mencionado autor essa é a pior possibilidade que se pode empregar, justamente porque a empresa, para obter o financiamento bancário, deverá comprometer seu patrimônio livre a fim de garantir o empréstimo acrescido de juros. Trata-se de caso em que a companhia tem um *novo custo exigível a prazo*, de modo que deverá reservar receita e/ou patrimônio para quitar as parcelas do financiamento²².*

Por fim, se por todos os meios supracitados não se puder demonstrar a viabilidade econômica da empresa, o que o autor entende pela “*ausência irreversível de receita presente para honrar os custos presentes e futuros*”²³, toda a situação condiciona à quebra.

1.2 As fases do processo judicial de recuperação de empresas

Superados os conceitos elencados nos itens anteriores, passa-se à análise, mesmo que breve, de alguns desdobramentos do procedimento de recuperação.

²¹ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.130.

²²Ibid., p.130-131.

²³ Ibid., p.130.

O processo que busca o soerguimento da empresa é relativamente simples. Inicia-se com um impulso oficial, a petição que requer o processamento da recuperação, expondo os fatos que condicionaram a empresa a tal pedido. Basicamente, pode-se delimitar o procedimento em três fases bem distintas:

- *Fase postulatória*: momento em que é protocolado o pedido de processamento da recuperação judicial (LREF, art. 51);

- *Fase deliberativa*: inicia-se com o despacho que defere o processamento do pedido de recuperação (LREF, art. 52) e conclui-se com a decisão que o concede ou denega o requerimento (LREF, art. 58);

- *Fase executiva*: inicia-se com a decisão concessiva da recuperação e termina com a sentença de encerramento do processo (LREF, art. 63).

Ricardo Negrão define as fases do procedimento pelos principais atos que as caracterizam, bem como expõe as subdivisões comportadas em cada momento, veja-se: **a)** *fase de pedido de processamento* (arts. 51-52), contemplando pedido, a decisão de processamento e verificação dos créditos que compõe o plano de recuperação; **b)** *fase do plano* (arts. 53-54), com a apresentação e a publicação do edital; **c)** *fase de concessão e cumprimento* (arts. 55-69), onde há a objeção de credores, a convocação da assembleia geral de credores, a deliberação sobre o plano apresentado e, ainda, atos que dizem respeito à fiscalização da execução do plano, *v.g.*, como a constituição do Comitê de Credores, assim como atos mais complexos, tais quais decisão que concede a recuperação, o período para cumprimento do plano e, acaso não haja a conversão do prosseguimento em falência, a decisão que encerra a recuperação judicial.²⁴ Notadamente, na última fase descrita encontram-se os atos de regular desenvolvimento do plano apresentado, a eficácia desses atos tem como requisito essencial o sucesso das fases anteriores.

É na segunda etapa do procedimento de recuperação, *fase deliberativa*, ou, no entendimento de Negrão, na *fase de pedido de processamento*, que está situado o objetivo de estudo do presente trabalho. Ou seja, é a partir do deferimento do

²⁴ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3 - Recuperação de Empresas e Falência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196.

processamento da recuperação judicial que se inicia o prazo para apresentação do plano de reorganização empresarial (LREF, arts. 52 e 53). Somente nesse ponto do processo judicial que se concentrará a temática desta monografia. Todavia, para que se possa cumprir a finalidade do presente estudo sem que se incorrer em incompletude, faz-se mister discorrer sobre o principal documento da LREF: o plano de recuperação judicial.

1.2.1 O plano de recuperação judicial

Sem dúvidas, o plano recuperacional é a mais importante peça do processo de recuperação judicial, conforme explica Fábio Ulhoa Coelho, justamente porque *“depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e cumprimento de sua função social”*.²⁵

Rachel Sztajn acrescenta que o plano é um contrato de tipo associativo incompleto, porquanto a *“dinâmica dos incentivos presentes (ou inexistentes) no plano depende do lapso temporal envolvido, e da reputação dos contratantes”*.²⁶

Ademais, a relação creditícia que se cria com a vinculação dos credores ao plano, puramente contratual, rememora o princípio da boa-fé, da probidade e da honestidade (art. 422 do CC), que obriga todos os contraentes a observá-lo, em todas as fases do iter contratual, inclusive quando da execução.²⁷ Nessa relação também deve se ter em mente o art. 421 do CC, que estatui a *função social do contrato*, o que,

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação Judicial de Empresas. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231-232.

²⁶ SZTAJN, Rachel. A Recuperação de Empresas em Crise: Incompletude Contratual e Reputação. Revista de Direito Empresarial – ReDE. São Paulo, n. 4, jul. 2014, p. 116.

²⁷ MAMEDE, Gladson. Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas. Vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 220-221.

segundo Gladson Mamede, encontra amparo “nas íntimas relações que tal instituto mantém com o princípio da função social da empresa”.²⁸

Para a elaboração desse documento, deverá o devedor-empresário atentar “se a patologia pode ser curada (a empresa a ser recuperada), sem o contágio dos credores, sujeitando-os a dificuldades intransponíveis”. Ou, caso impossível, se o “óbito (falência) não é a solução menos pior”.²⁹

José da Silva Pacheco descreve que o primeiro passo do empresário é diagnosticar o problema, de modo que não há se falar em crise, sem esclarecer o seu significado:

Não adianta falar em crise, sem esclarecer o seu exato significado. Há de se caracterizar, precisamente, a situação anormal em que se encontra a sua empresa. Não bastam referências difusas a manchetes de jornais sobre tendências macroeconômicas, na região, no país ou no mundo. Há de: 1º) descobrir e analisar as dificuldades por que passa a sua empresa e não outras; 2º) caracterizá-la com precisão e destemor; 3º) procurar e verificar as causas das mesmas e as razões que levaram ao surgimento delas; 4º) classifica-las por sua natureza administrativa, econômica, financeira, técnica (atraso tecnológico), patrimonial, etc.³⁰

Conforme já se pôde perceber, o plano é um documento técnico, de sorte que o devedor dificilmente prescindirá do concurso de profissionais habilitados em economia, contabilidade, administração, dentre outros ramos técnicos, o que se dá pela complexidade da causa ou mesmos pelas peculiaridades do ramo empresarial. Por mais que elaborar essa tarefa extremamente técnica significa grande dificuldade e surreal congregação de esforços para o devedor-empresário, é dever irrecusável aos que se lançam ao instituto, e constitui, sobretudo, uma garantia necessária à segurança de credores e devedores.

Neste sentido, evidencia Edson Ubaldo:

²⁸ MAMEDE, Gladson. Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas. Vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 220.

²⁹ SZTAJN, Rachel. A Recuperação de Empresas em Crise: Incompletude Contratual e Reputação. Revista de Direito Empresarial – ReDE. São Paulo, n. 4, jul. 2014, p. 114.

³⁰ PACHECO, José da Silva. Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 194.

A atual existência de plano técnico de recuperação impõe a união de esforços entre advogados, economistas e financistas. Se isso, por um lado, dificulta as coisas para o devedor, inclusive no tocante a custos, doutra parte eleva o processo de saneamento das dificuldades da empresa a um nível muito mais científico, clareando desde logo todas as situações para os credores³¹.

O plano de reestruturação empresarial não tem rigidez formal e não se lhe aplicam modelos ou formulários³². Não obstante essa liberdade de elaboração, para que se garanta, ao menos em tese, a sua eficácia, a LREF prevê que este deverá conter necessariamente: a) discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; b) demonstração de sua viabilidade econômica; e c) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada (LREF, art. 53, incisos I, II e III, respectivamente).

Sobre o inciso primeiro do art. 53, os meios pelos quais se promoverá a recuperação (art. 50 da LREF) constituem cerne do plano pois são as providências necessárias à manutenção da atividade empresarial que se busca recuperar³³. Os exemplos contidos no referido artigo são meramente exemplificativos, portanto, o dispositivo constitui lista *numerus apertus*. Não é o objetivo do presente trabalho discorrer sobre todas as possibilidades descritas em lei, muitos menos, apresentar infinitas outras que possam vir a compor o projeto de recuperação. Porém, o que se deve ter em mente é a complexidade dessa tarefa. As medidas que visam retomar o saudável curso do objetivo social da companhia quase sempre mostram-se de notável dificuldade, impõem um sacrifício, mesmo que momentâneo, de modo que idealizar, programar e implementar o plano que as contempla, por si só, já traz certa dificuldade. Ato por demais complexo, cuja inobservância, mesmo que involuntária, impinge a drástica convolação em falência.

³¹ UBALDO, Edson. Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas: Comentários aos artigos específicos da Lei n. 11.101, de 09/02/2005. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 97.

³² NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3 – Recuperação de Empresas e Falência. p. 207.

³³ TOMAZETTE, Marlon. p. 192.

As exigências dos incisos II e III do art. 53 buscam demonstrar o atual estágio do devedor quanto à situação econômico-financeira da empresa, bem como de seus ativos. O laudo de avaliação de bens e ativos apresentará o preço de mercado dos bens e direitos que integram o patrimônio do devedor.³⁴

Os documentos ora analisados, além de atender os requisitos legais, visam principalmente cumprir o *dever informacional* existente para com a universalidade de credores. Por vezes, a “*assimetria informacional, falha no dever de informar, de forma clara, sobre a possibilidade de perdas*”³⁵, conduz à desaprovação do PRJ. A assumpção de riscos por parte dos credores deve ser feita de maneira transparente, justa e completa, reside aí uma função de suma importância ao plano recuperacional.

O magistério de Rachel Sztajn bem enuncia a relação entre *dever informacional*, e risco da atividade empresarial, assim como a dificuldade de concebê-los no PRJ:

Pode-se, pois, considerar, a crise da empresa como forma de quebra da confiança dos credores em relação àquele devedor. Quem assume riscos com recursos próprios aceita os imponderáveis do investimento que faz. Já quem assume riscos com recursos de terceiros transfere-lhes ônus, nem sempre desvendados.

(...)

Aceite-se que análise da estrutura de capital de qualquer sociedade empresária – relação entre recursos próprios e dívida – reflete seja no custo de capital próprio quanto no de terceiros, mas também permite analisar a propensão ou aversão a riscos. Há pessoas que aceitam riscos, conquanto tentem precificar-los, fazem cálculos considerando a relação custo-benefício.

(...)

Informação é o conjunto de dados ou sinais emitidos ou enviados que devem ser entendidos por quem os recebe. A confiança ou confiabilidade nos sinais recebidos é construída ao longo do relacionamento entre quem informa e quem recebe a informação. Informação e sua qualidade são centrais para a tomada de decisão pelos agentes racionais.

Risco não significa incerteza. No caso da crise da empresa, fatores incertos podem contribuir e, nesses casos, a correção dos efeitos adversos nem sempre é simples ou controlável. A imprevisibilidade pode decorrer de decisões governamentais, intervenção em políticas setoriais, mudanças de preferências de consumidores, avanços tecnológicos, que por mais que se tente antecipá-los para evitar os efeitos deletérios, tal resultado nem sempre é atingido.

Destarte planos de recuperação ou reorganização de empresas em crise, notadamente das denominadas grandes empresas, *as too big to fail*, em que os prazos propostos para retorno normal das atividades, como, aliás, tem ocorrido em várias situações, deve ser analisada com cautela dada a

³⁴ TOMAZETTE, Marlon. p. 191.

³⁵ SZTAJN, Rachel. A Recuperação de Empresas em Crise: Incompletude Contratual e Reputação. Revista de Direito Empresarial – ReDE. São Paulo, n. 4, jul. 2014, p. 115.

inevitável associação entre riscos e incertezas, aproximando-se esta do jogo ou aposta³⁶.

É de ressaltar que o pedido de processamento da recuperação (art. 52 da LREF) traz, previamente ao plano, diversos documentos de natureza contábil justamente no intuito de demonstrar ao juízo o estado de insolvência em que se encontra a companhia. Dentre os documentos elencados no art. 51, há o balanço patrimonial, a demonstração de resultados acumulados, a demonstração de resultado desde o último exercício social e o relatório gerenciado de fluxo de caixa e de sua projeção.

O PRJ visa demonstrar a viabilidade da empresa, como já dito, o que se perfaz, pela prática empresarial-comercial estadunidense, em realizar um projeto que mantenha um positivo *going concern value*. “Este conceito, empregado no presente contexto, pode ser traduzido como o valor da empresa em funcionamento. É a expectativa positiva, em termos econômicos, da manutenção da empresa”³⁷.

Coelho ainda descreve ser possível a elaboração de planos alternativos, por parte de qualquer credor, do administrador judicial ou do Comitê (se existente), a fim de objetarem o plano apresentado pela devedora, podendo as novas propostas serem apresentadas na Assembleia Geral de Credores. Convém que tais planos alternativos, acaso apresentados, contenham todos os requisitos do plano da requerente³⁸.

Pode-se dizer que tais subitens supramencionados constituem *conditio sine qua non*, visto que imprescindível a observância aos elementos essenciais do plano pois, conforme adverte Marlon Tomazette, a “apresentação de um plano de recuperação

³⁶ SZTAJN, Rachel. A Recuperação de Empresas em Crise: Incompletude Contratual e Reputação. Revista de Direito Empresarial – ReDE. São Paulo, n. 4, jul. 2014, p. 115.

³⁷ RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Comentários à Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 104.

³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3 - direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 439.

*judicial incompleto equivale a sua não apresentação e, por isso, conduzirá à falência”.*³⁹

1.2.2 O prazo para apresentação do plano recuperação judicial

Além das exigências necessárias ao plano, vistas no item anterior, o art. 53 da LREF dispõe acerca do prazo para apresentação do plano de recuperação judicial:

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

- I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;
- II – demonstração de sua viabilidade econômica; e
- III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. (Grifo não existente no original).

Quando do ajuizamento do pedido de recuperação (LREF, art. 51), o devedor apresenta meramente suas intenções de formalizar eventual acordo com seus credores. Não lhe é exigido apresentar a proposta de acordo desde o impulso inicial, porém nada o impede de fazê-lo⁴⁰. A complexidade do caso, da crise por que passa a companhia e, quase sempre, da própria proposta a ser realizada aos credores, torna praticamente inviável a apresentação do plano quando da exordial de recuperação. A regra, por prudência e necessidade, é a observância do prazo de sessenta dias estipulado no art. 53 da Lei 11.101/05.

Contudo, esse prazo legal é pouco conveniente. Na verdade é por demais exíguo.

³⁹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3: Falências e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

⁴⁰ Ibid., p. 202-203.

Primeiramente, acerca dos documentos e informações que deverão constar no plano. Como dito no item acima (1.2.1), são documentos complexos a serem elaborados por profissionais especializados, de forma que são imprescindíveis à recuperação.

Sob outro prisma, tem-se a preocupação com a aceitação dos credores, visto que todo o esforço intelectual de programação, formulação e implementação do plano, pensado e estruturado por profissionais interdisciplinares, dentre os quais o jurista, vai ao encontro da vontade dos credores em Assembleia Geral. Se o plano não for aprovado, de nada vale tal empreitada. Em contrapartida, tem-se o escólio de Fábio Ulhoa Coelho que assevera: *“se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização”*⁴¹.

