



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

Abel Damas de Souza

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O Esvaziamento Patrimonial sob a Ótica do  
Art.73 Inciso VI e § 3º da Lei 11.101/2005**

Florianópolis  
2021

Abel Damas de Souza

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL SOB A  
ÓTICA DO ART.73 INCISO VI E § 3º DA LEI 11.101/2005**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito  
do Centro de Ciências Jurídicas. da Universidade  
Federal de Santa Catarina como requisito para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito  
Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Florianópolis

2021

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 “**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL SOB A ÓTICA DO ART.73 INCISO VI E § 3º DA LEI 11.101/2005**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Abel Damas de Souza**”, defendido em **13/05/2021** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **9,25 (nove e vinte e cinco décimos)**, 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, 13 de Maio de 2021



Documento assinado digitalmente  
Orlando Celso da Silva Neto  
Data: 17/05/2021 20:51:36-0300  
CPF: 588.014.309-06  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto  
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente  
Andre Lipp Pinto Basto Lupi  
Data: 18/05/2021 11:22:40-0300  
CPF: 910.392.409-25  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi  
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente  
Carolina Lanzini Scatolin  
Data: 17/05/2021 20:42:00-0300  
CPF: 057.361.359-14  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

Mestranda Dra. Carolina Scatolin  
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: Abel Damas de Souza

RG: 4600544

CPF: 059554229-86

Matrícula: 16100267

Título do TCC: **RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL SOB A ÓTICA DO ART.73 INCISO VI E § 3º DA LEI 11.101/2005**

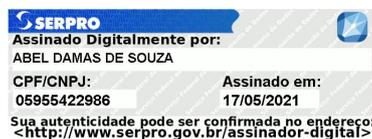
Orientador(a): Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Eu, Abel Damas de Souza , acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 13 de maio de 2021.

---

**Abel Damas de Souza**



Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Souza, Abel Damas de

Recuperação judicial : o esvaziamento patrimonial sob a ótica do art.73 inciso vi e § 3º da lei 11.101/2005 / Abel Damas de Souza ; orientador, Prof. Dr. Orlando Celso da Silva, 2021.

59 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Recuperação Judicial. 3. Esvaziamento Patrimonial. 4. Lei 11.101/2005. I. Silva, Prof. Dr. Orlando Celso da. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Este trabalho é dedicado a Deus, aos meus colegas de classe e aos meus queridos pais.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe, Zulma, por me fazer uma pessoa melhor a cada dia e por servir de instrumento à vida. A meu pai Antônio Carlos (in memorian).

Agradeço ao meu orientador pela paciência, atenção e dedicação acadêmica. Por todos os ensinamentos, desde as primeiras aulas na Faculdade até o final dessa empreitada. Que não termine por aqui.

Aos meus irmãos, pelas risadas compartilhadas, pela cumplicidade, pela honestidade e, principalmente, por me fazer enxergar muito além de mim.

Aos meus amigos Marcello, Eduardo e Paulo pela descontração e pelo companheirismo que sempre me motivaram a buscar meus ideais.

Agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração desse trabalho, para minha formação na Faculdade, ou para a realização dessa importante etapa da minha vida.

.

A justiça é algo essencialmente humano (Aristóteles).

## RESUMO

Os objetivos deste trabalho foram contribuir no diagnóstico da chamada liquidação patrimonial, posicionando-a após a liquidação dos ativos, assim como a maneira que o administrador judicial e também a peça do Plano de Recuperação Judicial contribuíram a este diagnóstico. O presente estudo visa articular os conceitos que tratam da recuperação judicial no Brasil, em especial a caracterização do esvaziamento patrimonial no âmbito da convolação em falência. Assim, o procedimento inicial é a revisão bibliográfica atualizada, considerando a reforma ocorrida trazida pela Lei 14.112/2020 na Lei 11.101/2005. Após discutir os conceitos, de devedor, estabelecimento, bens de capital essenciais, princípios norteadores que envolvem o problema, corrobora-se na contribuição do diagnóstico pretendido. Trata-se de pesquisa qualitativa. Os resultados corroboram a utilidade do órgão administrador judicial e também da peça plano de recuperação para o diagnóstico da situação patrimonial de esvaziamento, bem como a condução para a construção de um painel de controle para o fim pretendido.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial. Esvaziamento Patrimonial. Lei 11.101/2005.

## ABSTRACT

The objectives of this work were to contribute to the diagnosis of the so-called equity liquidation, positioning it after the liquidation of the assets, as well as the way that the judicial administrator and also the part of the Judicial Recovery Plan would contribute to this diagnosis. The present study aims to articulate the concepts that deal with judicial reorganization in Brazil, in particular the characterization of the liquidation of assets in the context of bankruptcy convolation. Thus, the initial procedure is the updated bibliographic review, considering the reform brought about by Law 14.112/2020 in Law 11.101/2005. After discussing the concepts of debtor, establishment, essential capital goods, guiding principles that involve the problem, it corroborates the contribution of the intended diagnosis. This is qualitative research. The results corroborate the usefulness of the judicial administrative body and also of the recovery plan piece for the diagnosis of the patrimonial situation of emptying, as well as the conduction for the construction of a control panel for the intended purpose.

**Keywords:** Judicial recovery. Emptying of Assets. Law 11.101/2005..

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 - Painel de Controle Para Identificação do Esvaziamento Patrimonial.....	54
---	----

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
1.1 OBJETIVOS.....	11
1.1.1 OBJETIVO GERAL.....	12
1.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	12
2. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	13
2.1 ORIGEM HISTÓRICA.....	13
2.2 DEFINIÇÕES E CONCEITOS.....	16
2.3 FINALIDADES DA LEI.....	23
2.4 PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	27
3. BENS DE CAPITAL ESSENCIAIS NA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO .....	30
3.1 REGRA DO ARTIGO 49, § 3º DA LEI 11.101/2005.....	30
3.2 DEFINIÇÃO DE BENS DE CAPITAL.....	32
4. ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL.....	36
4.1 ADMINISTRADOR JUDICIAL NA RECUPERAÇÃO.....	36
4.2 PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	41
4.3 DIAGNÓSTICO DO ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL.....	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
6. REFERÊNCIA.....	56

## **1 INTRODUÇÃO**

O problema a ser analisado está no núcleo dos interesses de um grupo distinto de credores, ou seja, os credores que não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, bem como posicionado no âmbito da convolação da recuperação judicial em falência, indo portanto, de encontro com o princípio da preservação da empresa, proteção dos trabalhadores e interesses dos credores.

A empresa recuperanda, quando sob a tutela do art. 6, portanto com suspensão temporária de suas obrigações promove a venda de ativos da empresa e assim se apropriam do *stay period* para desvirtuar o instituto da recuperação e promovem a liquidação da empresa fora das regras da falência, às expensas dos credores, tanto os sujeitos aos efeitos da recuperação quanto os não sujeitos.

Neste sentido, a discussão da temática esvaziamento patrimonial contida na reforma da Lei 11.101/2005 pela Lei 14.112/2020, contribui diretamente para o debate acerca da identificação da substancial liquidação da empresa, implicando no aperfeiçoamento acadêmico de ferramentas jurídicas e não jurídicas para o diagnóstico do fenômeno do esvaziamento patrimonial no âmbito do processo de recuperação de empresas.

Neste sentido, mostrou-se útil ao diagnóstico do esvaziamento patrimonial, a participação do administrador judicial por meio de suas atribuições e também a peça do Plano de Recuperação, haja vista que a reforma trazida pela Lei 14.112/2020 propiciou ao administrador judicial propor regras para atingir o consenso e também a utilização dos componentes do Plano, em especial, os laudos nele existentes para trazer credibilidade às afirmações contidas no plano de recuperação e por fim propiciar o acompanhamento por meio de indicadores.

### **1.1 OBJETIVOS**

Nas seções abaixo estão descritos o objetivo geral e os objetivos específicos deste TCC.

### **1.1.1 OBJETIVO GERAL**

O objetivo geral é contribuir no diagnóstico da chamada substancial liquidação e posicionar-lhe fora do âmbito da alienação das unidades produtivas isoladas, mas sim após. Em seguida descrever a consequência jurídica da convolação em falência para empresa recuperanda, incluindo o risco dos credores atingidos e as medidas à disposição destes credores para mitigar os riscos envolvidos nestas situações.

### **1.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

O primeiro objetivo específico é discutir a partir do conteúdo do plano de recuperação da empresa seu potencial de indicar preventivamente um diagnóstico de substancial liquidação e assim ser efetivo na mitigação dos riscos inerentes à condição de credor.

O segundo objetivo específico, guarda relação com as atribuições do administrador judicial e se este auxiliar do juiz possui ferramentas à disposição para reduzir a taxa de convolação por via do esvaziamento patrimonial, isto é, se pode ser eficaz para evitar a consequência jurídica da convolação por consequência da liquidação substancial.

## 2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Nesta seção, passa-se a discorrer pelo contexto histórico da recuperação judicial, seus conceitos e definições, como também as finalidades da Lei 11.101/2005 e os princípios que os orientam.

### 2.1 ORIGEM HISTÓRICA

A história do comércio reporta-se na periodização da história da humanidade a antiguidade e no início as permutas preponderavam, mas com o advento da moeda as trocas foram intensificadas e possibilitaram negócios entre pessoas que não possuíam os bens necessariamente a serem trocados, sendo desse período as primeiras normas regulando as relações de troca. Pode-se citar da civilização babilônica, o Código de Hamurabi que disciplinava a comercialização das mercadorias e também os fenícios, através da Lex Rhodia de Iactu, controlavam o comércio oceânico, como também garantiam a divisão do prejuízo entre o proprietário da carga e o da embarcação, hipótese de emergência (SACRAMONE, 2021, p. 39-41 Edição do Kindle).

Consoante a *manus aniectio*, sendo esta uma das cinco ações previstas no direito romano, época das *legis actiones*, surge então o processo de execução. Nesta fase a execução recaía no corpo do próprio devedor, inclusive permitindo a lei que os credores repartissem o corpo do devedor em tantos pedaços quantos forem os credores. Ainda assim com a previsão legal não fora aplicada referida pena por ser repudiada pelos costumes públicos, no entanto a pena ainda incidia sobre o corpo, convertendo-se o devedor em escravo (BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle).

Ainda no campo da execução, entre os romanos formou-se o contrato conhecido como *nexum*, por meio do qual evitaria-se a execução do devedor em troca de serviços prestados na condição de escravo ao credor, até que a dívida fosse quitada (BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle).

Foi no ano de 326 a.c com famigerada Lex Poetelia Papiria, marco histórico no sistema de execução judicial, que foi proibido expressamente a morte ou a venda para escravização, estabelecendo-se desta forma que a garantia do credor é o patrimônio do devedor e não mais seu corpo (BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle).

Segundo entende SACRAMONE (2021, p.39-40 E-book) os romanos por sua jurisprudência intermediavam os conflitos de interesses com a regulamentação de algumas relações comerciais, não obstante a disciplina se dava sobretudo pelo próprio direito comum e excepcionalmente por textos escritos, assim não havendo um direito particular a classe dos comerciantes, contudo atualmente há uma gama de regras e institutos já existentes à época. Mesmo assim, as regras referidas não formavam um corpo sistematizado referenciado por princípios próprios, surgindo o primeiro sistema de direito mercantil na Baixa Idade Média com o ascendimento da burguesia.

Já na idade média, também no sentido da evolução da execução cair sobre o patrimônio do devedor, não mais sobre seu corpo, desenrola-se também o deslocamento da iniciativa da execução, convertendo-se de um dado momento histórico do próprio credor, para às mãos do Estado, de modo que só poderia ser realizada sob a tutela estatal, sendo vedada qualquer execução de mão própria. Adiante, surge da necessidade da execução coletiva o germe do direito falimentar, consistindo a falência em uma execução coletiva, na qual se arrecadam todos os bens do devedor para venda judicial, procedendo-se em seguida a divisão destes apurados entre os credores, obedecendo os critérios legais (BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle).

