

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA APLICAÇÃO NO
INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE AS
RECUPERAÇÕES DO GRUPO EBX

Maria Gabriela Nicolau de Sousa Fontoura de Oliveira

RIO DE JANEIRO

2017

Maria Gabriela Nicolau de Sousa Fontoura de Oliveira

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA APLICAÇÃO NO
INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE AS
RECUPERAÇÕES DO GRUPO EBX

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Doutora Kone Prieto Furtunato Cesário

RIO DE JANEIRO

2017

CIP - Catalogação na Publicação

N48p Nicolau de Sousa Fontoura de Oliveira , Maria
Gabriela
O Princípio Da Função Social Da Empresa e Sua
Aplicação No Instituto Da Recuperação Judicial: Um
Estudo De Caso Sobre As Recuperações Do Grupo EBX /
Maria Gabriela Nicolau de Sousa Fontoura de
Oliveira . -- Rio de Janeiro, 2017.
65 f.

Orientadora: Kone Prieto Furtunato Cesário.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito Empresarial . 2. Recuperação Judicial
. 3. Princípio da Função Social da Empresa . I.
Prieto Furtunato Cesário, Kone , orient. II. Título.

CDD 342.22

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Maria Gabriela Nicolau de Sousa Fontoura de Oliveira

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA APLICAÇÃO NO
INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE AS
RECUPERAÇÕES DO GRUPO EBX

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Kone Prieto Furtunato Cesário
Professora Doutora – Faculdade Nacional de Direito, UFRJ – Professora Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Neste momento, não poderia deixar de agradecer a todos que em algum momento (ou em vários) estiveram me dando a mão, me ajudando a chegar onde cheguei.

Aos meus pais, que me proporcionaram tudo o que puderam e nunca hesitaram em me apoiar em toda e qualquer decisão que tomei.

Às minhas irmãs que sempre me aturaram e vibraram a cada conquista minha.

Aos mestres e àqueles que contribuíram para minha formação, me enriquecendo de conteúdo e conhecimento.

A quem sempre acreditou em mim, mesmo quando nem eu mesma achei que fosse conseguir.

Agradecer a todos os amigos que estavam por perto desde as bebedeiras até os cadernos trocados nas vésperas de provas.

Aos meus amigos Alê e Paulinha, que durante toda essa loucura que é a monografia foram a minha família e me deram toda a força que eu precisava.

Principalmente agradecer à Faculdade Nacional de Direito, por todos os dias me mostrar que eu fiz a escolha certa e por me dar a alegria de todo ano ser Campeã Geral.

Por fim, agradecer a Deus pelo caminho traçado e por ter sobrevivido a 5 anos andando pela central do Brasil.

A todos vocês, o meu muito obrigada!

RESUMO

OLIVEIRA, Maria Gabriela Nicolau de Sousa Fontoura de. *O Princípio Da Função Social Da Empresa e Sua Aplicação No Instituto Da Recuperação Judicial: Um Estudo De Caso Sobre As Recuperações Do Grupo EBX*. 2017. 73 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O objetivo do presente trabalho é estudar de que maneira o princípio da função social da empresa tem sua aplicação no instituto da recuperação judicial. Para isso, são explorados os fundamentos do princípio da função social conforme os novos paradigmas civis-constitucionais e as bases históricas do instituto da recuperação judicial. Na parte específica do trabalho, apresenta-se a definição de empresa e atividade empresarial, tomando como base a teoria da empresa. São analisados também os fundamentos do instituto da recuperação judicial e seus pressupostos, requisitos, efeitos e como se dá o seu processamento, além da sua natureza jurídica. Achamos de extrema importância realizar, de maneira complementar, um estudo analítico comparativo entre o Decreto-lei nº 7.611/45 e a Lei 11.101/2005, conceituando o instituto da concordata. Por fim, todos os conceitos apresentados são entrelaçados de modo a evidenciar a relação entre o princípio da função social da empresa e sua aplicação na recuperação judicial, tomando o estudo de caso das recuperações judiciais das empresas do Grupo EBX como base para tal ligação.

Palavras-Chave: função social da empresa; teoria da empresa; atividade empresarial; concordata da antiga lei; recuperação judicial.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Maria Gabriela Nicolau de Sousa Fontoura de. The Principle of the Company's Social Function and its Application in the Judicial Recovery Institution: A Case Study on EBX Group Recoveries. 2017. 73 f. Monograph (Graduation in Law) – Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The objective of the present study is to study how the principle of the social function of the company has its application in the judicial recovery institute. To this end, the foundations of the principle of social function according to the new civil-constitutional paradigms and the historical bases of the judicial recovery institute are explored. In the specific part of the work, the definition of company and business activity is presented, based on the theory of the company. Also analyzed are the grounds of the judicial recovery institute and its assumptions, requirements, effects and how it is processed, as well as its legal nature. We consider it extremely important to carry out, in a complementary manner, a comparative analytical study between Decree-Law no. 7,611/45 and Law 11,101/2005, conceptualizing the composition institute. Finally, all the concepts presented are interwoven in order to show the relation between the principle of the company's social function and its application in judicial recovery, taking the case study of judicial recoveries of the companies of the EBX Group as a basis for such a link.

Keywords: social function of the company; business theory; business activity; concordata of the old law; judicial recovery.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DA NECESSÁRIA CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO.....	11
1.1 A constitucionalidade do princípio.....	11
1.2 A interpretação do princípio no direito empresarial.....	13
1.2.1 A empresa e a atividade empresarial.....	13
1.2.2 O princípio da função social no direito empresarial.....	17
2. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	23
2.1 Breves considerações históricas: o Decreto-lei 7.661/45 x Lei 11.101/2005, principais diferenças.....	23
2.1.1 Primeiros delineamentos históricos.....	23
2.1.2 O Decreto-lei 7.661/45 e o instituto da concordata.....	27
2.1.3 As inovações trazidas pela Lei 11.101/2005.....	30
2.2 Conceituação do instituto da recuperação judicial.....	33
2.2.1 Estado de dificuldade empresarial.....	33
2.2.2 Definições e natureza jurídica do instituto.....	35
2.2.3 Pressupostos da recuperação judicial.....	37
2.2.4 Requisitos formais para o requerimento da recuperação judicial.....	39
2.2.5 Os credores da recuperação judicial e a assembleia geral.....	40
2.2.6 O pedido de recuperação judicial e o deferimento do processo.....	42
2.2.7 O procedimento da recuperação judicial.....	44
2.2.8 O plano de recuperação.....	47
2.2.9 A concessão e o encerramento.....	49
2.3A aplicação do princípio da função social da empresa na recuperação judicial.....	51
3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA PRÁTICA: ESTUDO DE CASO DO GRUPO EBX	56
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o princípio da função social da empresa e sua aplicação no instituto da recuperação judicial, através de posicionamentos doutrinários e do entendimento dos tribunais acerca do tema. Para isso, será realizado um estudo de caso concreto das recuperações judiciais do Grupo EBX a fim de elucidar o emprego do princípio pelas cortes brasileiras.

Ademais, expõem-se as atuais conjunturas econômica e social pela influência que exercem nas inovações interpretativas da aplicação do princípio da função social da empresa no instituto da recuperação judicial.

Este instituto, previsto na Lei 11.101/2005, vem caracterizado justamente com o objetivo de suscitar a superação de um estado de crise, tendo como motivação o interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor.

A crise empresarial, que pode ensejar o requerimento do benefício da recuperação judicial, se configura quando a empresa, após uma sequência de eventos danosos à sua atividade, depara-se com uma significativa retração nos negócios. Ao que isso imediatamente gera uma crise de iliquidez, ou seja, falta de caixa para honrar com seus compromissos, em último estágio acarreta também a insolvência de bens no ativo da empresa que satisfaçam o passivo da mesma.

O objetivo econômico da recuperação judicial, portanto, é permitir competitividade e produtividade às empresas em estado de insolvência, garantindo que tenham a oportunidade de se estabilizar economicamente sem serem absorvidas por outras empresas em melhores condições financeiras.

O presente estudo, relevante e pertinente diante da presente conjuntura econômica do país, buscou analisar o princípio da função social da empresa, sua previsão constitucional e a aplicação do referido princípio no âmbito da recuperação judicial da empresa, trazida pela Lei 11.101/2005.

Ao longo do presente trabalho, os objetos serão analisados à luz da doutrina, legislação e da jurisprudência, tendo como alvo o debate e uma melhor compreensão deste importante tema.

Fez-se necessária a análise da concordata da lei antiga (Decreto-lei 7.661/45) dentro do cenário econômico do país à época e dos valores que norteavam a nossa sociedade, olhando para todo o extinto instituto da concordata e seu posto dentro do nosso ordenamento jurídico.

Foram escolhidos como objeto de estudo, posto importante para a resolução dos problemas dos quais se pretende solucionar na presente monografia, a aplicação do princípio no instituto da recuperação judicial e a importância do mesmo para a continuidade da atividade empresarial.

Por fim, veremos um estudo de caso que mostrará, na prática, a real aplicação do princípio e seus desdobramentos – sobretudo sob uma ótica social – e como as decisões judiciais têm observado tal princípio constitucional.

A escolha do tema foi pautada na relevância social da continuidade da empresa, sobretudo no atual cenário econômico brasileiro, uma vez que tais entidades cumprem a função social de geração de empregos, do pagamento de tributos e da promoção da circulação de riquezas, contribuindo assim para o desenvolvimento econômico, social e cultural do país.

Se a atuação da empresa está de acordo com estes objetivos e se desenvolve obedecendo às leis a que se sujeita, estará a mesma cumprindo a sua função social. É o mesmo que dizer que o funcionamento da empresa e a organização do estabelecimento empresarial estão de acordo com o delimitado pela Constituição Federal.

Tendo em vista o aumento do número de empresas que requerem judicialmente a sua recuperação, analisaremos a aplicação do princípio no âmbito do instituto da recuperação judicial e as recentes decisões judiciais sobre o tema, realizando um estudo de caso sobre as recuperações judiciais das empresas do Grupo EBX, um dos casos com maior repercussão desde o advento da Lei 11.101/2005.

1. DA NECESSÁRIA CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO

1.1 A Constitucionalidade do princípio

Antes de adentrar o mérito da aplicação do princípio da função social da empresa no instituto da recuperação judicial, é essencial explorar o conceito de tal princípio e seu surgimento com a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. Inicialmente, falemos do princípio constitucional da função social da propriedade e como dele se extrai o princípio da função social da empresa.

O professor Fábio Konder Comparato nos mostra como, a partir do princípio constitucional da função social da propriedade, disposto nos artigos 5º, XXIII e 170, III da CRFB, emerge-se ao princípio da função social da empresa. A propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social na medida em que os interesses juridicamente protegidos, inerentes a esses bens, não estão concentrados na titularidade dos empresários.

A Constituição Federal reconhece, através desse princípio implícito, que são dignos de proteção jurídica todos os interesses individuais afetados pelo modo com que se utilizam os bens de produção.

No âmbito jurídico, entendem-se por meio de produção todos os bens reunidos pelo empresário na organização do seu estabelecimento empresarial. Mesmo que sobre esses bens o empresário nem sempre exerça o seu direito de propriedade, é fato que os coordena e decide como serão aplicados a fim de explorar uma atividade econômica. Tal decisão deve sempre ser orientada pelo princípio da função social da empresa.

Cumpra a sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito ao direito dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo a sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.¹

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol 1. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 75/76.

Conforme já retratado, o princípio da função social surgiu, em um primeiro momento, no contexto da propriedade. Só a partir daí foi incorporado aos demais institutos do Direito, ainda que sem previsão legal expressa, baseado na crescente ideia de valores envolvidos nas relações interpessoais. Com o tempo, deu-se enfoque cada vez maior no privilégio social em detrimento do individual.

O artigo 5º da Constituição da República, ao instituir a propriedade privada como um princípio da ordem econômica assegurou a propriedade privada dos meios de produção. Assim, o direito de propriedade aparece como direito fundamental (art. 5º, XII); contudo, a propriedade terá de atender a sua função social (art. 5º, XXIII).

A função social da empresa, conforme preleciona Tomasevicius Filho, está disposta no art. 170 da Constituição da República, que trata da ordem econômica, visto que toda empresa faz uso de trabalho e capital. E vai além ao versar que, embora a livre iniciativa nada mais seja do que a liberdade do exercício da atividade econômica, a liberdade da empresa é relativa. Dessa forma, "sua razão de ser é assegurar a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e, o exercício desta liberdade deve, necessariamente, atender a uma função social." ²

Extrai-se daí que os benefícios que decorrem da atividade empresarial devem proporcionar a todos, não apenas ao empresário, uma melhor condição de vida.

Todos os princípios ditos constitucionais, ou seja, aqueles que estão inseridos no bojo constitucional e nela têm sua previsão, estão interligados e, dessa forma, verifica-se que a dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada à justiça social. De tal modo, não deve haver uma liberdade econômica que "permita apenas o crescimento das riquezas sem sua distribuição entre os indivíduos que contribuiram como mesmo através do trabalho." ³

Veja-se,

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

² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. Nº 810, 2003. p. 42

³ *Ibidem*. p. 43

(...)
 II - propriedade privada;
 (...)"

