

ASPECTOS PROCESSUAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL
DE EMPRESA.

LEI No 11.101, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005

Trabalho para a conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil em módulos, ministrado na PUC-COGEAE na cidade de Sorocaba/SP.

Aluno - Jair Rodrigues Candido de Abreu.

Orientadora - Dra. Maria Antonieta Zanardo Donato.

Agradecimentos.

Ao concluir mais um degrau dos meus sonhos, agradeço a Deus por permitir essa realização, bem como aqueles nos auxiliaram para que alcançássemos os fins inicialmente colimados. Minha esposa Sônia grande incentivadora e conhecedora das necessidades profissionais. Francine, Amanda e Giovana, minhas filhas, que souberam suportar a ausência do pai nos finais de semana dedicados aos estudos. Meus diletos e alguns eternos professores, onde cito o mestre Antônio Rigolim, que nos tem ensinado muito na vida acadêmica; e a orientadora Dra. Maria Antonieta Zanardo Donato, que com profundo conhecimento e dedicação tem nos orientado e incentivado desde o início dos estudos no curso de pós-graduação a buscar o máximo que poderíamos alcançar.

Nosso muito obrigado.

Agosto de 2011.

ASPECTOS PROCESSUAIS DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA.

Lei 11.101/05

SUMÁRIO.

CAPÍTULO I

PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA ART. 47 A 74.

1.1	Da norma codificada.....	09
1.2	Objetivo da recuperação Judicial.....	10
1.3	Legitimados para requerer a recuperação.....	12
1.4	Requisitos cumulativos.....	14
1.5	Créditos sujeitos à recuperação.....	15
1.6	Direitos e privilégios contra coobrigados.....	16
1.7	Créditos anteriores a recuperação.....	16
1.8	Cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade...	17
1.9	Créditos não sujeitos a recuperação judicial.....	17
2.0	Substituição ou renovação de garantias.....	17
2.1	Meios de recuperação judicial.....	18
2.2	Alienação de bens com garantia real.....	37
2.3	Indexação em moeda estrangeira.....	38

CAPÍTULO II.

O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART. 51

1.1	Petição inicial.....	39
1.2	Causas e razões do pedido.....	40
1.3	Demonstração contábil.....	41
1.4	Balanço patrimonial.....	41

1.5	Resultado acumulado e do último exercício social..	41
1.6	Demonstração do Resultado do último exercício.....	42
1.7	Relatório gerencial de fluxo de caixa.....	42
1.8	Relação nominal completa dos credores.....	43
1.9	Relação integral dos empregados.....	43
2.0	Certidão de regularidade do devedor.....	44
2.1	Relação dos bens particulares dos sócios.....	44
2.2	Exibição de Extratos bancários.....	45
2.3	Certidões de protestos.....	46
2.4	Relação das ações judiciais.....	47
2.5	Documentos de escrituração contábil.....	47
2.6	Exigências às microempresas.....	48
2.7	Depósito em cartório dos documentos.....	49

CAPÍTULO III.

DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART. 52

1.1	Determinação do processamento da recuperação.....	49
1.2	Nomeação do administrador judicial.....	51
1.3	Dispensa de apresentação de certidão negativa.....	55
1.4	Suspensão das ações ou execuções.....	55
1.5	Apresentação de demonstrativo mensal.....	59
1.6	Expedição e conteúdo do edital e prazo para habilitação dos créditos.....	59
1.7	Convocação de assembléia geral de credores.....	60
1.8	Comunicação da suspensão das ações pelo devedor...	61
1.9	Proibição de desistência do pedido.....	62

CAPÍTULO IV.

DO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART.55.

1.1	Publicação da relação de credores.....	63
1.2	Objecção ao plano de recuperação.....	64

1.3	Convocação da Assembléia Geral de Credores.....	65
1.4	Indicação dos membros do comitê de credores.....	66
1.5	Alteração do plano na assembléia de credores.....	66
1.6	Concessão da recuperação judicial.....	67
1.7	Concessão <i>ope judicis</i> da recuperação.....	68
1.8	Novação dos créditos anteriores.....	70
1.9	Sujeição dos credores ao plano.....	72
2.0	Constituição de títulos executivos.....	73
2.1	Alienação judicial de filiais ou unidades produtivas.....	74
2.2	Objetos de alienação e a polêmica da sucessão trabalhista.....	75
2.3	Prazo máximo para pagamento das dívidas.....	80
2.4	Reconstituição dos créditos.....	81
2.5	Execução específica.....	81
2.6	Sentença de encerramento.....	82
2.7	Prestação de contas do administrador.....	84
2.8	Dissolução do comitê de credores.....	86
2.9	Condução da atividade empresarial.....	86
3.0	Indicação do gestor judicial.....	87
3.1	Créditos Extraconcursais.....	89
3.2	Parcelamento dos débitos junto à Fazenda Pública..	92

CAPÍTULO V.

DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART. 53.

1.1	Prazo para apresentação do plano.....	93
1.2	Demonstração da viabilidade econômica.....	94
1.3	Avaliação dos bens.....	96
1.4	Pagamento de crédito trabalhista.....	96

CAPÍTULO VI.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.

1.1	Plano Especial de recuperação.....	98
1.2	Condições para apresentação do plano.....	100
1.3	Da rejeição ao plano.....	102

CAPÍTULO VII.

RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

1.1	Plano Especial de recuperação.....	103
1.2	Requisitos para a homologação do plano de recuperação extrajudicial.....	105
1.3	Da transformação do título.....	108
1.4	Do pedido e da homologação do plano de recuperação extrajudicial.....	109
1.5	Do indeferimento do pedido.....	112
1.6	Dos efeitos da homologação.....	113
CONCLUSÃO.....		113
BIBLIOGRAFIA.....		115

ASPECTOS PROCESSUAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA.

LEI No 11.101, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica para a conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil em módulos, ministrado na PUC-COGAE na cidade de Sorocaba/SP.

Professora Orientadora:

Dra. Maria Antonieta Zanardo Donato.

Agosto/2011

INTRODUÇÃO.

No trabalho que nos propomos a desenvolver abordaremos as nuances inserida na Lei nº 11.101 de 2005, especialmente no tópico que trata da recuperação de empresa em seus aspectos processuais. Serão discutidos os temas relativos aos objetivos colimados pela Lei de Falência e Recuperação de Empresas, trazendo para o estudo uma explanação objetiva acerca da referida lei, em especial as matérias que vêm despertando maior interesse na comunidade jurídica, e onde certamente as discussões devem prolongar-se por muitos anos, tendo em vista que a matéria ora em estudo inserida na Lei acima referida pode ser tomada como novidade.

Trataremos de temas suscetíveis de debates incluindo os créditos trabalhistas na sucessão em alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor em recuperação judicial; bens em garantia e bens de garantia.

Adotaremos métodos simplificados para uma leitura de fácil compreensão alcançando-se o máximo entendimento, não obstante a problemática do tema tratado.

Certamente a matéria abrangida pela Lei de Falências e Recuperação de Empresa não nos possibilita uma abordagem de cunho científico mais aprofundado neste momento, pois não se trata de defesa de tese, contudo os temas mais relevantes serão trazidos para o debate, mostrando os ensinamentos e pensamentos dos mestres e estudiosos do tema inserido na lei.

De imediato podemos atribuir à Lei 11.101/05 um forte apelo social, especialmente amparada na redação do artigo 47 que trata dos objetivos da Recuperação Judicial, afir-

mando de forma incisiva que a Lei tem por objetivo viabilizar mecanismos para superar a situação de crise econômico-financeira do devedor, preservando a fonte produtora, em consequência assegurando a manutenção do emprego e os interesses dos credores. Sendo a empresa preservada haverá o fomento da função social contribuindo para o estímulo da atividade econômica.

Abordaremos no Capítulo I a introdução ao estudo Recuperação Judicial e no Capítulo II estudaremos o Pedido de Recuperação Judicial. O Capítulo III foi reservado para o estudo do Processamento da Recuperação Judicial, e a seguir no Capítulo IV faremos uma análise detalhada acerca do Procedimento da Recuperação Judicial. No Capítulo V discorreremos sobre o Plano de Recuperação Judicial. No Capítulo VI falaremos da Recuperação Judicial das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Por último no Capítulo VII teceremos breves comentários acerca da Recuperação Extrajudicial.

Esperamos que nosso trabalho proporcione àqueles que se dispuserem à leitura o um pouco mais de conhecimento acerca da matéria relacionada à Falência e Recuperação de empresa. Ainda que o tema não seja abordado com profundidade, o estudo traz ao debate discussões interessantes travados entre doutrina e jurisprudência no sentido de solidificar o entendimento de uma matéria tão relevante.

Desejamos-lhes uma excelente leitura.

Sorocaba, Agosto de 2011.

ASPECTOS PROCESSUAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA.

LEI No 11.101, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005.

CAPÍTULO I

01 - PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA ART. 47 a 74.

1.1 Da norma codificada.

A falência, como norma codificada, foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Código Comercial no ano de 1.850 e malgrado as mazelas inseridas naquela lei, no que tange o instituto da falência, o *codex* vigora em parte até os dias atuais.

A inquietação que permeia a alma dos doutrinadores, na busca de explicações que tragam certeza à aplicação das normas legais, quando se referem à lei de falência e agora também a recuperação de empresa, está longe de ter um final, ao menos razoável, pois os estudos realizados não abarcam todo o dinamismo da sociedade moderna, que está em constante mutação.