Mais precisamente no Brasil os primeiros diplomas legais do direito brasileiro foram as Ordenações Afonsinas promulgadas em 1446, vigentes à época de 1500, revogadas pelas Ordenações Manuelinas em 1521 e depois pelas Filipinas em 1603. Contudo, o primeiro diploma legal a tratar de matéria falimentar foi a Lei de 8 de março de 1595. O Marquês de Pombal outorga o Alvará de 13 de dezembro de 1756. Já em 1850 com o Código Comercial, em seus arts. 797 a 913, quando passa a tratar das “quebras”. Após várias reformas do código comercial, nos últimos meses da ditadura de Getúlio Vargas, em 21.06.1945, foi promulgado o Decreto-lei 7.661, que era a nossa Lei de Falências, substituída agora pela Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (FILHO, 2019, Edição do Kindle).

Ainda no Brasil, após 1822 existia a necessidade de criação de um direito próprio e também alinhado à realidade e desenvolvimento local, assim o Código Comercial editado em 1850 substituiu as Ordenações Filipinas de 1603 e a Lei da Boa Razão de 1769 que vigiam até aquele momento sedimentado na teoria dos atos de comércio, mas que entretanto não implicou em um sistema objetivo e sim um feitiço misto, assentado no caráter subjetivo da definição de comerciante obrigado à sua disciplina, tal como o matriculado nos Tribunais do Comércio do Império, posteriormente substituídos pelo sistema de Registro Público de

Empresas Mercantis e Atividades Afins e que praticasse o comércio habitual sua profissão, de modo que o art.4º , revogado, do Código Comercial de 1850, continha regra que ninguém é reputado comerciante para efeito de gozo da proteção sem que tenha matrícula em algum dos Tribunais de Comércio do Império e faça da mercancia profissão habitual (SACRAMONE, 2021, p.45 E-book).

Na visão Rubens Requião, segundo Manoel Bezerra Justino Filho, a falência como também a concordata estruturadas no Dec.-lei 7.661/1945 ao comerciante, hoje empresário em situação de crise, não ofereciam a possibilidade de se recuperar, neste sentido, o falido jamais foi bem visto, portanto permanecendo a expressão latina *fallere* com seu significado de enganar, faltar com a promessa, com a palavra. Neste sentido, urgia procurar uma condição para que empresas em situação pré-falimentar pudessem se recuperar, uma vez que a continuidade da atividade empresarial possui elevado interesse social (REQUIÃO, Apud BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle).

Nelson Abrão entendia, na compreensão de Manoel Bezerra Justino Filho no âmbito de fazer deixar de ser a lei um instrumento de liquidação de sociedade empresária para torná-la uma ferramenta de continuidade e recuperação de empresas. Neste contexto, o mestre citado apontava o fato de que na promulgação Dec.-lei 7.661/1945 o mundo e também o Brasil experimentava os efeitos do término da Segunda Guerra Mundial e que a sociedade brasileira ainda precisava digerir as mudanças, não tendo podido ainda refletir sobre seus novos problemas econômicos-sociais. Entendia que já a época já se tinha a preocupação com a preservação da empresa devido ao seu valor social, da mesma forma que estudiosos apontavam a progressiva separação da figura do sócio e da sociedade empresária, mas que há muita dificuldade em atingir os verdadeiros interesses no procedimento de falência e recuperação da sociedade empresária (ABRÃO, Apud BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle).

Para Jorge Lobo, no entendimento de Manoel Bezerra Justino Filho, o caminho a ser percorrido seria o que evitasse a falência e por isso o Dec.-lei 7.661/1945 com o intuito de mitigar os efeitos da falência seja substituída ou até mesmo evitada, não com o intuito de salvar o devedor infeliz, antes porém no interesse de todos os credores, bem como permitir a manutenção do patrimônio do devedor e a continuidade da empresa, motivo pelo qual a concordata é concedido para o devedor de boa fé. Entretanto, aponta que na realidade o instituto da concordata passara a ser utilizado por empresários mal intencionados, que muitas das vezes estava apenas preparando sua falência, protelando a declaração de quebra,

ganhando tempo para desviar bens e fraudar credores impunemente (LOBO, Apud BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle).

A posição de Paulo Fernandes Campos Salles, na visão de Manoel Bezerra Justino Filho no contexto da esperada reforma da legislação falimentar era que o legislador deveria ter como maior preocupação aquela no sentido da preservação da empresa, como também pensar que a empresa na condição de unidade econômica, deve ser preservada sempre que se manifestar viável, portanto econômica e socialmente útil de modo a se considerar que a solução não seria fechar portas de empresas, havendo consenso que no sentido de que a legislação deveria ter como meta a preservação da empresa, não com objetivo específico de afastar o caráter de perseguição que incidia sobre o devedor, mas sobretudo diante do reconhecimento do valor social da empresa (SALLES, Apud BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle).

É notável que os autores trazem de forma contundente a preocupação com a preservação da empresa, devendo o legislador se nortear pelo valor social da empresa, bem com a busca pelo aperfeiçoamento da legislação para o atingimento deste objetivo, qual seja, a manutenção das atividades empresariais, ao passo que a doutrina contribui no melhoramento e precisão dos conceitos e definições, a seguir apresentados.

## **2.2 DEFINIÇÕES E CONCEITOS**

A Lei 11.101/2005, também conhecida como Lei de Falência, estabelece quem pode se beneficiar do tratamento diferenciado em seu art.1º “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. Desta maneira, apenas pode-se processar a falência ou recuperação do empresário e da sociedade empresária.

Para Coelho (2021, p. 1.1, edição Ebook) aplica-se a Lei de Falências à execução concursal ou ainda para evitá-la por meio da recuperação judicial ou extrajudicial do devedor e que desde o advento do Código Civil de 2002 o sujeito às normas do Direito Comercial sujeitou-se a ser identificado segundo a teoria da empresa, daí resultar que a identificação da incidência da lei de Falências é condicionada ao exame desta teoria.

Reputa-se empresa como atividade, cuja essência é o auferimento de lucros obtido mediante oferecimento ao mercado de bens e serviços gerados na organização dos fatores de

produção, isto é, a sinergia da força de trabalho, da tecnologia, capital e matéria-prima (COELHO, 2021, P. 1.2, edição Ebook).

No entendimento de SACRAMONE (2021, p. 63, Edição do Kindle) o conceito econômico de empresa pode ser compreendido como de “organização de trabalho e de capital, tendo como fim produzir ou fazer circular bens ou serviços”. Este raciocínio, coaduna-se com o de Ronald Coase, nos esclarecimentos de Marcelo Sacramone, que a empresa tem origem nas hipóteses em que contratos de curto prazo seriam insatisfatórios, considerando custos mais elevados em função de contratações futuras e sobretudo em função do risco incorrido em não contratar no futuro, portanto a origem da empresa seria um instrumento em que um fator de produção sujeita-se aos poderes do empregador (COASE, Apud SACRAMONE, 2021, p. 63, Edição Kindle).

De acordo com os ensinamentos de Alberto Asquini, o fenômeno econômico da empresa se revela em quatro perfis (subjeto, funcional, patrimonial e corporativo) que são apresentados a seguir (ASQUINI, apud COELHO, 2021 P. 1.2, edição Ebook):

Pelo primeiro perfil, a empresa é vista como empresário, isto é, como o exercente de atividade autônoma, de caráter organizativo e com assunção de risco. Neste caso, a pessoa (física ou jurídica) que organiza a produção ou circulação de bens ou serviços é identificada com a própria empresa. Corresponde este perfil subjeto a certo uso coloquial da palavra (“a empresa faliu”, “a empresa está contratando pessoal” etc.). (...) Pelo perfil funcional, identifica-se a empresa à própria atividade. Neste caso, o conceito é sinônimo de empreendimento e denota uma abstração, um conjunto de atos racionais e seriais organizados pelo empresário com vistas à produção ou circulação de bens ou serviços. É este perfil da empresa que a evolução doutrinária da teoria irá prestigiar. (...) é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”. Pelo terceiro perfil, a empresa corresponde ao patrimônio azienal ou estabelecimento. É o conceito objetivo, que muitas vezes corresponde a certo uso coloquial do termo (“vou à empresa”, “a empresa fica em São Paulo” etc.), em que há a identificação dela com o local em que a atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços é explorada. (...) E, por fim, pelo perfil corporativo, a empresa é considerada, na formulação asquiniana, uma instituição, na medida em que reúne pessoas – empresário e seus empregados – com propósitos comuns. Asquini reputava que “o empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente,

uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico na produção.

Depreende-se portanto, que a empresa sob o ponto de vista econômico pode ser identificada de vários, ou seja, identificado com o próprio empresário, identificado com o próprio empreendimento, e este em especial é sobre o qual recai a análise jurídica, identificado com o patrimônio (o estabelecimento em que opera a produção) e também com o núcleo social organizado, a corporação.

Conforme Rubens Requião, nos ensinamentos de Marcelo Sacramone, do conceito econômico de empresa não seria possível deduzir qualquer conceito jurídico de maneira que este se assenta naquele e que em vão juristas buscam desenvolver conceito próprio as organizações empresariais, de modo a ser observado certo constrangimento em razão da frustração em ainda não poderem sintetizar um conceito jurídico para empresa, carecendo o comercialista valer-se de ideias formuladas por economistas (SACRAMONE, 2021, p.63, Edição do Kindle).

Considera COELHO (2021, P. 1.2, edição Ebook) que o desenvolvimento da teoria da empresa provocou uma gradual desconsideração dos perfis subjetivo, patrimonial e corporativo, revelando-se conceito propriamente jurídico o perfil funcional, mais pertinente à empresa. Entende o autor que os perfis subjetivo e objetivo (patrimonial) são apenas denominação diferente para sujeito de direito empresário e estabelecimento respectivamente, enquanto o perfil corporativo não tem correspondência na realidade, pois apenas existe em ideologias populistas e ou totalitárias.

O Código Civil (CC) de 2002 em seu art.966 define empresário como sendo “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviço” e seu parágrafo único:

Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Assim, é conveniente destacar que não basta haver o elemento econômico, ou seja, a busca pelo lucro, é preciso haver uma organização da produção, seja de bens ou serviços de modo a esquivar-se da pessoalidade característica do exercício profissional intelectual.

Por outro lado, não estará contido na definição de empresário, aquele que organizar eventualmente a produção de determinada mercadoria, mesmo com o intuito de vendê-la, pois se está apenas testando para se fazer alguma experiência ou ainda em situação emergencial e não o faz de forma habitual o exercício da atividade, portanto não é considerado empresário (COELHO, 2021, p.1.3, E-book).

Corrobora o aspecto da habitualidade, bem como o intuito comercial, a própria definição de contribuinte do ICMS trazido na Lei Complementar 87/1996 em seu art.4º , informando a coerência do sistema jurídico.

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com **habitualidade** ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Partindo-se da definição legal de empresário contida no art.966 do Código Civil 2002, é possível deduzir o de empresa, uma vez que a legislação não define empresa, deste modo se empresário é definido como profissional que exerce atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços, a empresa necessariamente deve ser a atividade com estas características, notabilizando-se na definição de empresa os aspectos de atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços (COELHO, 2021. p.1.4, Edição E-book).

No que tange às características, COELHO (2021p.1.4, Edição E-book) ainda explica:

A primeira característica da empresa (ser uma atividade “econômica”) não costuma despertar dificuldades: a atividade empresarial é econômica no sentido de que é apta a gerar lucro para quem a explora (...) atividade referente à criação de riquezas, bens ou serviços. A economicidade da atividade está na criação de riquezas; de modo que aquele que profissionalmente exerce qualquer atividade que não seja econômica ou não seja atividade de produção de riquezas, não é empresário (...) Já a delimitação dos contornos da segunda característica da empresa (ser uma atividade “organizada”) é um tanto mais complexa. A empresa

é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário (que a organiza), os quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia. (...), isto é, atividade em que se coordenam e se organizam os fatores da produção: trabalho, natureza, capital. É a conjugação desses fatores, para a produção de bens ou de serviços, que constitui a atividade considerada organizada (...).