Na ilustre doutrina de Gilmar Mendes, a evolução do direito constitucional representa o aumento da centralização dos direitos fundamentais como viabilização da dignidade da pessoa humana:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões.⁴

Andam juntas as percepções de que a Constituição da República é norma suprema do nosso ordenamento jurídico e de que os valores mais elevados da existência humana fazem jus ao resguardo em documento jurídico com força vinculativa máxima.

A partir daí é que tais garantias constitucionais se ramificam e desdobram pelas demais áreas do direito, como é o caso da função social da propriedade dentro do direito comercial: a função social da empresa.

Os direitos fundamentais ganham posição de destaque na sociedade quando se inverte a relação tradicional entre Estado e indivíduo e se reconhece que primeiro o indivíduo tem direitos e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem frente aos indivíduos se prestam a garantir um maior cuidado das necessidades dos cidadãos.

1.2. A interpretação do princípio no direito empresarial

1.2.1. A empresa e a atividade empresarial

Especificamente no tocante ao direito empresarial, é importante caracterizarmos o instituto da empresa para que, assim, possamos adentrar no aspecto da utilização do referido princípio.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 135.

O direito brasileiro cada vez mais se aproxima do modelo italiano quanto ao direito da empresa, isto é, o estabelecimento de um regime geral de disciplina privada da atividade econômica.

Com o Novo Código Civil, que entrou em vigor em 2002, o direito privado concluiu seu processo de transição para o sistema italiano, adotando expressamente a teoria da empresa.

Nesse sentido, o Código Civil define o empresário como profissional que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (art. 966, do CC/2002) e o submete às disposições de lei referentes à matéria mercantil. O parágrafo único do artigo 966 exclui do conceito de empresário aquele que exerce atividade em que o elemento da profissão não constitui o elemento de empresa.

Ou seja, o legislador tratou no referido parágrafo único, o chamado profissional liberal, afastando-o do conceito de empresa, já que apenas se submete ao regime geral da atividade econômica se inserir a sua atividade específica no conceito de empresa.

"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa."

Sobre a teoria da empresa, preleciona o ilustre professor Fábio Ulhoa Coelho:

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).⁵

Empresa é atividade. Seu objetivo essencial é a obtenção de lucros em troca de bens e serviços, gerados através da organização dos fatores de produção, ou seja, força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Ibidem. p. 35.

Dessa forma, empresa é atividade econômica organizada e o empresário é o agente da atividade realizada. O Código Civil Brasileiro adota a teoria da empresa, que por sua vez garante a classificação observando a existência ou não de uma estrutura empresarial, para que assim possa definir as sociedades em simples ou empresariais.

Sobre a teoria da empresa, José Edwaldo Tavares Borba versa:

Vê-se, portanto que a condição básica para a caracterização do empresário repousa na organização. É a organização que distingue o empresário do profissional autônomo. O autônomo opera pessoalmente ou, quando muito, com a colaboração de familiares ou de poucos auxiliares subalternos. O empresário apóia-se em uma organização, que poderá ser de pequena monta ou de grande expressão, mas que, em qualquer dos casos, compreenderá a articulação do trabalho alheio e de meios materiais.⁶

Túlio Ascarelli, ao estudar a teoria da empresa, tendo em vista o Código Civil italiano, enunciou: *“Precisamente para distinguir la actividad económica del empresario de la del trabajador autónomo, se debe recurrir necesariamente al requisito de la organización.”*⁷

A profissionalidade é outra condição para a configuração do empresário e a atividade desenvolvida deve ser voltada para a produção de bens e serviços. A organização e a profissionalidade funcionam, nesse sentido, como marca caracterizadora da atividade empresarial.

Sobre a conceituação da sociedade empresária, Tavares Borba assevera que “A sociedade empresária é uma entidade dotada de personalidade jurídica, com patrimônio próprio, atividade empresarial e fim lucrativo”.⁸

A sociedade empresária, para ser definida de um ponto de vista analítico, é a composição dos elementos diversos que a caracterizam. Em um primeiro momento logo ganha destaque a sua condição de pessoa jurídica e, em consequência, de ente capaz de adquirir direitos e obrigações.

⁶ BORBA, Jose Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.

⁷ ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona: 1964. p. 164.

⁸ BORBA, Jose Edwaldo Tavares. Op. cit. p. 17.

Os bens da sociedade não se confundem com os bens dos sócios porque o patrimônio próprio da sociedade empresária ressalta sua autonomia frente àqueles. A atividade empresarial é a marca de sua classificação como sociedade empresária. O fim precípua, que é o lucro, é da essência da sociedade que se destina a produzi-lo para distribuição aos que participam de seu capital.

Conforme já explicitado, o Código Civil de 2002 traz a disciplina do Direito de Empresa, levando em consideração a teoria da empresa para distinguir as sociedades empresárias das não empresárias, que são as chamadas sociedades simples.

Não mais se utiliza o conceito de comerciante ou de ato de comércio. O que importa não é mais conhecer o objeto da sociedade para saber a sua natureza. O “ato de comércio” é substituído pelo “ato de empresa” e a figura do comerciante é substituída pela do empresário e da sociedade empresária.

Maria Thereza Werneck Mello, citando o Coelho sobre o artigo 966 do Código Civil, que trata da conceituação de empresário, versa:

Fabio Ulhoa Coelho, a partir desse conceito legal de empresário, conceitua a empresa como “atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”. Para ele, “empresa” só pode ser entendida mesmo como uma atividade revestida de duas características singulares: é econômica e é organizada, explicitando que:

a) “a atividade empresarial é econômica no sentido de que é apta a gerar lucro para quem explora”;

b) “a atividade é organizada, no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário (que a organiza) os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia”; esclarecendo ainda que a noção de organização, ínsita à ideia de empresa, envolve, portanto, um certo grau de sofisticação da produção ou circulação de bens ou serviços.⁹

Borba também enfatiza a característica da organização para distinguir o empresário e a sociedade empresária do profissional autônomo e da sociedade simples:

No plano da pessoa natural, despontam, pois, as figuras do profissional autônomo e do empresário individual, ambos desenvolvendo o seu mister de forma profissional, voltada para o mercado, com a diferença de que o primeiro não dispõe de uma atividade organizada, ou seja, de uma estrutura empresarial, enquanto o segundo

⁹ MELLO, Maria Thereza Werneck. Coords. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Temas de Direito Civil-Empresarial. *Sociedades simples e sociedades empresárias: aspectos conceituais e registraes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p. 230-231.

apoia a sua atividade em uma organização, que coordena e dirige, e que é a própria empresa.

No plano das sociedades, verifica-se o mesmo fenômeno, tanto que a sociedade empresária é a titular de uma empresa, enquanto sociedade simples, por não contar com uma organização, desenvolve a sua atividade, prevalecentemente, a partir do trabalho dos próprios sócios.¹⁰

No mesmo sentido, Rubens Requião declara que “empresa é essa organização dos fatores de produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa”.¹¹

Conclui-se, assim, que sociedade empresária é a organização advinda do acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a agregação de capital e trabalho para um fim lucrativo, mas que por via indireta tem uma função social importante para o desenvolvimento econômico do país.

1.2.2. O princípio da função social no direito empresarial

A função social da empresa constitui um poder-dever por parte daquele que exerce a atividade empresarial: harmonizar a atividade exercida, respeitando os interesses da sociedade mediante o cumprimento de determinados deveres.

Em meio ao desenvolvimento tecnológico alcançado com a revolução industrial, que substituiu um modelo predominantemente agrícola, surgiu a figura da empresa, entendida como a "organização de capital e trabalho com a finalidade de produção ou circulação de bens ou prestação de serviços".¹²

Diante de um contexto conturbado de regulação econômica do mercado, o Estado é então chamado a intervir, a fim de garantir uma concorrência saudável e de conduzir o funcionamento desse novo cenário.

Restringiu-se a autonomia da vontade em nome da garantia e da tutela dos interesses sociais da coletividade, também em detrimento da proteção de interesses individualistas para impor-se o respeito ao princípio da dignidade humana. Dentro deste contexto é que se

¹⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. Op. cit. p. 8.

¹¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 57. v. 1.

¹² MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*, 2002, p. 10.

desenvolve o conceito de função social dos tantos institutos do direito privado, como preleciona Requião:

O direito, enfim, foi criado em atenção ao indivíduo, tendo por objetivo ordenar sua conveniência em outros indivíduos. O exercício de seus direitos, embora privados, deve atender a uma finalidade social. A função social do direito, que se refere sobretudo aos contratos e à propriedade, deve, pelo indivíduo ser atendida. Assim, o sujeito não exercitará seus direitos egoisticamente, mas tendo em vista a função deles, e a finalidade social que objetivam. O ato, embora conforme a lei, se for contrário a essa finalidade é abusivo e, em consequência, atentatório ao direito.¹³

A definição da função social fornecida por Comparato nos parece a que melhor se adequa ao conceito jurídico a que se pretende aqui explorar:

Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.¹⁴

A ideia atribui este poder-dever à função social surge, historicamente, na Constituição alemã de Weimar, de 1919, como requisito do direito de propriedade. O artigo 153 da referida legislação expressa: "*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*" (A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao interesse da coletividade)¹⁵. O texto desse artigo representa a superação da concepção individualista da propriedade.

Embora relativamente difuso, o conceito está relacionado com o emprego do bem para seu fim produtivo, gerando proveito para a comunidade em virtude da circulação de riquezas. O proprietário do bem deve optar, dentre as formas de auferir proveito com o bem, por aquela que beneficia o coletivo em nome da vantagem de toda a sociedade.

A aplicação da função social em determinado ramo do direito, dessa forma, significa o condicionamento do seu exercício aos interesses maiores da sociedade.

¹³ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. RT nº 410, 1969, p. 16.

¹⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *Função Social da Propriedade e dos bens de produção, in direito empresarial – estudos e pareceres*. Ibidem. p. 32.

¹⁵ Tradução livre.

Citando Comparato, Viviane Perez assevera que:

Para defender a existência de uma função social da empresa, Fábio Konder Comparato traça um paralelo entre esta e a propriedade, afirmando que na proteção constitucional da propriedade incluir-se-iam os bens patrimoniais sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real e que, por consequência, "*também o poder de controle empresarial, o qual não pode ser qualificado como um ius in re, há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional da propriedade*". Mais especificamente, o autor insere a empresa dentro do conceito de bens de produção e confere ao titular do controle o mesmo *munus* do titular da propriedade, qual seja, o poder-dever informado pela função social. Confira-se:

"(...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade, transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos." ¹⁶ (grifos no original)

Como já explorado anteriormente, é imperioso concluir que a função social da empresa encontra sua expressão no texto do artigo 170, *caput*, da Constituição da República:

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

(...)

II - propriedade privada;

(...)

Além da tese que se coloca, devem-se levar em consideração as disposições infraconstitucionais que cuidam do tema da função social da empresa no âmbito das sociedades anônimas, notadamente os artigos 116 e 154 da Lei 6.404/76, ou Lei das Sociedades Anônimas.

Em seu artigo 116, parágrafo único, esta lei trata da função social da empresa ao estabelecer que um acionista controlador deve usar seu poder para fazer com que a companhia alcance o seu objeto e cumpra a sua função social. Estabelece ainda que o acionista tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, para com os que na empresa trabalham e para com a comunidade em que está inserida, tendo que respeitar os direitos e interesses destes.

¹⁶ PEREZ, Viviane. (Coords.) ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Temas de Direito Civil-Empresarial. *Função social da empresa Uma proposta de sistematização do conceito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p. 202-203.

O conceito da função social da empresa, trazido pela referida legislação, ajuda a encontrar o sentido do conceito jurídico indeterminado contido na redação do dispositivo legal e possibilita a sua aplicação e extensão aos demais tipos societários. Viviane Perez sobre o tema:

Visto o conceito de função social da empresa, é possível identificar-lhe ao menos dois distintos raios de sua aplicação, quais sejam, como: (i) incentivadora do exercício da empresa e (ii) condicionadora de tal exercício.

Na sua primeira aplicação, o conceito de função social da empresa dá origem ao chamado *princípio da preservação da empresa*. Tal princípio advoga uma primazia do interesse da empresa, como centro de interesses autônomos e distinto de cada um dos grupos de interesses nela catalisados. A manutenção da empresa atenderia, assim, ao interesse coletivo na medida em que essa "*unidade organizada de produção é fonte geradora de empregos, tributos e da produção ou mediação de bens e serviços para o mercado, sendo, assim, propulsora de desenvolvimento*".¹⁷

O que se busca com a aplicação do princípio da função social da empresa é que o empresário, em sua atuação, observe e cumpra os princípios estabelecidos no artigo 170, da Constituição da República, que traduzem os interesses da sociedade. Nesse sentido, Comparato versa:

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da "comunidade" em que ela atua.¹⁸

Oportuna também a precisa lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Quem atua no domínio econômico sem levar em conta o interesse geral e até se prevalecendo de sua posição para impor o interesse particular em detrimento do bem comum, abusa do poder econômico. Tal abuso, como prejudicial à comunidade, deve ser reprimido, segundo determina o preceito em exame.¹⁹

Hoje, em nosso ordenamento jurídico, essa repressão ao abuso do poder econômico é regulada de maneira infraconstitucional pela Lei nº 12.529/2011, que

Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

¹⁷ PEREZ, Viviane. Ibidem. p. 206.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*. Ibidem. p. 44.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. 4, 1995, p. 12.