Para entender o alcance da Lei 11.101/05 é necessário averiguar a preocupação que serviu de diretriz ao legislador que visou ao mesmo tempo dar ao instituto uma matiz social e, em contrapartida frear a volúpia daqueles que por faz ou nefas julgavam ser o instituto da concordata uma obrigação do credor, e dessa forma a utilizavam como meio de enfrentar a crise econômico-financeira, apenas em benefício próprio.

A concordata instituída pelo Decreto 7.661/45 era um benefício, ou um favor legal, concedido pelo Estado às empresas em dificuldades financeiras na tentativa de mantê-las em funcionamento preservando ao menos por algum tempo o poder de pagamento dos débitos contraídos. Não se olvide que uma parcela considerável dos pedidos de concordatas já nascia fadada ao insucesso.

Na concessão do pedido de concordata não existia acordo entre devedor e credor, tratava-se de um benefício instituído por Lei que concedia privilégio a poucos em detrimento de muitos, mas na falta de meios que pudessem viabilizar condições mais transparentes era a única opção encontrada para fazer frente às dificuldades econômico-financeira que viesse abater-se sobre a empresa ou sociedade empresária.

A Lei nº 11.101/2005 que trata da Falência e Recuperação de Empresas inovou ao colocar a recuperação de empresa como um instrumento que pode ser usado apenas pelo devedor, porém com a anuência dos credores, ainda que não necessariamente de todos, afastando o poder do Estado de conceder *sponte própria* um benefício que em muitos casos o requerente não faz jus.

1.2 Objetivo da recuperação judicial.

A recuperação judicial de empresa, conquanto vise proteger credores e assegurar direitos do devedor, fez uma opção prioritária pela preservação da fonte produtora e geradora de bens e serviços, com o objetivo que todos os envolvidos tenham seus créditos solvidos, em maior ou menor proporção, voltados a evitar prejuízo maior, tanto para aqueles que direta ou indiretamente sejam dependentes da recuperanda – trabalhadores, credores - e a sociedade em geral.

O artigo 47 da LRE define com propriedade sua finalidade ao dispor que 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.

A atividade empresarial envolve grandes interesses e quando a fonte produtora de riqueza é atirada à recuperação dando claros sinais que o ativo financeiro é insuficiente para solver o passivo, estes interesses tornam-se renhidos levando sócios, credores, e trabalhadores a buscarem desesperadamente o recebimento de seus créditos, pois sabem que a sucumbência do devedor trará em seu bojo, além dos prejuízos, uma gama de malefícios generalizados. Alguns exemplos dentre outros e que não se recolherá imposto à fazenda pública, os credores não receberão o total dos investimentos, e os trabalhadores serão atirados à própria sorte, geralmente na desgraça do desemprego - por tais razões - somente em último caso, e sendo inviável a recuperação judicial é que se dará a solução terminal.

Não basta a concessão da recuperação judicial à empresa em dificuldades econômico-financeira, será preciso mais que isso. Num sistema onde a competição e a busca por oportunidades é quase selvagem o prazo de 180 dias para o início dos pagamentos e dois anos para a finalização é um tempo por demais efêmero, que irá contra os anseios de muitas empresas que certamente não atenderão as exigências estabelecidas na Lei.

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter

sua falência decretada, assim se expressa Manoel Justino Bezerra Filho¹.

A dúvida é a delimitação da situação de crise econômico-financeira para que seja possível o pleito judicial. A falta de liquidez é suficiente?. E se o patrimônio do devedor é superior aos débitos em elevado grau, inobstante a iliquidez momentânea. Estas questões a doutrina e jurisprudência deverão ao longo do tempo alargar o caminho para um entendimento mais consentâneo com a realidade.

Waldo Fazzio Junior² entende que não se reclama nenhuma evidência *in contesti* de estado deficitário para a recuperação judicial. É suficiente a declaração do devedor que a insolvência se apresenta previsível acompanhada é claro de indícios razoáveis da crise e de que a empresa oferece condições que autorizem uma expectativa de superação. Mas o que são indícios razoáveis?. O renomado autor disse muito, mas não respondeu nada. Afinal o que são indícios razoáveis de crise?. A dúvida persiste.

1.3 Legitimados para requerer a recuperação.

A recuperação judicial pode ser proposta pela sociedade empresária e pelo empresário devedor assim denominado no art. 1º da LRE, desde que preenchidos cumulativamente os requisitos dos incisos I ao IV do art. 48.

O art. 966 do Código Civil diz que se considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. O art. 981 do referido codex define como sociedade empresária o contrato celebrado por pessoas que reciprocamente se

¹ Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Revista dos Tribunais – 2009 – 6ª ed. Pag. 123.

² Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Atlas – 2008 – pag. 126.

obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

O parágrafo único do art. 48 atribui legitimidade ativa extraordinária ao cônjuge supérstite, aos herdeiros, ao inventariante e ao sócio remanescente. As hipóteses tratadas referem-se ao evento morte, e visa livrar a fonte produtora de situações de incertezas no mercado financeiro.

Uma dúvida que certamente será suscitada se refere ao administrador ou sócio controlador impedido de requerer a recuperação judicial por impedimento inserido no inciso IV do art. 48, o evento morte abriria caminho para que fosse requerida a recuperação pelo cônjuge, herdeiros e inventariante, legitimados do parágrafo único?.

Na dicção do art. 6º C.C., a morte põe termo a existência da pessoa natural, levando-se ao entendimento que contra *de cuius* nada mais poderá ser exigido. Lição interessante nessa linha de pensamento vem da primeira parte do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, inserida nos direitos fundamentais, diz que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, *mutatis mutandis*, iniciar-se-ia para a empresa - uma nova etapa - com o falecimento do administrador ou sócio controlador que tem contra si o impedimento do inciso IV, dando azo para que os novos titulares exercitem o direito e requerer a recuperação.

Esse entendimento coaduna-se com a melhor exegese arrimada no art. 47, primando-se pela função social exercida pela empresa, visto que a Lei tem por escopo maior manter o devedor produzindo e gerando riquezas.

O artigo 2º da Lei em estudo veda expressamente a concessão da recuperação judicial à empresa pública e sociedade de economia mista, pela instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previ-

dência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e entidades a elas legalmente equiparadas.

Art. 198 proíbe a concessão da recuperação judicial àqueles que se encontravam impedidos de requerer concordata nos termos do Decreto 76.661/45 na data da publicação da LRE. Com força expressa o § 2º do art. 192 retira das microempresas e empresas de pequeno porte a possibilidade de se requerer a recuperação nos termos do art.70 e seguintes da LRE se em seu favor havia pleito de concordata preventiva.

1.4 Requisitos cumulativos - 48 incisos I a IV.

A Lei 11.101./05 refere-se a requisitos cumulativos, ou seja, o devedor terá que preencher os requisitos estabelecidos nos incisos I a IV do art. 48, sem os quais não haverá concessão do pedido. No ajuizamento do requerimento o devedor comprovará o exercício regular das atividades há pelo menos dois anos. Esse lapso temporal deverá ser do pleno exercício da atividade, não basta a mera inscrição nos órgãos administrativos, pois a Lei refere-se ao exercício regular, o que não se confunde com inscrição regular. O verbo exercer caracteriza-se pelo trabalho, e não pela inscrição apenas, daí entendermos que o requerente terá que provar com documentos hábeis o efetivo exercício das atividades na qual está inserida.

Não ser falido ou, se o foi, estiverem extintas suas obrigações com trânsito em julgado. Nem ter sido beneficiado com a recuperação judicial nos últimos cinco anos, ou a menos de oito anos a recuperação no plano especial e não ter sido condenado por crime falimentar. A lei é omissa, mas creio que, se o requerente foi condenado e cumpriu a pena, conquanto a lei referir-se em “não ter sido condenado” estará liberado desta restrição.

A mesma linha de raciocínio justifica-se ao inciso IV que impõe ao sócio controlador ou administrador que tenha sido condenado por crimes falimentares a proibição ao benefício da recuperação judicial. Ressalve-se que pessoas condenadas por crimes falimentares não podem administrar sociedades empresárias por força de norma cogente inserida no inciso § 1º do art.147 da Lei das Sociedades Anônimas³ e inciso 1º do art. 1.011 do Código Civil⁴.

O inciso IV, em comento, padece de uma grave contradição quando confrontado com o art. 47, ignorando o que dispõe o referido artigo, afastando o apelo social insculpido na lei. Na realidade a punição imposta aos administradores e controladores recai diretamente sobre o devedor vergastando com rigor aqueles que direta ou indiretamente estão a ela subordinados, *v.g*, funcionários, credores e consumidores.

1.5 Créditos sujeitos à recuperação – art.49.

Todos os créditos existentes na data do pedido da recuperação estão sujeitos à recuperação, ainda que não vencidos, vale dizer que no momento da protocolização do pedido, independente do despacho de processamento, os créditos adrede

³ Lei 6.404/76 – Art. 147 § 1º São inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos.

⁴ Art. 1.011. - § 1o Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

existentes são atraídos pela *vis atractiva*, não se podendo mais falar em ações contra o devedor fora do pálio do juízo universal é o que se infere da redação do caput do art.49. Contudo a regra comporta exceções como se verá adiante no item 1.8.