Busca-se, portanto, um plano sólido e previamente consultado pelos credores. Deseja-se a recuperação de uma empresa *viável*. Para tanto, demanda-se tempo, organização e empenho. Oportuno frisar, como o faz Coelho, que um bom plano *“não é, por si só, garantia absoluta ao reergimento da empresa em crise”*. Todavia, *“um plano ruim é garantia de fracasso da recuperação judicial”*⁴². O autor ainda destaca:

Os órgãos da recuperação judicial, inclusive o juiz e o promotor de justiça, devem ter particular preocupação em que se alcance um plano viável e tecnicamente consistente, para que todos os esforços investidos, gastos realizados e providências adotadas se justifiquem; para que a perda de tempo e recursos caros à sociedade brasileira não frustrate as expectativas de reergimento da atividade econômica em foco⁴³.

A problemática se agrava, e aqui reside o tema que ora se propõe refletir: o *plano intempestivo ou a não apresentação do plano de reergimento*. Acontece que, para ambas as situações, a LREF traz uma saída demasiadamente drástica, qual seja,

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação Judicial de Empresas. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 232.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3 - direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 436-437.

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3 - direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 437.

a convolação da recuperação judicial em falência, conforme dispõe o art. 73 da lei reitora:

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei. (Grifo acrescentado).

À doutrina especializada cabe se manifestar acerca do dispositivo, como assim o faz, mormente acerca da escassez do prazo, conforme esclarece Carlos Henrique Abrão, que se nota *“a partir de casos práticos, a exiguidade do prazo de 60 dias, em razão da complexidade das empresas em crise, quando o diploma legal privilegia atividades econômicas de porte, em detrimento da microempresa”*.⁴⁴

Fazzio, de maneira categórica, assevera que o prazo do art. 53 da LREF é exíguo, prevendo a possibilidade de relativizá-lo.

É que o prazo de 60 (sessenta) dias fixado na lei, após o despacho de processamento, é obviamente exíguo. Fatalmente será prorrogado, apesar do caráter improrrogável que lhe imprime a LRE. Ninguém deseja a falência do devedor. Por isso, haverá, com certeza alguma tolerância judicial, em face de eventual solicitação de prazo suplementar razoável. Pressa e certeza não convivem bem⁴⁵.

⁴⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. *in* TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228.

⁴⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 168-169.

Manoel Alonso manifesta-se em igual sentido, entrevendo não só os problemas de escassez de prazo, mas também, sugerindo que seja o mesmo ampliado para 180 dias, a fim de se promover um melhor contato com os credores, maximizando-se as chances de recuperação:

Ampliar-se o prazo asfixiante de 60 dias, preconizado no art. 53, para 180 dias, para que o devedor possa apresentar um *plano de recuperação* mais próximo da realidade fática e que reflita as verdadeiras condições da empresa e ainda tenha, nesse interregno, a possibilidade de articular-se com seus principais credores e fornecedores, com vistas a um entendimento que garanta novos suprimentos de matérias-primas e/ou numerário⁴⁶.

Rachel Sztajn ainda vai além:

Pior que o prazo de 60 dias não pode ser prorrogado e a não apresentação do plano dentro desse lapso leva, *ope legis*, à decretação da falência. Como o plano não pode ser sugestivo das medidas que serão adotadas, conforme determina o inciso I do art. 53, devendo expor, de maneira pormenorizada, detalhada, a quais meios se pretende recorrer, será que o prazo de 60 dias é suficiente? Quando, por exemplo, se propuser a cisão e incorporação da parcela cindida do patrimônio social em outra sociedade, seria necessário indicar não apenas esse procedimento, mas também a sociedade receptora da parcela cindida? E quando se tratar de alienação de bens ou do estabelecimento, interessa saber o valor que se imagina receber? O que fazer quando não houver interessados? A segunda melhor opção (*second best*) deve ser completada?⁴⁷ (Grifo inexistente no original).

Para se compreender a LREF, deve-se recorrer, também, à evolução legislativa mundial, visto que se persegue na Lei 11.101/05 “*a moderna visão que impera no direito americano*”⁴⁸, cujas alterações são similares às propostas pela legislação francesa (Lei 148/84), em que houve a substituição da nomenclatura de

⁴⁶ ALONSO, Manoel. In WALD, Arnaldo (Org.). Direito empresarial: Doutrinas Essenciais Direito Empresarial, volume VI - Recuperação Empresarial e Falência. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221-222.

⁴⁷ SZTAJN, Rachel. In TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266.

⁴⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências: comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

droit des faillites por droit des entreprises en difficultés. O mesmo tem ocorrido no nos ordenamentos jurídicos da Alemanha, Espanha, Portugal e Argentina⁴⁹.

À medida que se progride na observação dos princípios e finalidades da LREF, percebe-se que a legislação em comento segue a tendência das legislações de diversos países com tradição na matéria. O novo espírito desses diplomas, marcado pela manutenção da fonte produtora, é evidenciado por Bezerra Filho:

Essas legislações mais modernas partem do princípio de que a manutenção do funcionamento da empresa é de interesse social acentuado, de tal forma que o projeto permite o afastamento dos sócios (pessoas físicas) e a manutenção da empresa funcionando, se necessário, com outros administradores, e sob a fiscalização do Judiciário⁵⁰.

Quanto às origens do art. 53 da Lei 11.101/05 e de sua sistemática, imperioso recorrer às lições de Jorge Lobo, que explica que o aludido dispositivo teve como fonte de inspiração o Capítulo 11, Seção 1.211, USC – *Bankruptcy Code*, vigente nos Estados Unidos da América. Acontece que o prazo previsto nesse procedimento análogo à recuperação judicial brasileira difere sobremaneira do concedido pela legislação pátria. O *Bankruptcy Code* concede 120 dias⁵¹ para apresentação do plano – simplesmente o dobro do que permitido ao devedor-empresário na dicção do art. 53 da LREF.

Não bastasse o prazo mais estendido, de maneira a melhor compatibilizar a elaboração de um ato complexo como o PRJ, a doutrina norte-americana prevê a

⁴⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências: comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

⁵⁰ Ibid, p. 141-142.

⁵¹ 11 U.S. Code § 1121 – Who may file a plan: (a) *The debtor may file a plan with a petition commencing a voluntary case, or at any time in a voluntary case or an involuntary case.* (b) *Except as otherwise provided in this section, only the debtor may file a plan until after 120 days after the date of the order for relief under this chapter.*

Disponível em Legal Information Institute – LII (Cornell Law School): <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/1121>

elaboração de um plano justo e equilibrado (“*fair and equitable plan*”), conforme explica Lobo:

Nos EUA, a reorganização pode ser iniciada pelo devedor ou pelos credores; declarado, pelo tribunal, aberto o procedimento (*order of relief*), o devedor deverá apresentar um plano em cento e vinte dias (Seção 1.121, a) com observância da Seção 1.123 (*contents of plan*), paralisando as ações e execuções (*automatic stay*), aconselhando a doutrina que o plano seja negociado prévia e amplamente com os credores com a finalidade de produzir-se um “*fair and equitable plan*” (plano justo e equitativo)⁵².

Veja-se, portanto, que na legislação dos EUA, além de um prazo que melhor ser coaduna com as exigências empresariais, a doutrina reflete a dinâmica do procedimento, cujo objetivo é uma verdadeira *due diligence* antes mesmo da fluência do interregno de 120 dias.

Talvez, para se entender o porquê de um prazo mais extenso, deva-se relacionar o aspecto cultural que envolve o empreendedorismo e a ida à falência nos EUA (no caso, também à recuperação judicial), que vê o insucesso do empreendedor de maneira séria, mas não incriminatória. No Brasil a situação é outra. O próprio termo *falência* tem condão pejorativo e não retrata a natureza jurídica do instituto, tampouco a vontade do devedor que a requer, de modo que repercute inegavelmente no mecanismo da recuperação judicial, bem como na visão da sociedade sobre os institutos em geral e, por conseguinte, na maneira em que é recepcionado pelos credores. Nesse sentido explana Amador Paes de Almeida:

A palavra “falência”, entretanto, nenhum vínculo, sequer etimológico, mantém com essa realidade [da Lei 11.101/05], até porque falência, do latim fallere, tem significado pejorativo, significando falsear, enganar, induzir a erro.⁵³

Voltando-se à compreensão estadunidense do que seria um efetivo plano de soerguimento empresarial, tem-se o raciocínio de Frederico Simionato, cuja reflexão

⁵² LOBO, Jorge: in TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163-164.

⁵³ ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e recuperação de empresa. 27ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 319.

descreve que, para a correta aplicação da LREF, basta seguir os princípios fundamentais da legislação norte americana:

O inciante na matéria falimentar deveria buscar na prática americana os fundamentos para melhor aplicação da nova Lei de Falências, no tocante ao plano de recuperação judicial. Para a correta aplicação da nova Lei 11.101/05, volto a dizer, em relação ao plano de recuperação, basta seguir os princípios fundamentais do direito americano.

(...)

O plano será *fair e equitable* quando prevê uma *justa* distribuição das várias classes dos credores e sócios na reorganização, e, portanto, uma distribuição equânime entre eles dos novos títulos. O plano será *feasible* quando projeta uma reorganização da sociedade que permita retomar o curso normal da sua atividade e de poder fazer frente aos seus compromissos e obrigações, ou seja, uma *razoável* avaliação da sua capacidade de produzir lucros no futuro⁵⁴.

Eduardo Secchi Munhoz, compulsando o Bankruptcy Code (BC) estadunidense, esclarece ainda que o juiz pode estender o prazo concedido para apresentação do plano de recuperação, “*desde que observadas determinadas condições (§ 1121 (d), BC)*⁵⁵, *algo que usualmente ocorre*”⁵⁶. Em verdade, os princípios que norteiam o Código norte-americano, que basearam à edição da Lei n. 11.101/05, não transparecem a intenção de impor a mesma sanção estipulada pelo legislador brasileiro.

⁵⁴ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.175.

⁵⁵ 11 U.S. Code § 1121 (d): (1) *Subject to paragraph (2), on request of a party in interest made within the respective periods specified in subsections (b) and (c) of this section and after notice and a hearing, the court may for cause reduce or increase the 120-day period or the 180-day period referred to in this section. (2) (A) The 120-day period specified in paragraph (1) may not be extended beyond a date that is 18 months after the date of the order for relief under this chapter. (B) The 180-day period specified in paragraph (1) may not be extended beyond a date that is 20 months after the date of the order for relief under this chapter.*

Disponível em Legal Information Institute – LII (Cornell Law School): <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/1121>

⁵⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *in* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 : artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 273.

1.2.3 A natureza do prazo e sua (in)completude

A redação art. 53 é categórica: o prazo é improrrogável. Dessa maneira, Sérgio Campinho constata que o *“prazo é peremptório, não se conferindo ao magistrado qualquer margem de arbítrio para elastecê-lo. Ele é improrrogável”*.⁵⁷

Humberto Theodoro Júnior explica que, quanto à natureza dos prazos, estes podem ser dilatatórios ou peremptórios. Aqueles, *“embora fixados em lei, admitem ampliação pelo juiz ou que, por convenção das partes pode ser reduzido ou ampliado (art. 181)”*. Já este – o prazo peremptório – é que tem sua ampliação vedada, pelas partes e, ordinariamente pelo magistrado (CPC, art. 182). Todavia, o autor esclarece que, ao juiz da causa é permitido alterar todo e qualquer prazo, inclusive os peremptórios, *desde que seja difícil o transporte na Comarca, ou tenha ocorrido caso de calamidade pública*.⁵⁸

Acerca do princípio da peremptoriedade, ressalta Moacyr Amaral Santos: *“os prazos terminam, fatalmente, no dia do vencimento. Os prazos se encerram com seu termo final”*. Linhas adiante o doutrinador acrescenta que *“o princípio da peremptoriedade se entrelaça com o princípio da preclusão”*⁵⁹. Categoricamente o autor conceitua o instituto da preclusão como a *“inadmissibilidade da prática de um ato que não foi praticado no tempo devido”*. Isto é, de maneira ampla, *“a perda da faculdade ou do direito processual, que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto”*⁶⁰.

A preclusão, por sua vez, pode ser caracterizada como *temporal, lógica, e consumativa*. Este é o magistério de Arruda Alvin sobre o instituto:

⁵⁷ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 167.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso Processual Civil – Teoria Geral do Direito processual civil e de conhecimento – vol. I. 55ª ed: Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 286.

⁵⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, volume 1. 29ª ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 344.

⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, volume 1. 29ª ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 345.

A preclusão comporta diversas classificações. A mais comum é a que a divide em: a) temporal, a mais importante (=comum); lógica; e c) consumativa.

Diz-se temporal a preclusão quando um ato não é praticado no prazo existente para a respectiva prática e, por essas circunstâncias, não mais pode ser realizado.

Diz-se lógica a preclusão quando um ato não pode ser mais praticado, pelo fato de ser praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado (...).

Fala-se, finalmente, em preclusão consumativa, quando se pratica ato processual previsto em lei. Não será possível, depois de consumado o ato, praticá-lo novamente⁶¹.

À temática deste estudo interessa tão só a preclusão temporal. Destarte, há previsão na LREF quanto à aplicação, no que couber, do CPC (art. 189). Sidnei Agostinho Beneti, em comententários acerca do processo de recuperação judicial, esclarece como se dá essa aplicação supletiva:

Assim, as matérias atinentes à representação, *jus postulandi*, modalidades de citação e de intimação, de organização dos trabalhos judiciais, de estrutura formal das decisões e sentenças, de recursos de agravo e de apelação e seus efeitos, quando não excepcionados pela Lei 11.101, de 9.2.2005, terão a regência do Código de Processo Civil⁶².

Cândido Rangel Dinamarco conceitua que a natureza dos prazos orbita em torno dos graus de imperatividade das normas. As normas *cogentes*, “*dotadas de imperatividade absoluta e imunes por qualquer derrogação por ato de vontade das partes*” diferem das normas de carácter *dispositivo*, as quais admitem alterações no prazo. Por conseguinte, os prazos legais absolutos são regidos por normas cogentes, que assim os tornam peremptórios; os prazos decorrentes de normas não cogentes, que facultam as partes consensualmente alterá-los, chamam-se *dispositivos*.⁶³ O autor explica o porquê desses critérios de distinção, correlacionando-os com a finalidade prática da norma e do processo:

Essa distinção é o espelho do confronto entre duas razões políticas divergentes. De um lado está a garantia constitucional da *liberdade das partes*, que pressiona no sentido de deixar o processo nas mãos destas e

⁶¹ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 502.

