

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

Gabriel Gonçalves Masiero

A venda integral da Devedora como meio de recuperação judicial

Florianópolis, SC

2022

Gabriel Gonçalves Masiero

A venda integral da devedora como meio de recuperação judicial

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

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

Florianópolis, SC

2022

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

, Gabriel Gonçalves Masiero

A venda integral da devedora como meio de recuperação
judicial / Gabriel Gonçalves Masiero ; orientador, Orlando
Celso da Silva Neto , 2022.

74 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Recuperação Judicial. 3. Liquidação de
ativos. 4. Bankruptcy. I. , Orlando Celso da Silva Neto.
II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

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

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A venda integral da devedora como meio de recuperação judicial**”, elaborado pelo acadêmico **Gabriel Gonçalves Masiero**, defendido em 18/03/2022 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 18 de março de 2022



Documento assinado digitalmente

Orlando Celso da Silva Neto
Data: 22/03/2022 11:28:26-0300
CPF: 588.014.309-06

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Orlando Celso da Silva Neto
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

Carolina Lanzini Scatolin
Data: 21/03/2022 12:44:35-0300
CPF: 057.361.359-14

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Carolina Lanzini Scatolin
Membro de Banca

Marco Antônio
Ferreira
Pascoali

Assinado de forma
digital por Marco
Antônio Ferreira Pascoali
Dados: 2022.03.22
14:03:32 -03'00'

Marco Antônio Ferreira Pascoali
Membro de Banca



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

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Gabriel Gonçalves Masiero

RG: 4.778.525

CPF: 048.080.519-90

Matrícula: 16200236

Título do TCC: A venda integral da devedora como meio de recuperação judicial

Orientador(a): Orlando Celso da Silva Neto

Eu, Gabriel Gonçalves Masiero, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 18 de março de 2012.



Documento assinado digitalmente

GABRIEL GONCALVES MASIERO

Data: 16/03/2022 22:41:51-0300

CPF: 048.080.519-90

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

GABRIEL GONÇALVES MASIERO

*À minha avó Teresa Gonçalves e
ao meu padrinho Márcio Luiz Gonçalves (in memorian).*

*Aos meus pais, por toda a compreensão e apoio nesses
últimos anos.*

AGRADECIMENTOS

Árdua é a tarefa de reduzir em breves palavras a gratidão que tenho por todas as pessoas que auxiliaram diretamente na elaboração deste trabalho e todos que estiveram ao meu lado durante esse ciclo que se encerra. É certo que cada uma das pessoas que mencionarei são merecedoras de mais do que simples palavras. Ainda assim, com este modesto registro, escrevo, neste último ato da minha graduação, palavras de afeto como tentativa, e é claro que em vão, de tentar minimamente demonstrar o prazer que foi viver essa grande experiência ao lado de vocês.

Sem dúvida alguma, a maior gratidão entrego à minha família, que me apoiou incondicionalmente desde o início da graduação. Em especial, agradeço aos meus pais, Jailson Masiero e Mariselma Gonçalves Masiero, que sempre me entregaram amor, apoio e cuidado de sobra para correr atrás de meus sonhos. Sem eles, nada seria possível. Agradeço sigurlamente também minha irmã, Marina Gonçalves Masiero, que sempre representou um porto seguro para mim. Agradeço às minhas tias e tios mais próximos, Marli Gonçalves, Mara Gonçalves, Márcia Gonçalves, Kelly Lodetti, Flavio Martins, Eraida Masiero e Jonas Masiero, os quais representam fonte de apoio para minha formação. Deixo também meus agradecimentos aos meus primos, João Vitor Lodetti Gonçalves, Rafael Gonçalves Custódio, Laís Gonçalves, Flávio Martins Júnior, Arthur Lodetti Gonçalves e Júlia Masiero. À minha avó Delinda Bardini e meu avô Braz Gonçalves.

Ainda dentro do âmbito familiar, reservo parágrafo específico para deixar meu agradecimento mais que especial a dois entes queridos que me deixaram no meio deste percurso, meu padrinho Márcio Luiz Gonçalves e minha avó Teresa Gonçalves, os quais sempre estão em meu coração trazendo força e motivação. Desde o início, em todas as vezes que imaginei o final desse ciclo, imaginei vocês ao meu lado. Muito embora o destino não tenha possibilitado este momento, seguirei buscando ser motivo de orgulho para vocês ao longo de minha trajetória.

Apesar da saudade dos que foram, não posso deixar de registrar minha homenagem a quem simboliza a vida dentro de minha família: minha sobrinha e afilhada Elisa. Ao momento que escrevo este agradecimento, Elisa se prepara para nos conhecer e conhecer esse mundo. Ainda assim, a sua vida, saúde e amor já proporcionam à nossa família um sentimento novo e inédito.

Não poderia deixar de agradecer também à minha namorada, Tamy Roque, minha grande apoiadora que nunca mediu esforços para me incentivar em busca dos meus objetivos. Sem dúvidas, te conhecer foi um dos principais presentes que a universidade me proporcionou. Agradeço por todo apoio e compreensão nesse período.

Agradeço também meus amigos de longa data, Caio D'Alascio, Luiz Vicente Antunes, Igor Bertoncini, Lucas Moreira e Emmanuel Farias, pelo genuíno incentivo que sempre me deram.

Dentro da UFSC, tive a honra de participar de diversos projetos e grupos acadêmicos. Para além do aprendizado e crescimento que tive dentro desses espaços, passo a registrar minha gratidão às pessoas especiais que conheci em cada um deles, ressaltando desde já a contribuição de cada um/uma para que meu ciclo na UFSC fosse a melhor fase de minha vida até o momento.

No âmbito do Centro Acadêmico XI de Fevereiro (CAXIF), o qual tive a honra de ser secretário, deixo meu agradecimento aos membros da diretoria da Chapa 1 – Pode ser diferente, Vitor Cardoso de Oliveira, Marcela Matheus, Lucas Hellmann e Thiago Ferreira. Também como parte do CAXIF, mas em gestão quase que autônoma, pude contribuir para a realização do XV Congresso de Direito UFSC ao lado de pessoas que marcaram minha graduação. Por isso, agradeço ao amigo João Pedro Debastiani, Luiza Becker e Mariana Lopes pela parceria fundamental que tivemos naquele momento. Também ressalto uma grande amizade que fiz em razão do Congresso Direito UFSC, Luis Guilherme Ribeiro, um amigo de parceria sem igual.

Aos amigos (as) parceiros (as) das competições de arbitragem pelo GEArb-UFSC, Marco Antônio Ferreira Pascoali, Mario Feller Guedes, Paulo Henrique Riberio, Murillo Preve Cardoso de Oliveira, Bruna Caroline Pasta, Vitor Esmanhotto, Letícia Ghisi, Guilherme Boff Freda, Franchesco Possato, Beatriz Seixas, Luiza Pavei, Monique Lambert, Tamy Roque, Júlia de Marck, Igor Irani, Vanessa Brand, Bruno Schlemper e Laura Xavier entrego enorme gratidão. Tenho certeza de que todas as nossas discussões, viagens e momentos contribuíram de maneira ímpar para minha formação como pessoa e profissional. Devo muito ao grupo e desejo todo sucesso às próximas gerações!

Apesar dos projetos, algumas amizades construídas fora deles foram fundamentais para tornar durante minha passagem pela UFSC mais leve e prazerosa. Por isso, registro meus agradecimentos a essas pessoas incríveis os quais tive a honra de conhecer e que pretendo levar para o resto da vida: Igor Irani, Vitor Esmanhotto, Murillo Preve, Marco Pascoali, Thiago da Veiga Ferreira, Monique Lambet, Francisco Henrique Pinheiro Marques, Lucas

Hellmann, Thales Rodrigues, Paulo Henrique Ribeiro, Luis Guilherme Ribeiro, Hamilton Zardo Neto, Guilherme Boff Freda, João Pedro Debastiani, Letícia Ghisi, Bruna Caroline Pasta, Taisi Copetti, Franchesco Possato, Marcela Matheus, Luiza Machado e Jamal Rahman. Ainda que atualmente esteja mais próximo de uns e mais distante de outros, apenas gostaria de registrar que cada um de vocês foram figuras essenciais para minha graduação, seja pelos momentos de descontração, desabafos, bebedeiras etc.

Conforme prometido, deixarei registrado meu agradecimento especial ao amigo Thiago de Veira Ferreira, pessoa que nutro extrema admiração e que, sem dúvidas, é uma grande amizade que a universidade me proporcionou.

Agradeço também aos meus colegas de trabalho, Rafael Brizola, José Paulo Japur, Matheus Mombach, Victória Klein, Felipe Carmardelli, Isabela Reinaldo, Alice Minatto, Lívia Pinheiro, Camila Rohden, Carlos Ortiz, Daniel Kops e Geórgya Jacoby. Trabalhar com pessoas tão qualificadas e competentes certamente contribuíram para a pesquisa e dedicação desta monografia. Reservo também um agradecimento especial ao grande amigo Gilvar Paim, companhia de trabalho que se tornou grande amigo e parceiro. Meu muito obrigado a todos e todas pela troca de ideias e debates diários!

Enfim, obrigado a todos e todas que cruzaram positiva e construtivamente meu caminho na Universidade Federal de Santa Catarina. Guardo todos os momentos e aprendizados com muito carinho em meu coração.

MASIERO, Gabriel Gonçalves. **A venda integral da Devedora como meio de recuperação judicial**. 2022. 70f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 2022.

Orientador: Prof. Orlando Silva Neto, Dr.

RESUMO

A venda integral da devedora em recuperação judicial como meio de superação da crise é uma das novidades advindas da recente reforma da Lei n. 11.101/2005 pela Lei n. 14.112/2020. Apesar do ordenamento jurídico brasileiro prever expressamente tal hipótese somente após a reforma, a doutrina brasileira divergia quanto à possibilidade jurídica da liquidação da devedora antes da referida alteração legislativa. Uma das problemáticas estabelecida quanto à questão sobrevinha da necessidade de conciliar os interesses dos credores sujeitos e não sujeitos ao concurso quando da eventual aprovação de tal proposta, porquanto a legislação de vigência não estabelecia mecanismos hábeis a possibilitar segurança jurídica à operação de liquidação. Além disso, dúvida razoável existia se a recuperação judicial era medida adequada para a realização de todos os ativos do devedor, já que o processo falimentar representa justamente a aplicação de tal hipótese. Ainda assim, fato é que não havia remédio jurídico para a rápida realocação produtiva do ativo do devedor insolvente. Ante todo esse contexto, o presente trabalho tem por objetivo estudar como a sistemática principiológica da recuperação judicial pode absorver a hipótese da venda integral como meio possibilitar o soerguimento da atividade empresarial, discorrer sobre a proteção aos credores extraconcursais na aplicação de tal hipótese e estudar os meios de liquidação a serem utilizados pelo devedor.

Palavras-chave: Direito. Recuperação Judicial. Venda Integral. Liquidação dos Ativos.

ABSTRACT

The integral sale of a company in judicial recovery as a mean of overcoming economic crisis is one of the novelties introduced by federal law n. 14.112/2020, which reformed previous federal law n. 11.101/2005. Despite brasilian law only permitting integral sale after the approval of the new law, brasilian doctrine conflicted about the possibility of liquidating the debtor before the reform. One of the main problems about it was the necessity of conciliating the needs of creditors affected and not affected by the judicial recovery, a question which was not regulated by the previous legislation. Besides, there was reasonable doubt if judicial recovery was the apt procedure to liquidate a debtor's assets, as bankruptcy existed just for that goal. All in all, there was no adequate method to quickly realocate a debtor's active production assets. Facing that, this work aims to study how judicial recovery's principles can absorb the integral sale of a company as a mean of overcoming economic crisis, discuss about the means of protecting non-bankruptcy creditors and study the means of liquidation available to the distressed company.

Keywords: Law. Debtor. Bankruptcy. Asset Sales. Reorganization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

CF Constituição Federal

CC Código Civil

LRF Lei de Recuperação Judicial e Falências

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

UPI Unidade Produtiva Isolada

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	12
2.1	A PERSPECTIVA HISTÓRICA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO BRASIL.....	12
2.2	A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 11.101/2005 E A MUDANÇA DE PARADIGMA DA LEGISLAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NACIONAL.....	16
2.2.1	Os princípios que calcam a Lei nº 11.101/2005.....	19
2.2.2	Os meios de recuperação judicial previstos no ordenamento.....	26
3	O ESTABELECIMENTO COMERCIAL E A ALIENAÇÃO DE BENS NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	29
3.1	EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO.....	29
3.2	A ALIENAÇÃO DE BENS E ESTABELECIMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	36
4	A VENDA INTEGRAL DA DEVEDORA COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	43
4.1	CONTEXTO DOUTRINÁRIO DA ALIENAÇÃO INTEGRAL DA EMPRESA NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	44
4.2	AS PECULIARIDADES DA LIQUIDAÇÃO DA EMPRESA NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DISTINÇÕES AO PROCESSO FALIMENTAR.....	49
4.2.1	A realidade quanto à valorização dos ativos tangíveis da sociedade empresária.....	54
4.3	A PROTEÇÃO AOS CREDORES EXTRACONCURSAIS.....	55
4.4	MODALIDADE DE ALIENAÇÃO NA HIPÓTESE DA VENDA INTEGRAL.....	61
5	CONCLUSÕES.....	64
	REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

A crise empresarial, seja ela sistêmica ou localizada, é condição inerente ao sistema capitalista. Com as constantes transformações da sociedade e, sobretudo, do mercado, é natural que muita das atividades empresariais que não se adequam às novas realidades e necessidades tenham que se socorrer de meios atípicos de solução para a crise.

No ordenamento brasileiro, um remédio jurídico para tratamento da crise é a Lei n. 11.101/2005, que regulamenta o instituto da recuperação judicial e falência. A legislação vigente em nosso país surgiu a partir da globalização de nossa economia e, também, em razão da pressão de organismos internacionais de mercado por uma renovação da legislação de insolvência nacional, que, até então, não dispunha de instrumentos suficientes para possibilitar o efetivo soerguimento dos devedores.

Quando se fala em recuperação judicial, é natural que pensemos na preservação da empresa como tentativa de continuidade das atividades de determinada sociedade empresária mediante o auxílio das benesses que o instituto recuperacional proporciona para tal. Além do mais, é comum que pensemos que, para a hipótese de insucesso do soerguimento mediante a recuperação judicial, o caminho optado pelo legislador é a falência, processo no qual se possibilita a realização e distribuição do ativo do devedor insolvente a partir de uma ordem preferencial escolhida pelo legislador.

Contudo, a partir do amadurecimento da legislação e, também, das discussões atinentes à sua aplicação prática, urge a discussão atinente à possibilidade de utilização do instituto recuperacional como meio de rápida, eficiente e segura liquidação dos ativos do devedor, ainda que tal lógica parecesse contrária às escolhas legislativas realizadas até então.

Em 2020, é promulgada a Lei n. 14.112 a qual estabelece pronunciamento expresso do legislador brasileiro quanto à possibilidade de utilização da recuperação judicial como medida para possibilitar a venda integral da empresa, estabelecendo alguns critérios para aplicação de tal hipótese.

Assim sendo, o presente trabalho, a partir do método dedutivo, pretende analisar as questões jurídicas atinentes à aplicabilidade de tal instituto, colhendo os pronunciamentos doutrinários antes e após reforma, bem como mapeando as principais preocupações do legislador em relação a tal hipótese.

Para isto, num primeiro momento, será abordado o aspecto histórico da recuperação judicial, buscando estabelecer premissas quanto às suas raízes principiológicas e contexto no

qual fora concebida.

Num segundo momento, já com intento de adentrar no tema propriamente dito, definir-se-á conceitos jurídicos relevantes para o desenrolar, tais como o conceito de estabelecimento comercial e as preocupações centrais do legislador quanto à gestão patrimonial das empresas em recuperação judicial.

Nos últimos capítulos, abordar-se-á propriamente a questão atinente à liquidação da devedora no âmbito da recuperação judicial, tendo como objetivo primordial analisar a intenção do legislador quanto à conciliação de interesses dos diversos credores envolvidos na operação em questão. Objetiva-se, a partir do método dedutivo, estudar como o institutio em questão dialoga com as diversas bases principiológicas estabelecidas em nosso ordenamento e, também, as regulamentações atinentes à alienação patrimonial no âmbito da recuperação judicial. Ao final, serão tratados também os meios preconizados pela legislação para que a operação seja realizada.

2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Num primeiro momento, far-se-á breve introdução a respeito do instituto da recuperação judicial no direito brasileiro, tratando da sua perspectiva histórica e, também, sua finalidade essencial.

A pertinência de tal análise para o presente trabalho se dá sobretudo pela imprescindibilidade de se entender a dinâmica e objetivos do processo concursal antes de adentrar ao tema principal.

2.1 A PERSPECTIVA HISTÓRICA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO BRASIL

Quando se fala em perspectiva histórica do instituto da recuperação judicial, não há como deixar de se falar no instituto da concordata. Os primeiros registros da concordata remontam ao Império Romano, momento histórico no qual, na sucessão dos bens de falecidos os quais o valor das dívidas ultrapassasse o valor do espólio, os credores poderiam em sua maioria deliberar acerca de eventual redução do passivo do *de cuius* como medida apta a evitar a gravação de sua infâmia.

Ecio Perin Junior¹ bem pontua que a dinâmica concursal estabelecida no longínquo período histórico romano norteou as bases dos sistemas de insolvência a serem desenvolvidos posteriormente:

Desta forma, surgia a necessidade de composição dos credores com os herdeiros, para melhor defesa dos interesses dos primeiros e, para resguardar da infâmia a memória do de cujos. Surge neste instante, o *pactum ut minus solvatur*, pelo qual os credores concordavam com os herdeiros em realizar uma redução de seus créditos às forças da herança. Para que fosse considerado válido este acordo, bastava que credores, representando a maioria dos créditos, o aceitassem e fosse homologado pelo magistrado. Este pacto se tornou praticamente desnecessário depois da introdução do benefício do inventário, também em Roma, por Justiniano, em 531 d.C. Contudo, é inegável que das formas reguladoras daquele pacto saíram muitos princípios que orientaram a formação do instituto da concordata, facilitando que assim fosse acolhida pela doutrina do direito comum.¹

¹ PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 3.ed. São Paulo, SP: Método, 2006. p. 331.

Em mesmo sentido, Ruy Pereira Camilo Junior², também reconhece o regime jurídico estabelecido no Império Romano como grande elemento constituinte na concepção da insolvência nos dias atuais.

No Brasil, as legislações de insolvência existem desde o período colonial. Um consenso a respeito dos instrumentos jurídicos vigentes nesse período é a excessiva punição do devedor de um modo geral³. Apenas a título de exemplificação, rememora-se que as Ordenações Afonsinas, no título 67 do livro 4, estabelecia a possibilidade de prisão do devedor na hipótese de não pagamento da dívida.

Já com as Ordenações Filipinas, contudo, houve considerável ruptura da lógica pró-credor ao se estabelecer que os devedores os quais tivessem contraído suas dívidas sem culpa não seriam considerados criminosos, sendo possível, inclusive, a sua recomposição junto aos seus respectivos credores⁴.

De acordo com Ruy Pereira Camilo Junior⁵, somente com a edição do alvará de 13 de novembro de 1756, a legislação de insolvência nacional obteve certo avanço. Com a publicação do referido instrumento normativo, o processo falimentar passou a ser centralizado em um só juízo, responsável também por realizar toda a arrecadação de bens e deliberar sobre diversas questões atinentes ao falido.

Tratando-se especificamente das legislações pátrias acerca de insolvência, Fabio Konder Comparato, pondera que entre a metade do século XIX e XX houve intensa modificação da legislação de insolvência nacional entre correntes pró-devedor e pró-credor, não sendo estabelecido ao certo qual posicionamento a legislação pátria adotava para tais casos⁶.

A mais expressiva das legislações anteriores à Lei nº 11.101/2005 certamente é o Decreto-Lei nº 7.661/1945, o qual regulamentou o instituto da falência e concordata por mais de meio século em nosso país.

² CAMILO JUNIOR (2021, RB-1.1) Apud TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2021.

³ TOLEDO, 2021, p. RB-1.1.

⁴ UNIVERSIDADE DE COIMBRA (UC). Instituto de História e Teoria das Ideias (IHTI). **Ordenações Filipinas on-line**. [Baseada na obra Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870]. Coimbra, Portugal: IHTI, [Setembro de 1998]. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁵ TOLEDO, 2021. RB-1.1.