1.6 Direitos e privilégios contra coobrigados - 49 § 1º.

Os credores continuam a deter os direitos de ações contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso - § 1º do art. 49 - cuja demanda tramitará no juízo competente para conhecimento da lide excluindo-se o juízo universal. Os garantidos sub-rogam-se nos créditos e terão em seu favor o direito de regresso, daí sim, no juízo universal.

No rol de coobrigados não se inclui os sócios ilimitadamente ou subsidiariamente responsáveis pelas obrigações sociais, *v.g*, sócios da sociedade em nome coletivo, os comanditados da sociedade em comandita simples, das empresas sob o regime de comandita por ações, e nem poderia ser diferente, caso isso viesse a ocorrer e os sócios sofressem a execução poderiam ser declarados falidos e levando consigo a recuperanda, *ex vi*, do art. 81 que diz que decretada a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis, acarreta também a falência destes, o que a *contrario sensu* aplicar-se-ia no caso de falência dos sócios em execução paralela.

1.7 Créditos anteriores a recuperação - art. 49 § 2º.

As obrigações assumidas anteriormente ficam subordinadas às condições contratuais originárias, porém a assembléia geral de credores tem autoridade para estabelecer de modo diverso o seu cumprimento. Além da assembléia, o credor poderá propor o cumprimento de modo diverso, observando-se o escopo da lei, ou seja, a solidariedade - nesse caso - o próprio credor poderá conceder abatimento, alongar prazo de pagamento,

renunciar multas, juros, e outros acessórios, porventura contratados.

1.8 Cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade – art. 49 § 3°.

O credor com contrato na condição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel, esteado na cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada, a legislação respectiva não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 40 do art. 6° desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

1.9 Créditos não sujeitos à recuperação – art. 49 § 4°.

O *caput* do art. 49 enfatiza que todos os créditos anteriores estão sujeitos à recuperação, mas não é verdade, logo no § 3° do artigo surgem as exceções, iniciando-se pelos créditos devidos à União, ao Estado e ao Município, que poderão ser parcelados, e nesses créditos a assembleia geral de credores não poderá alterar suas condições originárias, nem mesmo frear o curso do processo de execução conforme se extrai do enunciado do § 7° do art. 6°

2.0 Substituição ou renovação de garantias – 49 § 5°.

A redação do inciso diz textualmente que em se tratando de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores

mobiliários, (incisos I a IX do art. 2º da Lei 6385/76), poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de 180 dias.

O inciso V destoa da norma insculpida no art. 1.455 do C.Civil⁵, onde há expressa indicação que o credor pignoratício deverá cobrar o crédito empenhado assim que se torne exigível. Porém consistindo o crédito em prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor, ou onde o juiz determinar. No caso em apreço pela aplicação da norma especial o depósito terá que obedecer ao juízo universal.

2.1 Meios de recuperação judicial. Art. 50.

Na lição apropriada de Waldo Fazzio Junior⁶ cada um dos incisos relacionados como meio de recuperação no artigo 50 é bastante para justificar um livro a respeito. Considerando-se os delgados limites para a elaboração desse trabalho não faremos considerações profundas acerca do assunto, não obstante a relevância da matéria.

O art. 50 enumera dezesseis incisos para os quais atribui a condição de meios de recuperação, observada a legislação pertinente a cada caso e que poderão ser utilizados pelo devedor-requerente do plano. É bom esclarecer que as modalidades alvitradas não são excludentes, pelo contrário, podem ser combinadas desde que compatíveis. Diante do dinamismo que se

⁵ Código Civil - Art. 1.455. Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar; se consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor.

⁶ Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Atlas – 2008 – 4ª ed. Pag. 131.

nos apresentam as relações comerciais, a indicação dos referidos artigos não se constituem *números clausus*, e hão de ser estendidos pela doutrina e jurisprudência.

I - Concessão de Prazo.

Inicia-se pela concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, condição comum a todos os pedidos, pois é da índole da recuperação que os prazos para pagamento sejam ampliados. Diferenciando-se da antiga concordata o legislador não estipulou valores ou prazo mínimo para o cumprimento da obrigação, deixando a incumbência como parte da negociação entre devedor e credor.

II - Cisão.

Cada um dos itens elencados no inciso II do art. 50 envolve grande complexidade e devem ser manejados nos estritos limites da lei, pois, qualquer ato praticado que prejudique interesses dos acionistas, ainda que minoritários, será objeto de ações judiciais que podem impedir a concessão do pedido de recuperação judicial.

A cisão está definida no art. 229 da Lei 6.404/76. O Código Civil e faz referencia a matéria no Capítulo X - do Livro II - Título II - art. 1.122. Embora a cisão esteja inserida no Codex Civil no capítulo que trata da reorganização societária não trouxe nenhum procedimento acerca da matéria.

Afirma Celso Marcelo de Oliveira⁷, que há a impressão que o legislador se esqueceu de regulamentar a cisão, na Legislação Civil, deixando dúvida sobre sua aplicação para os demais tipos societários, que não a sociedade anônima, eis que somente esta possui dispositivo sobre a cisão.

⁷ Comentários à Nova Lei de Falências – Thomson – 2005 – pag. 251.

II - a) Fusão.

A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações é o que diz o art. 229 da Lei 6.404/76. Essa afirmativa também está inserida no artigo 1.119 do Código Civil, portanto com a fusão as sociedades anteriores deixam de existir passando doravante a existir uma única sociedade.

II - b) Incorporação.

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, essa definição consta no artigo 227 da Lei 6.404/76. Nesse caso a sociedade incorporada desaparece, restando apenas a incorporadora.

No prazo decadencial de sessenta dias o credor prejudicado poderá pedir a anulação da operação de fusão ou incorporação da sociedade, conforme se denota na leitura do art. 232 da Lei 6.404/76. E se ocorrer a falência da sociedade incorporadora, no mesmo prazo, o credor poderá requerer a separação do patrimônio da sociedade incorporada para o ressarcimento de seus créditos - § 3º do referido artigo.

II - c) Transformação.

Na transformação a sociedade passa independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro, é o conceito formulado pelo art. 220 da Lei 6.404/76. Na transformação altera-se a espécie societária equiparando-se a uma nova constituição, exigindo-se a alteração do contrato social e o registro na Junta Comercial. Mantém-se a estrutura jurídica alterando-se tão somente a estrutura societária, tais como a-

tos constitutivos, obrigações e direitos afetando o grau de responsabilidades dos sócios, o exemplo típico de transformação se dá quando uma sociedade limitada transforma-se em sociedade anônima.

II - d) Constituição Subsidiária Integral.

A constituição de subsidiária integral se dá por duas formas: a) Pela constituição de sociedade anônima por escritura pública, tendo como único acionista outra sociedade comercial. b) pela incorporação, de sociedade anônima por outra sociedade comercial, neste caso a incorporada torna-se subsidiária integral independente de sua forma de constituição, como ensina Celso Marcelo de Oliveira⁸.

II - e) Cessão de quotas ou ações.

A matéria está disciplinada no art. 1.003 do Código Civil e diz que a cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. O parágrafo único do artigo impõe ao cedente obrigação solidária com o cessionário até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, respondendo, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

Pela leitura do artigo em comento nota-se que não basta a tradição – art. 1.226 do C.C.- é necessário que se faça a averbação modificando-se o contrato social, sem a qual nenhum valor terá a cessão. E não é só. Essa modificação terá que ser consentida pelos demais sócios.

III - Alteração do Controle Societário.

⁸ Comentários à Nova Lei de Falências – Thomson – 2005 – pag. 255.

A alteração do controle societário parece de extrema simplicidade, mas não é verdade, a matéria disciplinada no Código Civil – art. 1.076 – exige que a alteração seja aprovada pelos acionistas detentores de 3/4 do capital social, integralizado ou não, já que o artigo é omissivo a esse respeito.

Essa precaução tem por escopo principal a proteção aos sócios minoritários evitando-se abusos dos sócios majoritários, contudo num mercado extremamente versátil, não deixa de ser uma exigência que pode criar obstáculos, numa situação de crise em que se exigem decisões rápidas, mormente se o objetivo for o pedido de recuperação judicial.

Se a sociedade for concessionária de serviços públicos, a alteração do controle societário está sujeita à autorização do ministério concededor, por exemplo, ministério das comunicações.

IV - Substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos.

A substituição dos administradores, total ou parcial, tem por escopo acrescentar confiança aos credores. Essa prática é alvitada em momentos de estagnação econômica quando as empresas contratam executivos com *know how* das necessidades mercadológicas, que muitas vezes são responsáveis pela situação de dificuldade do devedor.

A experiência dos administradores visando colmatar situações de turbulência, apresentando soluções críveis pode quebrar resistências e fazer com que os credores adiram à proposta de recuperação mais rapidamente. Nesse inciso IV não há outro objetivo senão a transmissão de confiabilidade para que

os credores vislumbrem a possibilidade de recebimento de seus créditos.

Mas na doutrina desponta autores que entendem que a substituição total ou parcial dos administradores, em regra, não é por si só, um meio de recuperação empresarial. Nessa linha de pensamento Waldo Fazzio Junior⁹ entende que será sempre meio secundário de recuperação.

V - Concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar.