⁶² BENETI, Sidnei Agostinho. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 232.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 559.

permitir que decidam sobre os modos que entendam melhores para reger seu combate. De outro, as fortíssimas razões de ordem pública que mandam o juiz dar impulso ao processo, segundo a lei, para com isso cumprir de modo eficiente e rápido a missão jurisdicional de trazer paz à sociedade⁶⁴.

À recuperação judicial, em seu art. 53, aplica-se na totalidade o princípio da preclusão? É essa a finalidade da LREF interpretada em consonância com o seu art. 47, bem como da sistemática de todo o diploma? Ademais, ante o caráter econômico-financeiro e social atribuído à legislação de regência, seria o artigo art. 53 norma cogente?

Outrossim, os prazos processuais têm uma razão para existirem: servir ao procedimento. Arruda Alvim, assim os descreve: *“Ante a marcada preocupação teleológica, na estruturação dos atos do processo, é preciso que a lei crie condições para que o processo atinja o seu fim. Esta razão da existência dos prazos processuais”*⁶⁵.

Oportuno esclarecer que os prazos têm uma série de princípios que os alicerçam, dentre os quais, dotado de suma importância e sobretudo porque evidencia a problemática que ora se discute, destaca-se o *princípio da utilidade*. Moacyr Amaral Santos conceitua-o:

Os prazos devem ser suficientemente úteis para a prática do ato processual, isto é, compreender o tempo bastante para que o ato possa ser praticado de forma conveniente ao processo. Atos há que reclamam mais tempo, outros que reclamam menos tempo. Conforme o ato, tal será o tempo necessário à sua realização⁶⁶.

Como se vê, há certa divergência quanto à leitura imposta pelo legislador na redação do art. 53 da Lei n. 11.101/05. Diante de um instituto cuja natureza orbita entre público e privado, mas que, máxime, mostra-se de nítida relevância coletiva, não

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 559.

⁶⁵ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 483.

⁶⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, volume 1. 29ª ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339.

há razão para se interpretar o vocábulo *improrrogável*, presente no *caput* do dispositivo, de maneira estanque.

Nesse sentido, no próximo capítulo, tentar-se-á demonstrar que à luz dos princípios que guiam a LREF, especialmente, na ótica da função social da propriedade e, conseqüentemente, da empresa, sobejam motivos para se impor a flexibilização do prazo ora abordado, conseqüentemente, não convolvendo o procedimento recuperatório, pelo menos de plano, em falência.

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Princípios são normas primárias, com alto grau de abstração e, portanto, aplicáveis a todas as relações jurídicas, cuja finalidade é, sobretudo, hermenêutica. No ensinamento de José Afonso da Silva, “*são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais fluem valores e bens constitucionais*”⁶⁷.

Dos princípios decorre outra finalidade não menos importante: a função integrativa. O ordenamento jurídico pátrio, por ser uno, deve ser interpretado sistemicamente, justamente para que haja coesão e completude em suas premissas⁶⁸. Nesse afã, o complexo jurídico brasileiro subordina-se a princípios que o regem, porque estes designam a “*estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa,*

⁶⁷ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92.

⁶⁸ Nesse sentido, esclarece Paulo Bonavides: “Nenhuma forma ou instituto de Direito Constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexidade que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional. A Constituição se torna por consequência mais *política* do que *jurídica*”. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. at. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 479).

*donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou subordinam*⁶⁹.

No intuito de ressaltar mais uma de suas características, os princípios quando confrontados entre si, não se anulam, pelo contrário, requerem um singular sopesamento de sua aplicabilidade, mas sempre se adaptando e convivendo mutuamente. Isto é, para a teoria de Alexy⁷⁰, quando há entrechoque de princípios, necessariamente um deles deverá ceder.

Porém, nas palavras do autor, isso não significa *“que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”*⁷¹. O autor explica que, na verdade, em casos concretos *“os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”*.

Eros Roberto Grau⁷², ao citar os ensinamentos de Dworkin, conceitua:

Denomina *princípios*, por outro lado, as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas, sim, porque sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral.

Ronald Dworkin ainda assevera:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social

⁶⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceitos e Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 47-48.

⁷⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-97.

⁷¹ Ibid, p. 93. Sobre a teoria de Alexy é importante distinguir *colisão de princípios e conflitos de regras*. O autor esclarece que estes podem ser resolvidos *“se se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”*. (in ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92).

⁷² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 15ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 153.

considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁷³.

Os instrumentos recuperatórios, definidos na Lei 11.101/05, também têm suas regras alicerçadas em princípios, cuja enumeração constitui tarefa de grande divergência doutrinária.

Waldo Fazzio Júnior, *v.g.*, elenca os seguintes princípios, como basilares à LREF: (a) preservação da empresa; (b) viabilidade da empresa; (c) relevância dos interesses dos credores; (d) maximização dos ativos; (e) *par conditio creditorum*; e (f) publicidade, celeridade e economia processual. De igual modo, corroborando a sucinta exposição sobre os princípios acima elencada, e também no intuito de se conferir uma interpretação teleológica aos dispositivos da legislação recuperacional, o autor ainda descreve que esses princípios “*não devem ser considerados como compartimentos isolados e autossuficientes*”, visto que mantêm “*entre si um nexo de complementariedade*”. Por fim, o autor ainda alerta que: “*Existe, nas relações entre princípios uma saudável tensão, que, em última análise, deve ser entendida como equilíbrio*”⁷⁴.

A seu turno, Jorge Lobo lista, especificamente para a recuperação judicial, os seguintes princípios: conservação e função social da empresa, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, da segurança jurídica e da efetividade do direito⁷⁵.

Sinteticamente, Tomazette⁷⁶, ao discorrer sobre algumas conceituações elaboradas por diversos doutrinadores da seara empresarial, elenca os seguintes princípios como fundamentais à LREF: (I) função social da empresa; (II) a preservação da empresa; e (III) a dignidade da pessoa humana. Esses princípios, pode-se dizer,

⁷³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁷⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

⁷⁵ LOBO, Jorge: *in* TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.

⁷⁶ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3: Falências e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

são essenciais à compreensão do instituto da recuperação judicial porquanto deles decorram outras regras de suma importância à interpretação da Lei 11.101/05. Tais princípios, ao emanarem suas diretrizes, buscam diretamente a manutenção e a preservação da empresa em três aspectos fundamentais: fonte produtora, emprego dos trabalhadores e interesse dos credores⁷⁷.

Para efeito do presente trabalho, a seguir serão apresentados, sob enfoque Constitucional, os últimos três princípios supra elencados, os quais, como se verá adiante, corporificam-se em diversas outras regras constantes na própria LREF. No item 2.4, far-se-á uma exposição dos demais princípios elencados pelos outros autores citados.

2.1 A função social da propriedade e seus reflexos na função social da empresa privada

A função social da empresa decorre do direito fundamental à aquisição da propriedade, constante no art. 5º, XXII, da CF/88: “*é garantido o direito de propriedade*”. Essa prerrogativa de direito puramente individual é limitada e/ou condicionada pelo inciso seguinte do mesmo dispositivo, qual seja: “*a propriedade atenderá a sua função social*”. Veja-se, portanto, que o inciso XXIII do art. 5º da Constituição confere novos contornos à propriedade, não se podendo enxergá-la meramente sobre o prisma individual do direito privado.

Neste ponto, sempre que se fale em *função social*, de modo a atribuir à propriedade uma característica específica, faz-se alusão tão somente à propriedade privada, por mais que as empresas estatais também tenham, por óbvio, uma função pública, conseqüentemente social⁷⁸.

⁷⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3 - Recuperação de Empresas e Falência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

⁷⁸ GRAU, op. cit., p. 232.

Categoricamente adjetivo *social* conferido à propriedade privada é descrito por Fábio Konder Comparato, não se confundindo com o poder de ingerência que o proprietário detém sobre os bens que lhe pertencem:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições de uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um *poder-dever* do proprietário, seccionável pela ordem jurídica.⁷⁹

Perceba-se, portanto, que o direito à propriedade – garantia particular à aquisição de bens – é essencial ao exercício da atividade empresarial. No afã de compreender o adjetivo *social* que lhe foi atribuído, deve-se recorrer brevemente à história e, especialmente, como ponto de partida, ao direito Romano, de modo a ser possível mensurar, mesmo que superficialmente, o quão significativas foram as limitações exercidas sobre a garantia à propriedade.

José Cretella Júnior descreve que o direito Romano Antigo, à época, conferia “ao titular um direito absoluto sobre a coisa, o maior dos poderes permitidos por lei”. Com o passar dos anos e devido à complexidade da sociedade, o direito outrora sem fronteiras passara a sofrer certa restrições:

O direito de propriedade romano, dos primeiros tempos, absoluto, em princípio, permitindo tudo ao proprietário, relativamente aos seus bens, vai com o decorrer dos tempos sofrendo limitações legais, inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática⁸⁰.

Luiz Antônio Rolim elenca algumas restrições, de caráter público e privado, aplicáveis à propriedade romana. Dentre exemplos citados pelo autor quanto à ordem

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 25, n. 63, jul.-set. 1986, p. 75.

⁸⁰ CRETILLA, José Júnior. Direito Romano Moderno introdução ao direito civil brasileiro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.

pública, tem-se a limitação à altura das edificações, à demolição de construções sem prévia autorização, bem como a impossibilidade de se depositar entulhos em via pública e, ainda, de cremar cadáveres dentro de propriedade localizada na cidade. O uso coletivo das margens dos rios também era passível de tutela, isto é, os proprietários de terrenos às margens de rios deviam permitir acessá-las, sobretudo, que barcos de terceiros nela atracassem. Quanto às limitações de caráter privado, vê-se grande influência do direito de vizinhança, qual seja, as servidões de passagem caso vizinho não dispusesse de outro acesso a sua propriedade ou, se necessário, para a colheita de frutos, assim como a preocupação existente em restringir às construções que obscurecessem edificações vizinhas⁸¹.

Prosseguindo no curso da história: na idade média o conceito de propriedade não ganhou maiores relevos devido à adstrição aos latifúndios, o qual, quando muito, confundia-se com o poder político exercido pelo proprietário sobre os camponeses. No entanto, foi com mercantilismo que o conceito de propriedade se impôs⁸². Nessa época, a propriedade, como explica Bercovici, “*é vista como uma manifestação interna do indivíduo. A propriedade é absoluta porque corresponde à natural vocação do indivíduo de conservar e fortalecer o que é seu*”⁸³.

Eduardo Tomasevicius Filho alega que a primeira formulação sobre o conceito de *função social* decorre de São Tomás de Aquino, ao afirmar que “*os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar*”.⁸⁴

A atividade empresarial sempre foi influenciada por outras ciências sociais, portanto, a fim de que se tenha uma completa conceituação do atributo social do direito

⁸¹ ROLIM, Luiz Antônio. Instituições de Direito Romano. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 210-211.

⁸² OSMO, Carla. “Efetividade da função social da Empresa”. In Rosa Maria de Andrade Nery (coord.). Função do Direito Privado no atual momento histórico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 266.

⁸³ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade. Revista de Direito Privado 7/69, jul.- set. 2001, p.70.

⁸⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. Revista dos Tribunais n. 810/35. São Paulo: RT, ano 92, abril 2003, p. 34.

à propriedade, é fundamental correlacioná-lo, em especial, à Economia. Pela brevidade do presente trabalho, não se busca tecer extensos comentários acerca da origem da função social, no entanto, imperioso destacar a influência de dois expoentes de tal conceito: *Karl Renner e Léon Duguit*.

O contexto econômico originou a teoria da função social, desenvolvida por Karl Renner, cujo mote é a influência da economia no direito, isto é, para que determinado instituto jurídico cumprisse sua função social, deveria tão só haver o cumprimento de sua função econômica⁸⁵⁸⁶. De igual importância, tem-se a contribuição de Léon Duguit, com as críticas acerca do uso individual da propriedade porquanto todos os seres humanos teriam uma função social a desempenhar, de modo que a propriedade privada também há de cumprir a sua função, visto que inserida na sociedade. Assim, Duguit prega inexistir autossuficiência entre os seres humanos e conclui não ser a propriedade um direito, *mas um dever de exercício da função social*.⁸⁷

Oportuno citar Magalhães que traduz a seguinte passagem da obra de Duguit:

Porém a propriedade não é um direito, mas uma função social. O proprietário é o possuidor de uma riqueza pelo fato de possuir esta riqueza, pelo fato de possuir esta riqueza terá uma função social a cumprir; entretanto, cumprida esta obrigação, seus direitos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre ou cumpre mal, se por exemplo não cultiva sua terra ou deixa arruinar sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obriga-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui, conforme sua própria vontade⁸⁸.

⁸⁵ Id. Ibid., p. 35.

⁸⁶ TOMASEVICIUS FILHO descreve que o conceito abordado por Karl Renner não consubstancia a ideia de função social “*se a função social fosse uma imagem da função econômica, a propriedade improdutiva também atenderia à sua função social. Tendo em vista ser inaceitável a existência de propriedades improdutivas, isso significa que a função social não coincide com a função econômica do instituto jurídico. No caso das empresas, bastaria elas estarem funcionando para atender à sua função social, o que não é verdadeiro. Além disso, esta visão está equivocada, porque o direito não está em função da economia. A economia muda, sem que o direito mude e vice-versa. Além disso, o direito tem uma função criadora apenas na economia. Tem, sobretudo, uma grande força transformadora da realidade social, devido à sua natureza de ordem da conduta humana*”. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. p.35).

⁸⁷ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. “A Função Social da Empresa”. In Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. v. 28 (ago./set. 2009). Porto Alegre: Magister, 2009, p. 7.

⁸⁸ Id. Ibid., p. 7.

A concepção de Duguit mostrou-se demasiadamente distorcida porque suprimia garantias/liberdades individuais, de modo a coletivizar/socializar a propriedade/empresa ao extremo. Esse contexto, aliado à dificuldade de se distinguir a definição de um direito e a subordinação a um bem⁸⁹, propôs uma reflexão a respeito noção de função social, cuja consequência foi a formulação de novos conceitos, tendo-se como premissa a destinação conferida aos bens, qualificando-os como de produção e de consumo⁹⁰. Estes novos conceitos serão retomados adiante, com a devida atenção que lhes compete.

Movendo-se no curso da história e na formulação das ideias a respeito da propriedade, chega-se à moderna conceituação de função social, fruto invariável da dinâmica da sociedade. Tudo ocorrido devido ao reconhecimento das garantias do homem, mormente depois da Segunda Guerra Mundial, que transmudou o direito à propriedade, até então uma garantia de natureza individual e de primeira geração, para inseri-lo no conjunto de direitos sociais, os denominados direitos de segunda geração. Os também chamados, nas palavras de Bobbio, “*novos direitos*”^{91 92}. Ao explicá-los, Bobbio, vale-se de um parâmetro que, para o presente trabalho, tem grande relevância no aspecto da função social da empresa, qual seja, a intervenção Estatal na esfera privada: “*Às primeiras [garantias de primeira geração], correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado*”⁹³.