⁶ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1970. p. 98.

Marcelo Barbosa Sacramone⁷ explica que a falência e concordata estabelecida pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945 não se demonstraram como meios hábeis a possibilitar a superação da crise empresarial. Isso porque, na falência, a dinâmica procedimental não privilegiara a rápida realização do ativo para satisfação dos credores. Para se ter ideia, não havia possibilidade de início dos pagamentos antes de consolidado o quadro-geral de credores, atrelando a satisfação creditícia do mercado ao moroso julgamento de todas habilitações e divergências, que eram exclusivamente julgadas pelo Poder Judiciário⁸.

A bem da verdade é que toda a lógica procedimental do regime falimentar do referido decreto remetia a uma desastrosa e relevante consequência: a rápida deterioração dos ativos do devedor quando da sua efetiva realização.

Por sua vez, a concordata, criada inicialmente para possibilitar a continuidade da atividade empresarial ante a crise, se estabeleceu como processo com baixa participação dos credores, de modo que a decisão, seja ela jurídica e econômica, a respeito da concessão do benefício da concordata era emanada do próprio Poder Judiciário.

Ante tal fato, o regime concordatário não possibilitava flexibilidade econômica por parte do devedor e seus credores para que fosse concebida proposta de soerguimento condizente com as realidades econômicas de todos os agentes envolvidos⁹. Isto é, não havia a possibilidade de renegociação do passivo adquirido pelo devedor de maneira coletiva. Em verdade, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 estabelecia a decretação da falência do devedor que negociar com credores qualquer tipo de remissão ou dilação dos créditos. É exatamente o que dispõe a redação do art. 2º, III, do Decreto-Lei nº 7.661/1945¹⁰.

Rodrigo Tellechea; João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli¹¹ destacam que o Decreto-Lei nº 7.661/1945 foi fortemente influenciado pela ideologia do Estado Novo de expansão do poder estatal, mormente pela preponderância do papel do Poder Judiciário no trâmite do processo de suposto soerguimento. Cita-se, inclusive, o apelido de “concordata fascista” atribuída ao sistema então instaurado, que, a despeito do nome advindo da expressão

⁷ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva Jur, 2021. p. 54/55.

⁸ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo, SP: Almedina Brasil, 2018. p. 192

⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação judicial de empresas e falências: teoria e prática da Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 76.

¹⁰ Art. 2º. Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: [...] III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens; [...]. BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei Nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de falências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 jul. 1945, Suplemento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹¹ TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 178.

latina a qual significava “estar de acordo”, não atribuía aos credores qualquer grau de discricionariedade.

Em verdade, o que se nota é que a concordata passou a ser basicamente procedimento prévio à quebra da empresa¹², porquanto a sua inerente e sistemática ineficiência certamente não seriam capazes de possibilitar uma saída da crise financeira.

Marcelo Barbosa Sacramone¹³ sintetiza certamente as razões da ausência de eficácia da concordata para superação da crise empresarial:

O Decreto 7.661, de 1945, não proporcionava mecanismos para o soerguimento da empresa, nem viabilizava a utilização de mecanismos de mercado para tal fim. A venda de estabelecimentos implicava riscos de sucessão empresarial. Por vezes, a concordata preventiva era a mera postergação da inevitável quebra, pois desacompanhada de qualquer efetiva reorganização da empresa. Raras eram as situações de concessão de desconto, para pagamento à vista. Em geral, previa-se o pagamento de toda a dívida no prazo máximo legal de 02 anos, com seu valor corroído pelo recrudescimento da inflação, pois havia intenso contencioso a respeito da exigibilidade ou não da correção monetária sobre o débito.

Os credores não tinham voz, ficando em posição passiva. Seu desânimo fomentava um mercado paralelo de cessões de crédito, por interpostas pessoas. Quando sobrevinha eventual falência, os ativos, depreciados e obsoletos, tendiam a ser liquidados de modo pulverizado, sacrificando o valor dos intangíveis.

Ainda sobre a ineficácia dos instrumentos jurídicos instituídos pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, lecionam os doutrinadores gaúchos Rodrigo Tellechea; João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli¹⁴:

É consenso na doutrina o retumbante fracasso do Decreto-Lei 7.661/1945. A experiência prática demonstrou que a lei “[...] falhou no principal objetivo que deveria orientá-la, qual seja o de obstar, de modo absoluto, pelo menos, o desaparecimento da massa em detrimento dos credores e em proveito dos artífices da fraude. Apesar disso, a legislação ainda vigorou por longos 60 anos, com regras jurídicas febris, obsoletas, e absolutamente desconectadas da realidade econômica do País.

Com o avanço da globalização, bem como do próprio crescimento econômico do Brasil, tornou-se pujante a necessidade de mudança do sistema de insolvência vigente, sobretudo para que pudesse possibilitar segurança aos investidores, tópico que será abordado no próximo item.

¹² TOLEDO, 2021. RB-1.1

¹³ SACRAMONE, 2021, p. 97.

¹⁴ TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 193.

2.2 A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 11.101/2005 E A MUDANÇA DE PARADIGMA DA LEGISLAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NACIONAL

Conforme mencionado anteriormente, a imediata necessidade de adequação à legislação de insolvência à nova dinâmica social do capitalismo fez com que urgisse premente necessidade de revisão da cultura jurídica brasileira a respeito da temática da insolvência.

Acerca dos intensos anseios por mudanças na legislação concursal, discorrem os doutrinadores Rodrigo Tellechea; João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli¹⁵:

Após décadas de pressão de toda a coletividade jurídico-empresarial, concluiu-se pela necessidade de reforma da legislação concursal, com especial enfoque no regime da concordata e nas alternativas para o saneamento da crise empresarial, considerando, sobretudo, a principiologia falimentar moderna, no sentido de que os interesses vão além do binômio devedor-credor, gravitando em torno da empresa em crise.

Inclusive, as necessidades de revisão se deram como meio de adequar o ordenamento brasileiro às evoluções internacionais relativas à normativa de insolvência, mais especificamente as diretrizes adotadas pelo Banco Mundial¹⁶.

Em suma, a legislação brasileira ora vigente não se encontrava dentro dos parâmetros internacionalmente estabelecidos, o que gerava alta incerteza aos investidores estrangeiros e até mesmo brasileiros no que tange à recuperação de seus créditos em eventual crise econômica, uma vez que as normas atinentes ao tratamento da insolvência não estabeleciam parâmetros eficazes para preservação do crédito¹⁷.

Tal situação ensejava, inclusive, menor desempenho do Brasil em *rankings* elaborados com fito de analisar o impacto das legislações de cada um dos países no funcionamento da atividade empresarial em seu território, a exemplo o “Doing Business”, lançado no ano de 2002 pelo Banco Mundial.

Pode-se afirmar, ademais, que o Banco Mundial foi relevante agente na transformação dos mercados de insolvência mundial, tendo como objeto primordial uma aprimoração da regulamentação de mercado mundial e, sobretudo, criar ambiente mais favorável para o mercado de crédito¹⁸.

Ante tal conjectura e, sobretudo, pela insuficiência dos instrumentos legislativos

¹⁵ TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 193.

¹⁶ TOLEDO, 2021, p. RB-1.1.

¹⁷ TOLEDO, 2021, p. RB-1.1.

¹⁸ TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 195.

brasileiros para tratamento da crise empresarial, o Ministério da Justiça do governo Itamar Franco, constituiu comissão específica para trabalhar numa reforma da lei de falências brasileira¹⁹.

Assim, surge então o Projeto de Lei nº 4.376/1993²⁰, de iniciativa Poder Executivo, que possuía como interesse primordial a discussão de uma legislação de insolvência que possibilitasse a efetiva preservação da empresa e continuidade da atividade empresarial, buscando, primordialmente, se afastar dos instrumentos jurídicos meramente liquidatórios existentes no Brasil.

Contudo, Rodrigo Tellechea; João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli²¹ comentam que a redação original do referido projeto não se desvinculou suficientemente das normativas arcaicas de insolvência, uma vez que, por exemplo, não privilegiara a plena negociação entre credores e devedor:

[...] Apesar de bem-intencionada, a redação original contrastava com a lógica recuperatória que ele se propunha a defender.

Por exemplo, o projeto continha uma fórmula circular e contrária às negociações extrajudiciais entabuladas entre o devedor e seus credores. Explica-se: ao mesmo tempo em que suprimia a criticada proibição do art. 2º, III, do Decreto-Lei 7.661/45 – que previa como hipótese de falência convocação dos credores pelo devedor para propor a dilação, a remissão de créditos ou a cessão de bens –, criava como hipótese caracterizadora da falência o fato de o devedor cessar, em caráter geral, o cumprimento de suas obrigações, ou reconhecer judicial ou extrajudicialmente a impossibilidade de fazê-lo (art. 76, I).

Comentam também os doutrinadores gaúchos Rodrigo Tellechea; João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli²² que a tramitação do projeto restou sem grandes discussões até o início dos anos 2000, momento este no qual tornou-se insustentável a continuação de uma legislação falimentar fora dos parâmetros adotados internacionalmente.

Mauro Rodrigues Penteado²³ destaca, em especial, o compromisso internacional assumido pelo Brasil junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI). De acordo com o doutrinador, tal impulso se configurou como ponto fundamental para a efetiva aceleração do

¹⁹ SACRAMONE, 2021, p. 55.

²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.376/1993**, de 22 de dezembro de 1993. Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1993. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20846>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²¹ TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 196.

²² TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 217.

²³ PENTEADO (ano, p. 17) Apud SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60.

processo de atualização da legislação de insolvência nacional:

A chamada “vontade política”, de que decorre a transformação de idéias e projetos em lei, parece ter sido a mesma que vem informando as últimas reformas legislativas, e mesmo emendas constitucionais de interesse do empresariado, como já anotamos alhures. Somente após o Poder Executivo federal haver assumido compromisso perante o Fundo Monetário Internacional para aprovar uma nova lei de falências, visando melhorar o “ambiente” e os chamados “marcos legais” do mercado brasileiro, é que a tramitação do Projeto ganhou impulso e passou a figurar com prioridade na agenda do Congresso, acabando por ser aprovado, com profundas modificações e a incorporação de mecanismos indicados em diretrizes (“principles and guidelines”) de organismos internacionais, encontrados em leis de países desenvolvidos, sem maior tradição nos cinquenta anos de nosso direito imediatamente anterior – embora o método de atribuir aos credores preponderância na recuperação tenha sido testado até 1945, e sem sucesso, desde o velho Código Comercial de 1850.

O autor convalida tal questão citando o artigo publicado por Marcos de Barros Lisboa, Otávio Ribeiro Damaso, Bruno Carrazza dos Santos e Ana Carla Abrão Costa na Revista de Direito Mercantil (RDM), intitulado “A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas”, na qual citam que a modificação da legislação falimentar brasileira possuía como objetivo primordial alinhar o ordenamento brasileiro às diretrizes internacionais vigentes naquele momento.

Durante essa retomada legislativa em razão dos motivos acima mencionados, se destaca o trabalho realizado pelo Deputado Oswaldo Anicetto Biolchi, que apresentou modificações profundas no projeto de lei inicialmente apresentado pelo executivo.

Anos mais tarde, o próprio Deputado Oswaldo Anicetto Biolchi²⁴ destacou em seus escritos que as modificações apresentadas advinham de um longo e expressivo debate com os diversos agentes econômicos interessados no processo de insolvência, quais sejam empresários, entidades de classe, operadores do direito etc. Em razão disto, destacou o deputado a relevância do trabalho de toda a sociedade brasileira para a discussão e redação final da nova lei, que, na opinião do parlamentar, apesar de não ter alcançado a perfeição, cumpriu um papel social de relevância significativa.

Ainda, é preciso destacar que após as relevantes contribuições de Oswaldo Anicetto Biolchi na tramitação do projeto de lei no âmbito da Câmara de Deputados, no Senado Federal a notoriedade de atuação se deu a partir do relator Senador Ramez Tebet, responsável por também inserir relevantes contribuições à legislação a partir de debates junto à classe

²⁴ BIOLCHI, Oswaldo Anicetto. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. **Rev. Adv.**, São Paulo, SP, v. 25, n. 83, p. 7-14, set. 2005. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/83/12/index.html. Acesso em: 10 jan. 2022.

empresarial e jurídica. Dentre as modificações promovidas pelo referido senador, Rodrigo Tellechea; João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli²⁵ destacam a inauguração da possibilidade de existência simultânea da recuperação judicial e extrajudicial, sistemas diversos destinados para situações diversas de crise empresarial.

Louvável de destaque é o Parecer nº 534²⁶, da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, no qual o senador Ramez Tebet expõe certamente a necessidade de uma nova legislação em substituição ao regime concordatário, o qual na prática se mostrou como ineficaz meio de tratamento da crise. No parecer, infere-se de maneira objetiva que o foco da legislação atual é, em verdade, passa a ser centralizado na preservação da empresa, adaptando-se à lei à nova realidade social vigente:

Em lugar da atual concordata – um regime ao qual poucas empresas conseguem sobreviver e que tem como desfecho mais freqüente a decretação da falência – criam-se as opções da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial. No primeiro caso, propomos um modelo em que não seja compulsória a participação de todos os credores e em que apenas os mais relevantes sejam chamados a renegociar seus créditos, de forma a permitir a reestruturação da empresa sem comprometimento das características, prazos e valores dos créditos pertencentes aos demais credores. Na recuperação judicial, um processo mais formal e realizado sob controle da Justiça, os credores devem formar maioria em torno de um plano de recuperação. Se o plano não for aprovado ou não atingir suas metas de recuperação, aí sim caberá ao juiz decretar a falência.

Após aprovação sem grandes controvérsias no Senado Federal, em 15 de outubro de 2003 foi aprovado o projeto de lei, sendo levado à sanção presidencial como Lei nº 11.101/2005²⁷.

2.2.1 Os princípios que calcam a Lei nº 11.101/2005

Discorrido brevemente o caminho percorrido pela Lei nº 11.101/2005²⁸ até sua sanção, bem como os nortes ideológicos atinentes a todo o seu debate legislativo e social, cumpre agora tratar especificamente da revolução jurídica que a referida lei causou no

²⁵ TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 198.

²⁶ SENADO FEDERAL. Comissão de Assuntos Econômicos. **Parecer n. 534/2004**, sobre o Projeto de Lei nº 71/2003. Relator: Senador Ramez Tebet. Brasília, DF: Gráfica do Senado Federal, 2004. p. 11-12. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3499286&ts=1630434000927&disposition=inline>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 Fev. 2005, Diário extra, p. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁸ BRASIL, 2005.

ordenamento pátrio e, também, na realidade empresarial do Brasil.

Tecendo abertas críticas ao sistema de insolvência introduzido pela referida lei há época de sua promulgação, o professor Mauro Rodrigues Penteado²⁹ afirma que a Lei 11.101/2005 se afigura como um instrumento jurídico destoante da realidade brasileira, uma vez que as pequenas e médias empresas não possuirão condições para utilizar de maneira efetiva os mecanismos dispostos em lei para o seu soerguimento:

No Brasil real (excluída obviamente a economia informal), segundo os dados mais atualizados e confiáveis, catalogados pelo Ministério da Justiça, através de seu Departamento Nacional de Registro do Comércio, verificou-se a constituição, no período de 1985 a 2003, neste País continental com milhares de municípios e comarcas, de 8.915.890 empresas, sendo 51,25% delas “firmas individuais”, 48,23% sociedades limitadas e apenas 0,002% sociedades por ações. Não se espera que esse imenso percentual de 99,48% de empresas (das quais apenas um índice reduzido se aproveitará do plano especial facultativo, ou moratória, de que tratam os arts. 70 a 72), saiba ou tenha experiência em lidar com Assembleias-Gerais, ou com o regime dualista de administração, neste figurando órgão colegiado facultativo (o Comitê de Credores), e também um órgão executivo, profissionalizado (art. 21).

Por outro lado, José Xavier Carvalho de Mendonça³⁰ destaca como positiva a ruptura jurídica estabelecida pela Lei nº 11.101/2005 a partir de uma mudança clara de paradigma, centrando-se, nesse momento, na preservação da atividade empresarial e, também, na maior segurança jurídica do mercado de crédito brasileiro:

A Lei 11.101/2005 representou uma ruptura significativa com a tradição jurídica brasileira na área da insolvência, pois se passou do viés liquidatório para a centralidade da preservação da empresa. Houve a preocupação em se reformular o regime jurídico nacional, incorporando soluções do direito comparado, sob a influência dos princípios defendidos pelo Banco Mundial como representativos das melhores práticas no enfrentamento da insolvência, coligidos após crise asiática do final dos anos 1990. Pretendia-se a redução do custo de crédito no Brasil. Abandonou-se o processualismo excessivo e contencioso do Decreto 7.661/1945, conferindo ao administrador judicial um papel importante na organização do feito e na fase de verificação administrativa dos créditos (que passa a ter eficácia preclusiva, se não forem eles impugnados), bem como na comunicação com os credores. O administrador, na forma do artigo 21 da Lei 11.101/2005, passa a ser um profissional especializado, abandonando-se o critério do artigo 60 do DL 7.661, de 1945, que determinava que fosse escolhido entre os maiores credores.

Ponto de partida bastante ideal para estudo da legislação de insolvência, mais

²⁹ PENTEADO (2021, p. 59) Apud SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2007. p. 59.

³⁰ CARVALHO DE MENDONÇA (2021, p. 55) Apud TOLEDO, 2021, p. 55.

especificamente com foco na recuperação judicial, é a leitura do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005³¹, que resume de maneira concisa os princípios roteadores da recuperação judicial no cenário jurídico nacional:

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.

Como se vê, a legislação elenca uma série de primados os quais auxiliam na sua compreensão e interpretação sistemática. O primeiro a ser abordado no presente tópico se trata do princípio da preservação da empresa, cujo conteúdo e alcance fora diversas vezes cotejado nas discussões atinentes à legislação de insolvência, sobretudo em seus pontos de alteração. Ousa-se afirmar que, inclusive, sob o ponto de vista do operador do direito envolvido no processo recuperacional ou de soerguimento, o princípio da preservação da empresa se afigura como norte ideológico de toda e qualquer celeuma jurídica³².

O comercialista Fabio Ulhoa Coelho³³ dispõe que o conteúdo do referido primado diz respeito à continuação da atividade em razão do relevante grau de dependência e reflexos sociais que a atividade empresarial pode ensejar, de modo que a continuidade e preservação tem como norte as consequências nefastas que a desatenção a tal normativa pode ocasionar para a sociedade num geral.

Complementando a perspectiva de tal princípio, Leandro Taques Ferreira e Tarcisio Teixeira³⁴ afirmam que a sua razão de ser é muito mais centrada no interesse social atinente à atividade empresarial do que a sociedade empresária ou empresário por si só. Afinal, conservar a empresa, esta concebida como atividade exercida pelo empresário, é preservar a arrecadação de impostos para financiamento da máquina pública, manter postos de trabalhos necessários à manutenção do mercado, distribuição de riqueza, circulação e fornecimento de serviços e produtos ou, em apertado resumo, tutelar interesses da sociedade num geral.

Marcelo Barbosa Sacramone³⁵ diligentemente adverte que, muito embora o mandamento principiológico traga um viés social bastante evidente, não se trata de uma carta branca para toda e qualquer empresa buscar seu soerguimento, mormente àquelas as quais a

³¹ BRASIL, 2005, Art. 47.

³² SACRAMONE, 2021, p. 240.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 20. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. p. 13.

³⁴ FERREIRA, Leandro Taques; TEIXEIRA, Tarcisio. Função social da empresa: conceito e aplicação. **Rev. Direito Empres.** São Paulo, SP, v. 4, n. 15, p. 19-39, maio/jun., 2016. p. 233.

³⁵ SACRAMONE, 2021, p. 240.

contribuição para a coletividade talvez não possuam fundamental relevância:

A conciliação desses diversos interesses envolvidos na empresa não significa, entretanto, que a recuperação judicial deverá ser sempre concedida ou assegurada. A interpretação do art. 47 não pode gerar um assistencialismo, em que a recuperação judicial seria concedida independentemente do preenchimento dos requisitos legais, da vontade dos credores em Assembleia Geral ou conservada independentemente do cumprimento do plano ou das demais obrigações sociais.