Destaca, (BEZERRA FILHO, 2019, Edição do Kindle) de forma mais contundente quais figuras podem se beneficiar da Lei 11.101/2005:

Estão, portanto, sujeitos à falência e à recuperação, judicial e extrajudicial, as sociedades em nome coletivo (art. 1.039 do CC/2002), a sociedade em comandita simples (art. 1.045 do CC/2002), a sociedade limitada (art. 1.052 do CC/2002), a sociedade anônima (art. 1.088 do CC/2002 e Lei 6.404/1976 com alterações posteriores) e a sociedade em comandita por ações (art. 1.090 e ss. do CC/2002 e art. 280 e ss. da Lei das S/A). Na sociedade em conta de participação (art. 991 do CC/2002) pode falir ou pedir recuperação apenas o sócio ostensivo. No entanto, na absoluta maioria dos casos, só se encontram no dia a dia da atividade empresarial as sociedades limitadas e as sociedades anônimas.

Portanto, não obstante outras figuras societárias estarem sujeitas aos procedimentos de recuperação, é observado na prática a ocorrência superior de sociedades limitadas e sociedades anônimas.

O art. 981 do código civil de 2002, dispõe sobre os contratos de sociedades e define assim: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”.

Considerando a definição legal, entende-se a constituição de uma sociedade como um reunião de pessoas que se organizam para o desenvolvimento de atividade econômica com escopo de obter lucro, devendo se fazer a distinção da fundação de que formação é de um conjunto de bens, da mesma forma da associação, que embora sua formação seja um conjunto de pessoas, seu objeto não constitui finalidade econômica (SACRAMONE, 2021, p.177-178 Edição Kindle).

Neste contexto de sociedade é importante destacar que o sócio da sociedade empresária não é considerado empresário para fins de sujeição à recuperação judicial, conforme Agravo de Instrumento n. 582.621-4/4-00 conforme relatado pelo Des. Lino Machado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Nos termos do art. 10 da NLF, por ela são disciplinadas "a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária". Empresário, leia-se empresário individual, como tal distinto da sociedade empresária. Ainda que se possa discutir a caracterização como empresário do sócio controlador da sociedade empresária e como tal reconhecer conseqüências jurídicas que disso lhe decorram (e a questão não é isenta de discordâncias, como pode confirmar o acórdão desta Câmara proferido nos Agravos de Instrumento n°s 553.068.4/2 e 521.791.4/2, em que fui voto vencido), **para o efeito do art. 10 da NLF acima referido empresário individual com titularidade para pleitear a recuperação judicial é o que exerça a empresarialidade em nome próprio, e não como representante ou controlador de pessoa jurídica empresária.** Neste sentido, a definição dada pelo art. 966, caput, do CC, há de ser lida, para o fim do art. 10 da NLF, com pequeno acréscimo: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente, em nome próprio, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Num recorte a respeito da origem das sociedades SACRAMONE (2021, p. 178-179, Edição Kindle) afirma ser esta a solução a uma carência humana, como instrumento para superar as limitações do indivíduo que isoladamente não atingiria o fim de determinadas atividades e por este motivo associa-se a outros indivíduos. Na antiguidade romana existiam as *societates publicanorum* que exploravam atividades ligadas ao poder público, já na idade média delineou-se a separação entre o patrimônio do sócio e da sociedade, mais especificamente a concepção de entidades coletivas com atribuição de personalidade jurídica autônoma, tornando seus titulares sujeitos de direitos e obrigações é conferido ao direito medieval italiano, assim coube ao direito romano regular os efeitos dos contratos de sociedade, mas não um conceito de geral de patrimônio separado gerido pelos sócios.

Considerando os objetivos do presente trabalho é válida a definição de estabelecimento, uma vez que corresponde aos aspectos físicos da empresa, e também para a definição da competência do juízo. Assim, enceta o art. 966 do Código Civil de 2002 que "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária".

Por sua vez, o art. 3º da Lei 11.101/2005 determina o seguinte:

É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Resta portanto, a tarefa de definir nos casos mais complexos, qual o principal estabelecimento do devedor, e costumeiramente o judiciário é chamado solucionar a questão, como se extrai do Agravo de Instrumento n. 542.416-4/6-00, o TJSP relatado pelo Des. Boris Kauffmann:

Recuperação Judicial. Pedido formulado em comarca diversa daquela em que havia sido apresentado pedido, (...) 37 dias antes, e que foi extinto. Modificação da sede, nesse interregno. Fato que não altera a competência, fixada pelo local onde se situa o principal estabelecimento. Anterior pedido que já definia o estabelecimento principal da devedora. Incompetência declarada com remessa dos autos ao outro juízo.

Importante notar na decisão supracitada e também no que pontua COELHO (2021. p.1.4, Edição E-book) é que o critério legal para definição da competência do processamento da falência e recuperação é o local do principal estabelecimento do devedor sob o prisma econômico, sendo insignificante qualquer sede contratual ou estatutária para fixar competência.

Acerca do estabelecimento, esclarece SACRAMONE (2021. p.116, Edição Kindle) que o estabelecimento não se confunde com a empresa na qualidade de atividade e muito menos com o próprio empresário, este sujeito de direito e obrigações. Estabelecimento é o objeto, substrato econômico, a ferramenta utilizada pelo empresário para a promoção da empresa, também chamado anteriormente de fundo de comércio, porém ordinariamente caracteriza-se o estabelecimento como o local em que se desenvolve as atividades, é incorreta, uma vez que o estabelecimento empresarial é o conjunto de todos os bens, tangíveis e intangíveis que possibilitam desenvolver a atividade.

Faz um alerta BEZERRA FILHO (2019, Edição do Kindle) que já antevendo a falência fraudulenta no futuro, o empresário inaugura inúmeros estabelecimentos e passa a exercer em todos atividades relevantes, de modo que não importará em princípio em qual comarca seja requerida o benefício ao devedor, sem exceção argumentará que seu principal estabelecimento não é aquele que se processa e sim outro, deste modo fica evidente a relevância de se determinar o principal estabelecimento.

Conforme visto, os conceitos e definições quando bem claros, sobretudo neste contexto ao próprio judiciário, pois deve aplicar o entendimento, alcança-se com mais facilidade os objetivos da Lei, portanto seus fins, que passa-se a estudar.

### **2.3 FINALIDADES DA LEI**

É possível afirmar que, sempre que há de se falar em falência ou recuperação judicial, pode-se concluir por um estado patrimonial em crise, ou ainda inferir por uma incapacidade dos ativos garantirem os passivos, de modo a conduzir à insolvência. À vista disto, a Lei de Falências existe para organizar e satisfazer os mais diversos agentes interessados.

Junto ao cuidado de garantir efetividade a reorganização da atividade empresarial, incentivar o progresso do mercado e mitigar os efeitos da lentidão do procedimento, foi promulgada a Lei 11.101 Lei de recuperação e Falência (LREF), de 9 de fevereiro de 2005. A lei além de regular a falência criou institutos para possibilitar a satisfação das obrigações do devedor bem como pôr termo à crise sofrida pela empresa, substituindo o instituto até então vigente, a concordata (SACRAMONE, 2021, p.380, Edição Kindle).

Segundo SACRAMONE (2021, p.378, Edição Kindle) o mercado deveria identificar a empresa em situação de crise e logo recuperando aquelas que estiveram provisoriamente em crise, já àquelas inviáveis encerradas, significando uma solução de mercado.

A respeito, ensina COELHO (2021, p. 56.2, Edição E-book) que não é verdade que toda falência é um mal em si, muito pelo contrário, devendo determinadas empresas irem a falência, tendo em vista sua descapitalização, tecnologia ultrapassada, administração precária e por isso devem mesmo serem descontinuadas para o bem sistêmico da economia. Todos os recursos, materiais, financeiros e humanos empregados neste empreendimento devem ser realocados em outras empresas para que aqueles recursos tenham maximizada sua capacidade de produzir riquezas. Deste modo, a recuperação de empresas não deve ser perquerida como um valor jurídico a ser alcançado a qualquer custo, mas sim permitir que empresas inviáveis saiam do mercado, sob pena do estado promover a inversão do risco empresarial, este transferindo-se para os credores.

Com o exposto acima, pode-se compreender que, a partir da observação da realidade, constata-se que o mercado não é eficaz naquela identificação, muito menos em

fazer recuperar as empresas viáveis e fechando as inviáveis. Logo, a legislação oferece uma solução por meio da Lei de falências para soerguer as viáveis por meio da recuperação, atingindo seus mais distintos valores sociais.

É possível ainda, no plano da finalidade da lei, extrair do art. 6º algumas proteções ao devedor:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

(...)

§ 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do **caput** deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.

(...)

§ 6º Independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial.

Destarte, é razoável aceitar que, o disposto no art. 6º é imprescindível para que se possa proceder a recuperação de uma empresa que se encontra em dificuldades, dando-lhe “fôlego” para reestruturar-se em seu planejamento.

Nas palavras de BEZERRA FILHO (2019, Edição Kindle) a corrente de pensamento dos estudiosos do direito falimentar estariam concentrados no objetivo de proporcionar a recuperação da sociedade empresária, de modo tal que, nos primeiros sinais que a empresa estaria entrando em estado crítico, oferecesse a Lei intervenção para afastar a piora da situação.

Nesta senda, o art. 47 da Lei de Falências e Recuperação é bem claro em dizer o objetivo do diploma legal, da mesma maneira com que evidencia os valores sociais que pretende dar manutenção:

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

No entendimento de José Cretella Neto, nas palavras de Bezerra Filho, em pleno curso do século XXI, adicionalmente à globalização e a aproximação harmônica de complexos ciclos produtivos, a falência deve ser colocada tão somente como derradeira opção para a empresa em estado de crise (NETO, Apud BEZERRA FILHO, 2019 Edição Kindle).

Importante salientar para a correta interpretação dos objetivos da Lei, conforme explica José Marcelo Martins Proença nos termos de Bezerra Filho é de crucial relevância ter sempre em mente os princípios que são as primeiras orientações que influenciam a compreensão dos artigos como um sistema integrado, construindo o espírito concomitantemente à lógica e racionalidade do sistema (PROENÇA, Apud BEZERRA FILHO, 2019, Edição Kindle).

Na doutrina de BEZERRA FILHO (2019, Edição Kindle) a Lei, não aleatoriamente, fixa uma hierarquia nas finalidades que diz perseguir, estipulando como primeiro objetivo a manutenção da fonte produtora, isto é, conservação da empresa em sua plenitude, com o que poderá manter seus postos de trabalho, sendo este seu segundo objetivo. Mantendo-se os dois primeiros objetivos, pode-se então satisfazer o terceiro, qual seja, os interesses dos credores. Tem-se então a ordem de prioridades que se estabelece na lei, mas que no entanto a eficácia está condicionada à prática no tempo.

Não obstante aos objetivos mais evidentes na Lei, o Projeto de Lei 3.476/1993 no princípio cuidava realmente com a recuperação das empresas e que, em algum momento, em meados dos anos 2000, iniciou-se grande *lobby* por parte do setor mais estruturado e muito sólido nos dias atuais, ou seja, o sistema financeiro, nacional e internacional, passando a Lei, que até este momento tinha como norte a recuperação das empresas, a caminhar no sentido de viabilizar condições para que o capital financeiro atingido retornasse celeremente às fontes de origem (BEZERRA FILHO, 2019, Edição Kindle).

Ainda segundo BEZERRA FILHO (2019, Edição Kindle) prova contundente dessa pressão sobre a Lei de Recuperação e Falências é o art.49 como se vê:

O resultado prático de tal atividade redundou em artigos espalhados pela Lei, sendo exemplo máximo o art. 49, que estabelece que “todos os créditos existentes na data do pedido” de recuperação estão sujeitos aos seus efeitos. Logo em seguida, o § 3.º estabelece que “não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial” o credor por alienação fiduciária, o credor por arrendamento mercantil, o credor por contrato com reserva de domínio, entre outros, completando o § 4.º o privilégio, ao excluir da recuperação o valor devido a título de adiantamento de contrato de câmbio. Os bens alienados fiduciariamente, arrendados ou objeto de reserva de domínio, serão retirados em 180 dias, e o pagamento do adiantamento do contrato de câmbio também será exigido após tal prazo, prazo que se afigura claramente insuficiente para propiciar condições de recuperação.