⁸⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. Revista dos Tribunais – RT, vol. 857. São Paulo, v. 857, 2007, p. 16.

⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. Revista dos Tribunais – RT, vol. 857. São Paulo: RT, 2007, p. 11-28.

⁹¹ CAVALLAZZI FILHO, Tullo. A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 110-114.

⁹² Sobre os direitos de segunda geração, Paulo Bonavides esclarece: “São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX” (...) “..uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimer, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra”. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. at. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564).

⁹³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos: tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992 – 19ª reimpressão, p. 6.

No ordenamento jurídico brasileiro, o caráter público da propriedade e os contornos sociais que lhe foram atribuídos tornam-se mais evidentes no capítulo referente à ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, II e III). O *caput* do art. 170 é categórico ao elencar suas finalidades, vinculando-as aos incisos subsequentes, *verbis*:

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:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

Referir-se à propriedade no contexto do supramencionado artigo, qual seja, da ordem econômica, é falar também no princípio da *função social da empresa privada*. O art. 170 da Constituição encontra sua origem, por óbvio, no art. 5º, incisos XXII e XXIII, da CF/88. Todavia, estes mandamentos são genéricos porquanto dizem respeito a *qualquer espécie de propriedade*, aquele, porém, difere visto que enfeixa o conceito de relação jurídica complexa, cuja *nova característica* é notadamente social⁹⁴.

O art. 170 da CF/88 é norma de aplicabilidade imediata e de plena eficácia porquanto modifique o conceito de propriedade diretamente, transformando o regime jurídico de uma instituição outrora de direito individual (o direito à propriedade) em pública. De tal maneira, quando se fala no *interesse social* do uso da propriedade, impossível não se relacionar todas as premissas de ordem pública elencadas no art. 170 da Constituição Federal, as quais, por inferência, acarretam no *princípio da função social da empresa*.

José Afonso da Silva esclarece:

O art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionado essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI),

⁹⁴ OSMO, Carla. “Efetividade da função social da Empresa”. In Rosa Maria de Andrade Nery (coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. p. 264-268.

a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a *propriedade dos bens de produção*, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de *função social da propriedade dos bens de produção*, como de *função social da empresa*, como de *função social do poder econômico*⁹⁵.

Assim, chega-se a indubitável conclusão de que a propriedade constante nos arts. 5 e 170 da Constituição Federal não constitui um instituto jurídico singular, mas sim, é um conjunto de institutos jurídicos correlacionados a diversos tipos de bens.⁹⁶

Com essa conclusão, retoma-se agora a questão dos bens de produção, os quais também são parte importante do conceito de empresa, bem como se lhes aplica a teoria da função social. A classificação imposta entre os bens, de consumo ou de produção, não é intrínseca a sua natureza ou consistência, mas sim, decorre da destinação que se lhes dê.⁹⁷

Os bens de produção, elementos intrínsecos do processo industrial, constituem o *capital instrumental*, isto é, bens cuja finalidade não é o consumo, mas sim destinam-se à produção de outros bens ou rendas, tais como: ferramentas, máquinas, fábricas, estradas de ferro, docas, navios, a terra ou, ainda, imóveis desde que não destinados à moradia do proprietário e que tenham como finalidade a produção de renda.⁹⁸

Criteriosa exemplificação é citada por Cavallazzi Filho *apud* Luis Souza Gomes:

Aos primeiros chamam os ingleses de “producer’s good’s” ou “capital goods”, e aos segundos – “consumer’s goods”. Bens de produção são as coisas tais como a matéria prima, a maquinaria de uma indústria, as minas e as terras férteis, os serviços etc. Pertencem aos bens de consumo os artigos como o pão, o açúcar e os automóveis particulares, as roupas, o calçado, e os miríades de objetos que os particulares usam e consomem. [...] Aos bens de

⁹⁵ SILVA, op. cit., p. 814.

⁹⁶ GRAU, op. cit., p. 236.

⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 25, n. 63, jul.-set. 1986, p. 73.

⁹⁸ SILVA. José Afonso. Op. cit., p. 813.

produção chamam-se também “utilidades indiretas” e aos bens de consumo, “utilidades diretas”⁹⁹.

Bens de produção são, portanto, bens móveis ou imóveis que se diferenciam precipuamente dos bens de consumo. O próprio Código Civil de 2002, na redação do art. 1.142, incorporou ao conceito de estabelecimento os elementos/bens que o integram: “*considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”. Veja-se também que os bens de produção não englobam apenas coisas corpóreas, o *capital instrumental* ou as *utilidades indiretas* podem ser compostos por bens intangíveis¹⁰⁰. Nesse sentido, tem-se o importante conceito de aviamento, o qual também merece a devida tutela jurídica, visto que assim como a propriedade (empresa), o estabelecimento em si, e sua aptidão para prosperidade desenvolvida pelo empreendedor, também cumpre uma *função social*. A intangibilidade dos bens de produção, elaborada no aviamento empresarial, é descrita por Rubens Requião:

Sendo um fato evidente que a *empresa* constitui uma atividade organizada contendo vários elementos, ou o estabelecimento comercial vários bens, o valor decorrente desse complexo é *maior* do que a *soma* dos elementos isolados. Essa *mais valia* constitui, precisamente, o que o direito denomina *aviamento*.

[...]

Assim a teoria moderna sustenta ser o *aviamento* um *atributo*, uma *qualidade* da empresa ou da *azienda*, isto é, sua aptidão, sua capacidade funcional de dar *lucros*. [...] decorrente da qualidade e da melhor perfeição de sua organização¹⁰¹.

Ricardo Tepedino arremata:

O aviamento faz o valor de mercado do estabelecimento alcançar valor superior ao do somatório dos bens que o integram, o que equivale a dizer que

⁹⁹ GOMES, Luiz Souza. Dicionário Econômico e Financeiro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 174 *apud* CAVALLAZZI FILHO, Tullo. A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional, p. 68.

¹⁰⁰ CAVALLAZZI FILHO, Tullo. A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional. p. 81.

¹⁰¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 33ª ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2014, 430-431.

ele corresponde a um valor que se agrega aos dos bens singulares que compõem, embora só suscetível de apreciação quando a ele vinculado ¹⁰².

Essa transformação que se dá ao capital instrumental, inserindo-os no processo produtivo, dinamizando-o no exercício da atividade econômica é chamada por Grau de *fase dinâmica*¹⁰³. O autor ainda distingue o momento estático, qual seja, a situação jurídica do proprietário, detentor de direito subjetivo sobre a propriedade (estabelecimento), isto é, autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar ou não praticar um ato – o que lhe concede um *poder*. No segundo momento, o *dinâmico*, a propriedade é *função*, ou seja, um *dever* exercitável não somente por interesses exclusivos do titular, mas, sobretudo, por interesses de terceiros.¹⁰⁴ Assim, Grau conclui que a “*propriedade em regime de empresa é discernida a partir da consideração da propriedade dinâmica, que não tem objetivo a fruição do seu titular – mero direito subjetivo – mas a produção de outros bens – função*”.¹⁰⁵

Conforme enfatiza Tullo Cavallazzi Filho, a própria distinção que há entre propriedade estática e dinâmica, leva à conclusão de que a propriedade, e também os bens de produção, possuem uma função ativa, de cunho social.¹⁰⁶

Essa relação de *poder-dever* originária da propriedade merece atenção pois é dela que se pode compreender o princípio de função social da empresa. Já foi mencionado que o proprietário tem o *dever de exercer o poder* que detém na condução de seu negócio em benefício de outrem e não, apenas, no de não exercê-lo em prejuízo de outrem.¹⁰⁷

¹⁰² TEPEDINO, Ricardo. *in* CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 61.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p. 237.

¹⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 119-123.

¹⁰⁵ *Id.* *Ibid.*, p. 125-126.

¹⁰⁶ CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional*. p. 76.

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p. 245.

A função social da propriedade, portanto, atua como fonte da imposição de comportamentos positivos e negativos. Aqueles, comportamentos positivos, consubstanciam-se em *prestações de fazer*, quais sejam, de exercer os atos compatíveis com a função social destinada à empresa, correspondendo a algo que *deve* ser cumprido, e estes – os comportamentos negativos – *as prestações de não fazer*, que dizem respeito a certas limitações legais impostas ao próprio exercício da atividade empresarial.¹⁰⁸ Comparato descreve que nas empresas há diferentes interesses, chamando-lhes *internos e externos*. Os primeiros vinculam-na às pessoas que contribuem diretamente para seu funcionamento. Os segundos – os interesses externos – e especialmente esses, interligam a companhia à comunidade em que atua. Dessa maneira, no tocante às obrigações negativas externas do empresário, para o autor, não há dificuldades em compreendê-las porque representam mera aplicação do princípio geral do *neminem laedere*¹⁰⁹, segundo o qual a ninguém é dado causar prejuízo a outrem.

Esse *poder-dever* que advém com a propriedade exterioriza-se, no campo comercial, como o *poder de controle* que conferido aos administradores e/ou empresários. A Lei n. 6.404/76, que rege as sociedades por ações, dispõe sobre o acionista controlador, conferindo-lhe, dentre diversos poderes, o dever de responsabilidade perante os outros acionistas mas, sobretudo, no que diz respeito ao presente capítulo, à obrigação da companhia *cumprir sua função social*, especialmente aos que nela trabalham e para com a *comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender* (LSA, art. 116)¹¹⁰.

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. Revista dos Tribunais n. 732. São Paulo: RT, ano 85, out. 1996, p. 41.

¹⁰⁹ Id. Ibid., p. 44.

¹¹⁰ 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 assembleia-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. (Grifo acrescentado).

Igualmente, a mesma legislação concede ao administrador da companhia, na mesma esteira dos objetivos mencionados no artigo anterior, o dever de *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* (art. 154, *caput*). Há, ainda, parágrafo primeiro do art. 117 da supracitada lei, que em suas oito alíneas impõe deveres ao acionista controlador, bem como delimita o conceito de abuso de poder.

Convém lembrar, como o faz Grau, que esse *poder-dever* vincula o responsável pela empresa:

De resto, a fim de que possamos mais fluentemente compreender a idéia de propriedade-função social, cumpre observar ainda que não é a coisa objeto da propriedade que tem a função, mas sim o titular da propriedade. Em outros termos, quem cumpre ou deve cumprir a função social é o proprietário da coisa¹¹¹.

Feitos os apontamentos acima, permite-se perceber que conciliar os interesses da empresa/sociedade e os interesses coletivos, os ditos por Rachel Sztajn e Vera Helena de Mello Franco interesses extrassocietários¹¹², realizando-se a *função social da empresa privada*, trata-se de tarefa complexa.

À empresa cumpre organizar os bens destinados à produção na finalidade precípua de obtenção de lucro, de modo que só se há falar em dever para com a coletividade quando cumprida a finalidade para que foi constituída. Comparato, tomando como exemplo uma sociedade anônima em assembleia-geral, descreve situação que exemplifica bem a questão do entrelaque entre *finalidade lucrativa e função social*:

A assembleia-geral pode sempre alterar o seu objetivo, que é a atividade empresarial definida nos estatutos, cabendo apenas à minoria dissidente o direito de retirada (Lei 6.404, arts. 136, V e 137). Mas a companhia não poderá, jamais, renunciar à sua finalidade lucrativa (art. 2º), ainda que todos

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 119.

¹¹² FRANCO, V. H. M. ; SZTAJN, R. . Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 913, p. 177-191, 2011, p. 184.

os acionistas renunciem solenemente a receber dividendos e sejam movidos pelo mais elevado intuito altruístico, ou pela intenção de participar de alguma campanha pública de auxílio social. Da mesma forma, embora a lei cometa ao administrador de companhias o dever de exercer suas atribuições tendo em vista a “função social da empresa” (art. 154, *caput*), nenhum órgão administrativo, no exercício de suas “responsabilidades sociais”, está legalmente autorizado a praticar atos gratuitos não razoáveis, em benefício da comunidade em que atua a empresa¹¹³.

A fim de que se cumpra a função social, assim como condição para tanto, Sztajn descreve que, sobretudo, deve a empresa atender ao conceito de eficiência:

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra da eficiência, metajurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá.¹¹⁴

Toda essa temática, de entrelaçamento de interesses e *dever social* a ser exercido, acentua-se decisivamente quando se entra na seara do presente estudo, qual seja, a fase de soerguimento de uma empresa em crise financeira e prazo para apresentação do plano de reorganização.

A *função social da propriedade* não se constitui em uma mera restrição. Nas palavras de Bercovici, “*trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade*”. Assim, o atributo social está intimamente vinculado à propriedade, à empresa, de maneira que essa junção passou a justificá-la, a legitimá-la.¹¹⁵ Se a companhia envida esforços para cumprir a sua função social, logrando êxito nessa empreitada, tem-se aí verdadeiro motivo para crer na sua recuperação e para também se impor a flexibilização do prazo estabelecido no

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. Revista dos Tribunais n. 732. São Paulo: RT, ano 85, p 38-46, out. 1996, p. 45.

¹¹⁴ SZTAJN, Rachel. “Comentários aos arts. 47 ao 54”, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005*, São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 223-224.

¹¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade. Revista de Direito Privado 7/69, jul.- set. 2001, p.76.

art. 53 da LREF, ou, ao menos, não buscar a interpretação que lhe imposta: como *improrrogável*.

Por fim, não se pretende esgotar o tema acerca da função social da propriedade e conseqüentemente da empresa, em verdade, tampouco se acredite seja possível fazê-lo. Assim, arremata-se com as conclusões de Carlos Ari Sunfeld a respeito do instituto:

O princípio da função social da propriedade tem conteúdo maleável, podendo adaptar-se às exigências da sociedade e às características das múltiplas “propriedades” conhecidas em nosso Direito.

Ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, trazendo ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade.

O princípio da função social da propriedade não é o fundamento das limitações administrativas, e, sim, um novo instrumento, que autoriza a imposição de obrigação de fazer ao proprietário, consiste na própria utilização do bem.

O princípio da função social não autoriza a supressão da propriedade privada, cujo conteúdo mínimo continua garantindo como direito individual e se expressa nas faculdades de detença exclusiva da coisa e de utilização economicamente viável.

A utilização da propriedade na realização de interesses sociais merece proteção do Direito, mesmo contra o proprietário.

A função social é um dos fundamentos de legitimação da propriedade¹¹⁶.

Os bens têm repercussão na vida social¹¹⁷. A empresa, por conseguinte, é dotada da mesma repercussão. O papel da empresa hodierna é tamanho que lhe foi conferida proteção estatal, cuja máxima se consubstancia no princípio a seguir relacionado: *a preservação da empresa*.

¹¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Função Social da Propriedade*, in Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo (coord.), *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 21.

¹¹⁷ NEVES, Edson Alvisi; SILVA, Marisa Machado da; NEVES, Lorryne Fialho. *Função social da empresa*. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v.6, n.35, p. 27-42, out./nov. 2010.