Nessa mesma linha, Fabio Ulhoa Coelho³⁶ pondera que por diversas vezes a falência não precisa necessariamente ser afigurada como remédio jurídico maléfico, já que atividades empresariais ou até mesmo a dinâmica interna de algumas empresas podem facilmente deixar de ser relevantes para a coletividade, de modo que o seu encerramento poderá, até mesmo, contribuir para melhora do mercado.

Na prática, a materialização do princípio da preservação da empresa se dá a partir de mecanismos expressos em lei os quais visam criar condições favorável ao âmbito negocial da empresa no curso do processo recuperacional.

O primeiro e talvez mais relevante é o *stay period*, previsto no art. 6º da Lei nº 11.101/2005. Com o deferimento do processamento da recuperação judicial, é instaurado verdadeiro prazo de blindagem em favor da sociedade empresária devedora na qual é determinada a suspensão de todas as execuções de créditos sujeitos ao concurso recuperacional. Faz-se, assim, com que não haja uma verdadeira corrida do ouro por parte dos credores em busca da satisfação de seus créditos³⁷.

Fazendo uso das explicações da doutrina norte americana acerca do *stay period*, Ruy Pereira Camilo Junior³⁸ explica que o prazo de blindagem se assemelha ao ato de fechar as portas da casa do devedor para impedir a retirada dos bens da empresa em busca de satisfazer seus credores. Indo além da perspectiva dos credores, poderia se afirmar que o prazo de blindagem se afigura como momento para que o devedor constitua verdadeiro fôlego para montagem de um plano de soerguimento³⁹. Melhor dizendo, se por um lado o referido prazo impede o desmantelamento da sociedade empresária mediante a retirada de seus bens em benefício dos poucos credores os quais possuem maiores condições financeiras para efetuar a cobrança das dívidas em face do devedor, por outro o prazo também alivia às pressões em face do devedor para que possa se concentrar na consecução do objeto social da empresa

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2021a. p. 320.

³⁷ TOLEDO, 2021, p. 123.

³⁸ TOLEDO, 2021, p. 121.

³⁹ COELHO, 2021a, p. 55.

(geração de riqueza) e, também, materializar junto aos credores meios hábeis a proporcionar o fim da crise.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana Pugliesi⁴⁰ bem resumem a função do prazo de blindagem à sociedade empresária:

A solução justifica-se, pois uma das principais finalidades do *stay period*, é exatamente a de proporcionar ao devedor um prazo de “respiro” em que possa concentrar seus esforços na reorganização do passivo, em vez de defender-se do exercício individual de direitos de cada credor. Além do mais, presume o legislador que, nesse espaço de tempo, o devedor já tenha se composto com os demais credores, e tenha mais condições de oferecer soluções que permitam a permanência em seus ativos (ou ao menos a substituição) dos aludidos bens essenciais.

Importante materialização do princípio da preservação da empresa também pode ser visualizada na normativa disposta no art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005⁴¹, que proíbe expressamente a retirada de bens de capital essenciais ao prosseguimento das atividades do devedor durante o *stay period*, inclusive a execução de garantias daqueles credores não sujeitos ao procedimento concursal.

Tal regra se afigura de importância ímpar para a manutenção das atividades do devedor, uma vez que privilegia à continuidade da atividade empresarial, tendo como norte a preservação da função social exercida pela sociedade empresária no meio a qual se insere. Comentando a importância do impedimento da retirada de bens essenciais, leciona Marcelo Barbosa Sacramone⁴²:

Ainda que as ações que visem à retomada do bem não sejam suspensas, portanto, restringe-se a retomada se o bem for essencial à manutenção da atividade e for bem de capital. O juízo da recuperação judicial deverá ser oficiado para que informe se o bem de capital é ou não essencial à manutenção da atividade e de modo a autorizar ou não sua apreensão na execução individual durante o *stay period*.

⁴⁰ TRATADO DE DIREITO EMPRESARIAL, coordenação: Modesto Carvalhosa, 2ª edição, Revista dos Tribunais, pg. 452. Ano 2018 (Verificar pois Esta é uma coleção e cada volume tem um título e autor dai também muda a chamada no corpo do parágrafo) Seria:

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros *et al.* **Recuperação Empresarial e Falência**. 2. ed. São Paulo, SP: Thomson Reuters brasil; Revista dos Tribunais, 2016. -- (Coleção Tratado de direito empresarial; v. 5??/ Coordenação Modesto Carvalosa). p. 452.

⁴¹ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (BRASIL, 2005, Art. 49).

⁴² SACRAMONE, 2021, p. 264.

Outra disposição digna de menção sob a ótica da preservação da empresa é a possibilidade de aprovação do plano de recuperação judicial mesmo diante da rejeição do plano em assembleia-geral de credores, a famosa aprovação do plano por meio de quórum alternativo ou “*cram down*” prevista no artigo 58, §1º, da Lei nº 11.101/2005⁴³. Ainda que não seja hipótese em que se ignore totalmente à decisão proferida pelo colegiado de credores, a legislação concursal estabeleceu mecanismos hábeis a excepcionar à decretação da falência com fito de possibilitar a preservação da atividade empresarial⁴⁴. Ainda sobre as excepcionalidades atinentes à deliberação do plano dos credores pode ser mencionada a possibilidade de reconhecimento de abusividade do voto por parte de credores ao momento da votação do plano (artigo 39, §6º da Lei nº 11.101/2005⁴⁵), o que também se afigura, além de proteção ao exercício regular do direito, como medida de proteção à empresa de arbitrariedades praticadas ao desdém do interesse social.

Princípio igualmente relevante os quais devem nortear o trabalho do operador do direito na aplicação da Lei nº 11.101/2005 se trata da proteção aos trabalhadores. Por estar vinculado à empresa, em regra, por meio de uma relação de subordinação, entendeu o legislador que o trabalhador não possuía condições paritárias para negociação de seu crédito no âmbito dos processos de insolvência. Afinal, o contrato de trabalho, ao menos em sua extensa maioria, não prevê quaisquer garantias, havendo, inclusive, legislação específica para tutela dos interesses da classe trabalhadora.

Apenas a título de exemplo, como medida direta de proteção às verbas trabalhistas, a Lei nº 11.101/2005 prescreve, em seu art. 54, que o plano de recuperação judicial deverá prever o pagamento dos créditos trabalhistas no prazo máximo de até 12 (doze) meses.

Evidente, portanto, que para além da preocupação relacionada ao interesse da coletividade, conforme se dispôs anteriormente, há proteção direta por parte do legislador às

⁴³ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei.

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

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

II - a aprovação de 3 (três) das classes de credores ou, caso haja somente 3 (três) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 2 (duas) das classes ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, sempre nos termos do art. 45 desta Lei;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. (BRASIL, 2005, Art. 58).

⁴⁴ TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 225.

⁴⁵ Art. 39 [...] § 6º O voto será exercido pelo credor no seu interesse e de acordo com o seu juízo de conveniência e poderá ser declarado nulo por abusividade somente quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem. (BRASIL, 2005, Art. 39).

verbas advindas da legislação do trabalho, questões as quais há pouca margem de liberalidade e discricionariedade por parte da empresa em crise. Indo ainda mais além à prescrição legal acima mencionada, já foram questionadas pela jurisprudência pátria⁴⁶ disposições de planos de recuperação judicial as quais previam deságio na satisfação dos créditos trabalhistas, utilizando-se, na maior parte dos casos, fundamento constitucional de indisponibilidade das verbas salariais verificada no art. 7º, VI, do texto constitucional brasileiro.

A despeito das disposições acima mencionadas, nitidamente com fito de propiciar verdadeira proteção ao crédito trabalhista no âmbito da crise empresarial, existe doutrina que entende que os mecanismos de participação dos trabalhadores da legislação concursal não deveriam se limitar à proteção dos trabalhadores credores, mas sim à totalidade de empregos os quais dependem da empresa em crise⁴⁷.

Para além disso, o regime concursal estabelecido pela referida lei confere verdadeira segurança jurídica à negociação realizada pelos agentes envolvidos no processo de insolvência.

Em sentido oposto ao que estabelecia a citada legislação que regulamentava a concordata, a Lei nº 11.101/2005 protege expressamente a participação dos credores nas negociações atinentes ao modo de superação da crise empresarial, o que estimula e possibilita uma maior racionalidade econômica para os projetos de soerguimento⁴⁸. Tal premissa também é uma das bases de sustentação da legislação concursal brasileira, mormente pelo caráter negocial atribuído à recuperação judicial com o advento da Lei nº 11.101/2005.

Exige a lei que o devedor apresente, no prazo de 60 (sessenta) dias contados a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, uma proposta de pagamento aos seus credores, comumente conhecido como o plano de recuperação judicial. Sem se ater aos pormenores atinentes à aprovação do plano, pode-se notar que condição inerente à concessão do regime recuperacional é justamente a aprovação, seja ela tácita ou expressa, do projeto de recuperação proposto pelo devedor⁴⁹.

Se comparada à legislação de insolvência estabelecida pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, nota-se que há verdadeiro deslocamento da lógica de nossa legislação ao direcionar aos próprios credores atribuição na decisão atinente à continuidade ou não da empresa em crise. Afinal, a não aprovação do plano em Assembleia-Geral de Credores é hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência (art. 73, inciso I, da Lei nº

⁴⁶ TJMT em TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 244.

⁴⁷ CEREZETTI, Shelia Cristina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência.** São Paulo, SP: Malheiros, 2012. p. 217-220.

⁴⁸ TELLECHEA; SCALZILLI e SPINELLI, 2018, p. 245.

⁴⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas.** 5. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2017. p. 205.

11.101/2005⁵⁰).

Com isso, nota-se que a decisão atinente à viabilidade ou não da sociedade empresária deixou de ser incumbência do Poder Judiciário, ou ao menos o processo de soerguimento das sociedades empresárias deixou de ser procedimento meramente burocrático e, por conseguinte, ineficaz.

2.2.2 Os meios de recuperação judicial previstos no ordenamento

Conforme já citado, o regime concordatário atribuía pouca margem de liberalidade tanto aos credores como ao próprio devedor para negociação dos meios a serem empregados para superação da crise empresarial. Por outro lado, com o advento da Lei nº 11.101/2005, atribuiu-se à coletividade de credores diretamente interessada e afetada pela consecução da atividade empresarial do devedor a possibilidade de deliberar acerca da concessão ou não do regime recuperatório ou, arrisca-se dizer, da própria continuidade ou não da devedora.

A baixa margem de negociação até então existente em nossa legislação era tanta que bastava um dos credores apresentar oposição às propostas de pagamento para que a sociedade empresária corresse sérios riscos de ter sua falência decretada. É o que leciona Bruno Yohan Souza Gomes⁵¹ em sua dissertação de mestrado:

Aos poucos, a prática demonstrou que a concordata era mais um procedimento liquidatário do que um meio de solução para recuperação de empresas em crise. Tanto é verdade que, por exemplo, a lei conferia a possibilidade de quebra do comerciante que convocava os seus credores para lhes propor acordo de qualquer espécie, desde prazos até a remissão de créditos ou cessão de bens (art. 2º, VII, da mencionada legislação), a ponto de que se apenas um dos credores não concordasse com a dilação de prazos para cumprimento das obrigações, remissão de créditos ou cessão de bens, estaria evidenciada a situação de insolubilidade, ensejada de eventual pedido de falência.

Em nosso atual sistema, o art. 50 da Lei nº 11.101/2005 indica uma série de meios a serem utilizados pelo devedor para possibilitar o seu soerguimento. Inclusive, as medidas a serem tomadas para possibilitar a satisfação dos credores é medida que deve ser obrigatoriamente informada pelo devedor aos seus credores no plano de recuperação judicial,

⁵⁰ 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; (BRASIL, 2005, Art. 73).

⁵¹ GOMES, Bruno Yohan Souza. **Ativismo judicial no processo de recuperação judicial: uma nova concordata?**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, 2017.

conforme expressamente determina o art. 53, I, da Lei ° 11.101/2005⁵².

A despeito do texto legal apresentar objetivamente algumas das hipóteses a serem utilizadas pelo devedor para superação da crise, abre-se expressamente a possibilidade do devedor utilizar meios não previstos na legislação de vigência. Ou seja, os caminhos a serem percorridos pelo devedor na satisfação/superação do passivo podem ser adequados ao tempo e momento da referida de sua atividade empresarial.

Sobre a possibilidade de criação de novos meios de recuperação judicial, leciona Marcelo Barbosa Sacramone⁵³:

A possibilidade de utilização de quaisquer meios possíveis para a reestruturação da empresa assegura uma alteração de fim do próprio instituto. A recuperação judicial não almeja, como pretendia a concordata, apenas superar uma falta transitória de liquidez do empresário devedor diante de uma condição adversa do mercado. Procurou a Lei criar instituto apto à superação de crise econômica estrutural do empresário, que poderá readequar sua atividade e a organização de seus fatores de produção para continuar a regularmente empreender. Para tanto, deverá verificar o melhor meio para a superação de sua crise, conforme o ramo de sua atividade, natureza dos créditos, deficiência econômica apresenta na sua estrutura produtiva ou de prestação de serviços.

A respeito dos prazos e condições de pagamento a serem propostos pelo devedor, Manoel Justino Bezerra Filho⁵⁴ faz relevante ponderação no sentido de que, na maior parte dos casos, existe certa tendência dos credores se submeterem aos prazos propostos pelo devedor, o que pode vir a criar cenários de extrema desvantagem à coletividade de credores envolvidas e afetadas pela atividade empresarial. Tal situação, de acordo com o mesmo doutrinador, se dá em razão do temor do processo falimentar, que pode se afigurar como meio ainda pior para satisfação creditícia ou até mesmo uma certeza de que não haverá qualquer recebimento.

Entende Manoel Justino Bezerra Filho que tais situações devem ser objeto de intervenção do Poder Judiciário, uma vez que o próprio instituto da recuperação judicial é deslegitimado e colocado em risco a partir da concretização de tais situações. Nas palavras de

⁵² Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; (BRASIL, 2005, Art. 53).

⁵³ SACRAMONE, 2021, p. 275/276.

⁵⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2021. 912p. RL-1.8.

Manoel Justino Bezerra Filho⁵⁵:

89. A afirmação de que o juiz não pode adentrar aspectos econômicos está correta, pois devedor e credores é que sabem o que mais interessa na situação em que estão. No entanto, ainda assim, essas ofertas descabidas e, por isso mesmo, abusivas, podem e devem ser coartadas pelo poder jurisdicional. Esses são aspectos de legalidade do plano e não aspecto econômico. O abuso do direito não pode ser tolerado pela jurisdição. **A propósito, ressalte-se o temor de que o processo de recuperação judicial venha a se assemelhar ao que era a concordata, ou seja: a sala de espera para a fraude do direito dos credores.** Deve a doutrina examinar com rigor e a jurisprudência interferir, para que não se perca a oportunidade de melhoria das condições empresariais, o que se perderá se abusos passarem a ser tolerados. (Grifou do autor).

Outro ponto de atenção relacionado aos meios de recuperação judicial é que estes não podem contrariar disposições de lei. Afinal, o próprio supramencionado art. 50 da Lei nº 11.101/2005 estabelece que deve ser “observada a legislação pertinente a cada caso” a depender do meio de recuperação judicial a ser empregado pelo devedor. Ou seja, ainda que inaugurada liberdade negocial entre credor e a maior parte dos credores e, também, a despeito da excepcionalidade que a crise empresarial pode necessitar, o ordenamento jurídico deve ainda prevalecer e ser observado.

Seja como for, o que se nota, em verdade, é que o legislador abriu grande margem de discricionariedade ao devedor e seus credores para que, de comum acordo, estudem medidas que possibilitam um melhor atendimento ao fim social de determinada atividade empresarial.

O escopo principal do presente trabalho é justamente analisar um dos meios de recuperação judicial expressamente previsto no rol de possibilidades disposto pela Lei nº 11.101/2005⁵⁶: a venda integral da devedora como medida de superação da crise empresarial.

⁵⁵ BEZERRA FILHO, 2021, RL-1.8.

⁵⁶ BRASIL, 2005.

3 O ESTABELECIMENTO COMERCIAL E A ALIENAÇÃO DE BENS NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Feitas as considerações a respeito do instituto da recuperação judicial, sobretudo em seu aspecto histórico e princípios que o norteiam, cumpre agora tratar, num primeiro momento, sobre o conceito de estabelecimento e, também, as preocupações atinentes à alienação de bens no contexto da recuperação judicial.

3.1 EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO

O art. 1.142 do Código Civil⁵⁷ estabelece que “*considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”. O próprio conceito aludido em nosso ordenamento já traz recortes bastante precisos quanto aos termos de direito empresarial envolvidos em sua própria axiologia. Por isso, dar-se-á um passo atrás no desenvolvimento do conceito de estabelecimento para tratar sobre conceitos intrinsecamente ligados e importantes para sua compreensão.

O primeiro conceito, relevante para desenvolvimento do presente trabalho, é o próprio conceito de empresa. O ordenamento jurídico nacional, inspirado no Código Civil Italiano, adotou a teoria da empresa para conceituar o âmbito de atuação das normativas atinentes ao direito empresarial. É certo que nem sempre fora assim. Conforme observa Fabio Ulhoa Coelho⁵⁸, na vigência do Código Comercial de 1850, adotava-se a teoria dos atos de comércio, que não foi suficiente para abarcar a totalidade de relações mercantis existentes no país, o que levou a sua superação antes mesmo da promulgação do Código Reale. De acordo com o que relata Ulhoa Coelho, durante a morosa tramitação do projeto do atual Código Civil, já começaram a surgir decisões judiciais utilizando a teoria da empresa para, inclusive, fundamentar a possibilidade de concessão do regime concordatário à pecuaristas ou até mesmo a decretação de falência de negociantes de imóveis, estes últimos outrora não

⁵⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 33. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, SP: Thomson Reuters brasil; Revista dos Tribunais, 2022. RB-2.3

abrangidos pela teoria dos atos de comércio⁵⁹.

Com vistas de superar a problemática normativa estabelecida, mormente pela rigidez que a teoria dos atos de comércio propiciava para regulamentação jurídica das relações mercantis, urge a teoria da empresa. De raiz italiana, conforme disposto por esta teoria, conceitua-se empresa com atividade geradora de bens ao mercado ou prestadora de serviços a qual visa o lucro e é realizada por meio da organização dos meios de produção⁶⁰. Como se vê, a doutrina italiana inaugurou raízes teleológicas hábeis a promover uma melhor sincronia entre a realidade capitalista moderna e o próprio ordenamento jurídico, promovendo uma possibilidade de integração entre as diversas atividades comerciais existente, e prestes a existir, e sua própria regulamentação.

Oportuno, portanto, a definição de empresa externada por Fabio Ulhoa Coelho⁶¹, filiando-se à teoria italiana para tal:

Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).

Digno de ressalva, portanto, o entendimento do professor Rubens Requião⁶² no sentido de que empresa, em verdade, deve ser lida como um conceito econômico, de modo que a segmentação jurídica de tal conceito é insuficiente para auferir ou conceber a organização empresarial. Nas palavras do próprio catedrático⁶³:

Em vão, os juristas têm procurado construir um conceito jurídico próprio para tal organização (empresa). Sente-se em suas lições certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor um conceito jurídico próprio para empresa, tendo o comercialista que se valer do conceito formulado pelos economistas.

⁵⁹ Colhe-se do livro do referido autor: “As defasagens entre a teoria dos atos de comércio e a realidade disciplinada pelo Direito Comercial – sentidas especialmente no tratamento desigual dispensado à prestação de serviços, negociação de imóveis e atividades rurais – e a atualidade do sistema italiano de bipartir o direito privado começam a ser apontadas na doutrina brasileira nos anos 1960. Principalmente depois da adoção da teoria da empresa pelo Projeto de Código Civil de 1975 (ela tinha sido também lembrada na elaboração do Projeto de Código das Obrigações, de 1965, não convertido em lei), os comercialistas brasileiros dedicam-se ao seu estudo, preparando-se para as inovações que se seguiriam à entrada em vigor da codificação “unificada” do direito privado, prometida para breve.” (COELHO, 2022, RB-2.3).

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2021b. 560p. Vol. 1.

⁶¹ COELHO, 2021b, p. 456.

⁶² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 22. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1995. v. 1.

⁶³ REQUIÃO, p. 48.