Portanto, é preciso ter em consideração que na elaboração da Lei, foram incutidos interesses, aqui leia-se objetivos, que destoam dos valores sociais que a Lei diz perseguir, bem como a própria doutrina aponta, isto é, a manutenção da empresa em funcionamento.

No entendimento de COELHO (2021, p.56.1, E-book) a recuperação judicial tem como objetivo o saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, conservação da operação econômica, seus postos de trabalho e também o atendimento aos interesses dos credores, portanto em se recuperando, a empresa cumprirá sua função social.

O direito comparado, também informa alguns pontos acerca dos objetivos e finalidades da recuperação judicial em diferentes ordenamentos, deste modo ensina Coelho (2021, p.56.1, E-book) que o tema da recuperação de empresa em situação de crise tem angariado resoluções distintas dos sistemas jurídicos que se ocupam do assunto. Na comunidade europeia, ainda não está em discussão nenhuma proposta para harmonizar as regras jurídicas sobre a questão, de modo que cada país busca dar à temática resolução própria para responder aos interesses e particularidades culturais e econômicas suas.

Na França, desde os anos 1980, tem-se buscado conceber dispositivos que acautelem a crise, fixando a lei procedimentos de alerta ou determinando que pessoas envolvidas nas atividades empresariais adotem providências para evitar a crise de modo que em função destes alertas a empresa é capaz de iniciar um processo de recuperação judicial, período em que fica em observação e levanta-se seu balanço, inclusive o social para que oriente a confecção do plano soerguimento. Na Itália, tem-se a administração extraordinária em que a

administração e reorganização são direcionadas e supervisionadas por uma comissão nomeada pelo juiz, mecanismo este muito criticado e que têm obtido pouco êxito. Já na Alemanha, a legislação permite o devedor ou o administrador judicial já no processo de falência em trâmite, um plano para solução das dívidas, que pode pressupor a recuperação da empresa. Trata ainda a legislação da manutenção das atividades do devedor enquanto tramita a falência, nota-se portanto que não há natureza preventiva, pois lá se presume a falência, estando a recuperação como recurso ao pagamento das obrigações. Nos Estados Unidos, a preocupação é com a formação de um quadro de negociações entre os interessados, assim busca-se resoluções como a conversão do crédito em capital do devedor e outras cujo objeto se dá no âmbito do plano de reorganização. O judiciário habitualmente intervém para garantir tratamento equitativo entre as classes de credores. Por fim, no Japão aplica-se os dispositivos de recuperação mais às pequenas e médias empresas do que em relação às grandes (COELHO, 2021, p. 56.1, Edição E-book).

Considerando que cada país, procura dar uma resposta, certamente orientado por seus reflexos sociais, econômicos e culturais depreende-se que o tema de falências e recuperação não é pacificado entre os direitos, buscando cada sistema dar as respostas aos seus conflitos, mas que no geral, a recuperação de empresas sempre permeia as questões. Percebe-se pontos de vista antagônicos, tendo em vista o caso da França que busca alertas para antecipar a crise e o caso da Alemanha que pressupõe a Falência, ou mesmo o Japão que prefere recuperar pequenas e médias empresa ou ainda os Estados Unidos que promove ambiente de negócios, intervindo o mínimo possível, sem embargo, cada país revela por meio de suas preferências, seus objetivos e finalidades com suas respectivas legislações.

A legislação, nacional ou não, como visto orienta-se por valores próprios da sociedade que a produz, nesse sentido para melhor compreender e interpretar a Lei de recuperação e Falências se faz necessário algumas noções acerca de seus princípios norteadores.

#### **2.4 PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS**

A respeito da expressão “princípio” NEGRÃO (2019, Edição Kindle) afirma que existem uma gama de concepções e que podem alternar de acordo com os valores da sociedade num período de sua história. No direito, afirma ser nada mais que um vocabulário que informa ao sistema jurídico prescritivo um ponto de vista sobre o real, parametrizado conforme as diretrizes dos valores daquele que o interpreta.

O princípio da função social da empresa tem sua origem no próprio debate da função social do direito de propriedade, portanto, da universalidade de bens da família como era entendido época medieval, compreendendo-se todos os aspectos materiais dos quais a família dependia. Assim, dos bens até então familiares são conferidas novas funções, de mero instrumental à subsistência, a propriedade passa a apropriar-se de funções relacionadas às atividades produtivas com interferência de terceiros, sendo o caso por exemplo de máquinas industriais que necessitam ser operadas por trabalhadores. Tendo isto em vista, isto é, a interferência de terceiros, a relação de propriedade projeta-se como direito de direção e fiscalização no exercício das atividades. Portanto, do poder sobre as coisas passa-se ao poder sobre as pessoas e neste sentido a propriedade influencia diretamente o bem-estar da comunidade (SACRAMONE, 2021, p. 58-59, Edição Kindle).

Nos ensinamento de NEGRÃO (2019, Edição do Kindle) que a função social de empresa contida no art. 47, aponta visão atual concernente ao organismos empresarial, cuja existência está consubstanciada no exercício responsável no domínio econômico, não para satisfazer as obrigações do estado, mas sim que, socialmente, a existência da empresa deve estar demarcada pela criação de postos de trabalho, estima ao meio ambiente e à coletividade.

Muito embora não haja previsão constitucional do princípio da preservação da empresa, pode-se deduzi-lo implicitamente no art. 5º Inciso XXIII da constituição federal de 1988 que explicita o princípio da função social da propriedade.

Decompondo o princípio da função social da propriedade a partir da sua etimologia, chega-se, conforme prescreve SACRAMONE (2021, p.58-59, Edição Kindle) aos seguintes significados:

Função “significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo”. Por outro lado, o adjetivo social restringe esse fim a um interesse coletivo, e não a qualquer interesse de julgamento do proprietário. A função social da propriedade emerge, assim, como “o dever do proprietário de exercer o seu direito de propriedade de modo a satisfazer determinados interesses da sociedade”. Com a função social há a relativização do direito de propriedade tido até então como absoluto e irrestrito.

No que toca ao aspecto explícito do princípio da preservação da empresa, está previsto no art.47 da Lei n. 11.101/2005 “A recuperação judicial tem por objetivo (...), promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” e

implicitamente na constituição federal, no art.170 ao prever uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, uma vez que, para dar cabo aos objetivos é imprescindível a preservação das empresas.

Coadjuvam aos objetivos descritos a preservação da empresa, a preservação da função social da empresa e, também, o fomento à atividade econômica. Depreende-se a partir do argumento condicionado à tese de que existe um princípio voltado à “preservação da empresa” mas que o estímulo à atividade econômica é igualmente um princípio a ser observado pelo intérprete, e o será igualmente um princípio a preservação de sua função social. Infere-se, portanto, que o princípio não se concentraria à “preservação da empresa”, mas à “preservação da empresa, de sua função social e ao estímulo à atividade econômica” (NEGRÃO, 2019, Edição Kindle).

Ainda é possível encontrar o princípio da preservação da empresa no art.140 da Lei, uma vez que estabelece uma ordem de preferência nas alienações na execução coletiva, como se observa no dispositivo:

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

I – alienação da empresa e seus estabelecimentos em bloco;

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

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

IV – alienação dos bens individualmente considerados.

Percebe-se que o legislador prefere em primeiro lugar a alienação da empresa para que outro controlador possa conduzi-la a um estado de viabilidade, mantendo seus postos de trabalho e por último a alienação de bens individualmente considerados. Revela-se, portanto, também o princípio da preservação da empresa.

Tendo em vista os propósitos a serem alcançados pela Lei, tratando-se de recuperação de empresa, também a temática que envolve o esvaziamento patrimonial, importante se faz discorrer acerca dos bens de capital, bem como sua relação aos objetivos deste trabalho.

### **3. BENS DE CAPITAL ESSENCIAIS NA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO**

Nesta seção, discute-se os aspectos das garantias dadas aos credores enquadrados no artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005, da mesma maneira que busca-se definir bens de capital, aqueles essenciais à manutenção da atividade empresarial.

#### **3.1 REGRA DO ARTIGO 49, § 3º DA LEI 11.101/2005**

É possível afirmar, como regra geral, que as medidas da recuperação judicial aplicam-se a todos os credores no momento do pedido. Entretanto, existem exceções e dentre estas, estão as contidas na regra do artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005, deste modo estão excluídos o fiduciário, o arrendador mercantil ou o negociante de imóvel (como vendedor, compromitente vendedor ou titular de reserva de domínio) se houver cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade no contrato.

Mesmo os credores não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial e portanto não tem afetada suas execuções, por força do § 4º do art. 6º da Lei, os bens não podem ser expropriados.

Nos ensina COELHO (2021, p.59.1, E-book) que a explicação para exclusão dos credores da regra do artigo 49, § 3º é que “os titulares das garantias referidas estão excluídos em decorrência da proteção de seu direito constitucional de propriedade”.

Na opinião BEZERRA FILHO (2021, Edição do Kindle) se com efeito o art.49 encontrasse conformidade na Lei, eventualmente trouxesse viabilidade para permitir a recuperação judicial. No entanto, o art.49 é contraditado por outros tantos dispositivos, de maneira tal que ficam não sujeitos a recuperação uma gama de créditos determinantes em qualquer hipótese de recuperação.

O disposto no artigo 49, § 3º da Lei, foi o que mais contribui para que a Lei deixasse de ser conhecida como “lei de recuperação de empresas” e passasse a ser conhecida como “lei de recuperação do crédito bancário”, ou “crédito financeiro”, quando estabelece que tais bens não estão sujeitos à recuperação judicial. Pois bem, nenhum dos bens da empresa que for objeto de alienação fiduciária, arrendamento ou reserva de domínio estará sujeito à recuperação. Neste contexto de reorganização da empresa, fica muito difícil o intento de recuperação caso retirem da empresa os maquinários, veículos, ferramentas. Nota-se que o

texto refere-se a bens de capital essenciais a sua atividade empresarial (BEZERRA FILHO, 2021, Edição Kindle).

É salutar por outro lado, deduzir o raciocínio de que a relativização do direito de crédito e retomada prejudica a Lei e o sistema que opera crédito, ao não permitir a retomada, o que acarreta um aumento de custo de crédito, como consequência do enfraquecimento do direito de retomada do bem.

Necessário lembrar que, considerando os objetivos gerais e específicos deste trabalho, bem como guarda relação direta com o tópico, uma das medidas cabíveis na recuperação judicial é a venda parcial de bens. Em seu art.50 inciso XI a Lei prevê a venda parcial de bens.

A Lei conta com alguns meios, não exaustivos, para que a crise econômico-financeira da empresa seja suplantada. Diferentemente do que ocorria no instituto da concordata, os meios não se restringem à dilatação do prazo de vencimento das obrigações e perdões de credores, muito pelo contrário, os mecanismos previstos na legislação buscam satisfazer necessidades peculiares a cada empresa, de maneira que são variadas de acordo com a extensão da crise que enfrenta, o ramo, natureza dos créditos. Se for viável a recuperação da empresa, pode inclusive fazer combinações de meios (SACRAMONE, 2021, P.538, Edição do Kindle).

De acordo com COELHO (2021, p.60.1, Edição E-book) no art.50 a Lei contempla diversos instrumentos das mais variadas naturezas, tais como financeiros, administrativos e jurídicos que geralmente são empregados no soerguimento da empresa em situação de crise, de maneira que o empresário ou os administradores da sociedade empresária interessada em intentar o benefício da recuperação em juízo obrigam-se a analisar, junto a seu corpo técnico, se dentre os meios indicados há um ou mais que possam mostrar-se eficaz na reorganização da atividade empresarial.

Não obstante a possibilidade de ao devedor ser facultado propor variados meios para sua recuperação, os mais adequados a superação da crise, a Lei impõe restrições e a primeira concerne aos credores com garantias reais, o que significa dizer que a alienação de bem de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição é somente admitida mediante a anuência expressa do credor da respectiva garantia, mesmo que tal medida tenha sido aprovada no plano de recuperação pela assembleia geral de credores, (SACRAMONE, 2021, p. 540, edição do Kindle).