A concessão aos credores do direito de eleger os administradores, bem como lhes dar o poder de impor veto às matérias especificadas no plano de recuperação judicial é um incentivo a mais para que afrouxem as amarras que porventura possam estorvar o plano alvitado. Essa disposição já está consolidada nas grandes empresas onde os credores nomeiam interventores, de sua confiança, que dispõe de poderes para influir nas decisões da empresa.

Jorge Lobo¹⁰ diz que a previsão do inciso V, é uma forma corriqueira de controle externo permitindo a fiscalização da gestão dos negócios sociais, monitorando diuturnamente, a *performance* da empresa.

VI - Aumento de Capital Social.

O aumento de capital social é meio de recuperação judicial dos mais relevantes. A matéria tem vital importância na estrutura empresarial, disciplinada no art. 170 da LSA cu-

⁹ Lei de Falência e Recuperação de Empresa – Atlas – 2008 – 4ª ed. Pág. 136.

¹⁰ Comentários à Lei de Recuperação de empresas e Falência – Saraiva – 2007- 2ª ed. Pag. 50.

ja, redação diz que depois de realizados, três quartos, no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.

O artigo refere-se à subscrição pública ou particular. Denomina-se subscrição pública a venda de ações lançadas no mercado, pela sociedade anônima, intermediada por um agente financeiro, via bolsa de valores, tudo dentro de normas instituídas pelo art. 82 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas.

A venda de ações pode ser primária, quando a sociedade as lança no mercado, neste caso os fundos arrecadados irão diretamente para os cofres sociedade emitente. As vendas secundárias são realizadas por quem detém ações adrede adquiridas, mas neste caso os valores são destinados aos seus proprietários, não beneficiando a sociedade.

A subscrição particular é definida pelo próprio nome planifica-se nos termos do art.88 da LSA, vazado por deliberação em assembléia-geral ou por escritura pública, considerando-se fundadores todos os subscritores. Não há necessidade de registro na Comissão de Valores Mobiliários e nem a intermediação de instituição financeira para efetivação da venda das ações.

Em se tratando de aumento de capital para que evitar prejuízo aos sócios minoritários o § 1º do artigo 170 da LSA diz que o preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-la alternativamente ou conjuntamente, resguardando dessa forma o direito dos acionistas com menor participação no capital da sociedade.

VII - trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados.

O inciso VII mira a possibilidade de o devedor trespassar ou arrendar o estabelecimento. Ensina Celso Marcelo de Oliveira¹¹ que trespasse é o contrato de compra e venda do estabelecimento empresarial com a transferência de sua titularidade onde o empresário trespassante transfere o domínio dos bens instrumentais que servem à atividade empresarial e o adquirente trespassário se obriga a pagar pela aquisição.

O trespasse é uma alienação do estabelecimento do devedor, observando-se as regras da lei 11.101/05, onde não há sucessão de direitos e obrigações, haverá nesse caso a mudança de gestão. A alienação poderá ser feita a credores, não credores, ou sociedade constituída pelos empregados do devedor, mas sem preferência, exegese do vocábulo “inclusive” empregado na lei.

Conforme estabelecido no art. 60 da LRE a venda de empresa sob plano de recuperação judicial se fará mediante alienação judicial sob as modalidades descritas no art. 142, qual seja, leilão por lances orais, propostas fechadas e pregão. Creio que no que couber o Juiz poderá se valer das normas insculpidas nos artigos 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil.

Os bens objetos de alienação judicial, do devedor em recuperação, devem estar livres de gravames de ônus reais - penhor ou hipoteca - ou judicial, penhora, arresto, seqüestro, hipoteca judiciária. Caso haja qualquer tipo de gravame o devedor deverá substituir a garantia, com a concordância do credor (art. 50 § 1º) para que concretizada a alienação ou arrendamento o adquirente não tenha embaraços (Parágrafo único do

¹¹ Comentários à Nova Lei de Falências – Thomson – 2005 – pag. 258.

art. 60). Opondo-se o credor à substituição da garantia o devedor poderá pleiteá-la em juízo, desde que não acarrete prejuízo.

O inciso faz referência ao arrendamento do estabelecimento. Ensina José Francelino de Araújo¹² que o arrendamento mercantil é também conhecido como *leasing*, modalidade de negócio em que uma empresa financeira (geralmente banco ou assemelhado) adquire em empréstimo um bem de equipamento, pagando aluguel pelo uso desse bem, por um tempo em que se dê para resgatar o investimento, podendo, depois de decorrido o prazo contratual, devolvê-lo, continuar a locação mediante novas condições ou ainda adquiri-lo.

VIII – Redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva.

Quando se fala em acordo ou convenção coletiva é forçoso lembrar a obrigatoriedade da participação das entidades sindicais *ex vi* do inciso VI do art. 8º da Constituição Federal.

O § 1º do art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a faculdade aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrarem acordos coletivos com uma ou mais empresas da mesma categoria econômica.

O caput do mesmo artigo revela que a convenção coletiva é o acordo de caráter normativo, onde dois ou mais sindicatos representando de um lado a categorias econômicas e do outro os trabalhadores, estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações. Tanto o Acordo como a Convenção Coletiva de Trabalho tem força para vincular os trabalhadores pertencentes àquelas categorias, a-

¹² Comentários à Lei de Falências e Recuperação de empresas – Saraiva – 2009 – pag. 117.

inda que não sindicalizados. Ensina o saudoso Valentim Carri-on¹³ que a Convenção Coletiva tem a vantagem de descer a minúcias e, melhor que a lei, adaptar-se às circunstâncias específicas das partes, do momento e do lugar.

Compensar horários ou reduzir jornada de trabalho são medidas que se mostram menos drásticas em relação aos trabalhadores. Contudo a redução de salarial, ainda que autorizada pela Constituição Federal no inciso IV do art. 7º, irá causar forte impacto negativo na vida de qualquer pessoa.

A redução salarial na forma instituída poderá impor aos empregados que recebem salários menores um sacrifício maior, podendo desestabilizar a própria sobrevivência. Melhor seria se o legislador tivesse estabelecido parâmetros objetivos para a redução salarial, tendo em vista tratar-se de matéria tão sensível que nem todas as entidades sindicais terão condições de negociar em igualdade de condições com grandes sindicatos patronais.

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro.

A *datio in solutum* está incluída nas obrigações facultativas como ensina Washington de Barros Monteiro¹⁴, porém o autor observa que a terminologia é defeituosa e imprecisa. Para ele facultativo quer dizer arbitrário, dependente da vontade, que permite se faça ou não se faça alguma coisa, situação que, indubitavelmente, não se compadece com a natureza coercitiva do vínculo obrigacional, constituindo assim a expressão obrigação facultativa verdadeira *contradictio in adjectis*.

¹³ Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – Saraiva - 2006 – 31ª ed. Pag. 470.

¹⁴ Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações 1ª parte – 2001 – 4º Volume – pag. 125 e 129.

Ainda, segundo o renomado autor, na dação em pagamento imprescindível é a concordância do credor, enquanto que na obrigação facultativa, a mudança do objeto da obrigação depende exclusivamente da vontade do devedor, efetuada a revelia do credor, até contra a vontade deste.

O Código Civil Brasileiro, não faz referência às obrigações facultativas, deixando uma lacuna a ser preenchida pela doutrina e jurisprudência, perdendo o legislador a oportunidade de inserir em nossa legislação norma existente no Código Civil Argentino¹⁵ bem conceituado no art. 643, o que poderia excluir das obrigações facultativas a peja de primo pobre das obrigações alternativas.

O enunciado do art. 356 do C.C, não deixa dúvidas acerca da natureza jurídica do instituto, onde o credor usando do seu direito potestativo pode consentir ou não em receber prestação diversa, eliminando qualquer possibilidade de o devedor realizar o pagamento de outra forma.

No inciso em comento, a LRE, se reporta a novação da dívida que difere da dação em pagamento, pois nesta a dívida será liquidada, enquanto naquela haverá uma mudança nos elementos que compõe a obrigação. Na novação há tão somente a substituição de uma dívida por outra, eliminando-se por consequência a anterior, gerando em seu lugar uma nova obrigação.

A novação pode ser objetiva ou real, subjetiva ou pessoal. Na novação objetiva a mudança se dá no objeto devido entre as mesmas partes, enquanto que na subjetiva muda-se o sujeito da obrigação¹⁶. Nesse diapasão a novação poderá sofrer

¹⁵ Art. 643.- Obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra. - (Código Civil de La República Argentina – Título X – De las obligaciones facultativas - Fonte <http://www.redetel.gov.ar/CodigoCivil.htm> – Acesso em 05/01/2010).

¹⁶ Washington, obra citada, pag. 301.

mudanças quanto ao objeto da prestação, quanto ao devedor e credor.

O autor acima citado¹⁷ se reporta a LOMONACO para dar exemplo simplificado de novação objetiva e subjetiva. Assevera o autor que a novação objetiva se dá quando, por exemplo, o devedor e credor convencionam que a importância devida seja transformada em renda vitalícia, ou que o devedor a invés de solvê-la fique com ela como depositário.

Mas não é só a mudança na *causa debendi* que enseja a novação objetiva que se dará também quando se modificar a natureza da prestação, v.g, a substituição de uma obrigação de dar por uma obrigação de fazer, ou a substituição de uma obrigação genérica por outra específica e assim por diante.