2.2 O princípio da preservação da empresa ou da manutenção da fonte produtora

Como demonstrado no item anterior, o princípio da função social da propriedade desdobra-se no princípio da função social da empresa. Por sua vez, estas garantias imanam seus valores ao *princípio da preservação da empresa*, o qual nada mais é, que a manutenção da fonte produtora.

Esta é compreensão de Mamede do instituto:

O princípio da função social da propriedade reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente; tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais, que não só prejudica o empresário ou a sociedade empresária, prejudica todos os demais trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado¹¹⁸.

Sem dúvidas o princípio ora descrito é o cerne da recuperação judicial, dele decorre toda a Lei 11.101/05. Segundo Tomazette, a ideia de preservação da empresa tem fundamento no princípio da garantia do desenvolvimento nacional, previsto nos artigos 3, II, 23, X, 170, VII, 174, *caput* e § 1º, e art. 192, todos da Constituição Federal. Ou seja, tal garantia é mais do que mera proteção à empresa, consubstancia uma proteção ao sistema econômico e à manutenção econômica.

A aplicação desse princípio deve se dar de maneira sistêmica no ordenamento jurídico pátrio, de modo que reflexos da sua aplicação também são encontrados na legislação infraconstitucional, *v.g.*, no art. 974 do Código Civil.¹¹⁹

¹¹⁸ MAMEDE, Gladson. Manual de Direito Empresarial. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 435.

¹¹⁹ Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

Como recém mencionado, o princípio da preservação da empresa decorre de sua função social. Todavia, é no momento de crise, na dificuldade de manutenção da empresa em seus aspectos vitais, dentre os quais a lucratividade, que a *função social* é posta em risco. Nesse sentido descrevem Guilherme Mallmann Lippert e Juliano Langaro da Silva:

A empresa em crise, como que num estado de perigo e de autopreservação, procura viabilizar sua continuidade, nem que para isso seus credores, consumidores, Estado ou meio ambiente sejam prejudicados. A escassa disponibilidade de recursos faz com que a empresa ente em um processo de seletividade, pelo qual somente serão respeitados aqueles que permitirem a manutenção das atividades operacionais por mais algum tempo¹²⁰.

Importante lembrar, como abordado no primeiro capítulo, que a LREF diferencia-se das legislações anteriores por distinguir a figura da *empresa* e do *empresário*, dentre outros motivos. No regramento atual, a tutela concentra-se na empresa, de tal modo que, se preciso para preservá-la, afasta-se o empresário de suas funções.

Ricardo Negrão, por seu turno, explica que a manutenção da fonte produtora se dá no aspecto objetivo e no aspecto corporativo (emprego dos trabalhadores). Assim como, os atos que efetivamente correspondem à manutenção, tal qual a preservação de bens corpóreos e incorpóreos da sociedade e a vedação à alienação de bens que integram o ativo permanente da empresa (art. 66 da LREF)¹²¹.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos: (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

II – o capital social deve ser totalmente integralizado; (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais. (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

¹²⁰ Breves reflexões sobre os princípios da Lei n. 11.101/2005 e sobre os aspectos procedimentais da Recuperação Judicial de empresas *in* HILÚ NETO, Miguel (Coord.). Questões atuais de direito empresarial: volume II. São Paulo: MP, 2009, p. 308.

¹²¹ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3 - Recuperação de Empresas e Falência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 159.

Dentre as finalidades da Lei. n. 11.101/05, pode-se dizer, sem dúvidas, que espírito do legislador consubstancia-se no imperativo do art. 47, qual seja:

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.

Veja-se que o mencionado dispositivo, além de conter a definição de recuperação judicial, traz consigo densa carga programática que encontra amparo nos princípios da função social da propriedade (e da empresa), bem como da proteção à livre iniciativa porquanto objetive a manutenção da fonte produtora. Aqui, o vocábulo manutenção ganha contornos que se sobressaem ao mero estabelecimento comercial e seus bens de produção, ou mesmo ao empresário e/ou seus sócios. Quando se fala em manutenção, há clara alusão à atividade econômica, isto é, à organização preordenada fonte maior da riqueza nacional, que gera empregos e arrecada tributos.

Aliás, é do art. 47 da LREF que se irradiam os princípios, as diretrizes e os objetivos da legislação, sendo, em verdade, fonte de interpretação para todo o diploma. O dispositivo traz consigo, em verdade, os princípios elencados na CFRB/88, cuja finalidade é tutelar e promover a função social da propriedade e o incentivo à atividade econômica (CFRB/88, arts. 170, II, e 174). A função hermenêutica do art. 47 da Lei 11.101/05 é de suma importância ao juiz da causa, visto que o magistrado é participante engajado no contexto social, não apenas mero aplicador da norma. Com propriedade Edson Ubaldo expõe a questão:

Em que pese estar o juiz adstrito ao princípio da legalidade, a redação do presente artigo constitui importante fonte de interpretação, permitindo-lhe uma certa elasticidade na aplicação dos dispositivos legais, cuja rigidez pode ser abrandada em nome da preservação da empresa e de sua função social. Esta é a linha de pensamento dominante nas legislações mais modernas, nas quais o juiz não é apenas o aplicador da *dura lex sed lex*, distante das pessoas e de seus dramas, mas acima de tudo um participante ativo do contexto social, a quem cabe buscar a mais adequada solução para o bem comum, em face dos conflitos e dos choques de interesses. Ao mesmo tempo que tem o dever de procurar a salvação das empresas em dificuldades, cabe

ao juiz tirar da cena comercial o mau empresário, aquele que usou de sua condição e de seus negócios para lesar os outros¹²². (Grifo acrescentado).

No entanto, como já visto no primeiro capítulo, a finalidade do plano de reorganização empresarial é congregar interesses da devedora e credores no intuito de manter a atividade desenvolvida pela companhia, isto é, evidente que o princípio da preservação da empresa, de cunho eminentemente *social*, encontra limitação pela garantia individual de cada credor de reivindicar o que lhe é devido.

Glauco Martuns Guerra e Rodrigo R. Monteiro de Castro descrevem:

Ou seja, a preservação da fonte produtiva não se dá a qualquer custo; pelo contrário, dá-se se, somente se, os *agentes* envolvidos concluírem que o custo de preservação é inferior ao da extinção. De modo que, apesar de as consequências irradiarem à sociedade civil e ao próprio mercado, as decisões não informadas por princípios coletivistas, estatais¹²³.

O interesse individual não se sobrepõem ao coletivo. Por isso, *“sempre que possível, deve se buscar a preservação da empresa, ainda que em detrimento de um credor”*. Tomazette ainda explana que a positivação desse princípio é evidenciada com a diminuição dos pedidos de falência, conquanto tal consequência não seja exclusiva da evolução legislativa. Inegável, no entanto, *“que a primazia da preservação da empresa na atual legislação teve papel fundamental na redução”*¹²⁴.

No que concerne ao tema do presente estudo, a preservação da empresa é o que se defende. Por mais que se pretenda interpretar *contra legem*, ou seja, de encontro à redação do art. 53, sempre que se entreveja a Lei 11.101/05 sob o prisma da preservação da fonte produtora, que de fato é o mote do diploma, numa leitura conjugada com o art. 47, não há como aplicar de maneira peremptória o prazo de 60 dias para apresentação do PRJ.

¹²² UBALDO, Edson. Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas: Comentários aos artigos específicos da Lei n. 11.101, de 09/02/2005. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 75.

¹²³ In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 257.

¹²⁴ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3: Falências e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 54-55.

2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana incorporado na lei 11.101/05

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental, como valor ou princípio, opera-se na justificação moral, bem como é fundamento normativo para os direitos fundamentais.¹²⁵ Por conseguinte, vinculam-se ao princípio da dignidade da pessoa humana os direitos fundamentais à vida, à igualdade, à integridade física, moral e psíquica.

O conceito ora abordado vem atrelado ao sistema de soerguimento de empresas justamente porque o direito à propriedade está vinculado à ordem econômica nacional (CFRB/88, art. 170), à valorização do trabalho humano, à redução das desigualdades sociais e à livre iniciativa, de modo a assegurar a todos uma existência digna, promovendo-se os ditames da justiça social.

Consequentemente, outras metas devem ser agragadas, *v.g.*, a promoção da dignidade humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e solidariedade (art. 1º, III e IV e art. 3º, I, todos da CRFB/88, respectivamente)¹²⁶. A justiça social funda-se no princípio da solidariedade social e prega a igualdade material, bem como na dignidade da pessoa humana, sobre o tema se colhem as explicações de Vera H. de M. Fraco e Rachel Sztajn:

Assim, sob a influência do princípio da solidariedade social, tal como introduzido com a Constituição de Weimar de 1919, significava o dever de utilizar os meios de produção de modo mais útil para a coletividade. Vale dizer: prover uma melhor distribuição de renda, a mais ampla assistência possível às classes trabalhadoras, compondo os interesses entre os detentores do poder econômico e aqueles dos empregados. Para estes, a ideia de função social, de modo geral e conforme o princípio da solidariedade supramencionado, é a de melhor equilíbrio entre o econômico e o social cuja concreção varia de autor para autor, divergindo-se, inclusive, quanto ao modelo econômico acatado – se de livre mercado sem a interferência do Poder Público; se marcado por acentuado intervencionismo¹²⁷.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273.

¹²⁶ FRANCO, V. H. M. ; SZTAJN, R. . Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 913, 2011, p.178.

¹²⁷ Ibid., p. 180-181.

Especificamente sobre a tutela à pessoa, Luís Roberto Barroso, rememorando os imperativos de Immanuel Kant, descreve:

Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiniano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário¹²⁸.

O princípio em comento justifica-se na LREF pela tutela ao trabalhador da empresa recuperanda, ou a quaisquer detentores de créditos trabalhistas, desde que, em ambos os casos, o crédito não ultrapasse cinco salários mínimos. Em verdade, trata-se de regra cuja observância visa assegurar o pagamento, ao mínimo, de quantia de nítida natureza alimentar, portanto, fundamental à subsistência ao credor. No mesmo sentido, a LREF dispõe de regra que também limita o tempo de pagamento para os créditos trabalhistas e decorrentes de acidente do trabalho, os quais não poderão ser quitados em prazo superior a um ano (art. 54, LREF).

A condução do procedimento de recuperação também deve se pautar pelo princípio da dignidade humana, pois, sempre que possível devem ser mantidos os postos de trabalho criados. Por mais que o art. 50 da Lei de regência preveja a possibilidade de *“redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva”*, tais medidas, se aplicadas, visam tão só a manutenção e preservação da companhia, de modo que para tanto são necessários sacrifícios. Hodiernamente se vê claramente essa questão por meio dos *lay offs*, em que não se buscam demissões, mas reduzir custos.

Assevera Tomazette que a *“preservação da empresa só se justificará na medida em que se atenda à dignidade da pessoa humana”*¹²⁹.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 274.

¹²⁹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3: Falências e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

As regras constantes na Lei 11.101/05 têm os princípios norteadores que, em grande parte, decorrem dos mandamentos constitucionais relativos ao desenvolvimento econômico e social, estes, conforme explica Magalhães, nunca desvinculados da singularidade, isto é, de cada indivíduo que compõe a sociedade:

O Estado Democrático de Direito, modernamente, deixou de participar diretamente da produção e circulação de bens e serviços, deixando espaço para a livre iniciativa, que se transformou no projeto de desenvolvimento econômico da sociedade. Mas o desenvolvimento econômico deverá estar vinculado ao desenvolvimento social. Os dois unidos conseguem alcançar o princípio da dignidade da pessoa humana já que, em nome do desenvolvimento econômico, o ser humano jamais poderá ser desprezado e, para o desenvolvimento social, o progresso e a produção não serão esquecidos¹³⁰.

Por fim, conforme assegura Comparato, é função legítima da propriedade privada prover ao *“indivíduo e sua família os recursos necessários ao atendimento das necessidades básicas da existência”*¹³¹.

2.4 Os princípios na LREF

Como mencionado no início desse capítulo, há grande divergência doutrinária acerca dos princípios que, de fato, compõem a LREF. Nos próximos tópicos se pretende expor, sucintamente, muitos dos subprincípios constantes na referida legislação, e que são elencados por diversos doutrinadores. Com essa análise será possível entender um pouco melhor o procedimento de recuperação, especialmente sob o enfoque da prática empresarial.

Constatar-se-á, também, que os princípios norteadores da recuperação judicial de empresas correlacionam-se com as regras e dispositivos da Lei 11.101/05. Essa convivência, em princípio harmoniosa, é posta em cheque mormente nos casos

¹³⁰ MAGALHÃES, op. cit., p. 5.

¹³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 25, n. 63, jul.-set. 1986, p. 78.

concretos, em que interesses distintos, por vezes antagônicos, buscam conviver no plano de recuperação judicial.

2.4.1 A supremacia da viabilidade da empresa

O estudo do princípio da viabilidade da empresa ganha especial contorno justamente porque somente a empresa viável terá capacidade de elaborar, propor e cumprir um plano de organizacional administrativo e financeiro. Não há plano de soerguimento para a empresa inviáveis de prosseguir no mercado, pode-se dizer que esse é, inclusive, o objetivo do legislador quando da formulação da Lei 11.101/05.

Trata-se de princípio que, para Waldo Fazzio, é ponto nevrálgico para a distinção entre a empresa viável, portanto recuperável, e a inviável, consequentemente suscetível de integrar uma demanda falimentar. O autor elenca categoricamente os elementos que vinculam o conceito de viabilidade, sejam eles endógenos ou exógenos à empresa:

A aferição dessa inviabilidade está ligada a fatores endógenos (ativo e passivo, faturamento anual, nível de endividamento, tempo de constituição e outras características da empresa) e exógeno (relevância socioeconômica da atividade).

Em poucas palavras, algumas perguntas devem ser respondidas, como pressupostos de formulação do diagnóstico de viabilidade:

- existe plano de recuperação?
- que critérios devem ser eleitos para sua avaliação?
- essa avaliação autoriza a expectativa de êxito do plano?
- como custodiar essa concretização?¹³²

Fábio Ulhoa Coelho enxerga os custos do processo de reorganização empresarial em âmbito global, visto que não apenas os credores, proprietários, acionistas e empregados arcam com os prejuízos que advêm do insucesso de um plano organizacional.

¹³² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, p. 32.