Apesar de ser problemático conseguir a anuência de tal credor, ainda assim a medida existe. Conta-se neste caso com o espírito de colaboração do credor, situação esta que geralmente não se observa na prática comercial, no dia a dia, o que mais se verifica é que o credor apenas concorda com propostas dilatórias do devedor, mas só quando constata que será mais vantajoso concordar do que resistir, sendo esta a lógica de um sistema capitalista de produção (BEZERRA FILHO, 2019, Edição Kindle).

Com relação à medida específica de realização do ativo COELHO (2021, Edição Kindle) ainda faz a ressalva que a venda de bens do patrimônio da empresa em recuperação pode-se apresentar medida satisfatória para gerar caixa e dar prosseguimento à recuperação, no entanto, é preciso ter cuidado para que esta alienação não afete a continuidade da empresa, uma vez que, se for bem utilizado nas linhas de produção da empresa, sendo ela essencial, poderá a venda deste ativo, obter sentido contrário àquele esperado.

Já sob o ponto de vista, cuja a venda do ativo, após alguns estudos, é o caminho viável, pode-se lançar mão da regra do § 5.º do art. 49, dispositivo que menciona expressamente a possibilidade de substituição de garantias pignoratícias, de modo a liberar um item específico do patrimônio do devedor para venda ao mercado interessado, sendo neste contexto, imperativo conhecer a definição de bens de capital.

### **3.2 DEFINIÇÃO DE BENS DE CAPITAL**

Os bens de capital sobre os quais incide a garantia da alienação fiduciária não podem ser retirados do devedor em recuperação no prazo de 180 dias. O conceito de bens de capital tem sido tratado no judiciário de forma bastante restringida, referindo-se apenas aos insumos que não se transferem, na circulação de mercadoria, nem aos adquirentes ou consumidores. Neste sentido, a matéria prima não é entendida como bem de capital, muito embora seja um insumo, pois trata-se de garantir a posse da devedora em recuperação judicial sobre bens de capital essenciais a sua atividade, suprimindo desta classe os insumos para produção que a empresa põe no mercado para venda (COELHO, 2021, Edição ebook).

O entendimento adotado pelo STJ, ao apreciar o RESp n. 1.758.746 - GO. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITO/RECEBÍVEIS EM GARANTIA FIDUCIÁRIA A EMPRÉSTIMO TOMADO PELA EMPRESA DEVEDORA. RETENÇÃO DO CRÉDITO CEDIDO FIDUCIARIAMENTE PELO JUÍZO RECUPERACIONAL, POR REPUTAR QUE O ALUDIDO BEM É ESSENCIAL AO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA, COMPREENDENDO-SE, REFLEXAMENTE, QUE SE TRATARIA DE BEM DE CAPITAL, NA DICÇÃO DO § 3º, IN FINE, DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005. IMPOSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO, PELO STJ, DA ABRANGÊNCIA DO TERMO "BEM DE CAPITAL". NECESSIDADE. TRAVA BANCÁRIA RESTABELECIDADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A Lei n. 11.101/2005, embora tenha excluído expressamente dos efeitos da recuperação judicial o crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens imóveis ou móveis, acentuou que os **"bens de capital"**, objeto de garantia fiduciária, essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, permaneceriam na posse da recuperanda durante o stay period. 1.1 A **conceituação de "bem de capital"**, referido na parte final do § 3º do art. 49 da LRF, inclusive como pressuposto lógico ao subsequente juízo de essencialidade, há de ser objetiva. Para esse propósito, deve-se inferir, de modo objetivo, a abrangência do termo "bem de capital", conferindo-se-lhe interpretação sistemática que, a um só tempo, atenda aos ditames da lei de regência e não descaracterize ou esvazie a garantia fiduciária que recai sobre o "bem de capital", que se encontra provisoriamente na posse da recuperanda. 2. De seu teor infere-se que o bem, para se caracterizar como bem de capital, deve utilizado no processo produtivo da empresa, já que necessário ao exercício da atividade econômica exercida pelo empresário. Constata-se, ainda, que o bem, para tal categorização, há de se encontrar na posse da recuperanda, porquanto, como visto, utilizado em seu processo produtivo. Do contrário, aliás, afigurar-se-ia de todo impróprio — e na lei não há dizeres inúteis — falar em "retenção" ou "proibição de retirada". Por fim, ainda para efeito de identificação do "bem de capital" referido no preceito legal, não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária. Isso porque, ao final do stay period, o bem deverá ser restituído ao proprietário, o credor fiduciário. 3. A partir da própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária – bem incorpóreo e fungível, por excelência –, não há como compreendê-lo como bem de capital, utilizado materialmente no processo produtivo da empresa. 4. Por meio da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (em que se transfere a propriedade resolúvel do direito creditício, representado, no último caso, pelo título – bem móvel incorpóreo e fungível, por natureza), o devedor fiduciante, a partir da contratação, cede "seus recebíveis" à instituição financeira (credor fiduciário), como garantia ao mútuo bancário, que, inclusive, poderá apoderar-se

diretamente do crédito ou receber o correlato pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante). Nesse contexto, como se constata, o crédito, cedido fiduciariamente, nem sequer se encontra na posse da recuperanda, afigurando-se de todo imprópria a intervenção judicial para esse propósito (liberação da trava bancária). 5. A exigência legal de restituição do bem ao credor fiduciário, ao final do stay period, encontrar-se-ia absolutamente frustrada, caso se pudesse conceber o crédito, cedido fiduciariamente, como sendo "bem de capital". Isso porque a utilização do crédito garantido fiduciariamente, independentemente da finalidade (angariar fundos, pagamento de despesas, pagamento de credores submetidos ou não à recuperação judicial, etc), além de desvirtuar a própria finalidade dos "bens de capital", fulmina por completo a própria garantia fiduciária, chancelando, em última análise, a burla ao comando legal que, de modo expresso, exclui o credor, titular da propriedade fiduciária, dos efeitos da recuperação judicial. 6. Para efeito de aplicação do § 3º do art. 49, "bem de capital", ali referido, há de ser compreendido como o bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta do devedor, e, sobretudo, que não seja perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do stay period. 6.1 A partir de tal conceituação, pode-se concluir, in casu, não se estar diante de bem de capital, circunstância que, por expressa disposição legal, não autoriza o Juízo da recuperação judicial obstar que o credor fiduciário satisfaça seu crédito diretamente com os devedores da recuperanda, no caso, por meio da denominada trava bancária. 7. Recurso especial provido (e-STJ, fls. 633-634).

É possível verificar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem convergido no entendimento acerca da definição de bens de capital, isto é, deve ser compreendido aquele bem essencial à atividade produtiva da recuperanda.

Muito embora a definição dada pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis em seu Pronunciamento Técnico 27 para o ativo imobilizado tenha por objetivo instruir ao reconhecimento patrimonial, é possível extrair alguma convergência aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da definição de bens de capital, como se vê:

Ativo imobilizado é o item tangível que: (a) é mantido para uso na produção ou fornecimento de mercadorias ou serviços (...) se espera utilizar por mais de um período. Correspondem aos direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da entidade ou exercidos com essa finalidade, inclusive

os decorrentes de operações que transfiram a ela os benefícios, os riscos e o controle desses bens. (...).

COELHO (2021, Edição e-book) ainda faz uma ressalva ao comentar o Agravo de Instrumento n. 1227167-0/3:

Foi este o entendimento adotado pelo TJSP, ao apreciar o Agravo de Instrumento n. 1227167-0/3, relatado pelo Des. Gomes Varjão: “Bens de capital ou de produção são aqueles não consumidos no processo produtivo, aptos a gerar riquezas. Trata-se, por exemplo, de máquinas e equipamentos, bem como de veículos. No presente caso, a própria agravante admite que o fertilizante dado em alienação fiduciária constitui matéria-prima, material por ela comercializado para a indústria do agronegócio. Assim, sua apreensão não determina a **paralisação das atividades empresariais**”.

Esclarece o autor que, ao se aplicar o critério da paralisação das atividades empresariais, como delineador dos bens de produção, haverá chance em que o insumo, mesmo aquele agregado às mercadorias vendidas ou industrializadas pelo devedor em recuperação, se classifique nessa categoria de bens, uma vez que, se todo o estoque de insumos matéria prima estiver alienado a um credor fiduciário não houver conjuntura mercadológica para repor o estoque no caso da execução da garantia, pode esta execução paralisar a atividade empresarial (COELHO, 2021, Edição Ebook).

Tendo em consideração os valores norteadores da recuperação, a finalidade da Lei, os conceitos fundamentais para a discussão da questão do esvaziamento patrimonial, deve-se discorrer acerca dos órgãos envolvidos na recuperação para, podendo, diagnosticar preventivamente a convolação por esvaziamento patrimonial.

#### **4. Esvaziamento Patrimonial**

Nesta seção, serão abordados os aspectos relativos aos órgãos da recuperação judicial envolvidos no soerguimento da empresa, assim considerando os objetivos deste trabalho passa-se a descrever os pontos fundamentais do administrador judicial, do plano de recuperação judicial, e por último uma proposta de quadro de indicadores para o diagnóstico do esvaziamento patrimonial.

##### **4.1 Administrador Judicial na Recuperação**

Em toda recuperação judicial, atua como auxiliar do um juiz, bem como sob sua supervisão um profissional denominado administrador judicial que, de regra geral é pessoa de confiança do juiz e por este nomeado no despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial (COELHO, 2021, p.30.3, Edição ebook).

Ainda explica COELHO (2021, p.30.3, Edição ebook) alguns requisitos a serem atendidos para ocupar o encargo de administrador judicial:

O administrador judicial deve ser pessoa idônea, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada. Estão, porém, impedidos de exercer a função os que anteriormente não a desempenharam a contento. Quem, nos 5 anos anteriores, exerceu a função de administrador judicial ou membro de Comitê em processos de falência ou recuperação judicial e dela foi destituído, deixou de prestar contas ou teve reprovadas as que prestou, está impedido de ser nomeado para a função. Também há impedimento que veda a nomeação de pessoas com vínculo de parentesco ou afinidade até terceiro grau com o empresário individual ou qualquer dos representantes legais da sociedade empresária requerente da recuperação judicial, amigo, inimigo ou dependente destes. As razões que fundamentam os impedimentos legais percebem-se com facilidade. No primeiro caso, a pessoa revelou não estar apta ao exercício da função, e o juiz só deve escolhê-la em outro processo se convencido de que, além do transcurso dos 5 anos, ela amadureceu profissionalmente e reúne, agora, os atributos de competência e responsabilidade necessários ao bom desempenho das tarefas a ele cometidas. No segundo, em virtude do parentesco, afinidade, amizade, inimizade ou dependência em relação ao devedor ou aos diretores da sociedade empresária que explora a empresa em crise, a pessoa não está inteiramente livre para o exercício da função.

Na Lei, em seu art. 22, inciso I estabelece-se as competências comum do administrador judicial na falência e recuperação judicial:

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do **caput** do art. 51, o inciso III do **caput** do art. 99 ou o inciso II do **caput** do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
- b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
- c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
- d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;
- e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;
- f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;
- g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;
- h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;
- i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;
- j) estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros, na forma do § 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil); (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)
- k) manter endereço eletrônico na internet, com informações atualizadas sobre os processos de falência e de recuperação judicial, com a opção de consulta às peças principais do processo, salvo decisão judicial em sentido contrário; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)
- l) manter endereço eletrônico específico para o recebimento de pedidos de habilitação ou a apresentação de divergências, ambos em âmbito administrativo, com modelos que poderão ser utilizados pelos credores, salvo decisão judicial em sentido contrário; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)
- m) providenciar, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, as respostas aos ofícios e às solicitações enviadas por outros juízos e órgãos públicos, sem necessidade de prévia deliberação do juízo; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência).