A fim de resguardar a livre concorrência, a Lei 12.529/2011, confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a autoridade de antitruste, a competência de controle preventivo e repressivo dos atos e negócios capazes de influenciar a estabilidade concorrencial e a estrutura do livre mercado.

A referida lei traz, logo em seu artigo 1º, os ditames constitucionais assim expostos:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.
Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Sobre a função social da empresa e sua importância em um contexto social e de acordo com a atividade que a empresa desempenha, Tomasevicius Filho entende que

em relação à redução das desigualdades sociais, a empresa tem um papel importante. Em determinadas regiões pobres, a empresa deve gerar empregos e procurar movimentar a economia local. Quando não o faz de maneira a atender essa necessidade social, está descumprindo a sua função social.²⁰

No entendimento de Ana Frazão, "a função social da empresa é um princípio mais amplo do que a mera função social da propriedade dos bens de produção, estendendo-se igualmente ao controle".²¹

A empresa se sujeita à função social pois representa uma instituição cuja importância transcende à esfera econômica, na medida em que abarca interesses sociais mais relevantes, como a subsistência de seus empregados e o bem-estar dos cidadãos que dela dependem ou com ela dividem o mesmo espaço social.²²

Neste nexos, em relação à empresa, a função social permite cobrar obediência aos deveres para com a sociedade por parte de quem exerce o direito de livre iniciativa, proporcionando um ganho econômico mais honesto e justo para todos.

²⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais nº 810, 2003. p. 44.

²¹ FRAZÃO, Ana. VIEGAS, Francisco. (org.) *Direito Civil Contemporâneo. A Função Social da Empresa na Constituição de 1988*. 1. ed. Brasília: Obscursos, 2009. p. 17.

²² FRAZÃO, Ana. *Ibidem*, p. 102.

A função social faz referência apenas às atividades econômicas exercidas pela empresa, concretizado no seu objeto social e exigível pela imposição de obrigações jurídicas ao titular desse direito.

Para Coelho, a empresa cumpre sua função social quando gera para a sociedade em que está inserida contribuições de cunho coletivo, como geração de empregos e circulação de riquezas:

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade que atua, de sua região ou país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve em estrita obediência às leis que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.²³

Portanto, fica claro que o princípio da função social da empresa, que encontra espaço em nosso ordenamento jurídico, é um requisito obrigatório para o funcionamento da sociedade. A empresa, como bem jurídico, deve sempre cumprir o seu papel na coletividade, assim como a propriedade e o contrato, baseada nos ideários constitucionais da dignidade da pessoa humana combinados com a função social da propriedade.

²³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Ibidem. p. 76.

2. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.1. Breves considerações históricas: o decreto-lei 7.661/45 x Lei 11.101/2005, principais diferenças.

Em primeiro lugar, faremos algumas considerações históricas sobre o recente surgimento, no ordenamento jurídico brasileiro, do instituto da recuperação judicial, por sua vez inserido em nosso sistema jurisdicional pela Lei 11.101/2005, conhecida como Lei de Falências e Recuperações ("LFR").

Como sabemos, a já extinta concordata deu lugar à recuperação judicial através da Lei 11.101/2005. Contudo, iremos traçar breves ponderações do ponto de vista evolutivo do direito civil-empresarial e do direito falimentar brasileiro até chegarmos ao tempo atual e à figura da recuperação judicial de empresas em dificuldade econômica.

2.1.1. Primeiros delineamentos históricos

Historicamente, o processo de execução surgiu no direito romano na época das *legis actiones*. A execução era inicialmente realizada sobre o corpo do próprio devedor: se vendia o sujeito como escravo e se repartia o preço percebido em tantos quantos fossem os seus credores.

A Lei das XII Tábuas, de 451 a.C., no nº 9 da Tábua Terceira, estabelecia:

Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando contar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.

Ainda no cerne da execução pessoal, o devedor, antes mesmo de iniciar-se um processo de execução, poderia obrigar-se a prestar serviço como escravo do credor até a satisfação de toda a sua dívida.

A partir daí pode se verificar que, gradativamente, a execução sobre a pessoa do devedor foi evoluindo no sentido de proibir tal prática, permitindo-se apenas a execução sobre o patrimônio. Posteriormente a *Lex Poetelia*, em 428 a.C., marca o surgimento da execução judicial, proibindo expressamente o uso do corpo e estabelecendo que a garantia do credor é o

patrimônio do devedor.

Diversas foram as formas de expressão dessa linha em todos os sistemas do direito. Muitos são os exemplos de ordenamentos que previam a execução sobre o corpo do devedor, rumando-se sempre a um caminho na direção do afastamento dessas execuções para se chegar à execução exclusiva sobre o patrimônio do devedor.

A execução poderia ser feita de forma singular, se houvesse apenas um credor, ou de forma coletiva, se houvesse dois ou mais. Na segunda hipótese seria necessário estabelecer uma ordem entre eles, ou seja, um concurso de credores, para que assim pudesse ser realizada a correta divisão do patrimônio do devedor entre os diversos credores na proporção e na ordem que coubesse a cada um. Dessa lógica executiva surge o direito falimentar, no qual – genericamente descrevendo – arrecada-se todo o patrimônio do devedor para alienação e apuração em dinheiro que será, em seguida, repartido pelos credores na proporção de seus créditos e na ordem legal, de acordo com a qualificação dos mesmos.

Corroborando com o exposto até aqui, J. X. Carvalho de Mendonça assevera:

O direito não se inventa, não nasce do arbítrio, nem surge espontaneamente dos congressos legislativos. Desenvolve-se no terreno social, num ambiente histórico em relação ao grau de civilização, aos usos e costumes, à organização política dos Estados.

O Direito Falimentar teve suas origens históricas no Direito Romano, onde a obrigação era essencialmente pessoal, isto é, na falta de cumprimento, o devedor respondia com o seu próprio corpo e não com o patrimônio.²⁴

Historicamente, não se exigia a intervenção estatal; todos os problemas eram resolvidos pelas mãos dos próprios credores. No Direito quiritário, fase mais primitiva do Direito romano, a pessoa do devedor era adjudicada ao credor, que a reduzia ao cárcere privado. Esse sistema perdurou até 428 a.C. e só foi substituído com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, que introduziu no ordenamento a execução patrimonial, em que os bens do devedor, e não mais o seu corpo, passam a constituir garantia dos credores.

A execução singular e a execução coletiva apenas se delinearam com a Lei das XII Tábuas, fase de maior contribuição do Direito romano ao nosso ordenamento jurídico atual e,

²⁴ MENDONÇA, J. X CARVALHO DE., *Tratado de direito comercial brasileiro*, Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

consequentemente, ao direito falimentar.

Já em um contexto da idade média, ocorre o deslocamento da iniciativa da execução. O chamado concurso de credores passa a ser feito pelas mãos do Estado, segundo sua disciplina jurídica, e não mais pelas mãos do credor. A partir do século XIII começa a se formar o direito comercial tendo em vista os usos e costumes comerciais. Estabelece-se assim um primeiro esboço do direito falimentar, estendendo-se a falência ao devedor comerciante.

Nas cidades do norte da Itália, o processo coletivo de execução começa a ganhar força e nitidez, gerando grande influência no direito francês, já que o fluxo de comércio mantido entre as cidades francesas e italianas era notório.

Sobre o período da idade média, Requião discorre sobre alguns aspectos:

Ao falido se reservava toda a sorte de vexames, que o tornava, com a pena de infâmia, um réprobo social. Nenhuma distinção existia entre a insolvência do devedor comerciante e a do não comerciante. Todos indistintamente, se sujeitavam às regras do direito falimentar. (...) A prisão do devedor insolvente, com aplicação de penas vexatórias e degradantes, era uma constante do direito da época. Pode-se imaginar a severidade dessa repressão, quando se lê numa lei inglesa de 1676 que os comissários da falência tinham poderes muito extensos, podendo se apoderar da pessoa do devedor, dispor de seus bens, submetê-lo ao pelourinho e condená-lo à ablação de uma das orelhas se tivesse fraudulentamente subtraído bens de um valor superior a 20 libras.²⁵

Em 1808, em um cenário pós-revolução francesa, foi promulgado o Código Comercial Francês. Diretamente motivado pela vontade de Napoleão Bonaparte, o código colaborou para intensa propagação das ideias trazidas pelos italianos. Isso acabou por tomar o ordenamento jurídico ocidental, agindo diretamente no direito português e, consequentemente, no brasileiro.

Amador Paes de Almeida destaca em sua obra a influência do Código escrito por Napoleão Bonaparte sobre o instituto falimentar:

O Código Comercial francês, de 1807, na elaboração do qual Napoleão Bonaparte teve preponderante atuação, conquanto impondo severas restrições ao falido, constituiu-se em inegável evolução do instituto, restrito na legislação francesa, ao devedor comerciante. Gradativamente abrandam-se os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico social, refletindo no seu bojo as

²⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Ibidem. p. 201.

profundas alterações por que se passaria o direito comercial e que culminaria com a própria modificação do conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social.
26

No Brasil, de forma concisa, ainda no início do período denominado Brasil Colônia, o primeiro diploma legal que previu o direito falimentar foi a Lei 08.03.1595. Só em 1756, Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, outorgou o alvará de 13 de dezembro, tratando especificamente do processo de falência. Em meio a um período conturbado com a proclamação da independência do Brasil e o vazio legislativo-jurisprudencial sofrido pelo país, em 1850 é que o Código Comercial veio em seus artigos 797 a 913, regulamentar o processo falimentar, ainda chamado de "quebra".

Descrevendo essa época, José Cândido Sampaio de Lacerda destaca os principais aspectos:

Em 1850, promulgado o Código Comercial, dedicou ele a sua terceira parte à falência, intitulando-a "Das Quebras", tendo o Decreto nº 738 de 1850, estabelecido o processo para as falências (art. 102 a 187). Com a publicação do Código inaugura-se a primeira fase histórica do instituto brasileiro, fase esta que se estenderia até o advento do regime republicano. Nesse período, o que caracteriza a falência é a cessação de pagamentos (art. 797). Alegava-se, contra o sistema do Código, ser lento, complicado, dispendioso, prejudicando, há um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância à apuração de responsabilidade comercial da falência, pois só com a ultimação do processo de quebra e qualificação da falência é que iniciava a liquidação da massa.

Por outro lado, a aceitação da concordata dependendo da maioria de credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata (art. 847, 3ª al.) constituía obstáculos à obtenção desse favor.
27

Daí em diante foram surgindo inúmeras alterações e modificações mediante leis e decretos legislativos. Até que em 1945, Getúlio Vargas promulga o Decreto-lei 7.661, que era a nossa Lei de Falência até o ano de 2005, quando foi substituído pela Lei 11.101, a atual Lei de Falências e Recuperações.

Sobre o Decreto-lei nº 7.661/45, o ilustre Celso Marcelo de Oliveira destaca as principais inovações:

Ressaltamos que o Decreto-lei 7.661/45, de 21.06.1945, substituiu a Lei das Falências. Com ele, inicia-se a quarta fase desse processo. Referido diploma legal apresentou muitas inovações, que são as seguintes: a) começou-se a abolir as Assembleias dos Credores, diminuindo a influências destes, reforçando os poderes

²⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 13.

²⁷ LACERDA, José Cândido de Sampaio. *Manual de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p.36.

dos magistrados; e b) a concordata (preventiva e suspensiva) deixou de ser um contrato para ser um benefício concedido pelo Estado, através do juiz ao devedor infeliz e honesto.²⁸

Conforme mencionado, em 09 de fevereiro de 2005 foi sancionada a Lei 11.101/2005, que, segundo seu artigo 1º, destina-se a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Portanto, a referida lei mantém a falência no ordenamento jurídico brasileiro, abole a concordata e introduz este novo instituto chamado "recuperação judicial e extrajudicial das empresas".

2.1.2. O Decreto-lei 7.661/45 e o instituto da concordata

Em um momento anterior de nosso ordenamento jurídico existia o instituto da concordata, disposto no Decreto-lei 7.661/45, juntamente com a falência de empresas. Deste instituto se originou a recuperação judicial tal como a conhecemos nos dias atuais. No Brasil, a concordata surge ainda no século XIX e ganha força ao longo da história.

A concordata nada mais era do que um acordo feito entre o comerciante insolvente e a maioria ou a totalidade de seus credores a fim de evitar a declaração da sua falência.