Não se está a falar dos custos do *processo judicial de recuperação*, estes, por óbvio, hão de ser arcados pela própria sociedade devedora. O autor em comento refere-se ao *custo real* da recuperação da empresa, cujo ônus recai sobre toda sociedade. Essa visão macro do autor se justifica de maneira muito coerente: o risco associado à recuperação judicial é repassado aos principais agentes econômicos do processo reorganizacional (bancos, prestadoras de serviço, eventuais credores que apostam na possibilidade de soerguimento da empresa)¹³³. De tal maneira, a assumpção de risco é incorporada aos preços dos serviços prestados por esses agentes econômicos, *v.g.*:

Imagine que os bancos vejam, em diversos processos judiciais de recuperação dos respectivos devedores, seus créditos transformados em capital, pelo plano de reorganização aprovado pela maioria dos credores e homologado pelo juiz. Isso implica que em vez de dinheiro emprestado, os bancos receberão ações ou quotas da sociedade empresária devedora, tornando-se – a contragosto ou não – sócios de um negócio de futuro incerto. Quer dizer, se as medidas de recuperação frutificarem, os bancos terão de volta o seu dinheiro; mas em caso contrário, perderão tudo que haviam emprestado. Essa mudança importará impacto nas taxas de juros praticada pelos bancos. A transformação do crédito em capital passa a ser um risco associado à recuperação judicial do devedor, e para assegurar contra ele, os bancos calcularão um *spread* específico para embutir em seus juros. Com isso, o custo do dinheiro aumentará e, conseqüentemente, todos os empresários fornecedores de bens ou serviços que dependam de financiamento bancário acabarão por repassar o aumento a seus preços.¹³⁴ (Grifo acrescentado).

Por fim, o autor explica que juros bancários elevados acarretam no desaceleramento do desenvolvimento econômico do país, conseqüentemente “o *custo da recuperação da empresa é suportado, a rigor, pela sociedade brasileira*”.¹³⁵

A simples viabilidade técnica do plano não é garantia ao sucesso da recuperação, tampouco seja possível prevê-lo. Todavia, espera-se com um criterioso estudo de viabilidade, ao menos, minimizar as chances de falhas. Nesse sentido, o

¹³³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3 - direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 398.

¹³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3 - direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 398-399.

¹³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3 - direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 399.

mesmo autor elenca alguns requisitos que vão além da mera possibilidade de reorganização empresarial, numa análise acentuada do instituto. Para tanto, Coelho descreve que a empresa que se busca recuperar deve ter concomitantemente: *potencial econômico para reerguer-se e importância social*¹³⁶.

A ideia de *importância social* correlaciona-se com a função social exercida na região em que se atuam os negócios da empresa. A fim de se buscar um parâmetro para a ideia de *importância social*, pode-se associar os conceitos de *porte econômico* e *idade da empresa*, ambos também indicados pelo doutrinador.¹³⁷ Esses dois últimos conceitos visam, mesmo de maneira incompleta, conferir segurança aos que venham aderir ao plano recuperacional. Busca-se, em ambos os casos, verificar a importância regional e a influência que determinada empresa exerce sobre a economia local em que atua. A tradição da companhia, que há anos emprega, produz e circula riquezas em uma região, é fator relevante para a crença na prosperidade do plano de reerguimento. Contudo, conforme esclarece o autor, por mais que o dito quesito seja relevante, a LREF não se presta apenas à empresa antiga ou tradicionais, mas sim às empresas viáveis.¹³⁸

Coelho ainda expõe dois outros pontos que são cruciais para o sucesso da recuperação: *volume de ativo e passivo* e *mão de obra e tecnologia empregada*. O primeiro nada mais é do que um diagnóstico financeiro da empresa e pauta-se pelos arquivos contábeis da companhia (balanço, fluxo de caixa, demonstrações de resultado, etc). Pelo histórico contábil, é possível prospectar qual a origem da crise que instalou-se no empreendimento. No segundo item – mão de obra e tecnologia empregada – é compreensível que, por vezes, a saída da crise depende de uma modernização da companhia. Acontece que, investir no aparato de produção, tornando-o competitivo, significa, às vezes, ir de encontro aos interesses dos empregados, visto que tais medidas ocasionam diminuição dos postos de emprego¹³⁹.

¹³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3 - direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 399-401.

¹³⁷ Ibid., p. 400-401.

¹³⁸ Ibid., p. 401.

Veja-se, portanto, que dito princípio nada mais é do que a aplicação imediata de uma gama de conceitos interdisciplinares, fundamentais à companhia. Correlacionam-se com a ideia de viabilidade conceitos que se afastam em parte do direito, como contabilidade e gestão empresarial. No entanto, o ponto de convergência é o plano de recuperação judicial.

Ademais, conforme esclarece Rachel Sztajn “raramente a crise é fruto de um evento isolado¹⁴⁰”. Em salutar entendimento sobre a questão da viabilidade da empresa e sua preservação, a autora demonstra o quão complexo é verificar se, de fato, convém investir na recuperação de determinada companhia. É preciso atentar para a cadeia produtiva em que inserida a empresa cuja recuperação se pretende e, assim, sopesar se recuperá-la significa prejudicar ou inviabilizar a manutenção de outras companhias:

Assim a preservação da empresa para que cumpra sua função social, depende da aptidão para manter, ainda que de outra forma, com outra estrutura, as atividades exercidas sem que isto imponha dificuldades substanciais aos credores. Ou seja, preservar uma empresa criando risco ou perigo para outras não é solução jurídica e econômica razoável. A preservação da empresa e de sua função social, dados os vínculos entre elos da cadeia produtiva, as parcerias no processo de criação de riquezas, é o plano de fundo a ser considerado quando da análise do plano.

As empresas nunca atuam isoladamente. A dinâmica das atividades econômicas, produto da crescente especialização, que leva à formação de cadeias produtivas, facilita a contaminação de um ou de alguns dos integrantes desse processo se a modelagem do plano de recuperação focar apenas na empresa que, naquele momento, enfrenta a crise¹⁴¹.

A empresa inviável ofende não somente os princípios de manutenção saudável da ordem econômica, mas prejudica os direitos dos credores, em quaisquer classes, quando, de maneira irresponsável e impensada, propõe plano recuperacional. Como exemplo, pode-se elencar a crítica situação de credores que apostaram na manutenção de bens e serviços prestados à empresa recuperanda, crendo na extraconcursalidade de seus créditos. A aprovação de plano recuperacional altera, por

¹⁴⁰ SZTAJN, Rachel. *In* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 249.

¹⁴¹ SZTAJN, Rachel. *A Recuperação de Empresas em Crise: Incompletude Contratual e Reputação*. *Revista de Direito Empresarial – ReDE*. São Paulo, n. 4, jul. 2014, p. 114.

vezes, a ordem dos pagamentos de créditos, e a ulterior decretação de falência, lastreada na inviabilidade do plano recuperacional, pode prejudicar determinadas classes de credores. A má observância ou a completa inobservância do princípio da viabilidade da empresa tolhe os direitos elencados anteriormente, bem como os que vão se vistos a seguir.

2.4.2 Manutenção dos interesses do credor e maximização dos ativos

A preservação e manutenção dos interesses dos credores deve ocorrer de maneira universal, genérica. Ou seja, deve obedecer à coletividade dos detentores de créditos, e não se considera singularmente, em razão de determinado credor ou de pequeno grupo de credores.¹⁴²

Por conseguinte busca-se a observância a todas as prerrogativas elencada na lei de regência que visam garantir os interesses dos credores. É o que se vê, inclusive, quando da AGC, visto que nela se poderá deliberar sobre *“qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores”* (LREF, art. 35, I, f) e, de igual sentido, o art. 126, que condiciona o tratamento dos casos não regulados na legislação: *“o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores”*¹⁴³.

O princípio da maximização dos ativos, por sua vez, pretende preservá-los, se possível, maximizá-los¹⁴⁴, a fim de garantir o cumprimento das obrigações assumidas com os credores.

¹⁴² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33-35.

¹⁴³ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3 - Recuperação de Empresas e Falência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159-160.

¹⁴⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

2.4.3 Par condicio creditorum

Pode-se dizer que o princípio em comento decorre do princípio da equidade, de modo que se impõe um tratamento equitativo aos créditos de todos os credores, de acordo com os limites que lhe foram legalmente impostos.¹⁴⁵

Fazzio *apud* Vivante:

Enquanto o ativo de um patrimônio excede o passivo, pode o legislador deixar que qualquer credor exerça separadamente o seu direito. Desde, porém, que o patrimônio não basta para todos, a liberdade de execução individual constitui prêmio aos credores mais diligentes, mais próximos, ou mesmo menos escrupulosos, em detrimento dos mais benévolos ou mais afastados¹⁴⁶.

Trata-se de princípio comumente utilizado pela jurisprudência a fim de se vedar tratamento diferenciados a credores de mesma classe, regra consubstanciada no § 2º do art. 58 da Lei de regência, qual seja: *“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”*.¹⁴⁷

A vedação ao tratamento diferenciado é o que pretende o princípio da *par condicio creditorum* ou do *princípio da paridade horizontal*. Outrossim, é o que se colhe

¹⁴⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 34-35.

¹⁴⁶ Ibid., p. 35.

¹⁴⁷ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

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

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

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.

§ 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.

do enunciado n. 57 da Primeira Jornada de Direito comercial, do Conselho da Justiça Federal – CJF:

O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado.

3. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA LEI 11.101/05.

Como já visto, o art. 47 da LREF é essencial à compreensão e aplicação do instituto à prática. Em verdade o referido dispositivo se trata de um guia a orientar não só a interpretação do diploma, mas também serve de baliza às decisões judiciais.

Acerca da matéria Misabel de Abreu Machado Derzi e Raphael Frattari Bonito *apud* Mário Sérgio Milani descrevem:

O princípio da preservação da empresa que informa a lei é imprescindível à compreensão da recuperação judicial, *guia* as decisões tomadas entre os diversos interesses internos que nela se compõem, *representa* importante parâmetro que deve pautar a aplicação da lei em cada caso e, finalmente, *deverá ser* o guia de interpretação, norteador das decisões judiciais¹⁴⁸.

A inegável função integrativa do art. 47 lhe confere finalidade hermenêutica, caracterizando-o, sobretudo, como um vínculo teleológico de vital importância, tal qual descrito anteriormente¹⁴⁹.

Sobre o assunto, impõem-se as lições de Frederico Simionato:

¹⁴⁸ DERZI, M. A. M. ; BONITO, R. F. . Dispositivos do Código Tributário Nacional alterados por ocasião da publicação da Lei n. 11.101/2005. In: Osmar Brina Corrêa Lima; Sérgio Mourão Corrêa Lima. (Org.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas - Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 1323-1369 *apud* MILANI, Mario Sergio. Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 199.

¹⁴⁹ MILANI, Mário Sérgio. Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 198.

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 judicial¹⁵⁰.

O doutrinador ainda salienta que o art. 47 “é perfeito legislativamente”. Conclusão que tem como fundamento a completude do dispositivo perante a realidade social da prática empresarial: “*Todos os interesses em jogo estão ali presentes, nesta sociedade complexa de inúmeras variáveis e situações, bem conflitantes muitas vezes, talvez todas*”¹⁵¹.

Quanto ao art. 47, o autor evidencia a importância do dispositivo para a sociedade:

Nenhuma crítica pode ser endereçada ao art. 47 da Lei. Repita-se, norma das mais significativas do ordenamento jurídico pátrio, como ponto de partida da recuperação judicial na forma da preservação da empresa, e nos moldes da teoria institucional da empresa, na perspectiva da atividade econômica como finalidade específica, ou seja, a falência é um aspecto econômico que aflige todos, não apenas os diretamente envolvidos, mas alcança toda uma sociedade, uma região do país, tecnologias, sistema financeiro, concorrência, regulação e comércio exterior e de importação, numa demonstração do reconhecimento da importância da matéria falimentar, dos seus efeitos sobre a coletividade, e, mais do que nunca, do seu caráter social, público, ou seja, do crédito, que a todos envolve, de maneira absoluta e irreversível¹⁵².

Categoricamente o autor conclui que eventual reforma “*deve pautar-se no estudo da função do direito falimentar e seus princípios, para daí sim, adequá-los a realidade empresarial nacional*”¹⁵³. Pode-se dizer, em associação com os ensinamentos de Eros Grau, que o art. 47 da LREF é verdadeira *norma-objetivo*, visto

¹⁵⁰ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

¹⁵¹ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

¹⁵² *Ibid.*, p. 122.

¹⁵³ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *In* WALD, Arnaldo (Org.). Direito empresarial: Doutrinas Essenciais Direito Empresarial, volume VI - Recuperação Empresarial e Falência. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

que enfeixa “*um instrumento de governo e deixa de ser finalidade sua, única e exclusivamente, a de ordenação*”¹⁵⁴.

Dessa maneira, aqui se remontam todos as breves considerações sobre os princípios elencadas no capítulo anterior, o que leva a consequente ideia de sistema jurídico, *uno* e completo. Fábio Ulhoa Coelho, por seu turno, explica que um “*sistema jurídico será lógico se for unitário, consistente e completo*”¹⁵⁵. Ao definir essas características o doutrinador esclarece:

A unidade está ligada ao princípio da identidade. A consistência é a qualidade do sistema que atende ao princípio da não contradição. Tem essa qualidade o sistema integrado por proposições compatíveis entre si. Por outro lado, a presença de proposições contraditórias ou contrárias no interior do mesmo sistema compromete a consistência deste¹⁵⁶.

A história demonstra: o direito é o reflexo social. Eros Grau, na profundidade que lhe caracteriza, diz que “*o direito é um dinamismo*”, de tal maneira, uma interpretação estática da norma é insuficiente, pois, “*a realidade social é o presente; o presente é vida – e a vida é movimento*”¹⁵⁷.

No tema que ora se propõe abordar, Carlos Alberto Ferracha de Castro descreve interessante fenômeno, que denomina *colonialismo jurídico*. O autor inicia sua exposição rememorando a história, onde o Brasil, por diversas vezes, acostumou-se a importar diplomas de países estrangeiros. Dentre os exemplos mais notáveis de leis pautadas em legislações de outros países tem-se: o Código Civil de 1916, cujas referências são o Código Napoleônico e as legislações oitocentistas; a Constituição

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

¹⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Roteiro de lógica jurídica. 7ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

¹⁵⁶ Ibid., p. 62.

¹⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 129.

de 1937, vigente no *Estado Novo de Getúlio Vargas*, chamada de “*Polaca*”, visto que derivada Carta Polonesa de 1935, dentro diversos outros diplomas Nacionais¹⁵⁸.

Linhas adiante, o autor elucida seu ponto de vista, correlacionando a busca por reformas na LREF, que se pautam majoritariamente em legislações estrangeiras que regem a matéria (EUA, França, Itália, Portugal, etc.)¹⁵⁹, aliás, como sempre fora feito no Brasil. O autor expõe uma nova visão, voltada especialmente ao contexto social e empresarial pátrio, singular se cotejado com as nações ante mencionadas:

Indubitavelmente, o direito comparado é fonte de fundamental importância, devendo sempre ser objeto de estudos e reflexões. Contudo, a reforma do direito falimentar nacional exige mais. Muito mais.