Já a partir do inciso II do art. 22 da Lei, são listadas as competências exclusivas para recuperação judicial:

- a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
- b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
- c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor, fiscalizando a veracidade e a conformidade das informações prestadas pelo devedor; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)
- d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do **caput** do art. 63 desta Lei;

e) fiscalizar o decurso das tratativas e a regularidade das negociações entre devedor e credores; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

f) assegurar que devedor e credores não adotem expedientes dilatatórios, inúteis ou, em geral, prejudiciais ao regular andamento das negociações; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

g) assegurar que as negociações realizadas entre devedor e credores sejam regidas pelos termos convencionados entre os interessados ou, na falta de acordo, pelas regras propostas pelo administrador judicial e homologadas pelo juiz, observado o princípio da boa-fé para solução construtiva de consensos, que acarretem maior efetividade econômico-financeira e proveito social para os agentes econômicos envolvidos; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

h) apresentar, para juntada aos autos, e publicar no endereço eletrônico específico relatório mensal das atividades do devedor e relatório sobre o plano de recuperação judicial, no prazo de até 15 (quinze) dias contado da apresentação do plano, fiscalizando a veracidade e a conformidade das informações prestadas pelo devedor, além de informar eventual ocorrência das condutas previstas no art. 64 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência).

A reforma trazida pela Lei 14.112/2020 acrescentou à relação de competências do administrador judicial algumas responsabilidades que não são totalmente compatíveis com o sentido geral da função de auxiliar do juiz, pois nessas novas responsabilidades, o administrador judicial deve manter-se alerta para não desorientar-se em situações de conflitos de interesse. Neste contexto, o exercício dos encargos associados à negociação entre devedor e seus credores bem como a postura deles em relação ao andamento do processo não podendo perder de vista que a negociação é entre as partes, neste sentido afirma-se que os órgãos da recuperação devem manter-se afastados da negociação, sob pena da imparcialidade (COELHO, 2021 p.30.3, Edição ebook).

O trabalho do administrador judicial na recuperação é distinto daquele exercido na falência, pois a priori o devedor e seus administradores são mantidos na condução da atividade empresarial.

Para Campinho, nas palavras de Bezerra Filho, na recuperação judicial, o administrador desta, funciona verdadeiramente na qualidade de fiscal do devedor que continua na execução de suas atividades, enquanto na falência, assume a administração da massa falida em prol dos interesses desta (BEZERRA FILHO, 2021, Edição do Kindle).

Na legislação vigente, a nomeação e seleção é de competência do Juiz, que escolherá profissional de sua confiança, mas não arbitrariamente, isto porquê o administrador judicial deve ser profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador conforme art. 21 da Lei. A

inclinação da legislação, compreende-se como a necessidade de conhecimentos técnicos e específicos para a condução dos trabalhos. Poderá ainda exercer o encargo de administrador judicial, pessoa jurídica especializada, indicando responsável técnico.

De acordo com a Lei, o administrador judicial será destituído de suas funções pelo juiz, de ofício, ou mediante requerimento de qualquer interessado, nas hipóteses de desobediência aos preceitos desta lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros (art. 31). Esses descumprimentos envolvem, inclusive, a falta de apresentação das contas ou qualquer dos relatórios previstos na lei, após a intimação pessoal para o administrador fazê-lo, no prazo de cinco dias (art. 23).

A Lei prevê em seu art.30 os impedimentos para exercício do encargo de administrador judicial, sendo em suma impedido aquele que não obteve bom desempenho nas atribuições:

Art. 30. Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada.

§ 1º Ficará também impedido de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente.

No contexto, entende COELHO (2021, p. 30.3, edição E-book) que o advogado não é necessariamente o profissional mais apropriado para a função de administrador judicial, tendo em vista que muitas das atribuições do administrador judicial consistem em conhecimentos de administração de empresa, mais do que jurídicos, para seu bom desempenho. Neste caso, a escolha deve recair sobre pessoa com conhecimentos ou experiência na administração de empresa, observado ainda, o porte da empresa e quando preciso contratar advogado para assisti-lo.

Considerando também, que no âmbito do exercício de suas atribuições o administrador judicial venha a necessitar de outros profissionais para trabalhos específicos, o art. 22 prevê a possibilidade destas contratações para auxiliá-lo.

Os honorários do administrador judicial deverão ser fixados em observância à capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho, bem como os valores praticados no mercado para o desempenho de funções semelhantes, ainda estabelece um teto de 5% sobre o valor devido aos credores, conforme se extrai do art.24 da Lei e 2% tratando-se de microempresa ou empresa de pequeno porte.

COELHO (2021, p.30.3, Edição E-book) considera que na recuperação judicial existam dois vetores de atuação, o primeiro está condicionado à existência ou não do Comitê de Credores e o segundo com a decretação ou não dos administradores da empresa em recuperação, assim passando a discorrer:

De acordo com o primeiro vetor, uma vez instalado o Comitê, ao administrador judicial caberá basicamente proceder à verificação dos créditos, presidir a Assembleia dos Credores e fiscalizar o empresário individual devedor ou a sociedade empresária devedora. Não havendo Comitê, o administrador assumirá também a competência reservada pela lei a esse órgão colegiado, exceto se houver incompatibilidade.

Pelo segundo vetor, o administrador judicial é investido no poder de administrar a empresa e representar a sociedade empresária requerente da recuperação judicial quando o juiz determinar o afastamento dos seus diretores, enquanto não for eleito o gestor judicial pela Assembleia geral. Somente nesse caso particular, tem ele a prerrogativa de se imiscuir por completo na intimidade da empresa e tomar as decisões administrativas atinentes à exploração do negócio. Não tendo o juiz afastado os diretores ou administradores da sociedade empresária requerente da recuperação judicial, o administrador judicial será mero fiscal dessa, o responsável pela verificação dos créditos e o presidente da Assembleia dos Credores.

Depreende-se do entendimento doutrinário que, em suma, no primeiro vetor, caberá fiscalizar o devedor, bem como verificar os créditos se existir o órgão, caso contrário assume também as atribuições deste. No segundo vetor, o administrador adentra a gestão do devedor, ainda que temporariamente.

As atribuições do Comitê de Credores , são previstas no art.27 da Lei:

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência:

a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;

- b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;
- c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;
- d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;
- e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores;
- f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

- a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;
- b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;
- c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

§ 1º As decisões do Comitê, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juízo, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor.

§ 2º Caso não seja possível a obtenção de maioria em deliberação do Comitê, o impasse será resolvido pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz.

Art. 28. Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições.

Já o art.28 da Lei informa que na ausência do Comitê, caberá ao administrador judicial suas atribuições, em seu impedimento, ao juiz.

A seguir, passa-se a discorrer acerca do plano de recuperação judicial, peça fundamental para o soerguimento da empresa em crise, uma vez que neste documento está contida objetivamente a trajetória entre a de risco de descontinuidade e a efetiva recuperação.

#### **4.2 PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A respeito do Plano de recuperação Judicial, a Lei em seu art. 53 e 54 estabelece que:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de 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.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

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

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

§ 1º. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial. [\(Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 2º O prazo estabelecido no **caput** deste artigo poderá ser estendido em até 2 (dois) anos, se o plano de recuperação judicial atender aos seguintes requisitos, cumulativamente: [\(Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - apresentação de garantias julgadas suficientes pelo juiz; [\(Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

II - aprovação pelos credores titulares de créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho, na forma do § 2º do art. 45 desta Lei; e [\(Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

III - garantia da integralidade do pagamento dos créditos trabalhistas. [\(Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

Assim, a partir da publicação da decisão, e não a partir da publicação do edital (§ 1.º do art. 52), começa a correr o prazo de 60 dias previsto no artigo 53, para que o devedor apresente em juízo o plano de recuperação, sendo este prazo improrrogável. Ainda estabelece a Lei que deverá conter no plano, as medidas previstas no art. 50 da Lei suficientes a preservação da empresa e sua continuidade, bem como laudo econômico-financeiro indicando sua viabilidade. O prazo para execução do plano de recuperação é de 2 anos, conforme art. 61 da Lei.

Deve ainda, o devedor oferecer demonstração da viabilidade econômica do plano, conferindo elementos de análise que possibilitem indicações substanciais de que o projeto está corretamente elaborado e de que, se deferido, levará a empresa à recuperação, com a geração de riqueza suficiente para o cumprimento de todas as obrigações assumidas (BEZERRA FILHO, 2019, Edição Kindle).

Ainda a respeito, COELHO (2021, p.65.1, Edição ebook) esclarece acerca da viabilidade econômica, bem como dos laudos econômico-financeiro e dos bens da empresa recuperando:

O plano deve abordar a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação e a demonstração da viabilidade econômica. São os dois capítulos em que se deve desdobrar, para atender ao determinado pela lei. Além disso, ele deve vir acompanhado de dois laudos subscritos por contador ou empresa especializada: o de avaliação patrimonial e o econômico-financeiro. O laudo de avaliação patrimonial diz respeito aos bens do devedor que compõem o ativo indicado no balanço levantado especificamente para a ocasião. Trata-se de mensuração importante na verificação da consistência das demonstrações contábeis exibidas pelo requerente da recuperação judicial. Deve abranger não somente os bens móveis e imóveis como eventuais direitos suscetíveis de apropriação contábil ou alienação (marcas, patentes etc.). Já o laudo econômico-financeiro é pertinente ao potencial de geração de negócios da empresa em crise. Cuida-se de mensuração bem mais complexa que a do patrimônio e deve-se processar, basicamente, pelo modelo de fluxo de caixa descontado.

Desta forma, entende-se que o plano deve vir acompanhado de laudo patrimonial, com vistas a demonstrar a consistência das demonstrações contábeis apresentadas na ocasião do pedido de recuperação, enquanto o laudo econômico-financeiro deve observar um modelo de fluxo de caixa descontado.

Na prática, advogados e técnicos que estão envolvidos no processo de recuperação, buscarão levar a bom termo seus pedidos, mas que no entanto, percebe-se que é cauteloso já se ter o plano projetado inteiramente no momento em que se ajuizar a recuperação para não se correr o risco de se tornar impossível cumprir o prazo de 60 dias, da mesma maneira que o espírito criativo das partes e de seus advogados, certamente orientados por seus técnicos, indicaram as melhores alternativas para o plano a ser apresentado (BEZERRA FILHO, 2021, Edição do Kindle).

Nas palavras de COELHO (2021, p.65.1, Edição E-book) a mais importante peça do processo de recuperação judicial é o plano de recuperação judicial, uma vez que, o êxito associado ao instituto depende exclusivamente do plano de recuperação, isto é, a preservação da empresa e sua função social. Portanto, se for plausível e sólido, há chances de o devedor se reorganizar e assim superar a crise em que vive, validando todo sacrifício imposto aos

credores. Já por outro lado, se o plano for inconsistente terá como resultado a desmoralização do próprio instituto.

COELHO (2021, p.65.1, Edição E-book) ainda explica a respeito do plano de recuperação e o que ele representa:

Note-se, um bom plano de recuperação não é, por si só, garantia absoluta de reerguimento da empresa em crise. Fatores macroeconômicos globais ou nacionais, acirramento da concorrência no segmento de mercado em causa ou mesmo imperícia na sua execução podem comprometer a reorganização pretendida. Mas um plano ruim é garantia absoluta de fracasso da recuperação judicial.

O plano de recuperação deve indicar pormenorizada e fundamentadamente o meio ou meios pelos quais o devedor deverá superar as dificuldades que enfrenta. A consistência econômica do plano está diretamente relacionada ao adequado diagnóstico das razões da crise e de sua natureza (se econômica, financeira ou patrimonial) e à adequação dos remédios indicados para o caso. 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 frustre as expectativas de reerguimento da atividade econômica em foco.

Fica claro, a percepção dos autores como de fundamental importância a confecção de um plano de recuperação consistente, sobretudo quando busca evidenciar as razões ou motivos que conduziram a empresa ao estado de crise, uma vez que este diagnóstico é importante para formular as medidas necessárias à reestruturação e que mesmo assim não se tem garantia, exceto quando se tem um plano ruim, há garantia do insucesso.

No que tange à homologação do plano de recuperação judicial, pela Lei, os juízes não poderiam deixar de homologar o plano aprovado pela Assembleia de Credores, quando alcançado quórum qualificado da Lei. No entanto, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto da recuperação judicial, sendo o plano judicial aprovado com indubitável insubsistência, o juiz pode deixar de homologá-lo e atribuir ao administrador judicial de procurar compor entre devedor e os credores mais interessados um plano alternativo (COELHO, 2021, p. 65.1, Edição Ebook).