O instituto da concordata tinha como finalidade precípua a resolução da situação econômica de insolvência do devedor. Ela poderia prevenir e evitar a falência, caso em que era chamada concordata preventiva; ou suspender a falência, sendo chamada de concordata suspensiva, que visava recuperar a empresa.

Diferentemente da falência, a concordata não submetia o devedor a restrições de sua liberdade e também não lhe tirava a administração de seus bens. O empresário comercial, quando contemplado com a concordata, continuava a frente de seus negócios, gerindo a empresa sob a fiscalização de um comissário, que era nomeado pelo juiz.

A concordata era um benefício que pressupunha as dificuldades econômicas e financeiras do devedor. Por ter o condão de evitar a falência ou suspendê-la, este instituto dividia a opinião de grandes juristas, sendo veementemente combatido por alguns deles e

²⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 38.

exaltado por outros.

O professor Soares de Faria o enaltece, apontando suas vantagens:

Com todo o seu cortejo de diminuições patrimoniais e os rigores que lhe são inerentes, a concordata preventiva, com oferecer ao devedor meio de subtrair-se à indignidade, que o sentimento social lhe atribui por ser falido, e as restrições pessoais desse estado decorrentes, é também vantajosa para os credores e de indiscutível interesse público. Sob esse tríplice aspecto se justifica o instituto. Propício ao devedor, porque se antepõe às durezas do processo falimentar e evita a ruína que, no geral, sempre acarreta a falência, ocasionando desbarato de seu patrimônio e fundo golpe na sua reputação comercial. A falência marca indelevelmente os indivíduos que nela incorporem. A má fama não abandona o falido, qualquer que seja a sua atitude, acompanha-o sempre, como a sombra do corpo.²⁹

A concordata preventiva, como o próprio nome indica, visava a prevenção da falência do devedor. O devedor devia tomar a iniciativa de requerê-la ao juiz antes de declarada a falência a fim de evitar este resultado. Contudo, caso negasse, declarava-se de pronto a falência.

Já a concordata suspensiva tinha por finalidade suspender o curso da falência, restabelecendo a atividade empresarial ao devedor. Ela surge em momento posterior à decretação de falência, evitando que a empresa seja liquidada. Há de se esclarecer que a concordata suspensiva não possuía o condão de extinguir a falência. Se, a qualquer tempo, o concordatário não cumprisse com suas obrigações ou infringisse a lei a falência era restabelecida.

O instituto da concordata, conforme disposto no Decreto-lei 7.661/45, sofria diversas críticas por parte de conceituados autores. Dentre eles, Requião:

O problema crucial, a respeito da insolvência de empresas, como temos presenciado, é que, nas mais das vezes, o empresário social, atemorizado pelas repercussões patrimoniais e sociais que a ruína acarreta ao seu prestígio social e ao de sua família, dela procura escapar por todos os meios. Para isso usa de ardis e experientes ruinosos, entre os quais se sobreleva a agiotagem de que passa a ser vítima. Essa situação se agrava de tal modo que dificilmente poderá ele recuperar o seu negócio, mesmo pedindo concordata.

Aliados a esse fenômeno, a complacência de muitos magistrados e o desinteresse no cumprimento de normas necessárias relaxam as malhas do instituto, tornando-as flácidas, permitindo aos menos honestos as mais deslavadas fraudes. Por esse

²⁹ FARIA, S. Soares de. *Da Concordata Preventiva Da Falência*, nº 7. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1932.

motivo, em nosso País, as concordatas, sobretudo a concordata preventiva, caíram em descrédito, contra elas se levantam acerbas críticas.³⁰

Nesse sentido, Requião mostrou-se um forte nome no apoio à elaboração de uma lei falimentar diferente e que trouxesse em seu bojo um novo instituto legal que permitisse a recuperação de empresas de forma justa e ágil:

O fato é que a reação coletiva em face da concordata a identifica, vulgarmente, como um instrumento de burla e de desonestidade, a serviço de empresários inescrupulosos e sagazes. Por isso sentimo-nos encorajados, em conferência proferida do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1974, em propor a extinção da concordata nos moldes atuais, para substituí-la por um sistema mais moderno, mais eficiente, justo e funcional, posto a serviço da recuperação das empresas ainda não irrecuperáveis.³¹

Tratando sobre o mesmo tema, Coelho preleciona:

Principalmente quando eram altos os índices de inflação e os Tribunais se apegavam a esdrúxulas fundamentações para negar a correção monetária dos débitos do impetrante da concordata, muitos devedores enriqueceram usando fraudulento o instituto. Em nenhum momento o risco de ver sua falência decretada os assustou ou inibiu... A "indústria da concordata" existia e prosperava porque ao juiz não era dada, pela lei, a alternativa de denegar o benefício *sem* decretar a falência.³²

Outra característica – considerada negativa – da concordata, referente ao pagamento dos credores, era que tanto na modalidade preventiva quanto na suspensiva, a lei, por meio de dispositivos expressos, impunha o montante mínimo e os prazos para pagamento aos credores. Tal rigidez não dava margem para negociações entre as partes, prejudicando inclusive o devedor, que em determinadas vezes teria condições de honrar suas obrigações em prazos diferentes, mas era obrigado a seguir os ditames da Lei.

Além disso, a concordata só alcançava os credores quirografários, grupo composto em sua maioria por fornecedores de bens e serviços para a empresa. Os demais credores não eram afetados pela suspensão dos pagamentos nem pelo parcelamento da dívida, o que findava restringindo a capacidade de recuperação da empresa.

Diante de um cenário de globalização e avanços econômicos, o Decreto-lei 7.661/45

³⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. Ibidem. p. 4-5.

³¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. p. 5.

³² COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. p. 115.

vai perdendo força e sendo cada vez mais criticado. Paralelamente, ganha força o projeto de lei que deu origem à Lei 11.101/2005, que logo no início do século XXI é promulgada em substituição àquela e traz em seu bojo diversas inovações, sendo a principal delas a extinção da concordata e o advento da recuperação judicial e extrajudicial de empresas.

Nesse sentido, ensina a doutrina:

Sai a concordata preventiva e sua irmã menos presente, a suspensiva. Renova-se a falência, pondo de lado velhos defeitos, e adequando-se às necessidades econômicas dos tempos de hoje. Atualiza-se a disciplina jurídica das empresas em crise, com a recuperação judicial e a extrajudicial. O legislador, logo no art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas (LRE), enumera os institutos, introduzindo-os no ordenamento jurídico brasileiro.

A recuperação judicial, diz expressamente no art. 47 da LRE, "tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor". Ou seja, dá o respaldo jurídico para que a empresa em dificuldades, se puder ser recuperada, volte a participar ativamente do mercado. O sistema é flexível e permite o encontro de solução própria para cada caso.³³

Em 9 de fevereiro de 2005 entra em vigor a Nova Lei de Falências e Recuperações no nosso ordenamento jurídico, regulamentando a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

2.1.3. As inovações trazidas pela Lei 11.101/2005

Os grandes estudiosos do direito falimentar passaram a mostrar preocupação em possibilitar a recuperação da sociedade empresária. Com essa mudança de perspectiva, preconizavam que, tão logo a empresa apresentasse os primeiros sinais de crise econômica, a lei deveria propor um modelo de intervenção, aplicando medidas que remediasses o agravamento de tal situação.

Assim, segundo Bezerra Filho:

Seria possível tentar sanear uma situação econômica, preservando-se a empresa como organismo vivo, com o que preservaria a produção, mantendo-se os empregos e, com o giro empresarial voltando à normalidade, propiciando-se o pagamento de todos os credores.³⁴

³³ ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coords.). Op. cit. p. 52.

³⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 43.

Antes do advento da nova Lei Falimentar, aplicava-se frequentemente o processo de falência como forma de cobrança forçada aos estabelecimentos empresariais em dificuldade financeira que, por sua vez, acabavam obrigados a sucumbir por débitos de pequenos valores.

A consequência era penosa: ativos financeiros insuficientes para gerir um processo judicial; um pequeno montante de credores a que as formalidades judiciais tiravam o pouco que ainda restava da massa falida e um empresário que acabava atormentado com um processo de bancarrota.

A Lei 11.101/2005 buscou impedir esse tipo de resultado com a implantação da recuperação judicial e extrajudicial do empresário e da sociedade empresária.

O Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Jorge Lobo, expôs, no artigo jurídico “O Moderno Direito Concursal”, que se as dificuldades de todas as empresas fossem sempre as mesmas, as soluções não seriam difíceis. Uma vez diagnosticada a causa, bastaria combatê-las com medidas judiciais específicas. Ele afirma que seria um grande erro considerar a insolvência uma das causas da crise da empresa, quando, na verdade, não passam de consequências das crises, ou seja, efeitos de causas mais variadas e complexas.

Lobo conclui em seu artigo jurídico que:

Diante de tão diferentes causas, que atingem a empresa; os acionistas empresários; os acionistas rendeiros; os acionistas especuladores; os empregados; os fornecedores; as instituições financeiras; os consumidores; o crédito público; o Poder Público e a coletividade como um todo, qual a solução prevista no Decreto-lei 7.661/45 para evitar a derrocada da empresa em crise?

Apenas a concordata preventiva da falência, solução que, se em 1945, era a única cogitável, atualmente deixa muito a desejar; pois em desacordo com a finalidade precípua do moderno Direito Concursal.³⁵

Assim, mais uma vez citando Oliveira:

O Decreto-lei 7.661/45 deixou a desejar por completo, pois não veio atender a dinâmica da vida empresarial nem a realidade socioeconômica do nosso país. Com o passar do tempo acabou ficando ultrapassado, tendo em vista, a economia ter se tornado competitiva e sujeita às pressões das globalizações dos mercados. Em decorrência desse fator, a nova Lei de Falência vem redefinir o Direito Falimentar

³⁵ LOBO, Jorge. O Moderno Direito Concursal.

brasileiro, tendo como escopo a recuperação das empresas viáveis, garantindo a sua permanência no mercado e, com isso, evitando a redução de empregos e o desaquecimento econômico.³⁶

A medida judicial de preservação do devedor relativamente à falência deixa de ser a concordata e passa a ser a recuperação judicial. As principais diferenças entre os dois institutos, de acordo com o Coelho, são: a) a concordata é um direito acessível por todo e qualquer empresário que preencha as condições dispostas em lei, não importando a viabilidade da sua recuperação econômica, enquanto a recuperação judicial só é acessível àquele empresário cuja atividade econômica possa de fato ser viabilizada; b) enquanto a concordata apenas produz efeitos perante os credores quirografários, a recuperação judicial abarca todos os credores, inclusive os que detém privilégios ou preferências (a lei apenas limita o pagamento da dívida trabalhista no prazo máximo de um ano), excetuando-se os credores fiscais, que devem ser pagos ou parcelados antes da concessão do benefício; e c) na concordata, o sacrifício imposto aos credores já é definido na lei e é unilateralmente escolhido pela devedor, ao passo que, na recuperação judicial, se houver sacrifício, ele deve ser delimitado no plano de recuperação judicial, sem qualquer tipo de limitação legal, e deve ser aprovado por todas as classes de credores.³⁷

Na nova lei, o antigo síndico passa a se chamar administrador judicial. É alterada a sua forma de remuneração e se define que ela é um crédito extraconcursal, ou seja, não sujeita ao plano de recuperação judicial e deve ser paga antes dos credores. A autonomia do administrador judicial é reduzida em relação à autonomia do síndico. Desse modo, a forma pela qual será feita a realização do ativo, antes uma atribuição do síndico, passa a ser do juiz.

Quanto ao papel do Ministério Público e sua intervenção no processo recuperacional, a Lei 11.101/2005 também trouxe importantes modificações. Hoje, sua atuação é limitada a alguns aspectos processuais da recuperação judicial, com ênfase na fiscalização da alienação dos ativos da empresa e do cumprimento do plano de recuperação aprovado pelos credores.

A categorização dos créditos concursais também sofreu inovações. A fase de verificação dos créditos passou a ter uma fase extrajudicial, realizada pelo administrador judicial, e outra judicial, sobretudo quando há a chamada impugnação à relação de credores.

³⁶ LOBO, Jorge. *Ibidem*.

³⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. p. XXXIX.

Por fim, sobre a natureza jurídica dos dois institutos, diferentemente da concordata do Decreto-lei 7.661/45, a recuperação judicial trazida pela Lei 11.101/2005 possui natureza contratual. A concordata possuía natureza de *favor legal* e os credores sujeitos à concordata não eram chamados a manifestar sua vontade. Em vez disso, apenas preenchiam os requisitos impostos pela lei, passando a fazer jus a esse favor deferido por sentença.

Já na recuperação judicial da Lei 11.101/2005, de acordo com a doutrina de Sergio Campinho, “prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas para alcançar a finalidade recuperatória. O fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual.”³⁸

Observa-se que a promulgação da nova Lei de recuperação e falência significou um olhar mais atento do nosso legislador às significativas mudanças político-sociais do mundo moderno e ao novo papel da empresa em um contexto coletivo, não mais individualista.