Tecendo críticas também à conceituação jurídica da empresa, também ressalva o eminente jurista italiano Alberto Asquini⁶⁴:

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta de definição legislativa; ao menos em parte, a razão da falta de encontro das diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina. Um é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; diversas as noções jurídicas relativas aos aspectos do fenômeno econômico. Quando se fala genericamente de direito da empresa, de direito da empresa comercial (direito comercial), de direito da empresa agrícola (direito agrário), se considera a empresa em sua realidade econômica unitária (matéria de direito). Mas quando se fala da empresa em relação à sua disciplina jurídica, ocorre operar com noções jurídicas diversas, de acordo com os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico.

A despeito do Código Reale não definir expressamente o que é empresa, o conceito ora citado pode ser subsumido a partir das disposições atinentes nos arts. 966 e 1.042 de nosso pergaminho substantivo civil. Parta-se, então, ao segundo conceito primordial para o desenvolvimento do presente trabalho: o empresário.

No art. 966 do Código Civil se define a figura do empresário, igualmente relevante para compreensão e delimitação do conceito de estabelecimento o qual se pretende abordar até o final do presente tópico. Na redação do dispositivo: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*” No parágrafo único do referido dispositivo, se exclui expressamente do conceito de empresários os exercentes de “*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.*”

Delineados os conceitos de empresa e empresário, cumpre agora, portanto, voltar para o conceito o qual deu início ao que se discorreu até aqui: o estabelecimento comercial.

O estabelecimento é, conforme já abordado, o centro no qual o empresário exerce a empresa. Isto é, local onde são reunidos os diversos bens necessários à consecução do objeto social de determinada atividade empresarial. No estabelecimento, estão agrupados todos, ou ao menos a maior parte, os bens necessários para o desenvolvimento da empresa, de modo que constitui, em muita das vezes, como verdadeiro eixo instrumental da atividade. Carvalho

⁶⁴ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução: Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro**, São Paulo, Ano XXXV, n. 104, p. 104-106, out./dez. 1996.

de Mendonça⁶⁵ define o estabelecimento como “o organismo econômico aparelhado para o exercício da empresa”. Por sua vez, Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁶⁶ estabelece:

[...] como estabelecimento comercial é, assim, o conjunto de bens (elementos) de que se utiliza o empresário para o exercício de sua atividade ou, mais precisamente, o complexo de bens utilizados pelo empresário como instrumento de sua atividade empresarial; é, em resumo, sua ferramenta de trabalho.

Fabio Ulhoa Coelho⁶⁷ bem observa que, em razão da organicidade do estabelecimento, este adquire valor para além da mera soma aritmética de cada um dos bens que o compõe, uma vez que a sincronia desses bens que possibilita o exercício da atividade empresarial acaba por gerar sobrevalor ou valor agregado àquele determinado conglomerado de bens. Nas palavras do próprio doutrinador⁶⁸:

Ao organizar o estabelecimento, o empresário agrega aos bens reunidos um sobrevalor. Isto é, enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado. [...] O valor agregado ao estabelecimento é referido, no meio empresarial, pela locução inglesa *goodwill of a trade*, ou simplesmente *goodwill*. No meio jurídico, adota-se ora a expressão "fundo de comércio" (derivada do francês *fonds de commerce*), ora "aviamento" (do italiano *avviamento*), para designar o sobrevalor nascido da atividade organizacional do empresário. Prefiro falar em "fundo de empresa", tendo em vista que o mesmo fato econômico e suas repercussões jurídicas se verificam na organização de estabelecimento de qualquer atividade empresarial.

Oscar de Barreto Filho⁶⁹ entende que para verdadeira configuração do estabelecimento deve se ter necessariamente a exploração da atividade econômica dentro daquele conglomerado de bens, sob pena de não serem aplicáveis as normativas específicas aos estabelecimentos empresariais para os complexos de bens que não efetivamente desenvolvam a atividade empresarial para o qual foi concebido. Para o autor, a proteção normativa atinente ao estabelecimento comercial pressupõe uma necessidade do exercício da empresa, o que, na hipótese de inatividade, não restará verificado.

⁶⁵ BECUE, Sabrina Maria Fadel. **A alienação de estabelecimento, como meio de recuperação judicial, e a inexistência de sucessão empresarial do adquirente (Art. 60, LRF)**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, 2014.

⁶⁶ Lições do professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto – Estabelecimento Comercial, divulgado no Curso de Mestrado em Direito ministrado na UFRN, Natal/ RN, mar. 1998. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba, PR: Juruá, 1998. p. 146.

⁶⁷ COELHO, 2021b, p. 179.

⁶⁸ COELHO, 2021b, p. 132.

⁶⁹ BARRETO FILHO. Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**: fundo de comercio ou fazenda mercantil. São Paulo, SP: Saraiva, 1988. p. 66.

Não se desconhece posicionamento contrário de Hernani Estrella⁷⁰, que assim leciona:

A simples organização de uma pluralidade de bens, coordenados em função do exercício de uma atividade mercantil e apta, em tese, a conseguir escopo que a presidiu, configura estabelecimento. A sua exploração é atividade ulterior, que entra no conceito genérico de empresa. Para nós, pois, o estabelecimento existe mesmo antes de ter entrado a operar, como continuará a existir, a despeito de cessar a sua exploração pelo advento da morte ou falência do seu explorador.

Seja como for, no que tange à propriedade, conforme leciona Sabrina Maria Fadel Becue⁷¹, a disponibilidade dos bens é condição suficiente para que seja configurada a organização da atividade empresarial e, por conseguinte, seja possibilitada sua proteção. Ademais, sejam os bens não pertencentes à empresa, fato é que a sua exploração direta é também assegurada.

Nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho⁷², em sua composição, o estabelecimento comercial possui os elementos materiais e imateriais. Dentre os materiais estão os bens corpóreos necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial pelo empresário, a exemplo das mercadorias, maquinário, veículos etc. Já os bens imateriais são aqueles ligados ao valor econômico da empresa, como patentes industriais, nome empresarial, dentre outros. Importante pontuar que, em contraposição ao professor Waldemar Ferreira, Fábio Ulhoa Coelho⁷³ defende que o aviamento, concebido como potencial de lucratividade da empresa, não integra o rol de elementos do estabelecimento, uma vez que se configura como característica da própria empresa. Igual contraposição faz o autor em relação à clientela, afirmando que, muito embora existente a possibilidade de tutela jurídica para as hipóteses de concorrência desleal, não há como considerar o conjunto de pessoas que habitualmente “consume” a atividade empresarial como um elemento imaterial do estabelecimento.

⁷⁰ ESTRELLA, Hernani. **Direito Comercial**: estudos. Rio de Janeiro, RJ: J. Konfino, 1969. p. 167.

⁷¹ BECUE, 2014, p. 97.

⁷² COELHO, 2021b, p. 146.

⁷³ Assim leciona Fabio Ulhoa Coelho: “há autores que consideram, entre os elementos incorpóreos do estabelecimento, o aviamento, que é o potencial de lucratividade da empresa (por exemplo, Waldemar Ferreira, 1962, 6:209). Mas não é correta essa afirmação. Conforme destaca a doutrina, o aviamento é um atributo da empresa, e não um bem de propriedade do empresário (cf. Correia, 1973:119; Ferrara, 1952:167; Barreto Filho, 1969:169). Quando se negocia o estabelecimento empresarial, a definição do preço a ser pago pelo adquirente se baseia fundamentalmente no aviamento, isto é, nas perspectivas de lucratividade que a empresa explorada no local pode gerar. Isto não significa que se trate de elemento integrante do complexo de bens a ser transacionado. Significa unicamente que a articulação desses bens, na exploração de uma atividade econômica, agregou-lhes um valor que o mercado reconhece. Aviamento é, a rigor, sinônimo de fundo de empresa, ou seja, designam ambas expressões o sobrevalor, agregado aos bens do estabelecimento empresarial em razão da sua racional organização pelo empresário.” (COELHO, 2021b, p. 166).

Nos termos do artigo 83 do Código Civil⁷⁴, os direitos também são considerados bens. Ante tal normativa, pode-se instaurar verdadeira dúvida atinente aos direitos creditórios e serviços da sociedade empresária como elemento do estabelecimento. Utilizando-se do entendimento externado por Oscar Barreto Filho, Sabrina Maria Fadel Becue⁷⁵ entende que a prestação atinente aos contratos se afigura como elemento do estabelecimento, e não o contrato em si. Afinal, são as prestações dispostas em tais contratos que se demonstram como fundamentais para o desenvolvimento da atividade empresarial. Quanto aos créditos, defende a autora, também lastreada na opinião de Oscar Barreto Filho, que não se afiguram como elemento essencial à empresa, de modo que se afiguram como um elemento acessório à atividade empresarial, não sendo considerado como verdadeiro elemento do estabelecimento.

Ponto também relevante de se trazer é a questão relativa à natureza jurídica do estabelecimento, se uma universalidade de fato ou de direito. O estabelecimento, conforme definido acima, se afigura como um conglomerado de bens e direitos com a finalidade essencial do exercício da empresa. E por assim dizer, nos termos do art. 90 do Código Civil⁷⁶, pode o estabelecimento comercial aferir as vezes de uma universalidade de fato. Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁷⁷ defende posicionamento híbrido, afirmando que a universalidade do estabelecimento pode ser de fato ou de direito.

Em sentido oposto, leciona Modesto Carvalhosa⁷⁸:

[...] a sub-rogação de contratos e transferência de dívidas contabilizadas não significa que essas relações jurídicas ativas e passivas, nas quais é parte o titular do estabelecimento, tenham sido incluídas no rol de seus elementos, o que poderia fazer crer que o mesmo passa a ser considerado uma universalidade de direito formada por um conjunto de relações jurídicas. De fato, esses seus elementos continuam sendo apenas bens corpóreos e incorpóreos, e os serviços. [...]

O que mantém esses elementos reunidos, além da sua relação de complementaridade funcional e econômica, é, sim, a vontade de seu titular. E esse, quando bem entender, pode dissolver o estabelecimento. No caso das universalidades de direito o elo de ligação entre esses diversos elementos singulares não pode ser a vontade um particular. O que os une ou separa é a lei.

⁷⁴ Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. (BRASIL, 2002, Art. 83).

⁷⁵ BARRETO FILHO, 1988, p. 122 e 221 apud BECUE, 2014, p. 35 e 37.

⁷⁶ Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias. (BRASIL, 2002, Art. 90).

⁷⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de Direito Comercial**. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2000. p. 443.

⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Comentários ao Código Civil**: parte especial do Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva Jur, 2012. 838p. Volume 13. p. 634.

Como regra geral, a alienação do estabelecimento comercial se dá por meio do contrato de trespasse, instrumento contratual por meio do qual de um lado o empresário se compromete a transferir o conglomerado de bens essenciais ao desenvolvimento da empresa e, por outro, o adquirente ou trespessário se obriga a pagar pela aquisição. De acordo com Carvalho de Mendonça⁷⁹, a venda do conglomerado como um todo enseja necessariamente a venda de todos os seus elementos principais e acessórios, a exemplo do aviamento, clientela, máquinas e demais utensílios. Isto é, há um verdadeiro deslocamento da atividade produtiva, característica esse essencial ao trespasse⁸⁰.

Ainda, na lição de Marcelo Andrade Féres⁸¹, a transferência do estabelecimento deve ser pensada no arcabouço de dois princípios bastante relevantes no universo mercantil: a preservação da empresa e necessária observância aos direitos dos credores. Conforme se vê, há nítida preocupação do legislador quanto à regulamentação da atividade empresarial fora do âmbito obrigacional geral, uma vez que se trata de ambiente com peculiaridades merecedoras de regulamentação específica para que seja alcançado o fim social da atividade mercantil.

O princípio da preservação da empresa pode ser verificado a partir da redação do artigo 1.143 do Código Civil⁸² ao estabelecer que “pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”. A partir de tal disposição, a lei estabeleceu que as avenças realizadas no âmbito do trespasse devem ser condizentes à atividade empresarial ali negociada entre as partes. Não fosse o interesse do legislador a proteção à função social desempenhada pela atividade empresarial, desnecessária seria qualquer regulamentação específica para tal, deixando que as contendas relacionadas aos estabelecimentos se ativessem ao regime geral obrigacional estabelecido também pelo Código Civil.

Já a proteção aos credores resta configurada no próprio Código Civil, em seu artigo 1.146⁸³, estabelecendo que, na ausência de bens remanescentes do empresário alienante, o trespasse só ocorrerá mediante o pagamento de todos os credores ou, caso não seja verificado o adimplemento de tais débitos, a autorização/consentimento destes mesmo credores para a

⁷⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1963. v. VI, 2ª parte. p. 154-155.

⁸⁰ COSTA, Leonardo Honorato. Nova concepção do contrato de trespasse. **Rev. Trib.**, São Paulo, SP, v. 102, n. 929, p. 139-158, mar. 2013.

⁸¹ FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais** [e-Book]. São Paulo, SP: Saraiva, 2017. p. 273.

⁸² BRASIL, 2002, Art. 1.143.

⁸³ Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento. (BRASIL, 2002, Art. 1.146).

concretização da operação. Além do mais, pode-se verificar especial proteção aos créditos tributários e trabalhistas advindos da atividade empresarial alienada. No que tange ao passivo fiscal, estabelece o Código Tributário Nacional⁸⁴, em seus artigos 132 e 133, regras de proteção ao crédito tributário ante as operações relacionadas ao estabelecimento comercial, estabelecendo, inclusive, a responsabilidade do alienante sob os débitos anteriores ao trespasse. Quando aos créditos trabalhistas, os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho merecem destaque, uma vez que é estabelecida possibilidade de responsabilidade do sucessor, aqui no presente contexto trespasário, quanto às verbas trabalhistas devidas antes mesmo da sucessão.

Ressaltando a importância da proteção aos credores no trespasse do estabelecimento, leciona Sabrina Maria Fadel Becue⁸⁵:

A política legislativa, neste caso, assegura a um só tempo a garantia aos credores e previsibilidade ao adquirente. Aqueles não serão destituídos de um bem tão valioso como o estabelecimento e ainda gozam do reforço da responsabilidade dos contratantes pela satisfação de seus direitos creditórios; este assume a responsabilidade apenas pelas dívidas devidamente contabilizadas e, desta forma, pode mensurar o risco e corretamente precificar a transação. [...]

Em análise de Direito Comparado percebemos frequente a preocupação com o resguardo dos credores e muitos ordenamentos partilham regimes semelhantes quanto à transferência das obrigações, créditos e débitos. A convergência entre sistemas tem, como uma razão justificadora, a necessidade de adaptação das leis às complexas e dinâmicas mudanças sociais e econômicas. As similitudes devem guiar a análise acerca da conveniência do tratamento legal, vez que não é possível argumentar pela impropriedade de regras equiparáveis em tantos países diferentes.

Conceituado o estabelecimento e suas regras gerais de alienação, cumpre agora tratar sobre as regras gerais atinentes à alienação de estabelecimento dentro da recuperação judicial, bem como a disciplina jurídica relevante dentro da legislação de regência.

3.2 A ALIENAÇÃO DE BENS E ESTABELECIMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme se viu, dois princípios estão intrinsicamente ligados à alienação de estabelecimento durante a recuperação judicial: preservação da empresa e proteção aos

⁸⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 12.452, 27 out. 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 10 jan. 2022. (Art. 132 e 133).

⁸⁵ BECUE, 2014, p. 50, 51.

credores. Dentro da sistemática estabelecida pela Lei nº 11.101/2005, como se discorreu no primeiro capítulo do presente trabalho, a proteção a tais princípios se torna ainda mais evidente. Há de se dizer, inclusive, que a dinâmica concursal é verdadeira materialização de tais princípios, juntamente com aqueles outros estabelecidos no artigo 47 da LRF.

Nesse sentido, no presente tópico, serão abordadas de maneira introdutória as regras atinentes à alienação de bens de empresas em recuperação judicial ou até mesmo o seu próprio estabelecimento, de modo a permitir uma visualização de quais são as diretrizes legislativas em voga. Pretende-se, com isto, criar ambiente bastante sedimentado quanto os interesses externados pelo legislador no que tange à temática da alienação de bens das devedoras sujeitas ao concurso, de modo a possibilitar uma abordagem, no terceiro capítulo, das regras atinentes à venda integral da devedora como medida de satisfação dos credores.

Buscando estabelecer uma cronologia para compreensão da questão, entende-se como razoável iniciar a análise do presente tópico a partir do art. 66 da LRF⁸⁶, que assim dispõe:

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.

A redação do referido dispositivo inaugura limitação bastante rígida ao devedor após a distribuição do pedido de recuperação judicial: a impossibilidade de alienação do seu ativo não circulante sem a autorização do juiz. Oportuno mencionar, nesta senda, que por ativo não circulante se entende por aqueles direitos e obrigações de longo prazo que integram o balanço patrimonial da sociedade empresária e que não podem ser realizados facilmente dentro do prazo de 12 (doze) meses⁸⁷.

A lógica por detrás do referido dispositivo é justamente a proteção/preservação da principal garantia que os credores possuem em relação ao devedor, qual seja o patrimônio do mesmo. Ao tempo em que a lei permite a permanência da atual administração na gestão da sociedade, estabelece preocupação expressa em relação à possibilidade de desmantelamento do patrimônio do devedor em prejuízo à coletividade de credores envolta àquela atividade empresarial, excetuando a livre disposição dos bens que o devedor possuía até o ajuizamento da recuperação judicial.

⁸⁶ BRASIL, 2005, Art. 66.

⁸⁷ Sobre a definição de ativo não circulante, leciona Leonardo Adriano Ribeiro Dias: “Nos termos do art. 178, § 1º, inciso II, da LSA, o ativo não circulante é composto por ativo realizável a longo prazo, investimentos, imobilizado e intangível, cuja respectiva classificação é detalhada no art. 179 da LSA.” (DIAS, 2012, p. 218).

Comentando este ponto da legislação, nos ensina Manoel Justino Bezerra Filho⁸⁸:

371. À semelhança do que ocorria na concordata da lei anterior, na recuperação o devedor mantém a administração de sua empresa, porém com algumas limitações. Uma das limitações consiste na proibição de alienar ou onerar bens do ativo não circulante, salvo se houver autorização judicial ou se constar do plano de recuperação judicial devidamente aprovado e em execução. A lei é clara no sentido de estabelecer, no art. 60, que a chamada venda “de filiais ou de unidades produtivas isoladas” depende de aprovação do plano de recuperação e deve ser feita judicialmente. Este art. 66 permite, porém, a venda ou a oneração mesmo extrajudicial de quaisquer outros bens, desde que, depois de ouvido o Comitê, o juiz autorize a venda.

Ao mesmo tempo em que se limita o poder de livre disposição dos bens, não se pode afirmar que a legislação cria óbice absoluto a tal possibilidade, uma vez que, conforme o próprio *caput* do dispositivo menciona, pode ser autorizada pelo juiz a venda de ativos. Tal alienação pode se configurar necessária para possibilitar o levantamento de recursos pelo devedor. Afinal, se a crise empresarial ensejou o ajuizamento da recuperação judicial, é bastante provável que um dos maiores déficits da sociedade empresária em crise seja a falta de recursos para o fomento das suas operações.

Nessa mesma toada, nos ensina Leonardo Adriano Ribeiro Dias⁸⁹:

Pelo *caput* do art. 66 da LRE, embora permaneça na condução dos negócios, a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor perde a faculdade de livremente dispor dos bens que compõem seu ativo não circulante. Todavia, ele pode necessitar – e é intuitivo que isso ocorra – de recursos para financiar suas atividades (v.g., reforçar o caixa para adquirir matéria-prima e pagar empregados), realizar investimentos (e.g., trocar maquinário obsoleto ou defeituoso) ou pagar credores não sujeitos à recuperação judicial. Nesse contexto, é possível que o devedor precise abrir mão de algum bem para obter recursos, seja alienando-o ou oferecendo-o em garantias a alguém disposto a lhe conceder crédito.

Não se despreocupou o legislador, portanto, de abrir possibilidades ao fomento do caixa do devedor no momento de crise da atividade empresarial.

Quanto a este dispositivo, há de se complementar, ademais, que eventual decisão autorizativa da realização de determinado bem do ativo não circulante da Devedora poderá ser revista mediante o requerimento de 15% (quinze) por cento dos credores ao juízo da recuperação judicial. Isso porque, conforme previsão do art. 66, §1º, inciso I, da LRF⁹⁰ os

⁸⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2019. 544p. RL-1.11.