Ainda COELHO (2021, p.65.2, Edição Ebook) afirma existir um pressuposto na Lei que seria a impossibilidade de aprovação de um plano de recuperação inconsistente, uma vez

que o plano é aprovado pelos credores, mas que, ao fim não é verdade este pressuposto e apresenta três argumentos para derruir-lo, como se vê a seguir:

Em primeiro lugar, porque a tendência no mundo todo é a do absentéismo. Os credores têm cada um seus próprios problemas e, em geral, não se preocupam tanto com a recuperação do devedor. Quem controla a Assembleia, na maioria das vezes, é o próprio requerente do benefício, por meio de comissários que negociaram com os credores a aquisição dos direitos creditórios deles.

Em segundo lugar, porque os credores, mesmo querendo participar, não têm todas as informações necessárias para elaborar um plano alternativo. Aliás, mesmo para avaliar a consistência do plano apresentado pelo devedor, carecem de informações plenas. De qualquer modo, não se interessam por custear a elaboração de planos alternativos, porque isso só aumentaria seu prejuízo caso o devedor falisse (equivaleria a “pôr dinheiro bom em cima de dinheiro ruim”).

Em terceiro lugar, porque a lei, ao vincular o indeferimento da recuperação judicial à decretação da falência, reduz enormemente as alternativas do credor. Ou ele vota pela aprovação de qualquer plano – mesmo percebendo sua evidente inconsistência – ou amargará o prejuízo certo pela falência do devedor.

Em suma, é possível compreender do ensinamento que os credores não se preocupam com a recuperação do devedor, também que não há informação suficientes disponíveis aos credores avaliar o plano do devedor, muito menos compor um plano e por último o efeito do vínculo do indeferimento da recuperação com a decretação da falência.

Com relação às objeções dos credores ao plano recuperacional, BEZERRA FILHO (2019, Edição do Kindle) faz as seguintes observações:

Há entendimentos divergentes sobre a objeção poder ser “vazia” ou dever necessariamente ser “cheia”. Aqueles que entendem que o fim social da lei é tentar preservar a sociedade empresária impedindo sua falência, afirmam que o devedor teria obrigação de agir com certo espírito de colaboração para o sucesso da recuperação, de tal forma que só poderia objetar se fundamentasse sua manifestação, explicando quais razões o levam a apresentar objeção. Uma outra corrente entende que o credor pode simplesmente recusar-se a concordar com o plano, mesmo sem qualquer fundamentação, limitando-se a apresentar objeção pura e simples. Dentro de um estado de normal concorrência entre sociedades empresárias, parece não se justificar a obrigação de fundamentar a objeção, até porque, como fundamento, bastaria ao credor dizer que não pode concordar com a dilação apresentada no plano

sob pena de ele próprio, credor, vir a ficar em situação de crise. Não se pode confundir “voto não fundamentado” com “voto abusivo”. Se o juiz tiver condições de verificar que o voto foi abusivo, não importa se o voto está fundamentado ou não. Imagine-se, por exemplo, ser possível constatar que um credor teria adquirido créditos de terceiros apenas para ter poder de decisão na AGC e, nesta, votar pela rejeição do plano e decretação da falência, apenas porque pretende afastar o concorrente em crise. Em tal situação, o juiz declarará o voto abusivo e determinará que não seja computado para aquele determinado fim. Ou seja, se abusivo, não importa se o voto está fundamentado ou não. O voto pode ser abusivo e fundamentado, da mesma forma que outro voto pode não ser abusivo e também não fundamentado; o primeiro não será computado, o segundo será computado.

Logo, é possível que as objeções possam ser fundamentadas ou não e que eventualmente incorram em abusividade, afastando-se dos resultados pretendidos pela Lei.

Nos ensinamentos de Pugliesi, nas palavras de Bezerra Filho, adverte que os credores, ao examinarem o plano de recuperação, farão uma análise dos riscos e só concordarão com a recuperação, se concordarem que esta não será mais onerosa a eles do que um processo de falência. Existe portanto, o que se poderia chamar de “momento político” da recuperação, político considerando que o devedor precisa convencer os credores de que seu plano de recuperação é consistente e que o sacrifício dos credores será recompensado pelo pagamento de seus créditos, demonstrando ainda que este pagamento trará mais benefícios do que o imediato decreto de falência (PUGLIESI Apud Bezerra FILHO, 2019, Edição do Kindle).

Com relação às alterações das obrigações do devedor, destaca-se as alienações de bens onerados, COELHO (2021, p. 65.1, Edição Ebook) faz algumas ponderações:

A supressão ou substituição da garantia real depende da expressa aprovação do credor que a titulariza. Entenda-se bem a baliza. Para a simples supressão ou substituição de uma garantia real, é suficiente que o plano de recuperação judicial seja aprovado. Mesmo que o titular da garantia não tenha votado em favor do plano, sua aprovação basta para a supressão ou substituição. Se, porém, for prevista a alienação do bem como meio de recuperação judicial, será indispensável a concordância do credor titular da garantia real. A razão de ser dessa disciplina é fácil de se perceber. Se vier a ser decretada a falência do devedor, a garantia real suprimida ou substituída no plano de recuperação judicial se restabelece por completo. Caso, contudo, o bem onerado tenha sido vendido, esse restabelecimento não terá sentido jurídico nem consistência econômica, porque o bem não integrará mais o patrimônio da devedora falida. Assim, apenas a alienação da coisa hipotecada

ou empenhada depende da anuência expressa do titular da garantia, mas não sua mera supressão ou substituição.

Depreende-se do ensinamento que, basta a assembleia geral de credores aprovar o plano de recuperação que prevê a supressão ou substituição de uma garantia real, mas que, entretanto, se há no plano previsão para a alienação do bem, o credor deve expressamente dar sua anuência.

Quando as medidas contidas no plano de recuperação judicial não foram capazes de reestruturar a empresa em crise, dentro do processo de recuperação, converte-se a recuperação em falência, assim, cabe ressaltar seus principais efeitos, assim como em cada caso a estrutura de um painel de controle para preventivamente detectar o esvaziamento patrimonial, que passa-se a discorrer no próximo tópico.

#### **4.3 DIAGNÓSTICO DO ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL**

Considerando os objetivos desta pesquisa, a seguir intenta-se discorrer acerca da possibilidade do órgão administrador judicial e a peça Plano de Recuperação poderem contribuir para que se evite a convolação, permitindo a satisfação dos créditos, bem como atingir os valores perseguidos pela Lei. Antes porém, apresenta-se as hipóteses de convolação, isto é, quando há frustração no intento da recuperação judicial.

O requerimento de recuperação judicial pressupõe uma situação de crise econômico-financeira pela qual enfrenta a empresa. Para que o devedor possa se reestruturar, uma série de atos deve ser realizada pelo devedor, com os quais devem concordar os próprios credores, sob pena de inviabilizar o prosseguimento do feito. A crise será reputada irreversível se não houver a cooperação dos credores, descrentes com a recuperação da empresa, ou se o devedor praticar ato incompatível com a finalidade de reestruturação da atividade empresarial, assim durante o processo de recuperação judicial, será decretada a falência, portanto operando-se a convolação.

O art. 73 da Lei, apresenta as hipóteses em que será aplicada a convolação:

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;

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

III - quando não aplicado o disposto nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 56 desta Lei, ou rejeitado o plano de recuperação judicial proposto pelos credores, nos termos do § 7º do art. 56 e do art. 58-A desta Lei; [\(Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

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

V - por descumprimento dos parcelamentos referidos no art. 68 desta Lei ou da transação prevista no [art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002](#); e [\(Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

VI - quando identificado o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas. [\(Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

~~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.~~

§ 1º. 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. [\(Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 2º A hipótese prevista no inciso VI do **caput** deste artigo não implicará a invalidade ou a ineficácia dos atos, e o juiz determinará o bloqueio do produto de eventuais alienações e a devolução ao devedor dos valores já distribuídos, os quais ficarão à disposição do juízo. [\(Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 3º Considera-se substancial a liquidação quando não forem reservados bens, direitos ou projeção de fluxo de caixa futuro suficientes à manutenção da atividade econômica para fins de cumprimento de suas obrigações, facultada a realização de perícia específica para essa finalidade. [\(Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020\)](#) [\(Vigência\)](#)

Destaca-se a hipótese de esvaziamento patrimonial, ocorrendo quando não forem reservados bens, direitos ou projeção de fluxo de caixa futuro suficientes à manutenção da atividade bem como ao cumprimento de suas obrigações. Já o art.74 prevê que:

Na convolação da recuperação em falência, os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação judicial presumem-se válidos, desde que realizados na forma desta Lei

Abordando os efeitos da convolação, SACRAMONE (2021, p.555, Edição Kindle) explica que:

Os créditos submetidos à recuperação, entretanto, cujas condições forem alteradas, terão reconstituídas suas características originalmente contratadas. Os credores terão restabelecidos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas antes de ser operada a novação por meio da recuperação judicial. Dos créditos serão apenas deduzidos os valores eventualmente pagos. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, contudo, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação da falência

É possível identificar que, os créditos que foram alterados suas condições, retornam às condições anteriores, já aqueles créditos contraídos pelo devedor durante a recuperação judicial, serão considerados extraconcursais.

Com relação ao esvaziamento patrimonial, COELHO (2021, p. 102.1, Edição E-Book) adverte que:

Ao tentar tipificá-la, o legislador não poderia ter se atrapalhado mais. De um lado, proceder a “reserva de bens” é a própria negação da exploração de qualquer atividade econômica de modo racional, que pressupõe exatamente o inverso: otimizar o emprego de todos os ativos como fonte de geração de valor. Por outro lado, a “reserva de projeção de fluxo de caixa futuro” é um requisito etéreo, por ser a mera quantificação unilateral, feita pelo devedor, de suas expectativas de rentabilidade, ou seja, um palpite altamente subjetivo.

Entende o autor, que há contradição na hipótese de convolação que acarreta esvaziamento patrimonial, uma vez que prever a reserva de bens é uma negação ao intuito de praticar a atividade econômica racionalmente, isto é, aplicar os recursos de forma a otimizar seus resultados e também pela previsão de fluxo de caixa, pois este é apenas uma expectativa, um ponto de vista subjetivo do devedor.

Ainda, ao caracterizar o esvaziamento patrimonial COELHO (2021, p.102.1, Edição Ebook) afirma que:

Caracteriza-se quando o devedor está se valendo da suspensão temporária da exigibilidade de suas obrigações (art. 6º) e da exceção de sucessão na alienação de UPIs (art. 60) não como medidas destinadas à superação da crise, mas com o objetivo diverso de proceder à liquidação de seu negócio em condições mais vantajosas.

Compreende o autor, como característica marcante do esvaziamento patrimonial, a liquidação dos ativos no *Stay Period*, aproveitando-se que não haverá sucessão de obrigações nas alienações das unidades produtivas isoladas.

Pelo exposto até o momento, também que o pressuposto é que a identificação do esvaziamento patrimonial está em momento posterior a venda de qualquer bem, portanto após o produto da alienação passar pelo caixa, pode-se sugerir, que o administrador judicial, dentro dos limites da ética e também de suas prerrogativas, mas sobretudo em função do acesso a informação que possui acerca do devedor em recuperação poderá consubstanciado nas alíneas G e H do inciso II do artigo 22 da Lei, atribuições incluídas na reforma pela Lei 14.112/20, promover ambiente de negociação que forneça aos credores relativa segurança ao plano de recuperação, mais precisamente nos aspectos que envolvam a aplicação dos recursos em caixa, bem como o acompanhamento dos resultados por meio de relatórios específicos a este fim. Considerando o exposto, admitir-se-ia um administrador judicial com preocupação adicional em contas fundamentais da empresa como a pagar e a receber, complementando com demonstrações de fluxo de caixa em periodicidade semanal. Válido destacar que as informações obtidas por meio do acompanhamento destes relatórios devem alcançar o conhecimento dos credores para que se posicionem diante da realidade apresentada.

Neste sentido, o administrador judicial, poderá valer-se para na construção da composição entre devedor e credores, incluir indicadores tais como de liquidez, endividamento geral, estrutura de capital, rentabilidade no próprio Plano de recuperação judicial, de modo a vincular o devedor ao atingimento destes números.