2.2. Conceituação do instituto da recuperação judicial

2.2.1. Estado de dificuldade empresarial

Em primeiro lugar, deve-se entender como se caracteriza o estado de crise econômico-financeira, ou de dificuldade empresarial, que vai levar a empresa a requerer judicialmente a sua recuperação.

Podem ser de várias ordens as dificuldades enfrentadas pelas empresas no Brasil, que vão além da impontualidade, cessação dos pagamentos ou insolvência, como era na lei anterior. Lobo³⁹, classifica e exemplifica algumas dessas situações de crises empresariais em:

- a) **causas externas:** aperto da liquidez dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações, mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia, criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; quedas dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor,

³⁸ CAMPINHO, Sergio. Op. cit. p. 11.

³⁹ LOBO, Jorge. Op. cit.

altas taxas de juros, inadimplementos dos devedores, inclusive do próprio Estado.

- b) **causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários:** sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades do mercado; desfalque pela diretoria; operação de alto risco; falta de profissionalização da administração e mão de obra não-qualificada; baixa produtividade; excesso de imobilização e de estoques; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimentos em novos equipamentos.
- c) **causas acidentais:** bloqueio de papel moeda no BACEN, desvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais.

Ainda sobre o estado de crise da empresa, Coelho explica:

Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar as obrigações. Finalmente ela é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.⁴⁰

Tendo em vista os prejuízos que a crise da empresa pode gerar na economia local, a recuperação judicial visa, mediante intervenção judicial, preservar a empresa sem que haja cessação de suas atividades.

A Lei 11.101/2005 busca sua inspiração no direito comparado e tem como função primordial prevenir o efeito negativo que a insolvência traz ao devedor e aos sujeitos envolvidos nas negociações empresariais, tais como trabalhadores, fornecedores, financiadores, investidores. Sua aplicação desenvolve um processo de prevenção de crise e cria um ambiente de maior eficiência e justiça social, proporcionando a continuidade da exploração das atividades empresariais.

Vale ressaltar que a empresa devedora não poderá estar em estado irreversível de crise, porque este caracterizará sua liquidação e conseqüentemente o processo será o da

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. p. 216.

falência. O devedor deverá demonstrar em juízo a capacidade de recuperar efetivamente a empresa que passa por uma crise temporária de liquidez.

Ao requerer a recuperação judicial, o devedor deverá comprovar (i) a sua importância social e econômica e a sua atividade em um contexto local; (ii) a mão de obra e a tecnologia empregadas na atividade que realiza; (iii) o volume de seu ativo e passivo; (iv) o tempo de constituição e de funcionamento do negócio que é desenvolvido pelo devedor; e o (v) faturamento anual e o nível de endividamento da empresa.

Deverá ser levado em consideração, ainda, o objeto social do devedor/empresa devedora e sua capacidade de honrar os compromissos do dia-a-dia. O passivo exigível é o critério determinante para o deferimento e abertura dos processos de recuperação. Se o passivo não estiver a ponto de comprometer as atividades deve-se observar o interesse de sobrevivência da empresa.

2.2.2. Definições e natureza jurídica do instituto

Passamos agora explorar a efetiva conceituação do instituto da recuperação judicial de empresas. Na melhor doutrina de Campinho:

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

Sob a ótica processual, a medida se apresenta por meio de uma ação judicial, de iniciativa do devedor, com o escopo de viabilizar a superação de sua situação de crise. Mas a dita pretensão somente pode ser exercida até a declaração de sua falência (artigo 48, I).⁴¹

O processo da recuperação judicial visa a aprovação de uma proposta destinada a viabilizar a empresa e sua atividade por parte do devedor e de seus credores. Assim, o estado de crise econômico-financeira vai se revelar transitório e superável pela vontade dos credores, o que conduzirá ao objetivo do procedimento: a recuperação da empresa.

⁴¹ CAMPINHO, Sergio. Op. cit. p. 10-11.

O juiz ficará adstrito à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano de recuperação, agindo como um protetor da sua legalidade. O seu conteúdo, contudo, é de domínio exclusivo das partes. O instituto da recuperação judicial deve ser visto, portanto, com natureza jurídica de contrato judicial – consagrando o princípio da autonomia da vontade –, com efeitos novativos e realizado a partir de um plano de recuperação judicial onde o devedor obedece a determinadas condições para a sua implantação.

Não se exige manifestação de vontade unânime por parte dos credores para a perfectibilização do acordo, sendo suficiente que entrem em consenso o devedor e a maioria legalmente estabelecida de credores, capaz de vincular a minoria. A massa de credores é quem declara a sua vontade através do órgão deliberante: a assembleia-geral dos credores. A relação estabelecida é única para os envolvidos e o fim do processo de recuperação judicial deve ser idêntico para todos.

Na precisa lição de Martins:

A recuperação tanto judicial como extrajudicial, prevista na legislação, visam ao exaurimento dos meios instrumentais para se evitar a falência da empresa em crise, mantendo os empregos, a arrecadação, fornecedores e acima de tudo o nome com o respectivo conceito no mercado.⁴²

O procedimento recuperacional engloba a demonstração de viabilidade do negócio, podendo, em casos excepcionais e se necessário, afastar-se o controlador ou o sócio administrador. A recuperação pode se aplicar tanto às empresas de grande porte quanto às de pequeno e micro.

Como já dito anteriormente, o instituto da recuperação judicial, tal como concebemos em nosso ordenamento, encontra inspiração no modelo francês, que distingue o homem da empresa que ele administra. Esse modelo mostra significativa preocupação com o meio social em que a empresa está inserida e apresenta aspectos importantes visando a sua preservação.

No direito francês o *Redressement* (Reerguimento)⁴³, equivale à recuperação judicial e é celebrado quando uma empresa apresenta condições de se reerguer após uma

⁴² MARTINS, Fran. Op. cit. p. 461.

⁴³ Tradução livre.

reorganização.

O *Redressement* busca a preservação do emprego por meio da preservação da empresa. A intenção é, também, a satisfação do passivo, já que mantendo a empresa, mantêm-se as operações de fluxo de caixa e garante-se o cumprimento das obrigações.

A capacidade de soerguimento da empresa, no ordenamento jurídico francês, se verifica após um período de observação de alguns meses, somente então é que se apresenta um balanço da empresa e, em seguida, um plano de recuperação. Daí é que o juiz concede ou não a continuação das atividades. Importante frisar que durante esse período de observação a dispensa dos empregados é condicionada à autorização judicial, o que evidencia o tratamento da função social da empresa.

O legislador brasileiro tratou de trazer a definição da recuperação judicial, nos termos do art. 47, da Lei 11.101/2005, como a possibilidade que tem o devedor de superar a situação de crise econômico-financeira, com o fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Extrai-se da definição legal que a adesão dos credores às medidas adotadas na recuperação é de grande importância. Eles assumem papel de destaque no processo recuperacional na medida em que consentirão expressamente em assembleia de credores sobre as condições propostas no plano de recuperação apresentado pelo devedor.

O credor deixa de ter uma participação passiva, que lhe era imposta pelo Decreto-lei 7.661/45, para ter voz ativa, participando do processo, concordando ou não com as propostas e condições apresentadas pelo devedor no plano de pagamento.

A premissa maior do instituto da recuperação judicial é a reestruturação e o soerguimento da empresa que se encontra em situação de dificuldade, mas remediável, através da elaboração de um plano que deverá ser submetido à aprovação em Assembleia de Credores. A Lei confere também grande relevância à função social da empresa e às circunstâncias de produção e trabalho e apresenta grande preocupação com o crédito, pilar da economia.

2.2.3. Pressupostos da recuperação judicial

De acordo com a Lei 11.101/2005, poderão valer-se do instituto da Recuperação Judicial tanto as pessoas físicas que exercem atividade econômica em nome próprio e de forma organizada com a finalidade de obtenção de lucro, como também todas as pessoas jurídicas definidas como sociedade empresária e cujas atividades estão regulamentadas no capítulo "Da Empresa" do Código Civil.

Como bem assinala Requião⁴⁴, "empresário é aquele que exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim de produção ou troca de bens ou de serviços, tanto de forma individual como coletiva.". Se exercida de forma individual é a própria pessoa física que responde pelas obrigações assumidas pela empresa, assim abre-se a possibilidade de requerer a recuperação judicial.

Já as sociedades empresárias são definidas como aquelas que "exploram a empresa, que desenvolvem atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços".⁴⁵

O artigo 1º da Lei 11.101/2005 concede o benefício da recuperação judicial às sociedades empresárias e ao empresário que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para a circulação ou produção de bens ou serviços.

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Estão proibidos de requerer a recuperação judicial, de acordo com o art. 2º da Lei de Recuperação, (i) a empresa pública e sociedade de economia mista; (ii) a instituição financeira pública ou privada; (iii) a cooperativa de crédito (iv) o consórcio; (v) a entidade de previdência complementar (vi) a sociedade operadora de plano de assistência à saúde; (vii) a sociedade seguradora; (viii) a sociedade de capitalização; e (ix) outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 33. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. v. 1. p. 113.

⁴⁵ Idem.

Há que se ressaltar que fará jus ao benefício da recuperação judicial a empresa que demonstrar haver reais condições de soerguimento. Aqui reside o principal objetivo do instituto, porém, não existindo cenário favorável à reorganização e a efetiva recuperação da empresa, não poderá ela se valer deste amparo legal e terá sua falência decretada.

O instituto da recuperação judicial foi introduzido em nosso ordenamento jurídico visando uma maior garantia à preservação das empresas em crise econômica, a manutenção da circulação de riquezas e a geração de empregos – uma medida para remediar a chamada "quebra" da sociedade com a decretação da falência. Apesar disso, no entanto, se a empresa não apresentar condições favoráveis ao soerguimento não poderá o juízo conceder-lhe tal benefício sob pena de gerar um gasto público desnecessário e sem valoração.

2.2.4. Requisitos formais para o requerimento da recuperação judicial

A Lei confere ao devedor a faculdade de requerer a recuperação judicial desde que exerça regularmente as suas atividades há mais de dois anos. Além do próprio devedor, pode requerer a recuperação o cônjuge sobrevivente, seu herdeiro, sócio remanescente ou inventariante.

O artigo 48, da Lei 11.101/2005 traz os requisitos a que deverá atender no momento do requerimento, de forma cumulativa. Além de sua condição de empresário, o devedor deve exercer regularmente sua atividade há mais de dois anos; não ser falido e, se foi, devem estar declaradas extintas as responsabilidades daí decorrentes, por sentença transitada em julgado; não ter obtido, há menos de cinco anos, concessão de recuperação judicial; não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial para as microempresas e empresas de pequeno porte; e não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei de Falências e Recuperação.

Importante ressaltar que o benefício da recuperação judicial apenas será concedido às empresas viáveis, ou seja, àquelas que tenham condições factíveis de soerguimento e reais possibilidades de livrar-se do estado de crise econômico-financeira.

Nas palavras de Coelho:

Em outros termos, somente as empresas *viáveis* devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o devedor que postula deve mostrar-se digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la. Essas condições agrupam-se no conceito de viabilidade da empresa, a ser aferida no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação judicial.⁴⁶

O legislador tratou de definir critérios pelos quais o juízo deve se basear a fim de conceder o benefício da recuperação judicial àquele que o requer. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo; o benefício exige um sacrifício da sociedade e a garantia do melhor interesse dos seus credores.

Para tanto, o exame da viabilidade da empresa deverá ser feito pelo juízo da recuperação judicial, analisando a importância social da empresa, a mão de obra e a tecnologia que são por ela empregadas, o volume do ativo e do passivo, o tempo da empresa e o porte econômico da mesma.

2.2.5. Os credores da recuperação judicial e a assembleia geral

Em primeiro lugar, enfatiza-se que os credores são o pilar da recuperação judicial e são quem garante a recuperação empresarial. A assembleia-geral dos credores, assim disposta na Lei, é o órgão deliberativo máximo no instituto. São os credores que, desempenhando o seu maior papel dentro da recuperação, aprovarão ou não o plano de reestruturação econômica apresentado pela sociedade.

Estarão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, da Lei 11.101/2005).

Tratou o art. 41 da Lei 11.101/2005 de definir as classes dos créditos que se sujeitarão à recuperação judicial e que irão compor a assembleia geral dos credores.

⁴⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. p. 128.

Nesse sentido, a assembleia será composta (i) pelos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho; (ii) pelos titulares de créditos com garantia real; (iii) pelos titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; (iv) e pelos titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nos termos da Lei, a assembleia é dividida em instâncias deliberativas correspondente às classes em que os credores foram divididos. Assim, na primeira classe se encontram os credores trabalhistas; na segunda, os titulares de direito reais de garantia; na terceira, os quirografários, titulares de privilégio e os subordinados; e na quarta, os créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nota-se aqui que o legislador, dividindo os credores em instâncias, aloca os credores trabalhistas no patamar mais alto da esfera deliberativa. Essa atitude do legislador em muito representa a atenção ao direito social dos trabalhadores que têm no emprego a sua fonte de renda. Evidencia-se a função social da empresa e a importância da geração de empregos que ela representa para a coletividade e para a sociedade como um todo.