Não basta importar soluções político-jurídicas de outros países, pensando que resolverão os problemas nacionais, a exemplo do que fizeram em seus países de origem (se é que o fizeram?). Essa tentativa presta-se apenas para solidificar uma espécie de “colonialismo jurídico”, obstaculizador dos problemas nacionais. Ao direito incumbe um papel totalmente oposto, ou seja, emancipador, propiciando meios e soluções transformadores da realidade econômica e a concretização de uma sociedade mais justa e solidária, tal como pretendia o legislador constituinte.

É preciso, antes de mais nada, fundar o estudo nos problemas nacionais, cuja realidade socioeconômica diverge daquela existente em França, Itália, USA e Portugal, ainda que possam existir semelhanças, como as dificuldades enfrentadas para o sucesso do instituto judicial de reorganização das empresas. Mas não é só¹⁶⁰.

Ora, a discussão acerca das regras, dispositivos e completude do diploma Falimentar brasileiro não é recente. Remonta, em verdade, às legislações anteriores – vale lembrar que, por inexistir previsão legal tampouco mecanismo congênere, não contemplavam o instituto da recuperação judicial.

José Cândido Sampaio de Lacerda há tempo vem alertando acerca da interpretação da legislação falimentar e suas consequências. Em seu escólio, mesmo

¹⁵⁸ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *In* WALD, Arnaldo (Org.). *Direito empresarial: Doutrinas Essenciais Direito Empresarial*, volume VI - Recuperação Empresarial e Falência. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 57.

¹⁶⁰ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *In* WALD, Arnaldo (Org.). *Direito empresarial: Doutrinas Essenciais Direito Empresarial*, volume VI - Recuperação Empresarial e Falência. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57-58.

antes da legislação atual, o doutrinador já percebera alguns problemas relacionados à correlação de princípios no diploma então vigente, veja-se:

Todavia, convém salientar que as deficiências de uma lei de falência nem sempre são devidas aos seus princípios, mas aos seus aplicadores, que falham em seus misteres, deixando que os processos falimentares e de concordatas permaneçam orientados por pessoas inescrupulosas e desinteressadas economicamente no perfeito e completo andamento do processo além de, muitas vezes, assoberbadas por massas de processos, sem poder cuidar deles, com a atenção merecida, em prazo útil¹⁶¹.

Por fim, considerando uma interpretação sistêmica da LREF, aliás, contemplando não apenas o art. 47 do referido diploma, de somenos importância quando visto como desdobramento da manutenção da ordem econômica posta na Constituição Federal (CFRB/88, arts. 170, II, e 174), impossível como não conceber uma flexibilização do prazo do art. 53 da Lei 11.101/05. Até porque, como há tempo já referendado no plano jurisprudencial, *“o direito é muito maior que a lei e seu objetivo deve ser sempre a realização da justiça”*¹⁶².

Para que não se incorra em incompletude e clarifique-se o tema ora estudado, não se há cogitar eventual tese de que se pretende prestigiar a desídia do devedor que, involuntariamente, não apresenta quaisquer propostas aos credores, agindo em manifesto desrespeito ao instituto¹⁶³. Não é o que se defende aqui, pelo contrário, busca-se, em consonância com os princípios da LREF, a elaboração de um PRJ para uma empresa viável, de modo que a redação do art. 53 não seja interpretada no seu sentido literal, até porque elaborar um plano, como visto no primeiro capítulo, é tarefa complexa, por vezes dificultada por entraves alheios às questões procedimentais,

¹⁶¹ LACERDA, J. C. Sampaio de. Manual de Direito Falimentar: (com a adaptação ao novo Código de Processo Civil de 1973, pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973). 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 48.

¹⁶² in Revista do Superior Tribunal de Justiça – RSTJ, vol. 8. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1990, abr., p. 301. (Voto do Min. Garcia Vieira).

¹⁶³ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 227.

como dissuadir um credor majoritário que não crê na capacidade de soerguimento da companhia.

3.1 Possibilidade prorrogação do prazo pelo juiz.

Ademais, conforme já exposto no capítulo inaugural deste trabalho, há forte amparo doutrinário que advoga pela possibilidade de diferir o prazo. Vale lembrar, conforme o faz Carlos Klein Zanini, sucintamente expondo a temática:

Diante da redação dura do dispositivo a que se faz remissão, caberia aqui uma primeira indagação. Seria efetivamente improrrogável o prazo de 60 (sessenta) dias? Ou assistiria ao juiz a prerrogativa de dilatá-lo em determinadas circunstâncias? Particularmente, não vemos motivo para suprimir-se a possibilidade de o juiz decretar sua prorrogação, até mesmo porque prevista na Lei (art. 189) a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que contém regramento específico sobre o cabimento da prorrogação dos prazos processuais. Outra questão passível de discussão é a fluência ou não desse prazo durante o período de férias forenses?¹⁶⁴

No que concerne à aplicação subsidiária do CPC, como citado pelo autor anteriormente parafraseado, de modo algum se vislumbra impossibilidade do togado condutor da demanda em que instaurado procedimento de recuperação judicial ampliar o prazo do art. 53, em verdade, quando necessário e comprovado, a dilação é medida que se impõe. Aliás, por mais que o artigo 53 seja norma cogente, não se há dizer o mesmo do prazo, que deve ser considerado, na essência, dispositivo porquanto comporte flexibilização pelo magistrado da causa.

Veja que a função do direito imaterial, qual seja, o processo civil, não se deve furtar à instrumentalidade que lhe é inerente. Em importante conceituação acerca do processo civil, como um instrumento do Estado a serviço do direito substancial, José

¹⁶⁴ ZANINI, Carlos Klein. *In* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 324.

Roberto dos Santos Bedaque descreve que “quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social”¹⁶⁵.

Essa visão do autor coaduna com o conceito de *normas-objetivo*, de Grau, bem como correlaciona a função estatal à finalidade da norma. Por certo que a função da Lei n. 11.101/05 e do instituto de recuperação de empresas é a manutenção da fonte produtora, buscando-se a preservação da função social da propriedade. Nesse sentido, o direito processual deve curvar-se à finalidade do diploma reitor da matéria, promovendo-se, quando necessário e comprovado, a dilação do prazo para apresentação do PRJ.

Bedaque ainda discorre:

A conclusão de que os princípios da relação jurídico-substancial não devem repercutir no processo, ao contrário do que possa parecer, não nega seu caráter instrumental. É simplesmente o resultado do exame da “instrumentalidade do processo” não em função da parte, de seus interesses e de seu eventual direito subjetivo, mas do Estado e de seus objetivos.
(...)
Trata-se de função social do processo, que depende, sem dúvida, da efetividade deste. Já que o Estado, além de criar a ordem jurídica, assumiu também a sua manutenção, tem ele interesse em tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas¹⁶⁶.

No que dito, não há como se esquivar das lições interpretativas sobre os textos jurídicos expostas por Grau, que define: objetiva-se a “*interpretação do direito, e não de textos isolados, desprendidos do direito [dissociados do direito material]*”. Por conseguinte, “*não se interpretam textos de direito isoladamente, mas sim o direito, no seu todo [o conjunto, o ordenamento em sua plenitude]*”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.12.

¹⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 11-12.

¹⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 129, p.131.

No processo civil, todavia, *“é muito escassa a margem deixada pela lei para que as partes convençionem a respeito dos prazos processuais. Em geral os prazos são impostos por lei ou dependem do arbítrio do juiz”*¹⁶⁸.

Ressalta-se, contudo, que a aplicação supletiva do CPC na LREF, por vezes, entrenchoca-se com as peculiaridades do segundo diploma. A título exemplificativo, tem-se o recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que se acolheu a tese de que não há aplicação subsidiária da benesse constante no art. 191 do CPC, por força do art. 189 da Lei n. 11.101/2005.

As razões do julgado esclarecem:

19. Com efeito, não existe, no âmbito do procedimento de recuperação judicial de empresa, espaço para o cômputo em dobro do prazo recursal em referência, porquanto não tem aplicação o instituto do litisconsórcio de credores.

20. Sob a ótica processual e num formalismo valorativo, é preciso observar que não há propriamente partes. Apenas uma análise superficial do procedimento em foco, que tem natureza concursal, poderia levar à equivocada premissa de que ali existem interesses diametralmente opostos entre o devedor e seu(s) credor(es), que os situam nas posições contrapostas de autor e réu

(...)

27. Não havendo, portanto, falar-se em litisconsórcio facultativo ativo, decorre que o prazo será sempre único, sem acréscimo, quer recorra apenas um credor, isoladamente, quer o façam diversos credores, conjuntamente, com procuradores diversos, jamais ganhando incidência a regra subordinada do art. 191 do Código de Processo Civil.

29. Se tal não bastasse, impende registrar que a sistemática da Lei n. 11.101/2005 exige que os prazos de impugnação, objeções e recursos sejam exígua, clara e tenazmente definidos, de modo a garantir a efetiva celeridade, essencial à também efetiva recuperação da empresa¹⁶⁹.

Como se vê, certos aspectos processuais da Lei reitora, pendem de melhores esclarecimentos, sobretudo por não se ter uma definição clara sobre a natureza jurídica do instituto.

¹⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: volume 1 - processo de conhecimento. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 207.

¹⁶⁹ TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0018888-27.2014.8.19.0000, Relator Des. Gilberto Guarino 14ª Câmara Cível, j. em 20/09/2014.

3.2 Outros dispositivos da LREF vêm sendo flexibilizados pela jurisprudência.

A prática recuperacional, desde da entrada em vigor da LREF, tem decisivamente sido influenciada pela atuação jurisprudencial, como se verá na análise a seguir.

O prazo de 180 dias, de que trata o § 4º do art. 6 da LREF, comporta, no plano jurisprudencial, dilação – por mais que a rija dicção da norma o defina como *improrrogável*. Trata-se de lapso essencial à plena realização do procedimento de recuperação, visto que sem sua previsão legal, todo patrimônio da empresa que pretende o soerguimento estaria submetido à iniciativa de credores que intentassem ações e execuções individuais, veja-se:

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

(...)

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

O mesmo prazo ainda corresponde ao interregno de que dispõe o devedor para aprovar o plano organizacional em AGC, acaso o PRJ não seja referendado no referido lapso, em princípio, retomam-se as execuções que estavam suspensas por força do § 4º do artigo sexto. Todavia, como dito, a letra da lei não se sobreleva à prática, resultado da jurisprudência, e, em destaque do aresto prolatado nos autos do recurso especial n. 1.193.480/SP, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior. O voto dispõe:

Aliás, é justamente em homenagem ao referido princípio supra mencionado [qual seja, da continuidade da sociedade empresarial] que esta Corte tem interpretado a Lei 11.101/05 sistematicamente, e não pela mera literalidade da norma invocada, segundo a qual o simples decurso do prazo de 180 (cento e oitenta dias), sem que haja a aprovação do plano de recuperação judicial

após o seu deferimento, enseje a retomada das execuções individuais, quando à empresa recuperanda não se atribui qualquer culpa na morosidade da aprovação do referido plano¹⁷⁰.

De igual sorte, também se colhe o voto do Ministro Castro Meira nos autos do conflito de competência n. 79.170/SP. À ocasião o relator correlacionou o *improrrogável* do prazo em comento (§ 4º do art. 6 da LREF) com a supremacia do interesse público, lapidado no princípio da continuidade da empresa:

A mens legis é no sentido de assegurar aos credores o direito de dar prosseguimento aos seus pleitos individuais após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data em que deferido o processamento da recuperação judicial.

Esse dispositivo, entretanto, deve ser interpretado em termos sistemáticos com os demais preceitos da Lei. Assim é que seu artigo 47 estabelece, inequivocamente, o objetivo de preservar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

(...)

Como se vê, o princípio da continuidade da empresa ajusta-se ao interesse coletivo por importar, dentre outros benefícios, em geração de empregos, pagamento de impostos e no desenvolvimento das comunidades.

No caso dos autos, o destino do patrimônio da ré em processo de recuperação judicial não pode ser afetado por decisões prolatadas por juízo diverso do que é competente para a recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso do plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, com violação ao princípio da continuidade da empresa¹⁷¹.

Por fim, é o fixado no Enunciado 42 da CJF da I Jornada de Direito Comercial: *“O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”*.

Tomazette, em complemento, ainda leciona no sentido de que os credores estão protegidos, contudo, jamais ao ponto de inviabilizarem a recuperação da companhia. No mais, detém competência para apreciar se convém retirar determinado

¹⁷⁰ STJ, REsp 1.193.480/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010.

¹⁷¹ STJ, CC 79.170/SP, Rel. Ministro Castro Meira, 1ª SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 19/09/2008.

bem do acervo patrimonial da empresa devedora o juízo em que processada a recuperação judicial¹⁷².

Outro exemplo emblemático, outrora objeto de grande discussão doutrinária e jurisprudencial, é questão das certidões tributárias descritas no art. 57 da LREF¹⁷³, que impõe à empresa em recuperação apresentar certidões negativas de débitos tributários. O texto da lei não coaduna com a prática, visto que o estado de insolvência da companhia não lhe permite obter tais documentos em tão pouco tempo, se o pudesse, certamente não se encontraria em crise.

Nesse sentido há o acórdão lavrado nos autos do recurso especial n. 1.187.404/MT, em que o Ministro Luis Felipe Salomão assevera que a Lei 11.101/05 busca proteger primordialmente a ordem econômica nacional e, nesse sentido, *“nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que – além de não fomentar – inviabilize a superação da crise empresarial”*.

Oportuno esclarecer, até porque não é o objeto deste trabalho, que o crédito tributário não é submetido ao PRJ, justamente por se tratar de obrigações *não negociáveis* – conforme define Coelho¹⁷⁴ –, naturalmente indisponíveis. Entretanto, inexistindo uma renegociação dessa dívida, não há como se proceder à recuperação. Nesse sentido a LREF prevê o parcelamento tributário e previdenciário nos termos do

¹⁷² TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3: Falências e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

¹⁷³ Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

¹⁷⁴ Fábio Ulhoa Coelho, em seu magistério acerca do princípio da autonomia patrimonial, descreve que há dois tipos de obrigações que normalmente vinculam as sociedades empresárias: as *negociáveis* e as *não negociáveis*. Nas palavras do autor: “No primeiro tipo, encontram-se as dívidas sociais originadas de tratativas desenvolvidas, com maior ou menor liberdade, entre as partes de um negócio jurídico. Alcança, *grosso modo*, os créditos disciplinados pelo direito civil e comercial, como são os documentos e títulos cambiais em contratos mercantis. Já as obrigações não negociáveis têm a sua existência e extensão definida na lei, ou não são, por outros motivos, objeto de ampla e livre pactuação entre o credor e a sociedade devedora. Incluem-se neste último grupo as obrigações tributárias.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 2 - direito de empresa. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40).

seu art. 68¹⁷⁵, compulsado com o art. 155-A do Código Tributário Nacional¹⁷⁶. Acontece, contudo, que não há lei específica que dispõe sobre a matéria, qual seja, “*sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial*” (§ 3º do art. 155-A do CTN). Pela carência legislativa, resta aplicar-se as leis gerais de parcelamento, isto é, parcelando-se o crédito em até 60 meses (art. 10 da Lei 10.522/2002). Tão logo obtida a benesse, há a concessão de certidões positivas com efeitos de negativas.