A novação subjetiva pode ser levada a efeito por dois modos, pela delegação e pela expromissão. Na delegação a substituição opera-se com o assentimento do devedor que encarrega o substituto a pagar o credor. Na expromissão a substituição se dá sem seu consentimento, o novo devedor espontaneamente contrai com o credor nova dívida com o objetivo de extinguir e liberar o devedor primitivo.

X - Constituição de sociedade de credores.

A constituição de sociedade de credores já era matéria constante do § 1º do art. 123 do Decreto 7.661/45 onde se autorizava a constituição de sociedade para continuação do negócio do falido, indenizando-se em dinheiro os credores dissidentes, com a exigência de que a sociedade estivesse representada por 2/3 dos créditos existentes mediante convocação de

¹⁷ Idem – pag. 301/302

assembléia com antecedência de oito dias como ensina Amador Paes de Almeida¹⁸.

O inciso X em comento autoriza a constituição de sociedade de credores na recuperação judicial, significando um passo largo para a aceitação do plano apresentado. Contudo não foi estipulado percentual como requisito para a constituição da sociedade nem a forma de indenização dos credores que não aderirem à nova sociedade e isso poderá trazer dificuldade para o recebimento de seus créditos.

Os créditos trabalhistas e derivados de acidentes de trabalho também não foram abordados pelo inciso X do art. 50, lembrando que a redação do Parágrafo Único do art. 60 e inciso II do art. 141 diz que não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, eis uma enorme aresta a ser aparada pela doutrina e jurisprudência. Inobstante o art. 83 tenha dado prioridade aos créditos de natureza alimentar, a falta de previsão para o pagamento dos créditos trabalhistas na constituição de sociedade de credores trará acaloradas discussões. Talvez a inserção dos trabalhadores na nova sociedade seja um caminho menos traumático a ser percorrido.

Todos os envolvidos na recuperação da empresa deverão enfrentar sacrifícios em benefício comum, podendo ser exemplo a redução do valor dos créditos, a ampliação do prazo para pagamento, a redução das taxas de juros, a dação de bens da empresa para a quitação dos débitos, inclusive a redução salarial nos termos do inciso VI do art. 7º da Constituição Federal, tudo com o propósito de reduzir o passivo e levar o plano de recuperação a um porto seguro.

XI – Venda parcial dos bens.

¹⁸ Curso de Falência e Concordata – 1.998 – Saraiva - 16ª ed. Pag. 336.

Para Jorge Lobo¹⁹ a alienação de bens poderá servir como eficiente instrumento de redução ou liquidação de dívidas. Celso Marcelo de Oliveira²⁰ salienta que os bens de fácil deterioração ou de guarda dispendiosa apresentam-se como necessárias cabendo ao administrador requerer ao juiz tal procedimento.

Para que o administrador seja autorizado a promover a alienação de bens, é necessário que haja previsão no plano de recuperação apresentado, e que não atinja o funcionamento da empresa, pois neste caso, somente será possível, a venda, se autorizado pela assembléia geral, *ex vi*, do inciso I “f” do art. 35, não cabendo esse mister ao administrador ou ao comitê de credores, e nesse sentido o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao Agravo de Instrumento nº 636.011.4/8-00 com relatoria do Eminente desembargador Boris Kauffmann²¹, para cassar a decisão do juízo *a quo* que autorizava a venda de bens sem a manifestação assemblear.

XII – Equalização de encargos financeiros.

Na equalização, ou uniformização dos encargos financeiros, deverão ser adotados parâmetros que permitam o soberguimento da empresa em crise, assegurando as garantias e privilégios dos credores amparados por legislação especial.

A equalização trata-se de um ajuste nos contratos firmados e pode ser efetivado em qualquer tipo de contrato, inclusive nos contratos de crédito rural regulado por lei es-

¹⁹ Comentários à Lei de Recuperação de empresas e Falência – Saraiva - 2007 - 2ª ed. Pag. 146

²⁰ Comentários à Nova Lei de Falências – Thomson – 2005 – pag. 260/261.

²¹ Agravo de Instrumento nº 636.011-4/8-00, da Comarca de Rio Claro - agravante H S B C Bank Brasil S A Banco Múltiplo - agravado Paraluppi e paraluppi Ltda (Em Recuperação Judicial): (Fonte - <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do> - acesso em 09/01/10)

pecífica, (LEIS Nº 8.427/92 E 9138/95), e averbada conforme previsto na Lei 6.015/73 no inciso II do art. 167 nº 17.

Os ajustes nos contratos rurais tem sido alvo de elevado número de ações e diversos entendimentos, nos quais, uns entendem que o benefício da securitização representa um direito do devedor e não mera faculdade do banco credor, enquanto para outros o entendimento é diametralmente opostos, como podemos conferir na apelação²² Nº 7.122.837-0 julgada pela Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Para o relator Desembargador Salles de Oliveira, acompanhado do Desembargador revisor Paulo Pastore Filho, o alongamento da dívida e a equalização dos juros são direito do devedor por força do artigo 1º da Lei²³ 9.138/95, amparando a decisão no voto proferido pelo Eminente Ministro Barros Monteiro no RESP 232817/MS (199900880021). Para o Desembargador José Cardoso Neto, voto vencido, o entendimento é outro, e afirma que não caberia ao juiz obrigar o credor a diminuir os juros ou alongar prazos de pagamentos, sem uma negociação concorde.

Outro tema interessante no caso de securitização rural diz respeito ao juízo competente para julgamento das lides, pois os empréstimos nesta modalidade são feitos por instituições financeiras oficiais, contudo parte da jurisprudência entende que o banco ao emprestar o dinheiro não o faz com seu próprio patrimônio, mas com garantia do tesouro nacional, portanto age por delegação, e por isso, a União tem legítimo interesse nas lides envolvendo negociações de alongamento para

²² Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado - Apelação nº 7.122.837-0 – Comarca de Mogi Mirim – Apelante Banco do Brasil S/A – Apelado Cornelis Theodorus Maria Van Rooijen – (Fonte <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do> - Acesso em 09/01/10)

²³ Lei 9.138/95 - Art. 1º É autorizada, para o crédito rural, a equalização de encargos financeiros, observado o disposto na Lei nº 8.427, de 27 de maio de 1992. § 1º Compreende-se na equalização de encargos financeiros de que trata o caput deste artigo o abatimento no valor das prestações com vencimento em 1995, de acordo com os limites e condições estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional.

pagamento da dívida e equalização de juros. Nesse sentido a MM. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa Calixto,(convocada), no TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO²⁴, decidiu no Agravo de Instrumento Nº 2000.01.00.102706-2/DF.

Inobstante o entendimento acima esposado, basta uma rápida pesquisa nos Tribunais Estaduais e deparamos com inúmeros julgamentos da matéria com total exclusão do Juízo Federal.

Diante de entendimentos tão díspares a empresa que procurar o benefício da equalização dos encargos financeiros como meio de recuperação judicial saberá antecipadamente que enfrentará ferrenhas demandas e longa espera.

XIII - Usufruto da empresa.

Para Fábio Ulhoa Coelho²⁵ o usufruto trata-se de mais uma medida destinada a transferir a direção da atividade econômica em crise para as mãos mais hábeis e preparadas. Pelo usufruto, o novo dirigente do negócio torna-se usufrutuário do estabelecimento empresarial, revertendo em seu benefício os frutos da exploração deste. Com o mesmo entendimento José Francelino de Araújo²⁶ diz que fazer usufruto da empresa em dificuldades é uma medida dura que tem por objetivo transferir a direção da entidade, principalmente a atividade econômica, para pessoas mais competentes que as proprietárias da empresa recuperanda. Celso Marcelo de Oliveira²⁷, por sua vez, afirma que o usufruto como instituto de Direito Civil, é uma alternativa para a Legislação Falimentar. Sendo utilizada como forma

²⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2000.01.00.102706-2/DF. Agravantes - Luiz Osório Andrigheto da Silva e outros Agravado - Banco do Brasil S/A - (Fonte http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/TRF1/IT/AG_102706_DF_02.09.2002.doc - acesso em 10/01/10)

²⁵ Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Saraiva – 2005 – pag. 141.

²⁶ Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas - Saraiva – 2009 - Pag. 119.

²⁷ Comentários à Nova Lei de Falência – IOB Thomson – 2005 – pag. 261/262

de pagamento de dívida em que se atribui ao credor, no lugar da soma em dinheiro obtida mediante alienação em hasta pública ou da propriedade do bem (adjudicação), direito de gozá-lo e fruí-lo, para ir-se satisfazendo, paulatinamente, com o produto da respectiva exploração. A respeito do tema Manoel Justino Bezerra Filho²⁸ diz que a expressão “usufruto da empresa” pode ser compreendida de diversas formas. É possível o usufruto dos rendimentos da empresa (art. 1.225, IV, do Código Civil), ou seja, em que pese a propriedade das quotas ou ações permanecer com os sócios do devedor, os credores receberão os dividendos sociais. Pode o usufruto incluir a possibilidade de os credores elegerem administrador, ou administrarem os bens em lugar do devedor. Podem ainda os credores assumir a posição de usufrutuários de estabelecimento do devedor (art. 1.144 e SS. do Código Civil), dessa forma gerando recursos suficientes para a recuperação.

O usufruto como meio de recuperação de empresa apresenta-se como atrativo, e visa quebrar resistências que porventura se apresentem contrários à aprovação do plano. A instituição do usufruto sobre os bens do devedor é uma forma de pagamentos pouco utilizada, especialmente o usufruto de empresa.