⁸⁹ DIAS, 2012, p. 134 apud TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2021. 1200 p. RB-12.1.

⁹⁰ § 1º Autorizada a alienação de que trata o *caput* deste artigo pelo juiz, observar-se-á o seguinte: I - nos 5 (cinco) dias subsequentes à data da publicação da decisão, credores que corresponderem a mais de

credores podem, dentro do prazo de 5 (cinco) dias, mediante a prestação de caução, manifestar ao administrador judicial à discordância quanto a alienação e solicitar que a questão seja relegada à assembleia-geral de credores. Inclusive, caso deferida a convocação da assembleia-geral de credores, deverá o credor arcar com as custas para sua realização, conforme prevê o art. 66, §1º, inciso I, da LRF⁹¹.

Criticando a sistemática de revisão da decisão autorizativa de alienação de bens, leciona também Leonardo Adriano Ribeiro Dias⁹²:

Note-se: a Lei exige que, em um prazo exíguo, credores que representem parcela relevante dos créditos sujeitos à recuperação reúnam-se, prestem caução equivalente ao valor da venda, fundamentem sua intenção de convocar a AGC para deliberar se o bem poderá ou não ser alienado – sem a certeza quanto ao resultado – e ainda suportem as respectivas despesas. Nesse cenário, o procedimento em tela dificilmente terá aplicação na prática, mas nada impede que qualquer credor, por simples petição, demonstre ao juiz a existência de fraude ou nulidade do negócio jurídico, ou até mesmo a ocorrência da situação descrita no art. 73, inciso VI, da LRE. Com efeito, é do interesse de todos aqueles implicados direta ou indiretamente pelo pedido de recuperação que situações dessa ordem sejam coibidas e não estimuladas pela ineficiência do sistema legal. Por outro lado, se o questionamento do negócio for permeado por interesses meramente comerciais (e.g. intuito de adquirir o bem), o credor deverá seguir o procedimento em apreço.

O mecanismo legal apresenta, ainda, problemas estruturais, pois cria uma segunda instância decisória que poderá confirmar ou suplantar a autorização do magistrado. Contudo, essa última estará materializada em uma decisão interlocutória passível de agravo de instrumento, nos termos do art. 189, inciso II, da LRE.⁴⁶ E se o recurso for julgado procedente, mas a AGC confirmar a decisão revogada? Salvo se houver algum vício de forma, no mérito, vigorará a decisão assemblear, que representa a vontade coletiva dos credores. Por outro lado, se a decisão da AGC rejeitar o negócio jurídico, o bem não será alienado, a despeito da prévia autorização judicial.

No entanto, qualquer que seja o resultado da AGC, ele deverá ser homologado por outra decisão do juiz, que também será, em tese, passível de agravo de instrumento, aumentando a incerteza do adquirente do bem e a possibilidade de discussão da matéria.

Por todas essas razões, o procedimento em questão não beneficia nem os credores interessados, considerando a onerosidade dos requisitos exigidos, nem o potencial adquirente, uma vez que a eventual decisão assemblear será tomada por maioria dos créditos e poderá afastar a decisão que autorizar a venda.

Seja como for, no que tange ao tema da alienação de bens sem decisão do órgão assemblear, nota-se que há relevante vigília por parte dos magistrados e, também,

15% (quinze por cento) do valor total de créditos sujeitos à recuperação judicial, comprovada a prestação da caução equivalente ao valor total da alienação, poderão manifestar ao administrador judicial, fundamentadamente, o interesse na realização da assembleia-geral de credores para deliberar sobre a realização da venda; (BRASIL, 2005, Art. 66).

⁹¹ § 2º As despesas com a convocação e a realização da assembleia-geral correrão por conta dos credores referidos no inciso I do § 1º deste artigo, proporcionalmente ao valor total de seus créditos. (BRASIL, 2005, Art. 66).

⁹² TOLEDO, 2021, RB-12.1.

possibilitado esse controle por parte dos credores, com as ressalvas acima consignadas quanto ao dificultoso procedimento para que o credor consiga impedir a venda. Ademais, certa segurança jurídica há quanto à operação mencionada e, também, segurança ao adquirente, já que, conforme dispõe o art. 66, §3º, da Lei nº 11.101/2005⁹³, o bem estará livre de qualquer ônus.

Outra hipótese de alienação de bens de empresas em recuperação judicial é a prevista no art. 60 da LRF, que possibilita a venda de unidade produtivas isoladas mediante previsão expressa no plano de recuperação judicial.

Ponto relevante quanto ao controle patrimonial da empresa em recuperação judicial pode ser averiguado também na preocupação do legislador em relação ao esvaziamento patrimonial da Devedora, que se configura a partir de uma liquidação substancial da Devedora. Aliás, trata-se de uma das hipóteses de convocação da recuperação judicial em falência prevista no art. 73, VI, da LRF⁹⁴. De acordo com a referida disposição legal, a liquidação substancial será verificada 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”.

De acordo com o que lecionam Luiz Fernando Valente de Paiva e Thiago Braga Junqueira⁹⁵, a previsão de convocação da recuperação judicial em falência em razão do esvaziamento patrimonial do devedor é forma e minimizar as distorções advindas da escolha legislativa de tratar privilegiadamente determinados créditos, mais especificamente os créditos extraconcursais tais quais os débitos tributários e àqueles previstos no art. 49, §3º, da LRF. Até o advento da Lei n. 14.112/2020, que inseriu a hipótese de convocação em falência aqui mencionada, os credores não sujeitos ao concurso ficavam em posição bastante sensível quando da alienação de bens por parte da devedora, porquanto, a depender de qual ativo fosse vendido, a capacidade operacional da empresa poderia restar afetada, ensejando, por conseguinte, na possível incapacidade do devedor de satisfazer os créditos os quais não são pagos na forma do plano de recuperação judicial. Ainda de acordo com os mesmos autores, com a inserção da hipótese do esvaziamento patrimonial, passou-se a dar aos credores

⁹³ § 3º Desde que a alienação seja realizada com observância do disposto no § 1º do art. 141 e no art. 142 desta Lei, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do adquirente nas obrigações do devedor, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista. (BRASIL, 2005, Art. 66).

⁹⁴ Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: 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. (BRASIL, 2005, Art. 73).

⁹⁵ TOLEDO, 2021, RB-16.2.

extraconcursais a prerrogativa de questionar as alienações perfectibilizadas pelas devedoras no curso das recuperações judiciais.

Discorrendo a respeito da hipótese, leciona Manoel Justino Bezerra Filho⁹⁶:

20. Melhor seria que estes §§ 2º e 3º fossem §§ 1º e 2º, logo após o inc. VI, pois completam tal inciso, o que não acontece com aquele que é o § 1º. Embora com má técnica processual, a disposição legal é de clara intelecção. Quando há vendas, judiciais ou não, pode ocorrer da sociedade empresária esvaziar-se, de tal forma que embora entre nos autos o produto da venda, ainda assim os credores não sujeitos à recuperação nada recebem. Aliás, aconteceu muito nestes últimos quinze anos de aplicação da Lei de ocorrer o que se poderia chamar, em termos quase contraditórios, de “fraude legal”, com venda autorizada judicialmente de bens e conseqüente esvaziamento da recuperanda, caso nos quais os credores não sujeitos à recuperação, especialmente os credores fiscais, nada recebiam.

Digno de nota também é a preocupação da doutrina em relação à configuração da liquidação substancial para que seja reconhecido o esvaziamento patrimonial para fins de convocação da recuperação judicial em falência. Sobre este polêmico aspecto, novamente se traz os ditos de Luiz Fernando Valente de Paiva e Thiago Braga Junqueira⁹⁷:

A análise a ser conduzida é, portanto, absolutamente casuística. De um lado, deve-se analisar os ativos restantes, presentes ou futuros, após a conclusão da alienação de um ou mais ativos daquela devedora. Essa análise, no entanto, não é independente; deve ser conjugada com a verificação de quais são os passivos não sujeitos à recuperação judicial e se, diante desses, os ativos remanescentes são razoavelmente suficientes para o pagamento daquelas obrigações. E nesse particular, parece adequadamente sintonizada com a realidade da atividade empresarial a referência do parágrafo 3º do artigo 73 da LRE ao fluxo de caixa futuro como um dos elementos aptos a demonstrar a capacidade daquela devedora de pagar seus passivos não sujeitos à recuperação judicial. Mas, na medida em que se trata de exercício sobre expectativa futura, parece necessário que essa análise seja sempre baseada em informações e premissas críveis, razoáveis e transparentes. O debate, no entanto, poderá gravitar em torno da credibilidade das premissas e conclusões do fluxo de caixa futuro, que poderão, conforme o caso, serem objeto de prova pericial, tal qual expressamente autorizado pela parte final do parágrafo 3º do artigo 73 da LRE.

Por fim, também se menciona a atenção do legislador quanto à segurança jurídica das operações de alienações, já que, ainda que reconhecida a liquidação substancial da devedora em detrimento dos credores não sujeitos ao concurso, nos termos do artigo 73, §2º, da Lei n. 11.101/2005⁹⁸, as operações não serão invalidadas. Mencionando certamente sobre a

⁹⁶ BEZERRA FILHO, 2019, RL-1.15.

⁹⁷ TOLEDO, 2021. RB-16.2.

⁹⁸ Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: [...] § 2º A hipótese prevista no inciso VI do caput deste artigo não implicará a invalidade ou a ineficácia dos

intenção do legislador quanto ao ponto, dispõem Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Mello⁹⁹:

Nesses termos, a Lei 11.101/2005, art. 73, § 2º, determina que os atos tendentes à referida liquidação – por exemplo, alienações ou onerações de bens – não serão considerados inválidos ou ineficazes, mas o produto desses atos, ainda que parcial, poderá ser bloqueado pelo juízo, sendo que, se parte do produto foi distribuído, deverá ser devolvido ao devedor para que fique à disposição do juízo. A redação desse dispositivo foi determinada pelo Senado durante a tramitação legislativa, mediante o acolhimento da emenda de redação para esclarecer o real sentido da disposição aprovada pela Câmara dos Deputados. A análise sistêmica das disposições legais não deixa dúvidas que esse dispositivo pretendia dizer que a hipótese de convolação em falência 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, não implica na invalidade ou na ineficácia dos atos praticados pela devedora, sem prejuízo de determinar medidas de bloqueio de vendas e de recuperação de valores eventualmente já distribuídos em relação aos negócios ainda não concretizados. Por esse motivo foi alterada a redação do § 2º.

Pois bem. Conceituado o estabelecimento comercial e expostas brevemente as principais preocupações legislativas atinentes à temática da alienação de bens de empresas em recuperação judicial, tratar-se-á no capítulo subsequente da mais nova possibilidade expressamente albergada por lei: a venda integral da devedora. Como se verá mais a frente, as indagações quanto aos objetivos da recuperação judicial, bem como da proteção e vigília patrimonial da devedora são conceitos de crucial importância para a compreensão do tema que será abordado.

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. (BRASIL, 2005, Art. 73).

⁹⁹ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. ed. Revisada e atualizado. Curitiba, PR: Juruá, 2021. p. 204-206.

4 A VENDA INTEGRAL DA DEVEDORA COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Diante de todas as considerações assinaladas nos capítulos anteriores, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da insolvência, possui relevante preocupação quanto à preservação da empresa. Conforme se abordou, quando se fala em preservação da empresa, é importante que se tenha em mente o conceito jurídico de empresa, qual seja o entendimento de que se trata da atividade exercida pelo empresário. Com isso, pretende-se assentar a premissa de que as balizas principiológicas que devem nortear a interpretação de nossa legislação devem ser direcionadas à preservação da atividade empresarial, e não necessariamente no mantimento do empresário no comando de determinada atividade.

Além disso, também se notou uma intensa preocupação por parte do legislador quanto à preservação patrimonial da sociedade empresária em recuperação judicial, mormente em razão da proteção que deve ser conferida aos credores não sujeitos a recuperação judicial. Como se viu, tanto os credores como o próprio juízo da recuperação judicial possuem papel relevantíssimo no controle dos atos de alienação patrimonial a serem perfectibilizados pelos devedores em recuperação judicial. Os mecanismos de controle estabelecidos em lei se afiguram como importantes para compreender que não só no âmbito do concurso de credores é que deve estar focalizado o projeto de soerguimento das sociedades empresárias, mas sim deve se avaliar a crise econômica em seu aspecto geral.

Por conseguinte, analisar a viabilidade econômica de determinada atividade empresarial, ou melhor, analisar a viabilidade de uma empresa em recuperação judicial, não se resume a mera conferência entre os créditos sujeitos à recuperação judicial e o fluxo de caixa da devedora. Em verdade, os créditos extraconcursais, sejam eles passivos fiscais ou relações contratuais estabelecidas na hipótese do art. 49, §3º, da LRF¹⁰⁰, se afiguram como relevantes para auferimento da viabilidade do soerguimento da empresa em crise.

Ante todo esse cenário marcado pelo intenso conflito ocasionado pelas deformidades advindas da existência de relevantes credores concursais e extraconcursais, com a promulgação da Lei n. 14.112/2020¹⁰¹ se inseriu expressamente em nossa legislação de

¹⁰⁰ BRASIL, 2005, Art. 49.

¹⁰¹ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.112/2020, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 dez. 2020, p. 23. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

insolvência a possibilidade da venda integral de devedora como meio de recuperação judicial, objeto de estudo do presente trabalho. Tal alteração legislativa se deu mediante a inserção do inciso XVIII no art. 50 da Lei n. 11.101/2005¹⁰².

Num primeiro exame, a alteração legislativa pode parecer um verdadeiro contrassenso na medida em que se alberga a possibilidade de utilização do benefício da recuperação judicial para promover a liquidação integral dos ativos das Devedoras. Isto é, colocar em risco o próprio encerramento da atividade pelo empresário. Afinal, o verdadeiro questionamento poderia ser: em que medida tal sistemática se diferenciaria de uma falência? Ou, até mesmo, poderia levar à reflexão de que, ante a integral liquidação da empresa, não seria então a solução ideal o respeito aos trâmites de liquidação integral da empresa estabelecidos na falência?

Bom, clarificar os questionamentos realizados será objeto de análise dos tópicos subsequentes, buscando entender qual a sistemática estabelecida pelo legislador para que, mesmo com a venda da totalidade da sociedade empresária em recuperação judicial, os fins sociais e as normativas vigentes relacionadas à insolvência tenham o seu caráter axiológico preservado. Para além disso, se abordará também outros problemas de ordem prática, a exemplo de qual modalidade de alienação deverá ser utilizada para aplicação da hipótese e a medida de proteção aos credores extraconcursais estabelecidas pela inovação legal.

4.1 CONTEXTO DOUTRINÁRIO DA ALIENAÇÃO INTEGRAL DA EMPRESA NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Até o advento da Lei nº 14.112/2020¹⁰³, a doutrina permanecia dividida quanto à possibilidade jurídica de liquidação do devedor durante o processo recuperacional. Apesar dos meios de recuperação judicial previstos no artigo 50 da Lei nº 11.101/2005¹⁰⁴ estarem prescritos de maneira exemplificativa, a venda integral da Devedora, de acordo com parte da doutrina brasileira, não se afigurava como compatível com os objetivos da recuperação judicial, uma vez que implicava em verdadeiro encerramento das atividades pela sociedade empresária em crise, o que, por certo, poderia afetar o cumprimento das obrigações perante os credores não sujeitos ao concurso.

¹⁰² BRASIL, 2005, Art. 50.

¹⁰³ BRASIL, 2020.

¹⁰⁴ BRASIL, 2005, Art. 50.

Nesse sentido, obtempera Leandro Vilarinho Borges¹⁰⁵ em sua dissertação de mestrado sob a orientação do professor Eduardo Secchi Munhoz:

É necessário, portanto, ter em mente que a alienação de UPI no processo de recuperação judicial não se coaduna com a liquidação do devedor. O que a recuperação judicial almeja, naquele caso, é propiciar meios para que o devedor supere sua situação de crise, podendo para tanto dar liquidez a um parcela de seus ativos, a fim de obter capital novo para sua atividade.

Cita o referido autor o relevante ensinamento da professora Raquel Sztjan¹⁰⁶:

Se assemelha à dissolução e liquidação da sociedade porque se o estabelecimento constitui a base material destinada ao exercício da atividade sua alienação priva a sociedade dos meios necessários para fazê-lo. O objeto social não poderá ser concretizado, e a pessoa jurídica fica esvaziada devendo-se ou refazer a base material, organizar novo estabelecimento, ou alterar o objeto social de forma a dispensar-se, se viável, sua existência. A proposta de trespasse do estabelecimento serve apenas para acelerar o processo de liquidação de ativos e pagamento do passivo que poderá levar à dissolução da sociedade por impossibilidade de realização do objeto social.¹⁰⁷

Analisando o conceito de unidade produtiva isolada, Sabrina Maria Fadel Becue¹⁰⁸, em sua dissertação de mestrado sob a orientação do professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, também advoga pela inexistência de vontade legislativa no sentido de se tornar possível uma liquidação integral da devedora no âmbito da recuperação judicial. Explica a autora que, em razão o termo “isolada” na expressão utilizada pelo legislador, ficou clara a intenção de se restringir a alienação de bens a bens específicos da sociedade empresária, de modo que a principalidade de sua atividade deve se manter ainda incólume para que se alcance a efetiva preservação da empresa mediante a legislação de insolvência.

¹⁰⁵ BORGES, Leandro Vilarinho. *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial: delimitação do conceito, efeitos e modalidades*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-21012015-092127/pt-br.php>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 41.

¹⁰⁶ Explica a autora: “De tudo isso se arremata que a definição de unidade produtiva isolada apesar de não espelhar uma categoria jurídica é palpável e propaga fenômeno empresarial, mais especificamente o seu contorno organizacional. A tônica da LRF está no adjetivo “isolada” para significar a capacidade de desmembramento e individualização dos diversos estabelecimentos do devedor para fins de alienação. A mesma ponderação explica a menção à “filial”, dando conta que existem estabelecimentos secundários e apenas parcela deles será objeto de trespasse. Não quer o legislador permitir a liquidação de fato da empresa com a transferência de todos os estabelecimentos – sua projeção patrimonial – nem do estabelecimento único. Apesar de compreensível a preocupação, o mesmo objetivo seria atingido com a manutenção do conceito jurídico consagrado (estabelecimento) e evitaria a celeuma doutrinária que se instaurou logo após a edição da lei.” (SZTJAN, 2007, p. 240).

¹⁰⁷ SZTJAN, 2007, p. 240 apud BORGES, 2014, p. 41.

¹⁰⁸ BECUE, 2014, p. 87.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Bruno Poppa¹⁰⁹ também sustentam o posicionamento de que a utilização da recuperação judicial como meio de liquidar a sociedade empresária não está dentre os objetivos propostos pela legislação. Nas palavras dos próprios doutrinadores:

A expressão unidade produtiva isolada, utilizada pela LRE, indica todos os requisitos para ser reconhecida como estabelecimento: a unidade do estabelecimento é exprimida pelo completo de bens que o forma jungidos sob uma comum destinação, que é a atividade produtiva, atributo da empresa. Isolada, por sua vez, parece indicar que se trata de um estabelecimento que seja distinto, ou segregável, do principal. [...] Na recuperação judicial, contudo, essa solução é impossível, porque há credores excluídos dela, e que, assim, não recebem na forma do plano de recuperação. Se este previsse, como um meio de recuperação, a venda da empresa inteira, por meio do trespasse do estabelecimento único, aqueles ficariam de mãos abanando. O que efetivamente importa, enfim, é que, se o trespasse, nessas circunstâncias, for, de fato, uma liquidação da companhia (i.e., se com o trespasse, não restar atividade remanescente), tal não poderá ocorrer num ambiente de recuperação judicial, mas só na falência, porque só na falência há as regras de repartição do pagamento para todos os credores, indiscriminadamente.

Alberto Carmiña Moreira¹¹⁰ leciona que a ausência de vedação do ordenamento quanto à possibilidade de venda integral dos bens do devedor leva ao entendimento que até mesmo no ordenamento jurídico brasileiro estaria permitido tal prática, assim como possível no âmbito do *Bankruptcy Code* norte-americano. Por outro lado, concorda o referido ao doutrinador que tal medida ocasiona o desmantelamento da atividade empresarial vinculada à sociedade empresária em recuperação judicial.