E aqui reside o problema que se propõe refletir, em consonância com o diploma e no sentido de se comprovar que também é possível estender o mesmo raciocínio ao prazo do art. 53, visto que o acórdão dispõe não ser peremptória a exigência do art. 57. Importante aqui reproduzir trecho do voto que, acompanhado à unanimidade, consigna:

Assim, a exigência peremptória de regularidade fiscal dificulta, ou melhor, impede, o benfazejo procedimento da recuperação judicial, o que não satisfaz o interesse nem da empresa nem dos credores, incluindo aí o Fisco, uma vez que é somente com a manutenção da empresa economicamente viável que se realiza a arrecadação, seja com repasse tributário direto da pessoa jurídica à Fazenda Pública, seja indiretamente, como, por exemplo, por intermédio dos tributos pagos pelos trabalhadores e das demais fontes de riquezas que orbitam uma empresa em atividade¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

¹⁷⁶ Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

¹⁷⁷ STJ, REsp 1.874.04/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013, p. 8.

Igualmente referendou o Enunciado n. 55 da I Jornada de Direito Comercial:

O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art.191-A do CTN.

Ao que se vislumbra, novamente se pretende a preservação da empresa viável, a manutenção da fonte produtora e continuidade de sua função social – elementos vitais à LREF. Os ensinamentos presentes no acórdão em comento coadunam com uma visão que vislumbra o direito sob um prisma econômico, nesse sentido, destacam-se os apontamentos, com grande pertinência, de Jean Carlos Fernandes: *“Uma lei de falências deve perseguir objetivos, além de mera redução de capital de custo. Há que se considerar o assunto sob uma perspectiva mais votada à análise econômica do direito”*.¹⁷⁸

Correlacionando-se prática e teoria, em outro julgado, cuja temática é similar a abordada no acórdão anteriormente compulsado (crédito tributário em regime recuperacional), decidiu-se que, no caso, embora não se suspenda a execução fiscal de empresa em recuperação judicial, são vedados atos de constrição *“que inviabilizem a recuperação judicial, ainda que indiretamente resulte em efetiva suspensão do procedimento executivo fiscal por ausência de garantia de juízo”*.¹⁷⁹

Isto é, no caso referido, o curso da cobrança do crédito público resultará na inviabilidade do procedimento recuperacional. Melhor delineando a situação:

Por outro prisma, contudo, a prevalência momentânea da indisponibilidade do patrimônio público resultará, na hipótese dos autos, em afastamento perene e instantâneo do princípio da preservação da empresa, com prejuízo para todos os demais credores, bem como para toda a coletividade, que deixará de contar com a geração de empregos, capital, renda e, até mesmo, impostos.

Deve-se ainda ter em consideração que a nova unidade produtiva, responsável pela geração de capital para saneamento da crise da empresa recuperanda, exercerá atividade produtiva que, certamente, continuará

¹⁷⁸ FERNANDES, Jean Carlos. Reflexões sobre a Nova Lei Falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 141, ano XLV (nova série), jan-mar/2006, p. 170-171.

¹⁷⁹ STJ, REsp 1.166.600/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 12/12/2012.

contribuindo com a formação de receitas públicas (tributos). Ademais, caso o plano seja bem sucedido – alcançando-se o saneamento da crise empresarial – haverá ainda capital para a realização do crédito tributário, inclusive com todos os consectários decorrentes da mora. Por fim, se possibilitará afastamento definitivo de prejuízos aos cofres públicos.

(...)

Desse modo, concluo que o indeferimento da transferência de verbas requerida além de garantir concretude ao princípio da preservação da empresa, não impõe sacrifício definitivo e intolerável ao princípio da indisponibilidade do patrimônio público. Outrossim, não se está impedindo que a penhora pretendida venha recair sobre outros bens, porventura existentes e não afetados ao plano de recuperação judicial¹⁸⁰.

No tema ora discutido, há esparsas decisões que consignam pela flexibilização do art. 53:

E, embora discorde-se respeitosamente da interpretação literal e absoluta conferida ao dispositivo legal, segundo a qual o prazo não comporta qualquer prorrogação, admite-se que, na generalidade dos casos, deve esse lapso temporal prevalecer.

(...)

Não se pode excluir todavia, e em tese, que em situações excepcionalíssimas possa ser cogitada eventual prorrogação, sempre moderadamente deliberada, mas apenas quando para a superação do limite legal não concorra de forma alguma a empresa recuperanda¹⁸¹.

Porém, mesmo que haja louváveis decisões no sentido de se prorrogar o prazo quando necessário, estas pendem de critérios a serem analisados caso a caso, e aí reside a importância do magistrado condutor do processo recuperacional.

Jorge Lobo, com a completude que lhe é inerente, em artigo que, à época, ressaltava a acentuada dicotomia existente entre “*crentes e céticos*” a respeito novel diploma falimentar/recuperacional, descreve:

O Poder Judiciário não está preparado para aplicar a LRFE por carecer de juízes com tempo disponível e pleno domínio da matéria, em que aspectos econômicos prevalecem sobre os jurídico-formais, além de não contar com infra-estrutura e corpo técnico capacitados a auxiliá-los no exame e decisão

¹⁸⁰ STJ, REsp 1.166.600/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 12/12/2012.

¹⁸¹ TJSP, Agravo de Instrumento n. 2070668-74.2014.8.26.0000 (n. de registro: 2014.0000647917), 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Fabio Tabosa, j. em 08/10/2014.

sobre o plano de reorganização, particularmente quanto à viabilidade econômico-financeira da empresa¹⁸².

Antevendo entraves que perduram nas legislações normalmente importadas de países estrangeiros, o autor, pontualmente, elencava critérios para a correta aplicação da LREF. Em suas palavras, aliás, valoroso sempre ressaltá-las: *“Por isso, como tenho acentuado há mais de quinze anos, para salvar a empresa em estado de crise econômica, é mister observar os seguintes princípios básicos”*:

(...)

(3º) a reorganização econômica, financeira, técnica tecnológica e gerencial da empresa deve gozar de prioridade absoluta;

(4º) as soluções para os problemas da empresa devem ser presididas por ações de ordem econômica e social e não jurídico-processual;

(5º) a lei especial de reorganização deve fixar, como meios de recuperação, os comuns ao Direito comercial, e, ainda, medidas diversas de administração pública econômica;

(6º) as normas reguladoras da reorganização devem orientar-se em cânones da Justiça Distributiva e do Direito Público¹⁸³.

Na sequência o autor conclui:

Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na “ponderação de princípios” – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito –, através do “teorema de colisão” de Alexy, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois “possuem uma dimensão de peso”, verificável caso a caso¹⁸⁴.

Dessa maneira a função do magistrado não é meramente homologar as deliberações da AGC. Exercendo, em verdade, *“em toda a sua plenitude, poderes de*

¹⁸² LOBO, Jorge. Direito da Empresa em Crise (a nova Lei de Recuperação de empresa). Revista Forense vol. 379. Rio de Janeiro, maio/junho, 2005, p. 120.

¹⁸³ LOBO, Jorge. Direito da Empresa em Crise (a nova Lei de Recuperação de empresa). Revista Forense vol. 379. Rio de Janeiro, maio/junho, 2005, p. 125.

¹⁸⁴ Ibid., p. 130.

caráter jurisdicional ou ‘poderes-fim’, ‘poderes-meio’ ou ‘instrumentais’ e ‘poderes administrativos’¹⁸⁵”.

Além disso, sempre oportuno lembrar que o Direito, como observou Rudolf Von Ihering, citado por Eros Grau, “*existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele*”¹⁸⁶. O doutrinador brasileiro ainda complementa: “*é, o Direito, um nível da realidade social*”.¹⁸⁷

CONCLUSÕES

Extraí-se como conclusões do presente trabalho que a Lei n. 11.101/05 deve, sempre, ser interpretada em consonância com o artigo 47 do diploma reitor, o que ocorre pela densa carga programática presente no referido dispositivo, que serve de baliza a quaisquer dúvidas que possam surgir quando da aplicação do instituto da recuperação judicial. O art. 47 nada mais é que reflexo da preservação da empresa e vincula-a à manutenção da função social da companhia viável, isto é, apta a ser recuperada.

Nesse diapasão, igualmente se impõe a interpretação sistêmica do art. 53 e do art. 73, ambos da LREF. Primeiro, pela corrente doutrinária que assevera ser exíguo o prazo de 60 dias para apresentação do plano recuperacional e, segundo, pela possibilidade de ampliá-lo pelo magistrado, hipóteses a serem analisadas caso a caso, tendo como requisito a adequada fundamentação e justificação, bem como a relevância social da empresa. As consequências dessa interpretação, que difere da dicção da lei de regência, visto que qualifica o prazo como *improrrogável*, é a não convolação da recuperação judicial instaurada em falência, conforme drasticamente preceitua o art. 73, inciso II do mesmo diploma. Oportuno salientar que, não se defende o devedor que voluntariamente, por omissão, deixou de apresentar quaisquer

¹⁸⁵ Ibid., p. 130.

¹⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 15ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 162.

¹⁸⁷ Ibid., p. 162.

propostas de soerguimento aos seus credores. Este devedor, que faz pouco caso do procedimento recuperacional, não é merecedor da tutela que lhe propicia o instituto, e age, na verdade, em manifesto desrespeito à lei reitora.

Por consequência, não se pode considerar o prazo estipulado no art. 53 da LREF como peremptório, justamente pela possibilidade de precluir o dever de apresentar o PRJ, o que resultaria em grave prejuízo a toda sociedade, porque, como compulsado, é ela que, em última análise, suporta o ônus da falência de uma empresa. A natureza do prazo é dispositiva, porquanto possibilite ao magistrado condutor do processo dilatá-lo.

Ademais, como se pode perceber ao longo dos primeiros capítulos, é justamente quando sobrevém o momento de crise, que se põe em cheque a repercussão social de uma companhia em determinada nação ou microrregião, isto é, que se compromete a função social desenvolvida.

A Lei n. 11.101/05, que recém completou dez anos de vigência, é diploma que ainda suscita muitos questionamentos doutrinários sobre sua aplicabilidade e efetividade. Assim, sobejam teses, em diferentes graus de críticas, no intuito de revisá-la, bem como projetos a fim de melhorá-la.

Dessas iniciativas, é possível concluir que, a temática que ora se propôs compulsar, tem especial relevo quando se busca promover a recuperação cuja viabilidade está constatada. Isto é, erigir empresas cuja permanência no mercado não é nociva – pelo contrário –, por vezes, se reestruturadas corretamente, voltarão a contribuir para o crescimento nacional e/ou regional, retomando, por consequência e como se espera, o exercício de sua *função social*.

A LREF presta-se tão só às empresas viáveis: definição que é interdisciplinar, sem dúvidas. Entretanto, os operadores do direito que se lançam à prática e ao estudo desse ramo não podem se furtar à relevância de suas atuações, justamente porque delas decorre a adequada interpretação do instituto e, sobretudo, o seu futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e recuperação de empresa. 27ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade. Revista de Direito Privado 7/69, jul.- set. 2001, p. 69-84.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências: comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos: tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992 – 19ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. at. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação Judicial de Empresas. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 2 - direito de empresa. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3 - direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Fábio Ulhoa. Roteiro de lógica jurídica. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 25, n. 63, jul.-set. 1986, p. 71-79.

_____, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. Revista dos Tribunais n. 732. São Paulo: RT, ano 85, p 38-46, out. 1996.

CRETELLA, José Júnior. Direito Romano Moderno introdução ao direito civil brasileiro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). Temas de direito urbanístico - 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceitos e Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FABRETTI, Láudio Camargo. Contabilidade Tributária e Societária para Advogados. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES, Jean Carlos. Reflexões sobre a Nova Lei Falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 141, ano XLV (nova série), jan-mar/2006.

FRANCO, V. H. M. ; SZTAJN, R. . Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 913, p. 177-191, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. Revista dos Tribunais – RT, vol. 857. São Paulo: RT, 2007, p. 11-28.

GOMES, Orlando; VARELLA, Antunes. Direito econômico. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 15ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1981.

_____, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HILÚ NETO, Miguel (Coord.). Questões atuais de direito empresarial: volume II. São Paulo: MP, 2009.

IMHOF, Cristiano. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial – Anotado artigo por artigo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

LACERDA, J. C. Sampaio de. Manual de Direito Falimentar: (com a adaptação ao novo Código de Processo Civil de 1973, pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973). 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LOBO, Jorge. Direito da empresa em crise: a nova Lei de recuperação da empresa. Revista Forense Rio de Janeiro, Forense v.379, maio 2005, p. 119-131.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. “A Função Social da Empresa”. *In* Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. v. 28 (ago./set. 2009). Porto Alegre: Magister, 2009, p. 5-12.

MAMEDE, Gladson. Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas. Vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, Gladson. Manual de Direito Empresarial. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

MILANI, Mário Sérgio. Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros, 2011.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: volume 3 - Recuperação de Empresas e Falência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY, Rosa Maria Andrade (Coord.). Função do direito privado no atual momento histórico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Edson Alvisi; SILVA, Marisa Machado da; NEVES, Lorryne Fialho. Função social da empresa. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v.6, n.35, p. 27-42, out./nov. 2010.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PACHECO, José da Silva. Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 33ª ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Comentários à Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ROLIM, Luiz Antônio. Instituições de Direito Romano. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, volume 1. 29ª ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohlen. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: volume 1 - processo de conhecimento. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. A Recuperação de Empresas em Crise: Incompletude Contratual e Reputação. Revista de Direito Empresarial – ReDE. São Paulo, n. 4, jul. 2014.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso Processual Civil – Teoria Geral do Direito processual civil e de conhecimento – vol. I. 55ª ed: Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. Revista dos Tribunais n. 810/35. São Paulo: RT, ano 92, p 33-50, abr. 2003.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3: Falências e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

UBALDO, Edson. Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas: Comentários aos artigos específicos da Lei n. 11.101, de 09/02/2005. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

WALD, Arnoldo (Org.). Direito empresarial: Doutrinas Essenciais Direito Empresarial, volume VI - Recuperação Empresarial e Falência. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ACÓRDÃOS CITADOS

STJ, REsp 1187404/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013, p. 8.

STJ, REsp 1.166.600/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 12/12/2012.

STJ, CC 79.170/SP, Rel. Ministro Castro Meira, 1ª Seção, julgado em 10/09/2008, DJe 19/09/2008.

STJ, REsp 1193480/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010.

TJSP, Agravo de Instrumento n. 2070668-74.2014.8.26.0000 (n. de registro: 2014.0000647917), 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Fabio Tabosa, j. em 08/10/2014.

TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0018888-27.2014.8.19.0000, Relator Des. Gilberto Guarino 14ª Câmara Cível, j. em 20/09/2014.