Assumir o gerenciamento da empresa em dificuldades para solver suas obrigações não é o sonho do credor que, na maioria das vezes, obteve seu crédito injetando ativos com garantias sólidas; nesse caso a instituição de usufruto da empresa se mostra infrutífera, ou se faz opção por outro meio de recuperação ou as portas do inferno da falência estão escancaradas.

O usufruto da empresa pode ser total ou parcial, desde que assegure o pagamento dos débitos existentes, não

²⁸ Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Revista dos Tribunais – 2009 – 6ª ed. Pag.134.

sendo possível o usufruto de empresa deficitária. A viabilidade econômica apresenta-se como um dos principais requisitos a ser preenchido pelo devedor que requer a concessão da recuperação judicial.

XIV – Administração compartilhada.

A administração compartilhada no plano de recuperação judicial deverá abrigar os interesses de todos os credores, que não são poucos. Jorge Lobo²⁹ assevera que na administração compartilhada o plano de recuperação poderá prever que os órgãos administrativos sejam integrados por representantes de diversas categorias, como, p.ex., pessoas indicadas pelos sócios ou acionistas, por credores e por empregados.

É um mecanismo inovador introduzido pela LRE, mas a aplicação nos setores empresariais brasileiros, ainda é incipiente, especialmente nas empresas onde predomina a administração familiar, pois é difícil a aceitação desse modelo de administração nessas empresas, onde os cargos nem sempre são ocupados por profissionais especializados, mas por pessoas que direta ou indiretamente fazem parte da cúpula familiar.

XV – Emissão de valores mobiliários.

Ao ser elaborado o plano de recuperação poderá prever no cronograma de execução a capitalização da empresa, ou seja, o aporte de capital mediante a emissão de valores mobiliários que são títulos com valor financeiro com custos menores visando captar recursos para alavancar os negócios. Este modelo de operação por proporcionar à empresa buscar dinheiro no mercado barateando o custo é utilizado com frequência nos meios empresariais, principalmente quando se colima grandes

²⁹ Lei de Recuperação de Empresa e Falência – Saraiva – 2007 – 2ª ed. Pag. 146.

investimentos. Estes títulos estão descritos nos incisos I a IX do art. 2º da Lei 6385/76³⁰.

A emissão de títulos para captação recursos no mercado financeiro está subordinada as regras da Comissão de Valores Mobiliários e terá que ser registrada naquela instituição em obediência às regras da Lei 6.385/76, e mais que isso, a empresa que pretenda lançar seus títulos no mercado terá que adequar-se aos novos e melhores processos de gestão, arrimado em sólidos princípios de transparência, inclusive com análise de *rating*³¹, que servirá de guia para que os investidores sintam-se mais seguros ao optar pela compra dos títulos lançados pela empresa.

XVI – Constituição de sociedade de propósito específico.

O inciso XVI do art. 50 inserido na LRE acreditamos será de remotíssima utilização no processo de recuperação de empresa, nesta fase os credores visam à satisfação de seus créditos de forma mais segura não querem prolongar seus haveres numa estrutura que poderá criar mais embaraços ao recebimento daquilo que lhes é devido.

³⁰ Art. 2º - São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III - os certificados de depósito de valores mobiliários; IV - as cédulas de debêntures; V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI - as notas comerciais; VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

³¹ Rating - Avaliação que expressa principalmente o risco oferecido por fundos de investimento, empresas ou países. Ele é expresso em uma espécie de nota calculada por diversas agências especializadas. O rating serve de referência aos investidores na hora de decidir onde aplicar seus recursos. (definição encontrado em http://www.portalbrasil.net/economia_glossario.htm - acesso em 16/01/10).

São exemplos de agências de rating a Moody's; Standard & Poors; Fitch Ratings etc.

A constituição de uma empresa, em tese demanda um caminho espinhoso a ser percorrido, e certamente desestimulará a adoção desse mecanismo sugerido pelo legislador. Quiçá nas grandes corporações, onde os credores também fazem parte de copiosas companhias, haverá conveniência para a criação deste mecanismo com a finalidade de adjudicar bens do devedor para pagamento de créditos. Em se tratando de devedor de pequeno ou médio porte os meios de recuperação inseridos nos incisos IX, dação em pagamento, X Constituição de sociedade de credores, XI venda parcial de bens, sem a necessidade de se constituir uma empresa com a finalidade única de adjudicar bens do ativo do devedor, apresentam-se como mais eficazes.

A sociedade de propósito específico é um meio dispendioso sugerido com a finalidade de liquidar os bens do devedor, se os bens forem adjudicados, que o sejam desde logo alienados, como dispõe o inciso XI, e do produto da alienação se faça o pagamento dos débitos emergenciais que são os trabalhadores, que não estão em condições de aguardar a tramitação lenta de constituição de uma empresa.

Esta modalidade de sociedade será útil e interessante quando a empresa constituída tiver por escopo a geração de bens e serviços em semelhança à Parceria Público-Privada, (PPP), conforme dispõe o art. 9º da Lei 11.079/04.

2.2 Alienação de bens com garantia real – art.50 § 1º.

Aquilata-se dos ensinamentos de Washington de Barros Monteiro³² que as garantias reais visam a pôr o credor a salvo da insolvência do devedor. Com a sua outorga, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimen-

³² Curso de Direito Civil – 3º Volume – 29ª edição – Saraiva - 1.991 – pag. 344.

to da obrigação. Dessa sujeição decorre a preferência do credor com garantia real a todos os demais.

O Código Civil no art. 419 em sua parte final já estipula que o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

O § 1º do art. 50 é auto explicativo não deixando dúvida acerca de sua interpretação ao dizer que na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Nesse diapasão, em se prevendo a alienação de bens gravados com garantia, móveis ou imóveis, os titulares dos direitos terão que anuir expressamente, não sendo possível se pensar de forma contrária.

Na garantia real é indispensável que se faça a averbação no título no registro do bem, a ausência da referida averbação retira do credor a garantia tida por havida. Essa precaução é necessária para se evitar fraudes, dando ao terceiro a publicidade exigida para qualquer negociação. Os títulos sem registros não de serem considerados meros créditos quirografários.

2.3 Indexação em moeda estrangeira – art. 50 § 2º.

O § 2º já está sendo objeto de críticas por doutrinadores pela redação, entre eles destaca-se o mais ferrenho Manoel Justino Bezerra Filho³³ sendo que na sua avaliação o prejuízo à empresa em recuperação e o favorecimento ao credor em moeda estrangeira é evidente. Assevera que se perdeu a possibilidade de ser incisiva, ficou no meio do caminho e assim

³³ Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada – Revista dos Tribunais – 2009 – 6º ed. – Pag. 135.

favoreceu o capital financeiro de forma acentuada e desigual, não se apresentando com efetividade para o fim que alardeava perseguir, nos termos do art. 47.

A crítica é construtiva, pois nas relações comerciais, especialmente envolvendo créditos bancários não se vislumbra nenhuma cooperação, e o capital sempre imporá ao devedor as regras a serem seguidas, especialmente aqueles em dificuldades, nesse campo não há terreno para compaixão, portanto não se pode esperar que o credor aceite qualquer movimento excluindo a indexação da obrigação, pois a mudança poderá lhe trazer prejuízo, ainda que seja de pequena monta.

CAPÍTULO II.

02 – O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART. 51.

1.1 Petição inicial.

O processo de recuperação judicial se divide em três fases distintas segundo Fábio Ulhoa Coelho³⁴ postulatória iniciando-se com a petição inicial art. 51 e termina com despacho judicial mandando processar o pedido art. 52. Deliberativa cujo termo inicial é o despacho mandando processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício art. 58. E por último a fase executiva começando com a decisão concessiva da recuperação judicial e terminando com a sentença de encerramento do processo art. 63.

A petição inicial obedecerá a exigência do art. 282 do CPC, embora lhe falte o requisito do inciso II, pois inicialmente é uma ação sem litigantes no pólo passivo, e não se terá como qualificar o réu. Apesar desta anomalia não é possível negar a natureza de ação da espécie constitutiva.

³⁴ Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Saraiva – 2005 – Pag. 145.

Examinemos o art. 51.

1.2 Causas e razões do pedido.

A redação do inciso I sem dúvida é redundante quando se refere às causas concretas da situação patrimonial do devedor e em seguida às razões da crise econômico-financeira. Se o escopo é dar publicidade das causas, exógenas ou endógenas, que levaram a empresa a pedir a recuperação isso basta não carecendo explicar as razões que a levaram à crise. O que interessa expor de maneira clara sem sofisma é a situação econômico-financeira e patrimonial atual do devedor para que os credores de posse dessas informações façam um juízo de valor mais próximo da realidade. Conseguindo assim verificar se há no pedido a viabilidade econômica capaz de convencê-los a aderirem ao plano proposto e principalmente se o devedor tem condições de cumprir a proposta apresentada.

Não adianta apresentar um plano *pro forma*, pois sua inexecução significará a morte da empresa. O plano deverá ser coerente, consistente e exeqüível, não observadas essas exigências, o plano pode até ser homologado, mas dificilmente será executado, colocando o devedor em condição de vulnerabilidade³⁵.