Divergindo da corrente doutrinária acima mencionada, Marcelo Barbosa Sacramone, Fernando Lima Gurgel do Amaral e Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello¹¹¹ entendem pela possibilidade jurídica da utilização da recuperação judicial como meio liquidatório, ainda que, aparentemente, a falência seja a alternativa escolhida pelo legislador para que se empenhe a venda da totalidade dos bens da sociedade empresária. O primeiro argumento lançado pelos autores se baseia na ausência de vedação quanto a tal possibilidade por parte da legislação de vigência, bem como no rol exemplificativo estabelecido no art. 50 da LRF.

¹⁰⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; POPPA, Bruno. UPI e estabelecimento: uma visão crítica. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coords). **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2012. p. 277.

¹¹⁰ MOREIRA, Alberto Camiña. Comentários aos Arts. 60 a 63. *In*: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2009. p. 399-426.

¹¹¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa; AMARAL, Fernando Lima Gurgel do; MELLO, Marcus Vinicius Ramon Soares de. Recuperação judicial como forma de liquidação integral de ativos. **RDEmp**, Belo Horizonte, MG, Ano 17, n. 3, p. 155-168, set./dez. 2020.

Resumem os próprios autores como pontos positivos da venda integral:

A alienação dos ativos da recuperanda pode ter os seguintes objetivos: (i) a alienação de bens com o intuito de redução do potencial produtivo, em vista de novas realidades de necessidade de produção efetiva, com consequente redução de despesas,¹¹⁰ e, de certo modo, quando possível, capitalizando a devedora; (ii) a alienação com o fim de adimplir os créditos, parte deles ou o todo; (iii) a alienação com a exclusiva finalidade de capitalização, visando obter dinheiro em caixa para fluxo, investimento em insumos, vendendo sobretudo bens que, ainda que porventura lhe sejam importantes, não seriam imprescindíveis para a continuidade das atividades.¹¹²

Em mesmo sentido, leciona o autor Ivanildo Figueiredo¹¹³:

Na recuperação judicial, a Lei nº 11.101/2005 não se refere à alienação total ou integral da empresa, mas apenas à alienação de ‘filiais ou de unidades produtivas isoladas’ (art. 60). A lei, contudo, não veda a alienação total da empresa, que pode ocorrer, como estratégia válida, quando o empresário ou controlador da empresa em recuperação opta por renunciar, ainda que temporariamente, ao exercício profissional da atividade econômica. Com a alienação total da empresa, o controlador da organização busca obter recursos e assim liquidar as obrigações perante credores, ainda que mediante o sacrifício de transferir a empresa por ele criada a terceiros, mas com o claro propósito de evitar a falência e todas as consequências negativas decorrentes da quebra.

Oportuno, ainda, colacionar outra manifestação favorável à tal possibilidade do autor Luiz Gustavo Rodrigues¹¹⁴:

Embora aparentemente não permitida a propositura de um plano de liquidação no âmbito da LFRE, entendemos que, em vista do conjunto de princípios que regem a recuperação judicial, em especial a concentração do poder deliberativo dos credores em relação à aceitação ou rejeição do plano apresentado pelo devedor, além de uma maior eficiência econômica da alternativa aqui proposta, que vai ao encontro de uma série de outros objetivos legais (a proteção aos trabalhadores tida como exemplo mais concreto), é possível ao magistrado aceitar tal proposição como lícita e submetê-la à apreciação dos credores, e em caso de aceitação, poderá o plano ser definitivamente homologado pelo juiz da causa.

Apesar das diferenças cruciais entre o sistema de insolvência nacional e norte-americano, que não possui uma escolha legislativa no sentido de excluir boa parte do passivo do âmbito do processo recuperacional, a utilização do *Chapter 11* como meio de propiciar rápida liquidação dos ativos passou a ser bastante utilizada por lá. Nota-se que a liquidação de

¹¹² SACRAMONE; AMARAL; MELLO, 2020, p. 16.

¹¹³ FIGUEIREDO, Ivanildo. Alienação de ativos na recuperação judicial. **Rev. Bras. Direito Comer.**, Porto Alegre, RS, v. 1, n. 3, p. 52-88, fev./mar., 2015.

¹¹⁴ RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. O plano de recuperação judicial como forma de liquidação da empresa em contraposição ao pedido de autofalência. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.). **Direito Empresarial**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aab085461de18260. Acesso em: 10 jan. 2022. Folha 14.

empresas dentro do *Chapter 11* é aceita de maneira consolidada mediante o preenchimento de determinados requisitos. Comentando tais dispositivos, Scott D. Cousins¹¹⁵ leciona uma série de vantagens da utilização de tal método como meio de preservação da empresa e, até mesmo, como alternativa ao árduo caminho do que aqui chamaríamos de falência: Comentando tal hipótese, leciona:

There are several benefits for debtors as well as creditors under a Chapter 11 liquidation rather than a Chapter 7 liquidation.⁴ First, a Chapter 11 debtor is afforded greater protections including valuable exemptions from transfer taxes⁵ and securities registration requirements.⁶ The absence of these exemptions could adversely impact the recoveries of creditors and, in certain cases, equity holders. Second, unlike a Chapter 7 case, where the independent trustee is appointed as administrator, the management of a Chapter 11 debtor often retains control as a "debtor-in-possession" throughout a significant portion of the process.

Acerca dos requisitos para autorização da liquidação dos ativos antes mesmo da apresentação de um plano de reorganização, comenta ainda o autor estrangeiro Scott D. Cousins¹¹⁶:

[...] Most courts now find that approval of a proposed sale of substantially all of the assets of a debtor outside the ordinary course of business and prior to confirmation of a plan of reorganization is appropriate if the court finds the transaction represents a reasonable business judgment on the part of the debtor.¹⁸ The sound business purpose test requires a debtor to establish four elements: (1) a sound business purpose justifying the sale of assets outside the ordinary course of business, (2) accurate and reasonable notice provided to interested persons, (3) a fair and reasonable price obtained by the debtor, and (4) a good faith sale without offering lucrative deals to insiders.

A despeito da larga utilização da liquidação mencionada no direito norte-americano¹¹⁷, ainda dentro da doutrina estrangeira, se encontram críticas no sentido de que foi esvaziada, ao menos dentro da realidade posta naquele ordenamento, o sentido do que aqui chamaríamos de falência, concebida esta como a liquidação organizada dos bens sem a participação ativa da administração do devedor falido. Sobre o ponto, advertem os professores norte-americanos Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen¹¹⁸:

¹¹⁵ COUSINS, Scott D. Chapter 11 Asset sales. **Del. J. Corp. L.**, Wilmington, USA, v. 27, n. 3, p. 835-849, 2002. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/decor27&div=24&start_page=835&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 3.

¹¹⁶ COUSINS, 2002, p. 8.

¹¹⁷ Importantes operações de liquidação foram realizadas, ou até mesmo, arrisca-se dizer, facilitadas, em razão da possibilidade de utilização do *Chapter 11*. A título exemplificativo, menciona-se os casos da venda dos ativos da empresa de aviação TWA à American Airlines, a venda da maior parte de ativos da Budget à Avis etc. (COUSINS, 2002, p. 83).

¹¹⁸ BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The End of Bankruptcy. *Stan. L. Rev.* Stanford, USA, 55, 751-789, 2002. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2045&context=journal_articles. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 35.

The vast majority of firms in financial distress never enter bankruptcy. Today the Chapter 11 of a large firm is an auction of the assets, followed by litigation over the proceeds. To the extent we understand the law of corporate reorganizations as providing a collective forum in which creditors and their common debtor fashion a future for a firm that would otherwise be torn apart by financial distress, we may safely conclude that its era has come to an end.

Como conclusão, vê-se que, apesar de se tratar de instituto consolidado no direito norte-americano, a doutrina brasileira reside suas preocupações majoritariamente nas especificidades do sistema brasileiro ao tratar sobre a venda integral da devedora. É certo, contudo, que todas as citações doutrinárias mencionadas acima são anteriores à promulgação da Lei nº 14.112/2020¹¹⁹, momento de bastante incerteza jurídica quanto ao tema. Nesse contexto, com a novel legislação, não há mais qualquer discussão quanto à possibilidade ou não da liquidação da empresa recuperanda. Não por isso, contudo, que deixam de ser válidas as preocupações doutrinárias quanto à aplicabilidade prática de tal previsão legal, questões estas que serão endereçadas nos capítulos posteriores.

4.2 AS PECULIARIDADES DA LIQUIDAÇÃO DA EMPRESA NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DISTINÇÕES AO PROCESSO FALIMENTAR

Conforme já se dispôs, o procedimento falimentar, em regra, é aquele responsável pela promoção da integral realização dos ativos do devedor insolvente. De acordo com o que prevê o artigo 99, §3º, da LRF¹²⁰, após a decretação da falência, o Administrador Judicial será responsável por apresentar plano detalhado de realização do ativo do devedor. Ainda, de acordo com o que dispõe o art. 75 da LRF¹²¹, nota-se que a administração da sociedade falida, ou do que restou desta, é afastada a fim de permitir que os trabalhos da Administração

¹¹⁹ BRASIL, 2020.

¹²⁰ Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...]

§ 3º Após decretada a quebra ou convalidada a recuperação judicial em falência, o administrador deverá, no prazo de até 60 (sessenta) dias, contado do termo de nomeação, apresentar, para apreciação do juiz, plano detalhado de realização dos ativos, inclusive com a estimativa de tempo não superior a 180 (cento e oitenta) dias a partir da juntada de cada auto de arrecadação, na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei. (BRASIL, 2020, Art. 99).

¹²¹ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:

I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa;
 II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e
 III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica. [...]. (BRASIL, 2020, Art. 75).

Judicial consigam êxito na realização do ativo restante.

Na maior parte dos casos, a venda dos bens que restaram da atividade empresarial é realizada de maneira pormenorizada, isto é, colocando-se em leilão cada um dos bens arrecadados pelo Administrador Judicial ou então leiloeiro nomeado para tal. Apesar da legislação vigente prescrever uma rápida e célere alienação dos bens a fim de preservar o valor dos ativos restantes, a realidade é que o aproveitamento do valor agregado ou aviamento vinculado àquela atividade empresarial raramente ocorre de fato. Scott D. Cousins¹²², ao tratar sobre as liquidações do *Chapter 11*, pondera que existe certa desvantagem, no que tange ao aproveitamento do *going concern*, quando a realização do ativo do devedor é realizada por administrador independente, que, na hipótese brasileira, se trataria do Administrador Judicial ou leiloeiro.

Se por um lado não se pode esperar que o profissional nomeado para exercer a função de Administrador Judicial conheça cada uma das peculiaridades do mercado em que atuara a empresa falida a fim de obter um melhor aproveitamento da alienação daqueles bens que estão sob sua responsabilidade, o aproveitamento do *know-how* mercadológico dos administradores da empresa em crise para fins da alienação total da atividade pode agregar valor considerável, podendo, inclusive, aumentar as chances de recebimento dos credores. É certo que na maior parte dos casos de falência pode-se contar com a expertise dos então administradores da falida para o auxílio da arrecadação dos bens. Entretanto, digno de menção que tal participação, que poderá ocorrer no âmbito da recuperação judicial, agrega considerável valor à operação.

Nesse sentido, lecionam Marcelo Barbosa Sacramone, Fernando Lima Gurgel do Amaral e Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello¹²³:

A menor desvalorização é consequência de, no processo recuperacional, a alienação ser realizada sob a gestão contínua dos habituais administradores,17-18 sem que haja interrupção. Além disso, o próprio devedor, conhecedor das principais informações sobre os seus ativos e dos principais agentes do mercado que poderiam por eles se interessar, fixará os termos da alienação. Por esses motivos, aliados a uma acentuada deterioração do valor dos ativos em uma falência19 e do aumento dos custos diretos,20 há indicativos de que há maior satisfação dos credores no processo recuperacional em relação ao processo falimentar.

Assim sendo, uma relevante vantagem da venda integral como meio de recuperação judicial é o aumento da probabilidade de preservação do valor intrínseco da atividade

¹²² COUSINS, 2002, p. 36.

¹²³ SACRAMONE; AMARAL; MELLO, 2020, p. 11.

empresarial. Isso porque, para se sobressair da crise empresarial, o devedor estará vinculado a empenhar seus melhores esforços para buscar uma forma de realizar seu ativo mediante a intensa supervisão dos credores. Afinal, por se tratar de um meio de recuperação judicial previsto em lei, a proposta de venda integral deverá constar no plano de recuperação judicial da devedora.

Sobre o tema, são oportunos os dizeres de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana Pugliesi¹²⁴ ao comparar as alienações ocorridas no âmbito do sistema de insolvência norte-americano e brasileiro:

Tanto no regime brasileiro quanto no norte-americano, a predileção do legislador por um procedimento reorganizatório em relação ao de liquidação pela falência reflete uma realidade de mercado, uma vez que são evidentes as vantagens em realizar a venda do estabelecimento ou de uma unidade produtiva sob a égide da recuperação judicial ou de um procedimento reorganizatório pelo Chapter 11: (i) em regra, o devedor continua operar o negócio até que a venda seja concluída; e (ii) principalmente, será o próprio titular da empresa em crise que poderá negociar os termos da alienação. Essa dúlice conveniência é resultado da solução negociada que o procedimento reorganizatório – como é o caso da recuperação judicial – favorece, ainda que seja um procedimento estruturado pela Lei.

A preservação do chamado *going concern* talvez se afigure como uma das principais vantagens atinentes à venda integral da devedora na recuperação judicial. De acordo com Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Bruno Poppa¹²⁵, o *going concern* se trata de expressão equivalente ao que se chama de aviamento no direito brasileiro. Acerca do tema, leciona o professor Ruy Pereira Camilo Júnior¹²⁶:

b) Afirma-se o “on going concern value” como característica ínsita de toda organização, havendo sempre na empresa um valor correspondente à coordenação dos fatores de produção, e que faz com que ela valha mais em conjunto do que a mera soma de seus ativos. Para Lynn LoPucki, “o valor da empresa em funcionamento (*going concern value*) reside principalmente em relações [...] entre pessoas, entre ativos e entre pessoas e ativos”. O estabelecimento dessas incontáveis relações consome tempo e implica custos. A preservação da empresa busca tutelar essa harmonia e esse capital humano, evitando o sofrimento pessoal e a perda econômica representada pela ruptura desses laços. Esses elos, por vezes calcados em relações pessoais, é que justificam a permanência do devedor à frente de seus negócios, no procedimento recuperacional. Credores quirografários muitas vezes aceitam abrir mão de parte significativa de seus créditos por se beneficiarem do fluxo de negócios futuro permitido pela continuidade da atividade da devedora.

¹²⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Capítulo XI: A falência: noções gerais. In: CARVALHOSA, Modesto Souza Barros *et al.* (coord.). **Recuperação empresarial e falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. - (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. 5). p. 265-266.

¹²⁵ TOLEDO; POPPA, 2012, p. 86.

¹²⁶ TOLEDO, 2021, RB-1.1.

No âmbito da contabilidade, Sérgio de Iudicibus¹²⁷ bem conceitua o valor intrínseco da sociedade empresária:

É outro postulado ambiental da Contabilidade, e enuncia-se, simplificada, da seguinte forma: as entidades, para efeito de Contabilidade, são consideradas como empreendimentos em andamento (going concern), até circunstância esclarecedora em contrário, e seus ativos devem ser avaliados de acordo com a potencialidade que têm de gerar benefícios futuros para a empresa, na continuidade de suas operações, e não pelo valor que poderíamos obter se fossem vendidos como estão...” (no estado em que se encontram).

Estudando na prática as diferenças de aproveitamento econômico das alienações de bens ocorridas na recuperação judicial e na falência, Fernanda Karoliny Nascimento Jupetipe¹²⁸ constatou que, se compararmos os valores constantes em laudos de avaliação anteriores à própria venda, há um deságio de 47% na falência enquanto na recuperação judicial 14,9%. Tal estudo analisou as vendas ocorridas em 131 processos de recuperação judicial e falências do estado de São Paulo e Minas Gerais no período de 2010 e 2017. Ainda assim, o estudo serve bem para comprovar que a realização de ativos na recuperação judicial possui aproveitamento econômico consideravelmente relevante melhor do que aqueles ocorridos em processos falimentares. Para além disso, os custos com o próprio processo se afiguram como menores em processo de recuperação judicial, o que torna ainda mais viável a operação dentro dos processos de recuperação judicial. Nas palavras da própria autora¹²⁹:

Por meio da consulta de processos de falência e de recuperação judicial nas comarcas de São Paulo-SP, Belo Horizonte-MG e Contagem-MG, foi possível coletar os dados necessários para o desenvolvimento desta pesquisa. Como resultados principais foram encontrados que os desembolsos ocorridos nos processos de falência foram de em média 35% do ativo final da falida, os ativos das falidas perderam, em média 47% do valor, a taxa de recuperação total dos credores foi de, em média, 12% e os processos duraram 9 anos, em média. Em relação aos processos de recuperação, os custos diretos foram de, em média, 26% do ativo inicial da recuperanda, a taxa de recuperação dos credores foi, em média de 25% e a duração de processos foi de 4 anos, em média. A análise dos resultados conduziu à indicação de que o processo falimentar brasileiro é moroso e oneroso, considerando-se os resultados encontrados nos estudos internacionais utilizados como parâmetro, e que a dificuldade em se maximizar o valor do ativo da falida e ressarcir credores em ambos os procedimentos é um deságio não somente para o Brasil.

¹²⁷ IUDICIBUS, Sérgio de. **Teoria da Contabilidade**. 12. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2021. 320p. p. 27.

¹²⁸ JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento. **Custos de falência da legislação falimentar brasileira**. 2014. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade: Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-18032014-153304/publico/FernandaKarolinyNascimentoJupetipeVC.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹²⁹ JUPETIPE, 2014, p. 8.

Analisando-se a alienação de bens numa perspectiva dupla, isto é, a partir da maximização do valor dos ativos e potencial de satisfação dos credores, é possível notar que a recuperação judicial se afigura como melhor caminho para aproveitamento de ambas as perspectivas. O procedimento falimentar, ainda que muitas das vezes inevitáveis para determinadas atividades empresariais, não se demonstra como eficaz para proporcionar uma maior preservação da empresa mediante a realocação eficiente dos ativos empresariais em outras sociedades empresárias a partir da alienação dos mesmos.

Quanto às questões acima mencionadas, há de se ressaltar que não se desconhece, a hipótese da falência continuada, procedimento também no qual se pretende a preservação da mais valia da atividade empresarial em benefício da coletividade de credores envolvidas no processo recuperacional. Em teoria, a falência continuada parece ser meio bastante relevante para preservação da empresa e, sobretudo, para possibilitar uma maior probabilidade de pagamento do passivo envolto àquela atividade empresarial. Entretanto, os problemas práticos de tal instituto são bem resumidos por João Victor Antonello Marques¹³⁰:

[...] dois problemas que podem ser encontrados no ordenamento brasileiro⁵⁹: (i) o cancelamento das licenças, autorizações, alvarás e contas bancárias da massa em virtude da nova inscrição no fisco estadual e (ii) o desestímulo para o administrador judicial requerer o instituto, pois ele, geralmente, não tem o conhecimento sobre como tocar a atividade e não tem interesse em se responsabilizar por possíveis problemas, acidentes e danos. Caso essa aplicação ocorresse no Brasil, restaria ao administrador judicial, semelhante ao que ocorre com a figura do trustee no direito norte-americano, a função principal de fiscalização do insolvente e da massa falida.

É de se concluir, deste modo, que a falência, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento norte-americano, é mecanismo jurídico menos eficaz para a preservação de atividades empresariais rentáveis e proporcionar aos credores maiores chances de recebimento, de modo que a recuperação judicial, inclusive numa perspectiva de liquidação da empresa, poderá se mostrar como alternativa mais eficiente. Nesse mesmo sentido, leciona o professor Francisco Satiro de Souza Junior¹³¹, ao comentar a possibilidade de liquidação no âmbito recuperatório:

A conveniência de uma meio termos entre a reorganização via plano e a liquidação fez surgir um tertium genus em matéria de solução de crise: a venda do negócio como modalidade de reorganização. Ela preserva o valor da continuidade da atividade. E serve ainda como um trunfo para que os credores não sejam submetidos a duas soluções ruins: a falência com perda

¹³⁰ MARQUES, João Victor Antonello. A falência com continuação do negócio. **RJLB**, Lisboa, Portugal, Ano 5, n. 5, p. 857-886, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0857_0886.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹³¹ TOLEDO, 2021, RB-7.1.

significativa do valor do negócio, e a continuidade, com o devedor apropriando-se da maior parte da mais-valia que a recuperação judicial proporciona.