Na precisa lição de Coelho, "a divisão da Assembleia dos Credores em classes tem lugar unicamente na colheita dos votos. Durante a fase de discussão, o credor presente tem sempre direito a voz, ainda que a matéria deva ser votada numa instância classista a que não pertence." ⁴⁷

As propostas apresentadas pelo devedor em assembleia geral serão aprovadas se obtiverem votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes em assembleia geral, conforme o art. 42 da Lei 11.101/2005 ⁴⁸, salvo o plano de recuperação judicial que, de acordo com o art. 45, deverá ser aprovado por todas as classes de credores.

⁴⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. p. 106.

⁴⁸ Art. 42. Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial nos termos da alínea a do inciso I do caput do art. 35 desta Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo nos termos do art. 145 desta Lei.

Para tanto deve se ter em mente que, de acordo com o art. 38⁴⁹ da referida Lei, para aprovação de qualquer proposta o voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito. Ressalvado o disposto nos incisos do art. 45, que dispõe que nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, na classe dos créditos trabalhistas e dos credores microempresa e empresa de pequeno porte (I e IV), a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito; e nas classes de titulares de créditos com garantia real e quirografários (II e III), a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.⁵⁰

2.2.6. O pedido de recuperação judicial e o deferimento do processamento

O foro competente para a distribuição do pedido de recuperação judicial será o do local onde está reunido o maior volume de negócios do devedor, ou seja, o do seu principal estabelecimento ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.⁵¹

Para Coelho:

Por principal estabelecimento entende-se não a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora, a que vem mencionada no respectivo ato constitutivo, nem o estabelecimento maior física ou administrativamente falando. Principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar, é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico.

O juiz do local onde se encontra tal estabelecimento é o competente para o processo falimentar, porque estará provavelmente mais próximo aos bens, à contabilidade e aos credores falido [ou da recuperanda]. Por outro lado, se a lei reputasse competente o juiz da sede estatutária ou contratual, esse critério poderia dificultar a instauração do concurso de credores, porque a devedora antevendo a possibilidade

⁴⁹ Art. 38. O voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito, ressalvado, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, o disposto no § 2o do art. 45 desta Lei.

Parágrafo único. Na recuperação judicial, para fins exclusivos de votação em assembléia-geral, o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembléia.

⁵⁰ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

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

§ 2o Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

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

⁵¹ Art. 3o É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

de falir [ou de requerer a sua recuperação] poderia alterar, por simples ato registrário, o local a que se deveriam dirigir os credores para pedirem a falência dela. É claro que, existindo, como no caso das grandes redes de varejo, construtoras de atuação nacional e outros, diversos estabelecimentos igualmente importantes sobre o ponto de vista econômico e sendo um deles o da sede da devedora, este prevalece sobre os demais, na definição do juízo competente.⁵²

O juízo falimentar universal e indivisível visa evitar a dispersão das ações e medidas que formam o procedimento da recuperação judicial, na medida em que garantem uma uniformidade de julgamento pelo juiz. Também sob esse aspecto, o legislador demonstra preocupação com a continuação da empresa, assegurando que as medidas tomadas pelo poder judiciário sigam a mesma lógica, impedindo que mais de um juízo possa definir de maneira diversa sobre a vida da empresa.

Em sua petição inicial, o devedor deverá identificar a causa de pedir como elemento do pedido, deixando claro a sua relevância, fundamentando o pedido através das circunstâncias de fato e de direito de forma que demonstre a capacidade que a empresa tem de se reerguer e o motivo da crise econômica que enfrenta.

O devedor é obrigado, ainda, a demonstrar a importância social e econômica da atividade desenvolvida dentro do contexto local a que está inserida, a mão de obra utilizada e a tecnologia empregada, também deve expor o volume do ativo e do passivo além do tempo de constituição da empresa e de funcionamento da atividade.

Conforme já explorado, a empresa deve demonstrar a sua viabilidade, sem a qual será impossível a concessão do benefício da recuperação judicial. O papel da função social da empresa também deve ser observado quando a empresa não possui capacidade para emergir do estado de crise, na medida em que não se mostra interessante do ponto de vista social e coletivo a concessão do benefício a uma empresa que notoriamente não irá se reerguer.

Dessa forma, ao receber o pedido instruído com todos os documentos obrigatórios, o juiz irá proferir despacho. Se deferir o processamento da recuperação judicial, deve o juiz, no mesmo ato, entre outras providências: nomear administrador judicial; ordenar a suspensão por 180 dias (*stay period*), contados do deferimento do processamento, de todas as ações e execuções contra o devedor, ressalvadas as ações que tratem de quantias ilíquidas, ações de

⁵² COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. p. 28.

natureza trabalhista e as execuções fiscais; determinar a apresentação de demonstrativos mensais enquanto perdurar o processo de recuperação; ordenar a intimação do Ministério Público; e determinar a publicação de edital de convocação dos credores a se manifestar sobre os seus respectivos créditos.

Atente-se para o fato de que neste momento o juiz não estará concedendo ao devedor o benefício da recuperação judicial, que será deferido em momento posterior, após a aprovação do plano de recuperação em assembleia de credores. Neste momento ele apenas defere o processamento da recuperação judicial.

Este processamento, de acordo com o artigo 6º da Lei, suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, ou seja, paralisa temporariamente o curso do prazo prescricional.

Se o que se pretende com o processo recuperacional é concentrar organizadamente todas as execuções individuais e potenciais ações de credores contra a empresa – a fim de que se viabilize o fim do estado de crise –, é imprescindível que se faça a interrupção do curso das ações contra o devedor.

Para Coelho, “suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido com a reorganização da empresa.”⁵³

Se as execuções continuassem, seria posto em risco o objetivo pretendido com a recuperação judicial e o devedor poderia ver frustrado o seu interesse, em prejuízo da comunhão dos credores.

Assim, o juiz da recuperação deve ter um panorama geral do estado em que a empresa se encontra, para que possa analisar a viabilidade de recuperação da mesma e para que se consiga atingir o objetivo da preservação empresarial, evitando a execução individual e a fragmentação dos ativos da empresa, que prejudicariam sua capacidade de soerguimento. Foi

⁵³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. p. 40.

nesse sentido que o legislador introduziu o chamado *stay period*.

2.2.7. O procedimento da recuperação judicial

Com a decisão de deferimento da recuperação judicial e a determinação de suspensão (*stay period*), de acordo com o art. 7º da Lei, o administrador judicial irá realizar a verificação dos créditos com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores.

Na lição de Coelho:

A verificação dos créditos é tarefa do administrador judicial. Para cumpri-la, deve levar em conta não só a escrituração e documentos do falido, como todos os documentos que lhe forem fornecidos pelos credores. Havendo divergência entre o administrador judicial e um ou mais credores acerca dos próprios créditos que titularizam ou o de outros, cabe ao juiz decidir o conflito.⁵⁴

Após a verificação dos créditos, deverá ser publicado o edital previsto no art. 52, §1º, da Lei, contendo a relação nominal de credores e discriminando o valor atualizado e a classificação de cada crédito. A partir da publicação desse edital, os credores terão o prazo de 15 quinze dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

Os credores são o pilar do procedimento recuperacional, por isso lhes é dado, pela Lei, tamanho poder. A Lei lhes garante inúmeras oportunidades de impugnação de seus créditos e de habilitação dos créditos que não se encontram listados pelo administrador judicial. Além disso, eles podem realizar tais pleitos de forma intempestiva, nas chamadas habilitações retardatárias.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Coelho:

De um lado, os que não se encontram relacionados devem apresentar a *habilitação* de seus créditos perante o administrador judicial. (...)
De outro lado, os que se encontram na relação publicada, mas discordam da classificação ou do valor atribuído aos seus créditos, devem suscitar a *divergência* também junto ao administrador judicial. A apresentação da habilitação ou divergência deve ser feita por escrito e conter o nome e a qualificação do credor, a importância exata que atribui ao crédito, a atualização monetária exata, bem como

⁵⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. p. 42.

sua origem, classificação e eventual garantia.⁵⁵

O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos, fará publicar edital contendo a relação completa de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo das habilitações e divergências de crédito.

Dentro de 10 (dez) dias contados da publicação desse último edital, de acordo com o art. 8º da Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou ainda o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado. Tal impugnação deverá ser apresentada ao juízo da recuperação e será autuada em autos apartados.

Como já dito, aos credores são dadas diversas possibilidades de impugnação ou até mesmo habilitação de seu crédito. A recuperação judicial tem seu fundamento na preservação da empresa de forma que a ajude a superar o seu estado de insolvência, o que só se alcança com a satisfação dos créditos contraídos pelos credores. Nessa linha, são eles que exercem o papel principal dentro do procedimento e que de fato decidem pela manutenção da empresa.

Na eventualidade de não haver nenhuma impugnação, o juiz homologará como quadro geral de credores, a relação de créditos constantes no edital. (art. 14)

Depois de havido o contraditório e a dilação probatória e de parecer do administrador judicial nos autos das impugnações de créditos apresentadas ao juízo, o juiz julgará as impugnações que entender esclarecidas e determinará ao administrador judicial a inclusão de cada crédito de acordo com o valor e a classificação no quadro geral de credores.

Conforme art. 10º, da Lei 11.101/2005, o credor que não se habilitou no prazo fixado pela lei poderá fazê-lo intempestivamente e essas habilitações serão recebidas como retardatárias. Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembleia-geral de credores. As habilitações de crédito retardatárias, se apresentadas antes da homologação do quadro geral de credores, serão recebidas e processadas como

⁵⁵ Ibidem. p. 43.

impugnação.

Analisando a Lei e seus aspectos, percebe-se sempre a busca pelo objetivo do instituto da recuperação judicial das empresas, garantido pelo art. 47 da Lei 11.101/2005, e a viabilização da 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.

2.2.8. O plano de recuperação

Sem sombra de dúvidas a mais importante peça do processo de recuperação judicial é o plano de recuperação judicial, ou “plano de reorganização da empresa”. É de dependência única e exclusiva dele a realização ou a não realização dos objetivos pretendidos pelo instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento da sua função social.⁵⁶

Se a medida é elaborada de forma consistente, garante chances de reestruturação da empresa e de superação da crise que enfrenta. E assim terá valido a pena todo o sacrifício imposto aos credores e à sociedade como um todo.

Elaborado de maneira cuidadosa e bem-feita, por si só o plano de recuperação se torna garantia de reerguimento da empresa que enfrenta um estado de crise. Já um plano ruim, que não foi elaborado de maneira minuciosa pode levar a recuperação judicial ao fracasso.

O plano de recuperação será oferecido pela recuperanda após a decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. Ele deverá ser apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 dias contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência.

Tal plano deverá conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, detalhando os prazos e as formas de pagamentos dos credores; a demonstração de sua viabilidade econômica; e um laudo econômico-financeiro e de avaliação

⁵⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. 159.

dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Ele deve indicar de maneira precisa e fundamentada os meios pelos quais o devedor deverá superar as dificuldades que enfrenta.

O plano de recuperação judicial também poderá sofrer objeções por partes dos credores, no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores, conforme art. 55, da Lei.

Apesar de não fixar prazo para o cumprimento do plano, a Lei estabelece que o plano não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial; e que o plano não poderá prever prazo superior a 30 dias para o pagamento, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

A Lei se preocupou em estabelecer critérios e limites para a elaboração do plano de forma a garantir o cumprimento do interesse social que o instituto busca alcançar. Dentre estes critérios, mostra-se de extrema relevância para o cumprimento da função social da empresa a limitação quanto aos empregados, que devem ser pagos no prazo máximo de um ano. A Lei não permite que o plano de recuperação trate o pagamento deste crédito de forma diversa.

O plano de recuperação judicial será submetido à assembleia geral dos credores e será considerado aprovado se todas as classes de credores disserem sim à proposta. Nas classes dos credores com garantia real e dos credores quirografários, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. Já nas dos credores trabalhistas e credores microempresa e empresa de pequeno porte, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

Após a apresentação do plano de reorganização econômica da empresa, será convocada a assembleia geral dos credores, que é o maior órgão dentro da recuperação judicial. O plano será posto em deliberação e os credores, cada um com suas preferências de

voto, irão aprová-lo ou não, em conformidade com seus interesses.

Atente-se para o fato de que são os credores trabalhistas, as microempresas e empresas de pequeno porte quem detém o maior privilégio no que tange à prerrogativa do voto. Para essas duas classes, o voto será computado por cabeça e o plano será considerado aprovado pela maioria simples dos votos favoráveis, independentemente do valor de seu crédito, o que configura mais uma atenção do legislador ao interesse econômico-social da recuperação judicial.

Cumpridas as exigências que a Lei impõe, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores.

O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos. Na lição de Campinho, "a novação é a modalidade de extinção de uma antiga obrigação sem o seu direto pagamento, formando-se outra obrigação para substituí-la." ⁵⁷

Por força do art. 67 da Lei, os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais e não se sujeitarão ao plano de recuperação.