As causas que justificam o pedido de recuperação judicial podem estar relacionadas com diversos fatores como explica Celso Marcelo de Oliveira:³⁶ dificuldades da empresa em atuar no mercado nacional; dificuldades geradas momentaneamente em função da sua atividade empresarial, intervenção do Estado e da política comercial ou industrial do País; excesso de tributos no setor empresarial; excesso de encargos financeiros e de elevadas taxas de juros; dificuldades de pagamentos de

³⁵ Aristides Malheiros – Revista do Advogado nº 105 – Setembro 2009 – pag. 22.

³⁶ Comentários à Nova Lei de Falências – Thomson IOB – 2005 – PAG. 269/270

encargos trabalhistas e previdenciários; causa atípica que gere dificuldade no desenvolvimento empresarial, ainda que momentâneo. No campo, por exemplo, podemos citar fenômenos da natureza, como secas prolongadas ou geadas.

1.3 Demonstração contábil dos últimos três exercícios.

A demonstração contábil exigida ao devedor que se candidata à recuperação judicial é exemplificativa não se trata de *númerus clausus*, inicialmente fala-se em últimos três exercícios, mas supondo que o devedor tenha apenas dois anos e um dia de atividade exercida regularmente no momento do pedido terá preenchido os requisitos exigidos pelo art. 48 da LRE, mas, por certo, não terá o demonstrativo contábil referente aos três últimos exercícios, a exigência será então mitigada, sem impor qualquer prejuízo ao dispositivo legal.

1.4 Balanço patrimonial.

O balanço patrimonial disciplinado pelo art. 178 da Lei das Sociedades Anônimas e 1.188 do Código Civil objetiva verificar a exata situação econômico-financeira do comerciante singular ou coletivo, com apuração do ativo e passivo, como ensina Amador Paes de Almeida³⁷.

1.5 Resultado acumulado e do último exercício social.

A demonstração de resultados acumulados, regra inserida no art. 186 da LSA, discriminará o saldo do início do período os ajustes de exercícios anteriores assim considerados os decorrentes de efeitos de mudança de critério contábil retificação de erro imputável a determinado exercício anterior e

³⁷ Manual das Sociedades Comerciais – Saraiva – 1998 – 10ª ed. – Pag. 276.

que não possam ser atribuídos a fatos subseqüentes e a correção monetária do saldo inicial³⁸.

1.6 Demonstração do Resultado desde o último exercício.

A alínea "c" do inciso II do art. 51 impõe ao devedor a demonstração do resultado desde o último exercício social. O termo resultado de exercício está previsto no art. 187 da LSA e art. 1.179 e 1.189 do Código Civil, salienta-se que no codex civil se usa a expressão "balanço de resultado econômico" terminologia criticado por Gladston Mamede³⁹. Simplificando a demonstração de resultados provém da apuração de toda a receita e dela se deduzindo as despesas chegando a um resultado final conhecendo-se a obtenção de lucros ou prejuízos.

1.7 Relatório gerencial de fluxo de caixa.

A demonstração do fluxo de caixa pode ser apresentada por dois métodos direta e indireta, sendo o indireto o mais utilizado por apresentar mais facilidades na elaboração iniciando-se a apuração pelo lucro líquido adicionando as receitas e despesas que não afetaram o caixa para se chegar ao lucro líquido produzidos pelas atividades operacionais. Dá ênfase às variações nos ativos e passivos correntes.

No que tange a apresentação direta, método recomendado pela *Financial Accounting Standards Board* (FASB), os recebimentos e o pagamentos são apresentados separadamente e exige que se concilie o lucro líquido e o valor líquido de caixa gerada pelas operações.

A projeção do fluxo de caixa de que fala o artigo torna-se ferramenta de alta precisão para que se proceda a uma gestão financeira e tomada de decisão onde normalmente se visa

³⁸ Op. Cit., pag. 280

³⁹ Falência e Recuperação de Empresas – Atlas – 2008 – 2ª ed. - Pag.- 187.

à concessão de créditos. Segundo Celso Marcelo de Oliveira⁴⁰ ela aceita correção, uso de moeda forte ou semelhante, se vale de prazos médios ligados à atividade operacional e outros informes necessários à adequada tomada de decisão. Na projeção de fluxo de caixa necessário se faz o resultado levando em consideração o fator risco de contexto como ponto de prudência do analista e de avaliação da condição de incerteza do crédito.

1.8 Relação nominal completa dos credores.

Anexo à petição inicial será relacionado o endereço de cada um dos credores, a lei é omissa, mas o endereço deverá ser atual; a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente. Para atender as exigências o devedor indicará com clareza a natureza dos débitos, ex. comercial, trabalhista, acidentária, nos termos do artigo 83 desta Lei. Essas exigências já faziam parte do art.149 § 2º nº 3 da Lei 5.746/29, como descreve Rúben Braga⁴¹.

1.9 Relação integral dos empregados.

Também será anexada a relação integral dos empregados, e suas respectivas funções, valor de salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito com o correspondente mês de competência e a discriminação dos valores pendentes de pagamento. Quando se fala em empregados creio que o legislador quis dizer àqueles que estão sujeitos aos preceitos inscritos na CLT em seu artigo 3º, ou seja, toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador sob a dependência deste e mediante salário. Não se relacionará àqueles

⁴⁰ Comentários à Nova Lei de Falências – Thomson IOB – 2005 – PAG. 278.

⁴¹ Falências e Concordatas – Saraiva & Cia – São Paulo – 1.938 – 2ª ed. Pag. 62.

que prestam serviços de forma terceirizada ou o trabalhador autônomo.

2.0 Certidão de regularidade do devedor.

As formalidades inseridas no inciso V têm por escopo atender ao caput do artigo 48 onde o devedor ao requerer o benefício da recuperação esteja exercendo a mais de dois anos a atividades empresariais. O vocábulo “exercer” limita o pedido de recuperação àquele que tem sua inscrição e exerce de fato e de direito o trabalho empresário percebe-se que a simples inscrição nos órgãos de registros públicos não satisfaz os requisitos deste artigo.

O registro público de empresas mercantis está disciplinado no art. 1º e 2º da Lei 8.934/94, bem como no art. 967 a 969 do Código Civil, expressando a obrigatoriedade de se registrar nos Órgãos Federais e Estaduais, conforme disciplina os artigos acima indicados. Os registros obedecem a uma divisão, sendo que o empresário e a sociedade empresária estão vinculados ao Registro Público de empresas Mercantis sob a responsabilidade das Juntas Comerciais, enquanto as sociedades simples subordinam-se ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas. É necessário anexar ao pedido as atas de nomeação dos atuais administradores que deverão estar arquivados na Junta Comercial em obediência ao que dispõe o § 1º do art. 146 da LSA.

2.1 Relação dos bens particulares dos sócios.

No inciso VI exige-se apresentação da relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor deixando claro tratar-se de sociedade limitada ou por ações. Há nesse caso explícito rompimento do princípio do direito societário criando-se uma confusão entre pessoas e patrimônios distintos. A inconstitucionalidade inserida no inciso VI vergastando o inciso X do artigo 5º da Constituição

Federal é evidente sendo necessário que doutrina e jurisprudência espanquem qualquer resquício de ofensa aos direitos individuais que porventura venha a ser perpetrada. Com esse entendimento Fábio Ulhoa Coelho⁴² ensina que a recusa do sócio, acionista controlador ou administrador em apresentar a relação de seus bens é plenamente válida, pois não se pode forçar tais pessoas à apresentação de informação que não consta dos arquivos do devedor.

Pontifica Amador Paes de Almeida⁴³ que o patrimônio da sociedade é inteiramente autônomo do patrimônio dos seus respectivos sócios, e a estes, portanto, não pertence. Os sócios nenhum direito possuem sobre tal patrimônio. A *contrário sensu* entende-se que o patrimônio dos sócios não se confunde com os da sociedade.

2.2 Exibição de Extratos bancários.

Aqui se concentra a exigência mais temida pelo devedor, pois se exporá a essência da capacidade de honrar os débitos de cunho imediato e pode viabilizar ou não o pedido de recuperação alvitado havendo neste caso, verdadeira quebra de sigilo bancário diante dos credores. Manoel Justino Bezerra Filho⁴⁴, no entanto, entende que a lei foi específica neste ponto deixando claro que o sigilo bancário daquele que pede recuperação judicial está rompido, não como penalidade, mas como necessidade de prestar informações precisas a todos os interessados no andamento da recuperação.

O legislador foi infeliz não estabelecendo um lapso temporal para a apresentação dos extratos bancários do devedor, uma interpretação singela poderá admitir os extratos atu-

⁴² Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Saraiva – 2005 – pag. 51

⁴³ Manual das Sociedades Comerciais – Saraiva – 1998 – 10ª ed. Pag. 12.

⁴⁴ Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada – Revistas dos Tribunais – 2009 – 6ª ed. Pag. 140.

alizados da última semana apenas, e não estará errado. Entendemos que para afastar qualquer sentimento inibidor da boa-fé os extratos dos últimos noventa dias deverão ser apresentados.

A lei nada menciona se os controladores e administradores ou sócios ilimitadamente responsáveis necessitam juntar tais documentos. Quanto aos controladores e administradores entendo que não há mesmo previsão legal e não será necessária a juntada dos ditos documentos, mas os sócios ilimitadamente responsáveis estão obrigados a apresentação juntamente com o pedido inicial de todos os documentos listados no inciso VII do artigo 51 *ex vi* do artigo 190 da LRE.