Conforme já visto, o Plano de Recuperação, que trata-se de uma peça com elevada importância, possui dois tópicos que devem ser utilizados para mitigar as possibilidades de convolação e assim prejudicar os credores, inclusive os extraconcursais. Deste modo, os laudos de viabilidade econômico-financeiro e laudo dos bens, se bem orientados e por conseguinte com a capacidade de traduzir com fidedignidade a realidade econômico patrimonial da entidade, podem resultar numa maior credibilidade por parte dos credores, inclusive os do art. 49 § 3º da Lei embora tenham que anuir expressamente para a alienação, mas que, apontando as causas da crise, bem como a partir de sua posição patrimonial apontar quais mudanças qualitativas e quantitativas vão operar-se para alcançar a reestruturação, auxiliará no convencimento dos credores, haja vista que o plano deve ser aprovado por estes.

Dado o exposto acima, caberá ao administrador judicial, com fundamento no art.22, Inciso I, alíneas d e j, Inciso II alíneas a, c, d e e da Lei de Recuperação, potencializando em

especial o comando contido na alínea c supracitada, que dentre suas atribuições está “ (...)relatório mensal das atividades do devedor, fiscalizando a veracidade e a conformidade das informações prestadas pelo devedor”. Portanto, o administrador judicial, podendo inclusive contratar especialistas, deve dar conformidade as afirmações entregues pelo devedor, isso implica que quando se tratar de relatórios que visam dar vistas à execução do plano de recuperação, deve-se proceder à técnicas de auditoria, por meio de controles previstos no Plano de Recuperação, para confirmar a veracidade dos saldos de contas vinculadas às alienações e sobretudo o caminho do dinheiro obtido da venda dos bens, e se for o caso, comunicar ao juízo para corrigir desvios, perdas e desperdícios que tudo contribui para o esvaziamento patrimonial. Tendo este dever em vista, também a utilização técnicas adequadas estaria o administrador judicial concorrendo para evitar a convolação por esvaziamento patrimonial ou ainda fornecendo subsídios para diagnosticar o esvaziamento .

Uma análise que se pode realizar com relação aos bens, em especial aqueles utilizados na operação, também chamados de bens de capital é um comparativo entre as receitas provenientes de sua utilização e as receitas provenientes de sua venda, informando para fins de decisão, qual seria sua melhor locação no patrimônio, se deve permanecer no ativo não circulante, na própria operação, ou se a melhor ação seria vendê-lo para gerar capital de giro, evitando novas contratações de crédito ou mesmo tendo que financiar suas atividades por meio de fornecedores. Interessante ressaltar que este procedimento deve ser previsto no Plano de Recuperação, para que deixe o devedor vinculado à esta avaliação dos bens de capital, bem como possibilitar ao administrador judicial fiscalizar e verificar a realização da avaliação.

Note-se, que a informação acima tem relação direta com o plano de viabilidade econômica, uma vez que é oportuno a demonstração dos fornecedores que aquela altura da crise, ainda fornecem com ou sem prazo, qual trava, pendência para a liberação do fornecimento. Evidente que no aspecto da viabilidade econômica existem variáveis não controladas pela devedora em recuperação, mas que esta condição não inviabiliza a demonstração de que é viável.

Tem-se em verdade um conjunto de bens que são mais ou menos explorados na atividade, portanto com o objetivo patrimonial de gerar lucro em função da sua utilização. É também verdade e fácil admitir que a empresa em recuperação judicial necessitará de caixa para dar cabo do seu plano de recuperação, seja lá qual for sua abordagem, logo acarretará a questão de qual será a origem dos recursos. Sabe-se também que os ativos de qualquer empresa são financiados por capital próprio, incluindo-se as reservas de lucros gerados pela

atividade e capital de terceiros. Quando o devedor formula pedido de recuperação é possível deduzir que se encontra numa situação de insolvência, ou seja, não existem mais capitais próprios, apenas de terceiros. Se também nestas condições nenhum agente racional estaria propenso a financiar as atividades do devedor, é coerente deduzir que as origens para o caixa estariam suportadas na venda dos ativos, sejam eles onerados com garantia real ou não.

Partindo-se do pressuposto acima, bem como as premissas do sistema capitalista são a comunhão do capital mais mão de obra e assim gerar mais-valia, deduz-se também que reduzir as saídas de caixa por via do corte da mão de obra, pode impactar seriamente os resultados necessários a satisfazer os créditos e também mesmo com redução dos salários não seria suficiente.

Assim, se o devedor não conseguir financiamento/empréstimos, mesmo de forma favorecida (*DIP Financing*) recairá sobre a empresa em recuperação a tarefa de demonstrar aos credores, sobremaneira aqueles em que é preferível a decretação da falência, que a alienação de bens é fator determinante, após, agir com transparência em suas ações nas aplicações realizadas com os produtos da arrecadação.

Certamente, cada recuperação judicial merece estudo e elaboração de um modelo próprio para abordá-la, seja em função do tempo, espaço, área de atuação, porte, regulações ou outras peculiaridades.

Os credores na Recuperação Judicial assemelham-se aos acionistas, principalmente os que adquirem as ações com base nos estudos dos fundamentos da empresa (escola fundamentalista). Com relação às informações são considerados usuários externos desta, em contraposição aos usuários internos (gestores), isto é aqueles que possuem acesso aos controles gerenciais da entidade. Neste sentido, sendo os credores, submetidos ou não aos efeitos da recuperação, a semelhança dos acionistas não controladores, podem através de indicadores acompanhar a evolução das atividades da devedora, uma vez que se encontram fora da gestão, assim podendo obter maior êxito, uma vez que nas negociações entre credores e devedor, pode-se a pedido dos credores estabelecer indicadores e metas (números a serem alcançados) que mesmo de fora da administração é possível ajudar a recuperanda a se reerguer..

Para tanto, ainda será preciso definir o parâmetro a ser seguido. No caso das empresas em recuperação trata-se de situação especial. É importante ter em mente que a informação tem um custo e que passa pelo crivo da relação custo benefício. Para encontrar-se um parâmetro, pode-se lançar mão dos parâmetros do mercado, isto é, as medidas que uma empresa

apresenta quando está em situação normal. Este parâmetro, ainda que válido, pode estar distante das peculiaridades da atividade empresarial. Um parâmetro mais adequado poderia ser os próprios parâmetros da devedora antes da crise ou ainda empresa do mesmo ramo. Considerando a dificuldade em se obter informações desta natureza, ainda mais de concorrentes, pode ser viável a parametrização a partir de dados históricos da própria devedora. O intuito de um conjunto de indicadores e parâmetros pré-fixados é para conformar a conduta da devedora, retirando-lhe margens de desvios, e que na execução do Plano de Recuperação a empresa alcance os níveis de performance desejáveis para o setor em que atua.

Posteriormente a análise dos dados existentes pelos credores no âmbito das negociações entre estes e devedor com envolvimento do administrador judicial, também, bem como a definição de quais indicadores correspondem ao propósito de potencializar a prevenção ao esvaziamento patrimonial durante a execução do Plano de Recuperação.

A título didático, poder-se-ia estabelecer um painel de controle que teria como função indicar, por meio de indicadores, se a empresa se afasta dos parâmetros fixados como desejáveis, bem como indicar a proximidade a um estado de esvaziamento patrimonial. Neste caso é preciso que os agentes envolvidos na recuperação, definam, no caso concreto, o estado de esvaziamento patrimonial.

No entanto, a fixação de parâmetros (números ou relações) torna-se impraticável neste trabalho, pois demandaria um estudo empírico, o que foge do escopo desta pesquisa, uma vez que para atribuir métricas, é preciso levar em consideração alguns fatores como se a atividade é preponderantemente serviço e por conseguinte utiliza-se de expressiva mão-de-obra, ou se é indústria ou comércio, tornando crítica a análise do imobilizado e estoque, também em ambos os casos identificar concentração de fornecedores e financiadores. É provável que as métricas estabelecidas guardem relação com as causas que levaram o devedor ao estado de crise. São pontos de partidas para uma proposta efetiva de números.

Assim, a título exemplificativo pode-se aplicar indicadores de endividamento, estrutura de capital, índices de liquidez e de rentabilidade, entre outros, inclusive criados especificamente para empresas em processo de recuperação, de modo a se obter o seguinte quadro:

**Tabela 1 - Painel de Controle Para Identificação do Esvaziamento Patrimonial**

<b>Indicadores</b>	<b>Parâmetro</b>	<b>Aceitável</b>	<b>Alerta</b>	<b>Esvaziamento Patrimonial</b>
Liquidez	X	Y	Z	E
Estrutura de Capital	X	Y	Z	E
Endividamento	X	Y	Z	E
Rentabilidade	X	Y	Z	E

Fonte: Elaboração Própria.

Portanto, a partir de uma abordagem multidisciplinar do tema da recuperação judicial, é possível com a colaboração de todos os envolvidos, particularmente nas ações do administrador judicial, bem como a atenção devida à peça do Plano de Recuperação, o diagnóstico preventivo do esvaziamento patrimonial, de modo a evitar a convolação em falência com todos os seus malefícios aos credores, inclusive os não afetados pela recuperação, e ainda atingir o valor máximo, a preservação da empresa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa, foi possível identificar o problema da Recuperação Judicial de empresas como questão de extrema relevância para a sociedade que sofre a perda da geração de riqueza e também de postos de trabalho. Não só, mas que o tema remonta à antiguidade e recentemente com legislações específicas para regular o tema. O Legislador por meio da Lei buscou a preservação da empresa visando sua função social. Com objetivo de diagnosticar o esvaziamento patrimonial, buscou-se na própria legislação ferramenta hábil a este propósito, revelando-se útil o órgão do administrador judicial, assim como a peça do Plano de Recuperação, enquanto o primeiro pode por meio de suas atribuições auxiliar a composição de entendimento entre devedor e credor, o segundo, ou seja, a peça mais importante, pode conter compromissos de atingimento de indicadores que, ao mesmo tempo que vincula a conduta do devedor, também o credibiliza diante dos credores para que aceitem as condições para venda dos bens onerados ou não. Para tanto, mostra-se útil um painel de controle, cujo objetivo é, antever o estado patrimonial de esvaziamento com base em parâmetros anteriormente fixados. Na mesma linha, para pesquisas futuras, o conhecimento a partir de dados observados em processos de recuperação de empresas, uma sugestão seria o desenvolvimento de indicadores específicos para avaliar empresas em processo de recuperação judicial, relacionados à redução da convolação.

## 6. REFERÊNCIA

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo:RT, 2019, 14ª ed.

Brasil. **Lei nº 11.101/05**: Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em 6 de mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.406/2002**: Institui o Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 6 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 6 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 87/96**: Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília: Câmara Federal, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp87.htm#:~:text=1%C2%BA%20Compete%20aos%20Estados%20e,presta%C3%A7%C3%B5es%20se%20iniciem%20no%20exterior..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm#:~:text=1%C2%BA%20Compete%20aos%20Estados%20e,presta%C3%A7%C3%B5es%20se%20iniciem%20no%20exterior..) Acesso em: 13 abril. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 582.621-4/4-00. . Relator Des. Lino Machado.Jurisprudência. São Paulo: TJSP, 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 542.416-4/6-00. .Relator Des. Boris Kauffmann.Jurisprudência. São Paulo: TJSP, 2008.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.758.746 - GO. Relator: Ministro Marco Aurélio

Bellizze.STJ. j. em 25/09/2018).

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2021, 14ª ed.

COMITÊ de Pronunciamentos Contábeis 27, de 31 de julho de 2009. Ativo Imobilizado. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.cpc.org.br/mostraAudiencia.php?id\\_audiencia=48](http://www.cpc.org.br/mostraAudiencia.php?id_audiencia=48). Acessado em: 01/05/2021

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo:Saraiva, 2013, 14ª ed.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. 35. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: FORENSE, 2012.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. Ed. rev São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial & de empresa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Preservação da Empresa**. ed.Kindle. Saraiva, 2019.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. Rio de Janeiro:Método, 2018. 8ª ed.

SACRAMONE, Marcelo. Manual de Direito Empresarial (pp. 39-40). Saraiva Jur. Edição do Kindle.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos e ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo:Saraiva, 5ª ed., 2012.