2.2.9. A concessão e o encerramento

Com a juntada aos autos do plano de recuperação judicial que tiver cumprido todas as exigências legais conforme art. 58, o juiz, mediante decisão fundamentada, concederá o benefício da recuperação judicial ao devedor.

Neste momento, o magistrado avaliará a eficácia do plano e as deliberações dos credores em assembleia geral. É nessa fase que se verificará a capacidade do plano de reerguer a empresa, fazendo cumprir a sua preservação e conseqüente função social.

⁵⁷ CAMPINHO, Sergio. Op. cit. p. 147.

Se o plano tiver sido rejeitado pelos credores, ou seja, se os credores entenderam que o plano não era suficiente para satisfazer os seus interesses, a rejeição será transmitida ao juiz para que este decrete a falência do requerente do benefício.

A Lei dá ainda ao juiz a faculdade de conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma Lei, desde que, em assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: a) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; b) a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45 da Lei ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; e c) 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 da Lei.

Para essa concessão da recuperação judicial com base em plano de recuperação judicial não aprovado em assembleia, na forma estabelecida na Lei, dá-se o nome de *cram down*.

Ou seja, inobstante o deliberado pelos credores em assembleia, se o juiz entender que o plano cumpre o interesse da empresa e apresenta possibilidade de soerguimento por meio de uma reestruturação econômica, ele pode conceder o benefício da recuperação judicial ao requerente, desde que cumpridas algumas exigências formais.

Conforme a lição de Coelho:

Aprovado um plano de reorganização pelos credores reunidos em Assembleia, com atendimento ao quorum de deliberação estabelecido no art. 45, ele é informado ao juiz, que, então concederá a recuperação judicial. Se nenhum plano tiver sido aprovado, por outro lado, a rejeição é transmitida ao juiz, para que ele decrete a falência do requerente do benefício.

Mas há uma situação por assim dizer intermediária entre as duas hipóteses (aprovação pelos credores da recuperação e decretação da falência).

Cuida a lei também da hipótese em que um plano de recuperação é aprovado com substancial apoio entre os credores, mas sem alcançar o quórum qualificado de deliberação. Trata-se do plano que recebeu *cumulativamente* na Assembleia: a) o voto favorável de mais da metade dos créditos presentes, independentemente das classes de seus titulares; b) a aprovação pela maioria das classes (ou, se apenas duas votam, por uma delas); e c) aprovação de mais de 1/3 dos votos no âmbito da instância classista que o rejeitara. Nesse caso, *se o plano não contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado*, ele pode ser adotado,

mesmo não se verificando o quórum qualificado para sua aprovação.⁵⁸

Conforme art. 61, da Lei, proferida a decisão de concessão da recuperação judicial, o devedor permanecerá em recuperação até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação judicial. Durante esse período, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência.

Após o período descrito anteriormente, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência do devedor.

Ao final, cumpridas as obrigações vencidas no prazo de até dois anos depois da concessão da recuperação judicial, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará: a) o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, mediante prestação de contas; b) a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; c) a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de quinze dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; d) a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; e e) a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

Neste momento, o instituto da recuperação terá cumprido o seu objetivo, traçado no art. 47 da Lei, e a empresa terá conseguido atravessar o momento de crise econômico-financeira, garantindo assim sua preservação e sua função social.

Alcança-se o objetivo do instituto, mantendo sempre a “preocupação de que os direitos subjetivos possam e devam ser instrumentos de construção de uma sociedade mais justa e solidária, resgatando o compromisso dos mesmos com a liberdade e a emancipação não apenas dos seus titulares, como também dos demais membros da sociedade.”⁵⁹

2.3. A aplicação do princípio da função social da empresa na recuperação judicial

O artigo 47 da Lei 11.101/2005, que trata da recuperação judicial, dispõe que o

⁵⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. p. 168.

⁵⁹ FRAZÃO, Ana. Op. cit. p. 13.

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

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.

O objetivo econômico a que visa a recuperação judicial é permitir às empresas em dificuldade que possam se tornar competitivas e produtivas na economia.

Para Frazão, a Lei de Recuperações e Falências é pautada pelo princípio da manutenção da empresa, já que considera a falência um último recurso para a solução das dívidas do empresário.⁶⁰ Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça considerando que a nova "legislação busca a preservação da sociedade empresária e a manutenção da atividade econômica, em benefício da função social da empresa."⁶¹

Na recuperação judicial, todos os esforços devem ser feitos no sentido de sanear a situação de crise da empresa, resguardando a manutenção da fonte produtora, dos empregos de milhares de trabalhadores e dos credores em geral, e garantir a realização da função social que cumpre.⁶²

A Lei Falimentar, com a recuperação judicial, prioriza a manutenção das empresas como fonte produtora de bens e serviços, geradora de riquezas e, principalmente, mantenedora dos empregos dos trabalhadores. Dessa forma, o soerguimento da empresa gera e mantém os trabalhadores e sua fonte de renda, o que representa um conteúdo social de extrema relevância.

É importante enfatizar que com a recuperação judicial, existe um interesse público e social para o saneamento empresarial e a preservação e desenvolvimento da empresa. A liquidação da empresa provoca graves consequências para a sociedade e para o Estado.

⁶⁰ FRAZÃO, Ana. VIEGAS. *Ibidem*. p. 35.

⁶¹ Superior Tribunal de Justiça, CC 73.380, 2ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ: 21.11.2008.

⁶² OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Op. cit.* p. 235.

Nesse sentido, Comparato preleciona que "podemos afirmar que a reorganização econômica da empresa auxilia na melhor observação de sua função social porque atinge o interesse público existente na continuação da atividade funcional da empresa." ⁶³

A permanência da empresa não visa manter privilégios ou situações de favorecimento de uns em detrimento de outros, mas sim garantir o que é viável e não impor o funcionamento a qualquer custo de sociedades inertes que deixam de ser produtivas. ⁶⁴ Por isso, não se aplicará o benefício e o dispêndio de dinheiro público em empresas em situações que não sejam reversíveis, haja vista que nesse caso será necessário cessar sua atividade existindo.

Segundo o princípio da função social da empresa, a recuperação judicial visa a recuperação econômica da mesma, dando-lhe sobrevivência, alinhando-se interesses do empresário, estabilidade na geração de empregos e benefício do Estado na geração de tributo.

Na lição de Comparato:

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legítimas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em *função social* ou coletiva. A função da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização de interesses coletivos. ⁶⁵

Ainda sobre o tema, Coelho ensina:

Cumpra a sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito ao direito dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo a sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. ⁶⁶

⁶³ COMPARATO, Fabio Konder. *Função Social da propriedade dos bens de produção*. p. 71.

⁶⁴ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Op. cit.* p. 237.

⁶⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 120.

⁶⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. p. 75/76.

A Lei 11.101/2005 tem por objetivo viabilizar uma eventual situação de crise financeira da empresa, permitindo a manutenção e a existência da própria e os empregos por ela gerados, promovendo sua preservação e constituição, sua importante função econômica e social e o estímulo à atividade econômica propriamente.⁶⁷

Se a atuação da empresa está de acordo com estes objetivos e se desenvolve obedecendo às leis a que se sujeita, estará ela cumprindo a sua função social, ou seja, seu funcionamento e organização do estão de acordo com o delimitado pela Constituição Federal.

Como já dito, o princípio da função social da empresa é extraído do princípio constitucional da função social da propriedade, consagrado nos arts. 5º, XXIII, e 170, III da Constituição Federal.

Seguindo esse entendimento, Campinho versa:

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o "ativo social" por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário -, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem.⁶⁸

Assim, a propriedade dos bens de produção, ampliada à função social da empresa, deve cumprir a sua função no sentido de não se concentrar exclusivamente na titularidade dos empresários. A Lei de Recuperação e Falências, apoiada na Constituição da República, reconhece por meio deste princípio que são igualmente dignos de proteção os interesses coletivos de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os referidos bens de produção.⁶⁹

⁶⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Op. cit. p. 239.

⁶⁸ CAMPINHO, Sergio. Op. cit. p. 120.

⁶⁹ COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. p.75.

Há de se ressaltar que os zelos devem ocorrer na recuperação judicial para sanar a situação de precariedade econômico-financeira da empresa, guardando a manutenção da fonte produtora, do emprego para inúmeros trabalhadores e dos credores de forma geral, viabilizando a função social que lhe é reservada na economia moderna.

Ressalta-se que a maior prioridade da legislação falimentar com a recuperação judicial, sobre uma égide constitucional, é a manutenção das empresas como fonte produtora e geradora de riquezas e principalmente a fim de resguardar os empregos dos trabalhadores. Sendo assim, a recuperação da empresa gera e mantém esses postos de trabalho, o que tem um conteúdo social de extrema importância.

É de suma relevância expor que com a recuperação judicial há um interesse público e social para a preservação e o desenvolvimento da empresa. Nesse sentido, preleciona Comparato: “Podemos afirmar que a reorganização econômica da empresa auxilia na melhor observação de sua função social porque atinge o interesse público existente na continuação da atividade funcional da empresa.”⁷⁰

Por fim, devemos destacar que a Lei 11.101/2005 tem por objetivo viabilizar a superação da crise financeira da empresa, permitindo que a própria exista e que se mantenham os empregos gerados por ela. Promovendo-se, ainda, a constituição e a preservação da empresa, sua relevante função econômica e social e objetivamente o estímulo à atividade econômica.

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. p. 71

3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA PRÁTICA: ESTUDO DE CASO DO GRUPO EBX

Diante do que foi até aqui exposto e tendo em vista a atual conjuntura econômica do país e o conseqüente aumento de empresas que requerem judicialmente a sua recuperação, analisaremos a aplicação do princípio da função social da empresa no âmbito do instituto da recuperação judicial e as recentes decisões judiciais sobre o tema.

Para tanto, será realizado um estudo de caso sobre as empresas do “Grupo EBX”, que é um caso paradigma no nosso ordenamento jurídico no que tange à recuperação judicial, na medida em que é o caso com mais repercussão desde o advento da Lei 11.101/2005.

O Grupo EBX é uma *holding* brasileira e foi um dos principais conglomerados do Brasil. Sua trajetória teve início nos anos 1980, quando o grupo era formado por seis companhias de capital aberto: a OGX (petróleo); a MPX (energia), atual Eneva; a OSX (indústria naval offshore); a LLX (logística), atual Prumo Logística; a MMX (mineração) e a CCX (mineração de carvão).

Em meio a um cenário de crise econômico-financeira, consequência de uma crise de cunho mundial iniciada nos Estados Unidos em 2008, somado a uma sequência de falhas de gestão, de governança e de exploração do referido Grupo, as empresas não conseguiram atingir os resultados dentro do prazo que almejavam.

Combinado a esse cenário de crise mundial, questões envolvendo a gestão das empresas também contribuíram para seu fracasso. Os problemas começaram a aparecer no âmbito da OGX, a maior das empresas do Grupo, que atua na área petrolífera. Em 2007, a empresa anunciou que faria uma série de investimentos visando a extração de petróleo, justo na época em que se descobriu a camada do pré-sal e a promessa de viabilidade de sua exploração, o que garantiu à OGX uma ótima posição dentro de um cenário global e atraiu muitos investidores.

Contudo, para tal exploração havia necessidade de um intenso investimento de capital, o que gerou endividamento junto a instituições financeiras e investidores. Segundo a empresa à época, "infelizmente o projeto brasileiro de exploração do pré-sal ainda não permitiu a extração dos resultados satisfatórios programados".

Mesmo com a captação de muito investimento, a empresa não conseguiu fazer qualquer tipo de extração de petróleo da camada do pré-sal, conforme havia prometido anos antes. Com isso, a OGX perdeu força no mercado e afastou muitos de seus investidores, que não mais queriam apostar na companhia.

Em julho de 2012, a OGX, até então a principal empresa do conglomerado, anunciou que cessaria o investimento em seu maior campo de petróleo. No ano de 2013, as ações da empresa caíram cerca de 90% e em um ano, as empresas do grupo perderam 23 bilhões de reais em valor de mercado.

Esse fato acabou gerando uma situação deveras inusitada uma das maiores credoras da OGX era justamente a OSX, outra empresa do grupo, mas cujo ramo de atividade era o da construção naval. A OSX era também dependente das demandas geradas pelas plataformas *offshore*⁷¹ da OGX., tendo sofrido muito com a recessão daquela companhia. Em outubro de 2013, a OSX anunciou a rescisão de seus contratos com a OGX, por falta de pagamento. A empresa naval reclama estimados US\$ 2,6 bilhões em dívidas da "irmã".

Esse acontecimento produziu um efeito cascata e todas as empresas do grupo passaram a enfrentar uma crise econômico-financeira muito grande e severa, oriunda de um abalo na credibilidade junto ao mercado de investidores.

Não se pode perder de vista que, a essa altura, o Grupo EBX representava um dos maiores grupos econômicos da América Latina, com o maior número de investidores e com uma atuação muito significativa no mercado.