Ainda assim, a despeito das vantagens acima mencionadas, há peculiaridades do sistema de insolvência brasileiro que precisam ser observadas, questão que serão endereçadas nos subtópicos subsequentes.

4.2.1 A realidade quanto à valorização dos ativos tangíveis da sociedade empresária

Apesar da ressaltada importância do *going concern* para uma otimizada alienação no âmbito da recuperação judicial, estima-se que as atividades empresariais atuais cada vez menos dependem de ativos tangíveis. Com o desenvolvimento tecnológico e otimização dos processos produtivos, o sucesso da atividade empresarial passou a ser vinculado aos ativos intangíveis de determinada operação, ou melhor, ao *know-how* de cada um dos empresários em seu processo produtivo. É o que Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen¹³² já notavam dentro da realidade norte-americana ainda em 2002:

Our economy today may have even fewer distressed firms that possess valuable know-how. The know-how that Ermen, Rockefeller, and Ford possessed was, to a large extent, scalable. Godfrey Ermen ran not one mill, but several.⁶⁴ The story repeats itself many times. An entrepreneur who thinks there is a better way to run a business—perhaps only slightly better—bets everything on it. If the entrepreneur turns out to be right, enormous success awaits. In today's economy, it can happen quickly. A single individual believes that people will spend serious money on espresso and cappuccino that is properly made and succeeds on a grand scale in less than a decade.⁶⁵ Such entrepreneurs succeed because capital markets and modern information technology let them place their products in almost every market. In other words, someone with a slightly better way of doing things can easily leverage this advantage across the economy as a whole.

Os autores acima mencionados, por outro lado, não desmerecem a importância dos ativos tangíveis para a consecução de determinada atividade. Ressaltam, contudo, que o valor intrínseco de tais ativos perdeu significativamente seu valor em razão da economia mundial atual estar mais pautada numa maior relevância da prestação de serviços do que propriamente da necessidade de determinado maquinário ou material. Nessa linha, mencionam os autores:

Moreover, an increasingly service-based and information-based economy requires less in the way of hard assets. The law firm leases its space and may

¹³² BAIRD; RASMUSSEN, 2002, p. 14.

have no hard assets beyond office furniture and personal computers. The high-tech startup may have these same assets and no others. Even many of the firms that rely the most on large capital as-sets, such as airlines, are more like thread-makers than railroads. The capital assets of an airline are readily bought, sold, or leased. Individual airplanes can be added to the fleet or taken away as demand changes. The Boeing 747s owned by TWA on one day can be easily reconfigured and run by American Airlines the next.¹³³

Por tais motivos, Marcelo Barbosa Sacramone, Fernando Lima Gurgel do Amaral e Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello¹³⁴ verificaram não haver grande atratividade do mercado de aquisição de bens no âmbito das recuperações judiciais:

Pelo constatado, ao menos no Estado de São Paulo, de 2010 a 2017, a previsão de alienação de UPI não se mostrou uma medida tão comum nos planos de recuperação judicial aprovados e as alienações efetivamente realizadas, até o término do estudo em 2018, foram ainda mais escassas.

Há algumas possíveis explicações. O mercado de aquisição desses ativos em processos de recuperação judicial pode estar ainda em desenvolvimento, não havendo confiança dos investidores, hipótese que deve ser estendida para as alienações em falência. [...]

De todo modo, a despeito da baixa recorrência das previsões de alienações de UPI e da efetivação de tais alienações ainda menor, a liquidação como meio de recuperação judicial poderia ser admitida enquanto alternativa legal, desde que comprovado que esta medida será mais eficiente do ponto de vista de maximização de valor dos ativos se comparado com a liquidação em uma falência, com a condição que sejam respeitados os credores não sujeitos.

A despeito do baixo fomento do mercado de alienação de ativos, conforme mencionaram os autores acima, não se pode negar que tal alternativa pode se afigurar com relevante para muitos dos devedores, mormente num ambiente de maior segurança jurídica para tais operações.

4.3 A PROTEÇÃO AOS CREDITORES EXTRA-CONCURSAIS

Ponto de extrema relevância quanto à liquidação da devedora como meio de recuperação judicial é como conciliar tal medida à escolha legislativa de deixar de sujeitar alguns créditos ao concurso de credores estabelecido pela legislação de vigência. Enquanto na liquidação falimentar os créditos tributários e credores fiduciários possuem relevantes vantagens, a realidade é que na recuperação judicial esses credores muitas das vezes têm tolhido de si meios eficazes para a satisfação do seu crédito e, sobretudo, possuem

¹³³ BAIRD; RASMUSSEN, 2002, p. 8.

¹³⁴ SACRAMONE; AMARAL; MELLO, 2020, p. 8.

participação bastante reduzida na decisão a respeito da concessão ou não do benefício recuperatório.

Apenas a título de exemplificação, relembra-se que o art. 49, §3º, da LRF¹³⁵ impede qualquer retirada de bem essencial às atividades da empresa em recuperação judicial, de modo que se obsta diretamente que o proprietário fiduciário retire garantia que lhe é entregue em razão de eventual essencialidade do referido bem. Para analisar a dimensão de tal regra, basta que se imagine sociedade empresária cujo objeto social é o transporte de cargas ou passageiros. Neste tipo de operação, comumente toda a frota da sociedade empresária é composta por automóveis vinculados à garantia fiduciária em favor de instituições financeiras financiadoras da compra destes. Por óbvio, o expressivo passivo de tal atividade é vinculado ao financiamento da frota. Ainda assim, não serão os credores fiduciários que decidirão acerca da viabilidade da empresa e muito menos terão direito de voto nas disposições constantes no plano de recuperação judicial, que, diga-se de passagem, poderá prever inclusive a liquidação da devedora. Já na falência o proprietário fiduciário de determinado ativo apenas buscaria a restituição do seu bem mediante o procedimento previsto no artigo 85 e seguintes da LRF.

Em se tratando das Fazendas Públicas, a despeito da tentativa de proteção do legislador ao crédito tributário mediante a imposição de apresentação das certidões negativas de créditos como condição para concessão do regime recuperatório, a jurisprudência¹³⁶ há

¹³⁵Art. 49. [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, **não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.** (grifo do autor). (BRASIL, 2005, Art. 49).

¹³⁶ Diversos são os julgados no sentido de flexibilizar a comprovação de regularidade fiscal para fins de concessão do regime recuperatório, menciona-se apenas dois: “PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REGULARIDADE FISCAL. DESNECESSIDADE. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. A Corte Especial do STJ decidiu que não constitui ônus do contribuinte a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação judicial. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1.904.493/PR 2020/0291379-00. Recorrente: AGFABI Comércio de Tintas Ltda - em Recuperação. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Min. Marco Buzzi. Diário da Justiça Eletrônico, de 24 maio 2021.

“Agravado de Instrumento – Recuperação judicial – Decisão que homologou o plano de recuperação judicial da agravada, por aplicação do cram down (art. 58, § 1º, da Lei n. 11.101/05), com ressalvas – Inconformismo de credor – Não acolhimento – Aprovação do plano de recuperação judicial pela grande maioria dos credores presentes à assembleia (quase 100% por cabeça e aproximadamente 2/3 por valor) – Requisitos cumulativos do art. 58, § 1º, da Lei n. 11.101/05, preenchidos em todos os cenários de votação, autorizando a homologação – Viabilidade econômica da empresa e do plano de recuperação judicial proposto cuja análise e decisão competem exclusivamente aos credores – Suposto vício de vontade na deliberação dos credores, calcado em supostas irregularidades nas demonstrações contábeis e financeiras da devedora e,

tempos vem relativizando tal requisito, possibilitando que o devedor deixe de pagar os débitos fiscais por relevante período durante o andamento da recuperação judicial. Na falência, por sua vez, de acordo com a sistemáticas de pagamentos preconizada pelo art. 83 da LRF¹³⁷, as Fazendas Públicas possuem predileção em relação a maior parte de todos os outros créditos do devedor, ficando atrás apenas dos créditos extraconcursais e trabalhistas.

A despeito da possibilidade de prosseguimentos das execuções em face da devedora em relação aos créditos extraconcursais, conforme determina o art. 6º, §7º-A e §7º-B, da Lei n. 11.101/2005¹³⁸, fato é que dificilmente as medidas executivas perfectibilizadas em face da devedora promoverão uma satisfação relevante do crédito dos credores não sujeitos ao concurso ao menos durante o processo recuperacional, o que gera situação de relevante sacrifício econômico aos credores extraconcursais durante o ajuizamento da recuperação judicial.

Antes mesmo da Lei n. 14.112/2020 instaurar expressamente em nosso ordenamento a hipótese de venda integral, os autores Marcelo Barbosa Sacramone, Fernando Lima Gurgel do Amaral e Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello¹³⁹ sustentavam que a satisfação/proteção dos créditos extraconcursais em condições equivalentes à da falência era

consequentemente, no laudo de viabilidade econômica por ela apresentado, ao qual se aplica o quanto exposto e decidido no AI n. 2084610-66.2020.8.26.0000, tirado da mesma decisão e julgado conjuntamente com este – Ausência de ilegalidade na pluralidade de opções de pagamento aos credores de uma mesma classe, à escolha do credor, e na criação de subclasses de credores colaborativos, com tratamento mais benéfico àqueles que continuem fornecendo bens, serviços e crédito necessários ao processo de soerguimento, e que continuem adquirindo produtos da recuperanda – Critério objetivo, justificado, e observância da igualdade material entre os credores – Ausência de violação ao art. 58, § 2º, da Lei n. 11.101/05 – Sólida aprovação do plano na classe III, à qual pertence o agravante – Condições de pagamento propostas à referida classe que escapam ao controle de legalidade do Poder Judiciário – Jurisprudência do C. STJ – Desnecessidade da apresentação de certidões negativas de débitos tributários para a concessão da recuperação judicial, mesmo após o advento da Lei n. 13.043/14 – Jurisprudência do C. STJ e das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste E. Tribunal de Justiça – Ressalva, na decisão agravada, quanto à cl. 6.1 do plano de recuperação judicial (extensão da novação aos diretores, administradores ou terceiros que figurem como avalistas, fiadores, coobrigados ou devedores solidários) – Outras espécies de garantias que são objeto de recursos de outros credores, delas titulares – Inexistência de previsão, no plano de recuperação judicial, que discrepe do entendimento jurisprudencial refletido no Enunciado n. 2, do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, deste E. Tribunal, no que toca ao prazo de supervisão judicial – Não conhecimento do recurso em relação a esses últimos pontos, por falta de interesse recursal – Ausência de litigância de má-fé do agravante, em que pese não encontrar guarida a pretensão recursal – Decisão agravada mantida, observado o quanto decidido nos AIs n. 2084661-77.2020.8.26.0000, 2108088-06.2020.8.26.0000 e 2077191-92.2020.8.26.0000, interpostos em face da mesma decisão – Recurso não conhecido em parte, e desprovido, na parte conhecida, com observação.” SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). **Agravo de Instrumento n. 2078923-11.2020.8.26.0000**. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro de Paulínia - 2ª Vara. Relator (a): Grava Brazil. Data do Julgamento: 18 dez. 2020; Data de Registro: 18 dez. 2020.

¹³⁷ BRASIL, 2005, Art. 83.

¹³⁸ BRASIL, 2005, Art. 6.

¹³⁹ SACRAMONE; AMARAL; MELLO, 2020, p. 14.

condição inerente à validade de tal operação, sob pena de possível utilização do instituto recuperacional como meio de possibilitar verdadeiro calote aos credores não sujeitos:

A satisfação dos créditos não sujeitos, nesses termos, não poderia ser comprometida pela liquidação integral de ativos na recuperação judicial, em benefício dos créditos sujeitos. Embora determinados credores não sejam sujeitos à recuperação judicial e, portanto, não precisariam ter sua satisfação prevista pelo plano de recuperação judicial, no caso de liquidação integral dos ativos da recuperanda nos termos aqui expostos, tais credores deverão ter seus créditos pagos preferencialmente com o produto da alienação da UPI. [...]

Por essa perspectiva, a proteção aos credores não sujeitos, na hipótese de liquidação integral dos bens, é requisito de validade do plano de recuperação judicial proposto para não permitir que o instituto seja utilizado de forma contrária à lei. Sua análise exigirá controle judicial para verificar se haverá manutenção da atividade para satisfação dos credores não sujeitos ou o pagamento prioritário desses, na medida em que simplesmente delegar essa análise à assembleia geral de credores será ineficiente. Isso porque os próprios credores sujeitos à recuperação judicial teriam o incentivo para aprovar planos dessa natureza, na medida em que poderiam ser beneficiados em detrimento dos demais. [...]

Dessa forma, ainda que a liquidação integral de ativos possa ser utilizada como meio de recuperação judicial mais eficiente, sua realização pressupõe, caso a caso, análise do critério de legalidade. Apenas a liquidação destinada à preservação da atividade, ou desde que haja a satisfação dos créditos não sujeitos, nos termos do processo falimentar, deve ser admitida, sob pena de o instituto ser utilizado para permitir ao devedor, em conluio com os credores sujeitos, abusar de seu direito e suprimir ativos para a satisfação de alguns credores em detrimento de outros mais privilegiados.¹⁴⁰

Também antes da reforma, Thomas Felsberg¹⁴¹, apesar de manifestação expressa quanto a necessidade de um sistema de insolvência que permitisse a rápida liquidação dos ativos do devedor insolvente, também demonstra uma preocupação dos credores extraconcursais:

[...] é certo que precisamos de mudanças para possibilitar a retomada de investimentos e das atividades de empresas endividadas. Uma delas seria inserir em nossa legislação um instituto como se conhece nas principais economias do mundo, que consiste na alienação da empresa insolvente como um todo, mediante um mecanismo de mercado. O que falta também é proteger o comprador da empresa inadimplente, que se responsabilizaria apenas por passivos e contingências expressamente contabilizados nos balanços de venda. [...] É necessário criar um mecanismo que permita a alienação total e rápida da empresa insolvente, resguardando a manutenção da atividade empresarial, sem deixar de lado os direitos de credores extraconcursais e tributários, o que se daria pela inclusão dos mesmos na proposta de venda. Nessa hipótese, aos credores extraconcursais seria facultado objetar a venda no momento oportuno, caso tenham alternativa melhor para

¹⁴⁰ SACRAMONE; AMARAL; MELLO, 2020, p. 15.

¹⁴¹ FELSBURG, Thomas Benes. A alienação da empresa insolvente: uma enorme lacuna na Lei de Recuperação Judicial. Reestruturando a reestruturação. In: Felsberg Advogados, 3 mar. 2020. Disponível em: www.felsberg.com.br/a-alienacao-da-empresa-insolvente-uma-enorme-lacuna-na-leide-recuperacao-judicial/.

recuperação de seus créditos. Claro, sempre cabe aos credores a última palavra sobre a viabilidade do plano de recuperação, que devem examinar os cenários possíveis, como a manutenção da empresa nas mãos de atuais acionistas, a troca de controle ou a extinção de suas atividades com a liquidação dos ativos, determinando em qual desses cenários haveria maior taxa de recuperação.

A solução encontrada pelo legislador para resolver tal celeuma foi dispor que a venda integral do devedor como meio de recuperação judicial poderá ocorrer “desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes às que teriam na falência”. Com se vê, a Lei n. 14.112/2020 adotou a mesma solução pensada por Marcelo Barbosa Sacramone, Fernando Lima Gurgel do Amaral e Marcus Vinícius Ramon Soares de Mello¹⁴² antes mesmo da edição da própria lei.

Para Manoel Justino Bezerra Filho¹⁴³, intentou o legislador equiparar a ordem de pagamentos a ser estabelecida no plano de recuperação judicial ao que dispõe o art. 83 e 84 da LRF, isto é, à dinâmica estabelecida pela legislação falimentar:

114. Este inc. XVIII tentou resolver aqui um ponto absolutamente relevante, ao permitir a venda integral da devedora, como unidade produtiva isolada. Observe-se que nos comentários ao inc. XI acima já se discutia a possibilidade de venda da totalidade do estabelecimento. Aqui o legislador encontrou, ao que parece, a forma ideal de cuidar da matéria. Com efeito, a venda integral dos bens da devedora, embora possa propiciar uma espécie de recuperação, na realidade mais se assemelha a uma liquidação, figura que é própria da falência. Se a empresa pretende proceder dessa forma, andou bem a lei ao permitir a venda integral, estabelecendo, porém, que o pagamento aos credores será feito na ordem estabelecida para os pagamentos na falência e não de acordo com qualquer plano de recuperação.

Para o autor, tal previsão visa justamente evitar com que os credores sujeitos à recuperação judicial sejam estimulados a aprovar proposta de soerguimento de empresa inviável com intuito de receber seus créditos preferencial e antecipadamente ao que ocorreria numa eventual decretação de falência da devedora, já que, com exceção dos créditos trabalhistas, todos os outros credores teriam de aguardar a quitação dos valores devidos ao fisco para obter chance de recebimento. Como pontua o doutrinador, tal situação, se ausente qualquer tipo de controle por parte do judiciário para coibição de tal prática, fazia com que as Fazendas Públicas basicamente tivessem extintas as suas possibilidades de satisfação do seu crédito. É, inclusive, o que o doutrinador chama paradoxalmente como “fraude legal”.

O autor, ainda cita relevante decisão judicial do magistrado Paulo Furtado de

¹⁴² SACRAMONE; AMARAL; MELLO, 2020, p. 11.

¹⁴³ BEZERRA FILHO, 2019. RL-1.8.

Oliveira Filho¹⁴⁴ em caso anterior à reforma coibindo tal prática:

Curiosamente, este inciso reproduz exatamente o que foi determinado, em 15.2.2019, em decisão pioneira, corretíssima, do Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho, processo nº 1.056.004-07.2018.8.26.0100, 2ª Vara de Falência e Recuperação de São Paulo. Transcreve-se parte da decisão, ao examinar o pedido para a venda integral dos bens. O despacho interlocutório diante de tal pedido afirmou haver duas opções, a seguir transcritas: “a) não conceder a recuperação, e sim decretar a falência, pois no direito brasileiro a recuperação destina-se apenas a empresas viáveis e não à liquidação de todos os ativos do devedor, o que se faz por meio de processo de falência; b) conceder a recuperação judicial, autorizando a liquidação dos ativos como proposta no plano, porém garantida a distribuição de todos os recursos de acordo com a classificação dos credores no processo de falência”. Após essas considerações, foi concedida a recuperação, com a seguinte disposição final: “Todos os pagamentos serão feitos de acordo com a ordem de preferência prevista nos arts. 84 e 83 da Lei 11.101/2005, ou seja, primeiro serão satisfeitos os créditos extraconcursais e, em seguida serão satisfeitos os credores trabalhistas, com garantia real, tributários, privilegiados e quirografários”. Interposto AI 2.191.111-15,2018.8.26.0000, a ele foi negado provimento, j. de 7.11.2018, 1ª Câmara de Direito Empresarial do TJSP, Rel. Fortes Barbosa.

Apesar das opiniões doutrinárias acima colacionadas, equiparar as condições de recebimento dos credores não sujeitos ao concurso às condições iguais as da falência pode gerar discussão contábil bastante relevante, mormente se verificado que, ante as condições reais de alienação dos bens em eventual processo falimentar, o fisco ou outro credor extraconcursal possuirão projeção maior de recebimento na alienação durante a recuperação judicial. Isto é, mesmo que não se respeite a ordem de pagamentos disposta no art. 83 da LRF, poderá ser verificado que as condições de recebimentos dos credores extraconcursais são melhores se comparadas àquelas do processo falimentar. Fato é, portanto, que tais questões deverão ser consideradas em cada caso e deverão ser ponderadas pelo judiciário quando da concessão da recuperação judicial. Afinal, embora o critério estabelecido em lei seja questão nitidamente financeiro, a ausência de participação dos credores não sujeitos à recuperação judicial durante a votação da proposta de pagamento mediante a liquidação requererá atenta vigília do judiciário quanto a questão, até mesmo porque se afigura como questão posta no plano da legalidade. É nesse mesmo sentido a opinião de Marcelo Barbosa Sacramone¹⁴⁵:

Dessa forma, ainda que a liquidação integral de ativos possa ser utilizada como meio de recuperação judicial mais eficiente, sua realização pressupõe, caso a caso, análise do critério de legalidade. Apenas a liquidação destinada à preservação da atividade, ou desde que haja a satisfação dos créditos não sujeitos, nos termos do processo falimentar, deve ser admitida, sob pena de o instituto ser utilizado para permitir ao devedor, em conluio com os credores

¹⁴⁴ BEZERRA FILHO, 2019. RL-1.8.

¹⁴⁵ SACRAMONE; AMARAL; MELLO, 2020, p. 11.

sujeitos, abusar de seu direito e suprimir ativos para a satisfação de alguns credores em detrimento de outros mais privilegiados.

Fabio Ulhoa Coelho¹⁴⁶ obtempera que, para a hipótese de liquidação da devedora, há evidente pressuposto da operação: que o ativo seja superior ao passivo. Por outro lado, o autor não especifica se o passivo considerado deve ser apenas aquele concursal ou também o extraconcursal. Leciona o doutrinador:

A liquidação da devedora faz-se mediante realização do ativo (venda de todos os bens, preferencialmente sem desarticulação exagerada dos estabelecimentos empresariais, e cobrança dos credores) e satisfação do passivo (pagamento dos credores); o saldo remanescente (patrimônio líquido) é partilhado entre os sócios.

A liquidação recuperacional, portanto, tem um pressuposto: o produto da realização do ativo deve superar o passivo. É o contrário do pressuposto da liquidação falimentar, instaurada exatamente porque o ativo não é suficiente para o pagamento do passivo.

Por isso, a menos que a crise seja exclusivamente econômica ou financeira, e não patrimonial, esse meio de recuperação (liquidação recuperacional) sempre deve vir associado a outro ou outros meios, que levem à redução do valor das obrigações passivas via novação recuperacional, para patamares inferiores ao ativo.

Quando o produto da realização do ativo não for suficiente à satisfação do passivo (novado ou não), a liquidação recuperacional não pode ter prosseguimento. Nesse caso, é imperioso decretar-se a falência da sociedade em recuperação, para que a liquidação seja falimentar¹⁴⁷.

De todo o exposto, nota-se que, ao se permitir a venda integral, a proteção aos credores extraconcursais deverá ser questão atinente à legalidade que deverá lastrear a análise do juízo recuperacional ao momento da concessão da recuperação judicial, de modo que, inclusive, poderá ser necessária a ampla dilação probatória contábil e financeira para analisar se o instituto estará sendo utilizado ou não em prejuízo aos credores não sujeitos.

Ou seja, enquanto a hipótese de esvaziamento patrimonial citada no capítulo antecedente (art. 73, IV, da LRF) cria proteção eventual aos credores extraconcursais em razão de eventual verificação de liquidação substancial do devedor em recuperação judicial em razão da alienação parcial de seus bens, o controle de legalidade relacionado aos credores extraconcursais é obrigatório para a hipótese de liquidação da devedora.

4.4 MODALIDADE DE ALIENAÇÃO NA HIPÓTESE DA VENDA INTEGRAL

¹⁴⁶ COELHO, 2021a. RL-1.8.

¹⁴⁷ COELHO, 2021a. RL-1.8.

Igualmente relevante é a questão relativa à forma de liquidação a ser utilizada. Para iniciar tal análise, cumpre mencionar que o art. 50 da LRF¹⁴⁸ considera que, para fins de venda integral, a hipótese deverá receber tratamento jurídico equivalente ao dado à unidade produtiva isolada (UPI). Vejamos o que diz o dispositivo:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...]

XVIII - venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, **hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada.** (grifo do autor).

Por sua vez, a alienação de UPIs prevista no plano de recuperação judicial está regulamentada no art. 60 da LRF¹⁴⁹, que assim dispõe:

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

Como se vê, o dispositivo acima referido faz referência direta ao art. 142, que trata das modalidades de alienação de bens permitidas pela LRF. Há de se mencionar, ademais, que a reforma também alterou substancialmente o dispositivo, que possui agora a seguinte redação¹⁵⁰:

Art. 142. A alienação de bens dar-se-á por uma das seguintes modalidades:

I - leilão eletrônico, presencial ou híbrido;

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - processo competitivo organizado promovido por agente especializado e de reputação ilibada, cujo procedimento deverá ser detalhado em relatório anexo ao plano de realização do ativo ou ao plano de recuperação judicial, conforme o caso;

V - qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos desta Lei.

Nos ensinamentos de João Pedro Scalzilli, Rodrigo Tellechea e Luis Felipe Spinelli¹⁵¹, a partir da reforma da LRF em 2020, ampliou-se as formas de alienação, exigindo-se apenas que a alienação se dê a partir de processo competitivo equânime e isento, independentemente da forma a ser utilizada. Lecionam os doutrinadores gaúchos:

A reforma promovida pela Lei 14.112/2020 estendeu o campo de alienações no âmbito da recuperação judicial²⁷, outorgando liberdade para que seja escolhida a forma de alienação, desde que respeitados requisitos mínimos. Admite-se, portanto, que o plano de recuperação judicial preveja as mais

¹⁴⁸ BRASIL, 2005, Art. 50.

¹⁴⁹ BRASIL, 2005, Art. 60.

¹⁵⁰ BRASIL, 2005, Art. 142.

¹⁵¹ TOLEDO, 2021. RB-11.1

diversas formas de alienação, sendo permitida, inclusive, a contratação de profissionais (bancos e agentes especializados, por exemplo) e a criação de mecanismos para viabilizar a venda (bem como que a Assembleia-Geral de Credores ou o próprio magistrado assim decidam). A contrapartida legal exigida é a manutenção de um processo competitivo real e hígido, que estimule a venda dos ativos e viabilize o ingresso da maior quantia de recursos possíveis em favor da recuperação judicial.¹⁵²

Ou seja, se acordado entre o devedor e seus respectivos credores, a modalidade de alienação poderá se dar inclusive mediante a contratação de agentes especializados no setor de atuação da recuperanda, o que pode possibilitar uma maior otimização e credibilidade à própria alienação estruturada no âmbito do plano de recuperação judicial. Quando se trata de venda integral da empresa, momento no qual ativos tangíveis e intangíveis devem integrados promover uma valorização do aviamento da empresa, a atuação de agentes específicos de determinado nicho mercadológico pode se afigurar como positiva e potencializadora da projeção econômica da operação.

Ainda, alguns requisitos estabelecidos em lei devem ser observados para a higidez da operação de alienação seja qual for a modalidade escolhida, tais como a previsão expressa no plano de recuperação judicial (arts. 60 e 142, §3º-B, da LRF) a exigência de que o arrematante não seja pessoa ligada ao devedor (art. 141, §1º, da LRF) e intimação das Fazendas Públicas e Ministério Público para manifestação após concretização da operação (art. 142, §7º, da LRF)¹⁵³.

¹⁵² TOLEDO, 2021. RB-11.1

¹⁵³ BRASIL, 2005, Arts. 60, 141 e 142.

5 CONCLUSÕES

Conforme abordado no primeiro capítulo do presente trabalho, até o advento da Lei n. 11.101/2005, o regime de insolvência nacional não pacificava de maneira célere e eficiente o problema da crise empresarial. A falência e concordata previstas no Decreto-lei n. 7.661/1945 não cumpriam satisfatoriamente a função de resguardar a ordem social ante o estado de insolvência de determinada empresa ou ramo empresarial, sendo ineficiente na realocação dos recursos e ativo do devedor ao mercado. O contexto normativo abordado dificultava, inclusive, o mercado de crédito brasileiro, uma vez que inexistente até então tratamento jurídico apto a possibilitar segurança aos agentes financeiros e demais financiadores da iniciativa privada a injetarem seus recursos na economia nacional.

O paradigma muda a partir de 2005, mormente pela pressão exercida por organismos internacionais, como o Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, para que o Brasil adotasse medidas legislativas aptas a modernizar o tratamento à insolvência. Nesse contexto, fora editada a Lei n. 11.101/2005, que, após anos de tramitação, inova as bases legais do tratamento jurídico à crise mediante a inserção de princípios bastante sólidos, a exemplo da preservação da empresa e proteção ao trabalhador. Para além disso, o legislador passou a dar notoriedade aos credores no processo de insolvência, sobretudo no âmbito da recuperação judicial, regime no qual a própria coletividade de credores é que passou a deter de competência para análise de viabilidade econômica da devedora.

Ao passo em que aumentada a notoriedade dos credores, também foram ampliados os meios a serem empregados pelo devedor para superação da crise empresarial. Como se abordou, a lei estabeleceu ampla flexibilidade aos credores e devedores para buscarem soluções aptas a ensejar uma saída financeiramente racional da crise econômica subjacente. Como é de se esperar no âmbito negocial, optou-se por estabelecer um leque aberto de opções aos credores e devedores e se estimulou uma intensa negociação entre tais agentes para pensar soluções racionais para resolução da crise. Ou seja, foi relegado ao mercado resolver crises do próprio mercado.

No segundo capítulo, por sua vez, conceitos e preocupações importantes no âmbito da recuperação judicial foram abordadas. Demonstrou-se que a legislação de vigência possui ampla preocupação relacionada ao patrimônio do devedor, possuindo meios de controle para que não sejam perpetuadas quaisquer fraudes durante o processo de recuperação judicial. Tal controle se mostra necessário sobretudo para albergar o direito daqueles que não se sujeitam à

recuperação judicial, buscando obstar que o benefício recuperatório seja meio hábil a possibilitar verdadeiro calote aos credores extraconcursais, a exemplo dos créditos fiscais.

Nesse viés, a fim de proteger a maior garantia que possuem os credores em face do devedor, qual seja o patrimônio deste, a legislação estabeleceu uma série de regras atinentes à alienação de bens no interregno da recuperação judicial. Ainda, foram discorridas as medidas que podem ser adotadas pelos credores para que sejam evitadas alienações patrimoniais que podem se perfectibilizar em prejuízo ao próprio intuito recuperatório, tal qual estabelecido no art. 66 da LRF e, também, possibilidade de auferimento de eventual esvaziamento patrimonial como hipótese de convação em falência da própria recuperação judicial.

O estabelecimento comercial e todos os seus elementos, também definidos no presente trabalho, em muitos modelos de negócio podem se afigurar como o bem mais valioso de determinada atividade empresarial. A primeira barreira a ser superada, portanto, é que a alienação do estabelecimento não necessariamente atentará à preservação da empresa preconizada pela nossa legislação, porquanto o complexo de bens alienados ainda servirá à iniciativa privada e será empregada para a preservação dos postos de trabalho que são proporcionados por eles. Ou seja, a preservação da empresa deve ser entendida como a preservação da atividade empresarial.

Com tais premissas, passou-se ao tema principal, qual seja a possibilidade de venda integral da devedora como meio de recuperação judicial, possibilidade expressamente inserida em nosso ordenamento por força da Lei n. 14.112/2020, que alterou substancialmente a Lei n. 11.101/2005.

A possibilidade de venda integral da empresa no âmbito do processo de recuperação judicial poderá trazer maior celeridade na alienação dos ativos do devedor insolvente, o que certamente trará benefício ao mercado como um todo, uma vez que os meios de produção empregados naquela atividade empresarial poderão ser empregados por empresário ou corporação com maior potencial econômico e organizacional. Ademais, a venda integral poderá possibilitar uma maior preservação do *going concern* quando da alienação, o que aumenta o potencial da arrecadação advinda da venda em benefício da coletividade de credores e, por conseguinte, da própria satisfação do passivo envolto. Embora paradoxalmente a falência se afigure como meio de liquidação da sociedade empresária em crise, a realidade é que no âmbito dos processos falimentares a preservação do valor do ativo não se mostra tão eficiente quanto na recuperação judicial. Assim, a liquidação no espectro recuperacional poderá se afigurar como uma célere e eficaz solução de mercado para a crise de mercado.

Ainda que parte da doutrina já se posicionasse pela possibilidade jurídica da

alienação integral antes mesmo da alteração legislativa alhures mencionada, fato é que o legislador estabeleceu tratamento jurídico expresso e distinto para a hipótese de liquidação integral da empresa devedora. A primeira diferença fora a exigência legal de que a operação de venda não acarrete aos credores extraconcursais condições piores àquelas que teriam em eventual decretação de falência da devedora. Ao que indicam os entendimentos doutrinários mencionados, a proteção aos credores extraconcursais é verdadeira condição de legalidade do plano de recuperação judicial. Nesse sentido, o preenchimento de tal condição estará sujeita ao controle de legalidade do plano de recuperação judicial realizado pelo juízo recuperacional ao momento de homologação do resultado da assembleia-geral de credores.

Na análise de tal requisito, não se descarta que possíveis discussões contábeis e financeiras poderão advir, vez que a comprovação de se estar dando condições equivalentes ou melhores aos credores extraconcursais poderá ser comprovada mediante análise futura e, talvez, incerta. Tal contexto poderá exigir a participação de profissionais contábeis independentes quando da homologação do plano e, também, dificultar a própria homologação do plano de recuperação judicial. Entretanto, caberá ao próprio devedor empenhar seus melhores esforços no cumprimento do requisito legal que lhe é imposto para concretização da operação.

Seja como for, ao estabelecer condições mínimas equivalente ao processo falimentar aos credores extraconcursais, o legislador preservou os princípios e bases vigentes em nosso sistema de insolvência, evitando que a venda integral da devedora constitua meio a possibilitar verdadeiro conluio entre credores concursais e devedora para escapar das demais obrigações contratuais e legais que são impostas à sua operação. Destarte, conciliou-se bem as escolhas legislativas vigentes em nosso ordenamento, independentemente destas se afigurarem como ideais ou não.

Por fim, quanto à forma de alienação, positiva também a mudança legislativa proporcionada pela Lei n. 14.112/2020 ao possibilitar a participação de agentes especializados para estruturação de procedimento concursal hígido para alienação da devedora, o que certamente contribuirá para solidez e credibilidade quando da discussão da proposição de venda integral formulada pelo devedor aos seus respectivos credores.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução: Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro**, São Paulo, Ano XXXV, n. 104, p. 104-106, out./dez. 1996.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The End of Bankruptcy. **Stan. L. Rev.** Stanford, USA, 55, 751-789, 2002. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2045&context=journal_articles. Acesso em: 10 jan. 2022.

BARRETO FILHO, Oscar de. **Teoria do estabelecimento comercial**: fundo de comercio ou fazenda mercantil. São Paulo, SP: Saraiva, 1988. 304 p.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. **A alienação de estabelecimento, como meio de recuperação judicial, e a inexistência de sucessão empresarial do adquirente (Art. 60, LRF)**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, 2014.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2019. 544p.

BIOLCHI, Osvaldo Anicetto. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. **Rev. Adv.**, São Paulo, SP, v. 25, n. 83, p. 7-14, set. 2005. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/83/12/index.html. Acesso em: 10 jan. 2022.

BORGES, Leandro Vilarinho. **Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial: delimitação do conceito, efeitos e modalidades**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-21012015-092127/pt-br.php>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de falências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 jul. 1945, Suplemento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.376/1993**, de 22 de dezembro de 1993. Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1993. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20846>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 12.452, 27 out. 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. **Parecer n. 534/2004**, sobre o Projeto de Lei nº 71/2003. Relator: Senador Ramez Tebet. Brasília, DF: Gráfica do Senado Federal, 2004. p. 11-12. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3499286&ts=1630434000927&disposition=inline>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 Fev. 2005, Diário extra, p. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.112/2020, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 dez. 2020, p. 23. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1.904.493/PR 2020/0291379-00**. Recorrente: AGFABI Comércio de Tintas Ltda - em Recuperação. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Min. Marco Buzzi. **Diário da Justiça Eletrônico**, de 24 maio 2021.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Comentários ao código civil: parte especial do Direito de Empresa**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva Jur, 2012. 838p. Volume 13.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros *et al.* (coord.). **Recuperação empresarial e falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. - (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. 5). p. 265-266.

CEREZETTI, Shelia Cristina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo, SP: Malheiros, 2012. p. 217-220.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2021a. 544p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2021b. 560p. Vol. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 33. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, SP: Thomson Reuters brasil; Revista dos Tribunais, 2022.

COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1970. 133 p.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. 2. ed. Revisada e atualizado. Curitiba, PR: Juruá, 2021. 504p.

COSTA, Leonardo Honorato. Nova concepção do contrato de trespasse. **Rev. Trib.**, São Paulo, SP, v. 102, n. 929, p. 139-158, mar. 2013.

COUSINS, Scott D. Chapter 11 Asset sales. **Del. J. Corp. L.**, Wilmington, USA, v. 27, n. 3, p. 835-849, 2002. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/decor27&div=24&start_page=835&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 10 jan. 2022.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento das empresas em crise**. 2014. 337f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, 2012.

ESTRELLA, Hernani. **Direito Comercial: estudos**. Rio de Janeiro, RJ: J. Konfino, 1969. 304 p.

FELSBERG, Thomas Benes. A alienação da empresa insolvente: uma enorme lacuna na Lei de Recuperação Judicial. Reestruturando a reestruturação. Felsberg Advogados. News. Reestruturando a Reestruturação. São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://www.felsberg.com.br/a-alienacao-da-empresa-insolvente-uma-enorme-lacuna-na-lei-de-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais** [e-Book]. São Paulo, SP: Saraiva, 2017. 322p.

FERREIRA, Leandro Taques; TEIXEIRA, Tarcisio. Função social da empresa: conceito e aplicação. **Rev. Direito Empres.** São Paulo, SP, v. 4, n. 15, p. 19-39, maio/jun., 2016.

FIGUEIREDO, Ivanildo. Alienação de ativos na recuperação judicial. **Rev. Bras. Direito Comer.**, Porto Alegre, RS, v. 1, n. 3, p. 52-88, fev./mar., 2015.

GOMES, Bruno Yohan Souza. **Ativismo judicial no processo de recuperação judicial: uma nova concordata?**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito)- Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba, PR: Juruá, 1998.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de Direito Comercial**. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2000.

IUDICIBUS, Sérgio de. **Teoria da Contabilidade**. 12. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2021. 320p.

JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento. **Custos de falência da legislação falimentar brasileira**. 2014. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade: Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-18032014-153304/publico/FernandaKarolinyNascimentoJupetipeVC.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

MARQUES, João Victor Antonello. A falência com continuação do negócio. **RJLB**, Lisboa, Portugal, Ano 5, n. 5, p. 857-886, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0857_0886.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1963. v. VI, 2ª parte.

MOREIRA, Alberto Camiña. Comentários aos Arts. 60 a 63. *In*: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2009. p. 399-426.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 3.ed. São Paulo, SP: Método, 2006. 494 p.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 22. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1995. v. 1, p. 48.

RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. O plano de recuperação judicial como forma de liquidação da empresa em contraposição ao pedido de autofalência. *In*: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.). **Direito Empresarial**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aab085461de18260. Acesso em: 10 jan. 2022.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva Jur, 2021. 720 p.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; AMARAL, Fernando Lima Gurgel do; MELLO, Marcus Vinicius Ramon Soares de. Recuperação judicial como forma de liquidação integral de ativos. **RDEmp**, Belo Horizonte, MG, Ano 17, n. 3, p. 155-168, set./dez. 2020.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). **Agravo de Instrumento n. 2078923-11.2020.8.26.0000**. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro de Paulínia - 2ª Vara. Relator (a): Grava Brazil. Data do Julgamento: 18 dez. 2020; Data de Registro: 18 dez. 2020.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação judicial de empresas e falências**: teoria e prática da Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo, SP: Almedina Brasil, 2017. 1090 p.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 - artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 54. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 - artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2007. p. 219-269.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do Direito Falências**: da execução pessoal à preservação da empresa. 2. ed. São Paulo, SP: Almedina Brasil, 2018. 288p.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2021. 1200 p.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; POPPA, Bruno. UPI e estabelecimento: uma visão crítica. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coords). **Direito das empresas em crise**: problemas e soluções. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2012. p. 266-294.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Capítulo XI: A falência: noções gerais. In: CARVALHOSA, Modesto Souza Barros *et al.* (coord.). **Recuperação empresarial e falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. - (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. 5). p. 265-266.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2017. p. 205.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA (UC). Instituto de História e Teoria das Ideias (IHTI). **Ordenações Filipinas on-line**. [Baseada na obra Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870]. Coimbra, Portugal: IHTI, [Setembro de 1998]. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.