Após negociações infrutíferas com seus credores, não restou outra saída para manter a atividade empresarial e a vida econômica do grupo senão o requerimento do benefício da recuperação judicial. Foi assim que, no final de 2013, duas das empresas do grupo, a OGX e a OSX, apresentaram perante a Justiça Estadual do Rio de Janeiro seus pedidos de recuperação judicial. Mais tarde, no final de 2014, a MPX, atual Eneva, também requereu o mesmo.

⁷¹ Adjetivo. Que se destina a atender às necessidades de atividades costeiras.

Ressalta-se que, historicamente, e em especial desde o advento da Lei 11.101/2005, nunca havia acontecido na América Latina um processo de recuperação judicial tão grande, do ponto de vista tanto do porte das empresas como do montante de suas dívidas, o que sem dúvidas gerou um grande impacto na economia.

Em matéria publicada no site da *BBC*⁷² enfatizaram-se os prejuízos ocasionados à economia brasileira:

Ao pedir recuperação judicial, a OGX se torna a primeira empresa que faz parte do Ibovespa – o principal indicador da bolsa de valores brasileira – a apelar para esse instrumento jurídico.

O maior risco é que os problemas da petrolífera acabem contaminando as expectativas sobre outras empresas brasileiras – e a percepção de risco dos investidores internacionais sobre companhias *made in Brazil*.

Os pedidos de recuperação das três empresas foram distribuídos para as Varas Empresariais da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. Os requerimentos da OGX e ENEVA foram sorteados para a 4ª Vara Empresarial, enquanto o requerimento da empresa OSX foi distribuído por sorteio para a 3ª Vara Empresarial.

Todos os três requerimentos tiveram os seus processamentos deferidos. Os juízes responsáveis pelos processos entenderam que as empresas tinham capacidade de soerguimento e notaram o importante papel que desenvolviam na economia de forma a cumprir a sua função social.

No caso da OGX, na decisão que deferiu o processamento da recuperação, o magistrado da 4ª Vara Empresarial entendeu que “o caso vertente deve ser analisado também sob o enfoque constitucional, a partir da ordem econômica com a observação da função social da propriedade”. E foi além, ponderando que “Na hipótese, as empresas OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A. abrangem um nicho de mercado com pesados investimentos de credores internacionais, centenas de empregos, fornecedores de produtos e prestadores de serviços que desempenham importante função na economia que são de enorme relevância para a sociedade.”⁷³

⁷² Disponível em < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131009_ogx_calote_ru>. Acessado em 30/05/2017.

⁷³ Decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001, referente à recuperação judicial da OGX.

No mesmo sentido, e se baseando na decisão proferida nos autos da recuperação judicial da OGX, entendeu o magistrado da 3ª Vara Empresarial ao deferir o processamento da recuperação judicial da OSX, exaltando que “as empresas OSX BRASIL S.A., OSX CONSTRUÇÃO NAVAL S.A. e OSX SERVIÇOS OPERACIONAIS LTDA., abrangem um nicho de mercado com pesados investimentos de credores internacionais, centenas de empregos, fornecedores de produtos e prestadores de serviços que desempenham importante função na economia que são de enorme relevância para a sociedade.”⁷⁴

Posteriormente, com o fracasso do Grupo como um todo, a Eneva, antiga MPX, braço do grupo que atuava no setor de energia elétrica, também se viu obrigada a requerer a sua recuperação judicial. Para a empresa, "A decisão tem por objetivo preservar condições de caixa adequadas para a continuidade das atividades da companhia, que têm apresentado evolução continuada em seus indicadores operacionais".⁷⁵

Baseado no princípio da preservação da empresa e na manutenção da sua função social, o mesmo magistrado da 4ª Vara Empresarial, proferiu decisão deferindo o processamento da recuperação judicial requerida. O juízo entendeu que “considerando que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, o pedido inicial merece acolhimento.”⁷⁶

No mesmo sentido, caminha o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, buscando sempre a preservação da empresa em um contexto de manutenção da sua função social, interpretando sistematicamente o art. 47, da Lei 11.101/2005. Veja-se:

(...) 31. Logo, extrai-se que no procedimento recuperatório, de iniciativa do devedor, o que há é a colaboração entre todos os interessados (devedor e credores), colimando fim específico, ditado pelo art. 47 da Lei n.º 11.101/2005: ‘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

⁷⁴ Decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0392571-55.2013.8.19.0001, referente à recuperação judicial da OSX

⁷⁵ Disponível em < <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/12/mais-uma-empresa-criada-por-eike-eneva-pede-recuperacao-judicial.html>>. Acessado em 29/05/2017.

⁷⁶ Decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0474961-48.2014.8.19.0001, referente à recuperação judicial da ENEVA

preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.' (...)"⁷⁷
(TJRJ, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Guarino, Agravo de Instrumento nº 0016629-59.2014.8.19.0000, julgado em: 06.08.2014)

Ainda sobre a função social da empresa e a manutenção dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CRÉDITO FIDUCIÁRIO INSERIDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO QUE NÃO PERDE SUA CARACTERÍSTICA LEGAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. POSSIBILIDADE. **1. O art. 47 DA Lei de Falências serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "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".** 2. É de presumir que a empresa que se socorre da recuperação judicial se encontra em dificuldades financeiras tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtendo certidões negativas de débitos) como para obter crédito na praça em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva. (...)
(STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1207117 / MG, DJe: 25.11.2015) (grifou-se)

* * *

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA. FALÊNCIA. INTERESSE PÚBLICO. DESISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. A recuperação judicial visa a continuidade de empresa em crise econômico-financeira. Tem por fonte a função social da empresa, desempenhada pela atividade produtiva, buscando-se manter empregos, sem abalos à ordem econômica. Ela pressupõe um plano de recuperação judicial, que deverá ser aprovado pelo Juiz, vinculando todos os credores; todavia, descumprindo-se as obrigações assumidas no plano, qualquer credor poderá requerer a falência. 2. Tal como é lícito a qualquer credor formular o pedido de falência, também o é desistir do pedido antes de decretada a quebra, ainda no campo da recuperação judicial, pois, enquanto perdura a recuperação judicial, os interesses prevalecentes são os privados, os interesses patrimoniais dos credores, embasados pelo interesse social de que a empresa se mantenha. 3. Recurso especial conhecido em parte e provido.”
(STJ, 3ª Turma, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, REsp 1408973 / SP, DJe: 13.06.2014)

A empresa Eneva, última das empresas do Grupo a requerer sua recuperação, foi também a que mais rápido conseguiu o reerguimento e não mais se encontra nessa situação de reorganização judicial. Em sentença datada de 29.06.2016, o juízo da 4ª Vara Empresarial

⁷⁷ No mesmo sentido: TJRJ, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Guarino, Agravo de Instrumento nº 0018888-27.2014.8.19.0000, julgado em: 20.08.2014

manifestou-se no sentido de que “a norma jurídica em comento tem por escopo principal a preservação da empresa, conferindo-lhe a possibilidade de, num dado momento de dificuldade, reestruturar seus compromissos a fim de adequá-los a sua nova realidade econômico-financeira, conforme prevê o artigo 47 da Lei 11.101/2005.”⁷⁸

Assim, entendendo que a empresa cumpriu todas as suas obrigações previstas no plano e estando em considerável saúde financeira, o juízo deferiu o pleito de encerramento da recuperação judicial da Eneva, sendo considerado um dos casos de recuperação judicial mais bem-sucedidos do Brasil.

Ressalta-se que as empresas OGX e OSX, permanecem em recuperação judicial e têm cumprido seus planos de reestruturação econômica, que foram aprovados pelos seus credores em assembleia geral, promovendo, assim, a manutenção da sua função social devido a geração de empregos, geração de tributos e circulação de riquezas e contribuindo para o desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade em que atuam, devido ao tamanho das empresas e seus papéis na economia do país.

Em recente pleito, a empresa OGX requereu o encerramento do processo de sua recuperação judicial, o entendimento da empresa é de que foram cumpridas todas as obrigações previstas no plano, no prazo de 2 (dois) anos após a concessão do benefício da recuperação judicial. O pedido ainda não foi analisado pelo juízo da 4ª Vara Empresarial.

A OGX, maior empresa do grupo, entrou com pedido de recuperação judicial em outubro de 2013 e teve seu plano aprovado pelos credores, que representavam mais de 90% dos créditos listados, em 3 de junho de 2014.

Observa-se, assim, com o presente estudo de caso, que em nosso ordenamento, o princípio da função social da empresa e o cuidado com a sua preservação vêm sendo utilizado pelos nossos tribunais da maneira como prevê o objeto do instituto, trazido pelo art. 47 da Lei 11.101/2005, alcançando os fins pretendidos com a concessão e a aplicação do benefício na prática.

⁷⁸ Decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0474961-48.2014.8.19.0001, referente à recuperação judicial da ENEVA

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar a aplicação do princípio da função social da empresa no âmbito do instituto da recuperação judicial.

A partir de uma conceituação do princípio da função social da empresa buscou-se a compreensão da relevância do mesmo para a concessão judicial do instituto da recuperação judicial e de que forma o interesse social dialoga com a preservação da empresa, tendo em vista a atividade econômica e a influência que as empresas exercem no bom funcionamento da economia.

Para tanto, foi necessário traçar algumas considerações históricas a fim de entender como se desenvolveram os conceitos de empresa e de função social ao longo dos séculos e como esses conceitos emergiram até a perspectiva que temos hoje em nosso ordenamento jurídico.

Um ponto importante do presente trabalho, tendo em mente que a nossa Lei de Falências e Recuperações é relativamente nova, estando em vigor há pouco mais de 10 (dez) anos, foi a comparação realizada entre o Decreto-lei nº 7.661/45 e a Lei 11.101/2005 e o estudo do instituto da concordata, sob um aspecto evolutivo diante do rápido desenvolvimento do direito civil-constitucional.

Nesse ponto, a substituição da concordata da lei antiga pelo instituto da recuperação judicial trouxe ao ordenamento falimentar uma garantia maior dos princípios constitucionais sociais, promovendo a função social da empresa e zelando mais pelo interesse dos credores, sobretudo aqueles que detém créditos trabalhistas ou que são microempresa e empresa de pequeno porte.

Fez-se necessário, também, examinar as decisões judiciais acerca do tema e de que forma a recuperação judicial foi introduzida no nosso ordenamento jurídico de maneira a beneficiar as empresas em dificuldades financeiras.

Aqui, se concluiu que as nossas cortes vêm tratando com extrema relevância os ditames constitucionais e os objetos pretendidos com o instituto, viabilizando o soerguimento das empresas em crise econômico-financeira, permitindo a manutenção da fonte geradora, garantindo o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores, promovendo, a preservação da empresa combinada com sua função social e o incentivando a atividade econômica.

Conforme estudado no presente trabalho, o direito evolui no sentido de buscar remédios e maneiras de dar maior importância ao aspecto social, com novos princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da função social da propriedade. Demonstrando, assim, o interesse do Estado em promover um desenvolvimento econômico que seja sustentável na perspectiva individual e viável na perspectiva econômica.

Há que se fazer, mais uma vez, menção ao artigo 47 da Lei 11.101/2005, que traduz esse interesse do Estado promover o desenvolvimento econômico viabilizando 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.

Assim, a aplicação do princípio da função social no instituto da recuperação pode e deve ser entendida como expressão do princípio da função social da empresa, que encontra seu fundamento no princípio da função social da propriedade, trazido pela Constituição da República.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. TOLEDO, Paulo F. C. Salles. (coords.) *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Barcelona: Bosch, 1964.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Parecer dado em resposta à consulta formulada pelo Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, o Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e documentos de São Paulo e o Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro, em 6 de agosto de 2003.

_____. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPINHO, Sergio. *Falência e Recuperação de Empresa*. São Paulo: Renovar, 2006.

MENDONÇA, J. X. CARVALHO DE, *Tratado de direito comercial brasileiro* (ed. rev. e atual. por Ricardo Negrão). Campinas: Bookseller, 2002. Vol. 1.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Vol 1.

_____. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da Propriedade e dos bens de produção, in *Direito empresarial – estudos e pareceres*, 1990.

_____. *Estado, empresa e função social*. Revista dos Tribunais nº 732, 1996.

FARIA, S. Soares de. *Da Concordata Preventiva Da Falência*, nº 7. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1932.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. 4, 1995, p. 12.

FRAZÃO, Ana; VIEGAS, Francisco. (org. Direito Civil Contemporâneo. *A Função Social da Empresa na Constituição de 1988*. 1ª ed. Brasília: Obscursos, 2009.

LACERDA, José Cândido de Sampaio. *Manual de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

LOBO, Jorge. *Direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

MELLO, Maria Thereza Werneck. Coords. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Temas de Direito Civil-Empresarial. *Sociedades simples e sociedades empresárias: aspectos conceituais e registraes*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
PEREZ, Viviane. (Coords.) ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Temas de Direito Civil-Empresarial. *Função social da empresa Uma proposta de sistematização do conceito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. Vol. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. Vol. 2.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. Nº 810, 2003.