2.3 Certidões de protestos.

As certidões dos cartórios de protestos é uma novidade criada pela LRE tendo em vista que o inciso IV do art. 158 da Lei de Falências impunha ao devedor a obrigação de provar a inexistência título protestado por falta de pagamento. Tais documentos deverão ser juntados com a petição inicial não importando se positivas ou negativas interessa é que estejam a disposição dos credores. As informações não irão facilitar ou dificultar a concessão do processamento do pedido (art. 52), contudo não se pode olvidar que poderá trazer mais dificuldades para aprovação do plano, pois dependendo da quantidade de títulos protestados ter-se-á a dimensão mais apurada da situação financeira do devedor.

Contudo o procedimento irá complementar aqueles descritos no inciso VII onde pela apresentação dos extratos bancários e certidões de protestos será possível avaliar a exata condição do devedor no cumprimento do plano apresentado.

2.4 Relação das ações judiciais.

A relação das ações judiciais não representa dificuldades bastando para tanto solicitar junto aos cartórios onde tramitam as ações, sejam elas *pró ou contra*, e as terá a relação completa sua natureza seus valores etc. É importante lembrar que a lei exige uma estimativa dos valores demandados, mas a guisa de mostrar a boa-fé na relação que se inicia será de bom alvitre corrigir os valores daquelas ações, cujas sentenças foram proferidas, aproximando-se da realidade o ativo e o passivo. Mostrando de maneira clara o montante de créditos e débitos que porventura possam futuramente incorrer em condenação.

Outro ponto importante diz respeito às ações de jurisdição privada amparada na lei de arbitragem (Lei 9.307/96), inobstante o legislador tenha previsto na Lei Recuperação de Empresa apenas as ações judiciais, a apresentação das ações que tramitam pelas câmaras de arbitragens mostra a intenção de não taldar a situação econômico-financeira do devedor.

2.5 Documentos de escrituração contábil.

O § 1º do art. 51 assevera que os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

Permanecer a disposição do juízo não significa que os documentos deverão acompanhar a petição inicial podendo ficar sob a guarda do devedor sendo permitida a consulta a qualquer pessoa que tenha interesse jurídico não sendo permitido o manuseio dos documentos apenas pelo interesse econômico.

Os cuidados com a documentação do devedor são pertinentes, em certos casos, quando se trata de grandes compa-

nhas a quantidade de documentos torna-se impraticável a juntada de todos eles aos autos do processo. Há ainda a preservação de dados sigilosos que se forem franqueados à concorrência pode arruinar o projeto de recuperação e até afetar a continuidade da atividade econômica do devedor. Manoel Justino Bezerra Filho⁴⁵ entende que o dispositivo obriga o devedor à entrega dos livros em juízo que serão encerrados pelo escrivão sob rubrica do juiz para evitar lançamentos que alterem a situação contábil do devedor. No caso de recuperação judicial onde a empresa prossegue suas atividades o devedor deverá providenciar novos livros para lançamentos normais e em caso de fiscalização terá que comprovar que os livros anteriores estão à disposição do juízo para eximir-se de qualquer sansão.

Data máxima venia a lição do renomado autor não encontra amparo no disposto no § 3º deste artigo, o qual, afirma que o juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes eliminando-se a necessidade de se depositar os documentos contábeis em cartório alinhando-se aos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho⁴⁶.

2.6 Exigências às microempresas.

A Lei Complementar nº 123 de 14 de Dezembro de 2006 criou normas de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, pois é de notória sabença que estas entidades respondem pela grande maioria da geração de empregos no Brasil. Estudo realizado pelo IBGE aponta que de cada dez empregos formais criados pelas empresas novas, (com até cinco anos), entre 2000 e 2006 - em média -

⁴⁵ Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada – Revistas dos Tribunais – 2009 – 6ª ed. Pag. 141/142.

⁴⁶ Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Saraiva – 2005 – Pag. 151.

cinco foram em microempresas, três em pequenas, um nas médias e um nas grandes empresas⁴⁷.

Diante deste panorama andou bem o legislador ao facilitar a forma de apresentação dos documentos necessários ao pedido de recuperação judicial quando o pleito se fizer por empresas de pequeno porte ou microempresas. É de se notar que essas empresas pelo seu pequeno capital não dispõem de grande capacidade de manter uma escrituração mercantil complexa e desnecessária. Voltaremos ao tema no Capítulo VII quando o abordaremos com mais profundidade.

2.7 Depósito em cartório dos documentos.

Para José Francelino de Araujo⁴⁸ este parágrafo é totalmente despiciendo, para o referido autor a matéria deveria ser tratada no § 1º afirmando que era só dizer que os documentos ali referidos ficariam em cartório à disposição do juiz.

Não há como discordar do autor acima citado, a lei 11.101/05 poderia ser menos detalhista e menos abundante e este § 3º é um exemplo lapidar do excesso perpetrado, pois seria perfeitamente descartável.

CAPÍTULO III

DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART. 52.

1.1 Determinação do processamento da recuperação.

⁴⁷ Fonte - www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1273&id_pagina=1- acesso em 30/01/ 2.010.

⁴⁸ Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Saraiva – 2009 – pag. 127.

Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial é o que se infere da leitura do art.52.

Determinar o processamento do pedido de recuperação judicial significa autorizar o procedimento verificatório da viabilidade da recuperação do devedor. Nasce neste momento o marco inicial do processo que terá como final a concessão da recuperação colimada ou, em caso de inviabilidade da permanência do devedor no mercado, a decretação da sua quebra.

No despacho autorizador o juiz nomeará o administrador judicial e mandará de ofício ou a pedido dos credores que seja constituído o comitê com a incumbência de acompanhar o trabalho a ser desenvolvido durante o tempo que durar o processo de recuperação. No mesmo ato determinará a suspensão das ações em trâmite ou que forem propostas contra o devedor pelo prazo improrrogável de cento e oitenta dias, exceto naquelas onde se pleiteia quantia ilíquida, por exemplo, as ações de relação do trabalho e execuções fiscais, (§§ 1º e 2º e § 7º do art.6º).

O legislador preocupado em normatizar todos os atos acabou por inserir normas que bem poderiam ser dispensadas. O inciso II do artigo 52 da LRE diz o juiz determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 da LRE. A norma supracitada pode ser dispensada já que o referido artigo diz que em todos os atos contratos e documentos firmados pelo devedor será acrescida a expressão "Em Recuperação Judicial" que revelará a situação do devedor, senão suas entranhas ao menos a condição de recuperanda.

O art. 51 a pouco estudado diz em seu caput que a petição inicial será instruída com o rol de documentos elencados necessários à propositura da ação, contudo se faltar algum documento poderia o juiz indeferir a petição inicial *in limine*?. Para Sidnei Amendoeira Jr⁴⁹, a tutela tempestiva é aquela que vem em tempo compatível com a natureza do objeto em litígio. A tutela, mesmo específica, é falha se entregue de forma intempestiva. Em outras palavras o magistrado deve guiar-se pela orientação do Parágrafo Único do art. 250 do Código de Processo Civil em sintonia com o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

O juiz não deve ser mero expectador dos atos processuais, mas um protagonista ativo de todo o drama processual, ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Rangel Dinamarco⁵⁰, concluindo que o processo civil não é mais eminentemente dispositivo como outrora e não há motivos para a extinção do pedido de imediato abrindo-se prazo para que sejam juntados os documentos faltantes efetivando-se dessa forma a economia e celeridade processual. A título de curiosidade notamos que o entendimento acerca do tempo processual mudou, pois na cátedra de Giuseppe Chiovenda⁵¹, a visão acerca da atuação do juiz era diferente um quase antagonismo, aos entendimentos dos esposados pelos autores acima citados, quando aquele mestre dizia que entre nós, o juiz conserva no processo uma atitude meramente passiva.

1.2 Nomeação do administrador judicial.

Ao deferir o processamento da recuperação judicial no mesmo ato nomeará o administrador judicial, pessoa de sua confiança, profissional idôneo, preferencialmente advogado,

⁴⁹ Fungibilidade de meios – Atlas – 2008 – pag. 57.

⁵⁰ Teoria Geral do Processo – Malheiros – 2009 – 25ª Ed. Pag. 41 e 72.

⁵¹ Instituições de Direito Processual Civil – Bookseller- 2009 – 4ª ed. pág. 1015.

economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada. Não há necessidade de a lei dizer que um auxiliar do juiz precisa ser idôneo, isso já está implícito, é o mínimo que se espera de um profissional que irá administrar patrimônio de outrem. Talvez o legislador tenha se referido a idoneidade profissional, qual seja, aquele que pode desenvolver seu trabalho de forma adequada, conveniente e com merecimento.

A figura do administrador judicial que atuará na recuperação da empresa difere daquele da lei anterior onde a nomeação do síndico ou comissário se dava entre os maiores credores e a preferência por comerciante. O caso era de difícil solução, pois o nomeado não era técnico apenas interessado, ainda que, diante das diversas recusas dos credores fosse nomeada pessoa estranha, ainda assim a preferência era pelo profissional do comércio. Isso mudou, atualmente, prefere-se o profissional técnico que irá gerir os bens do devedor visando alavancar os negócios, procurando de todas as formas outra saída que não seja a falência.

Há ainda a possibilidade de se nomear uma pessoa jurídica para administrar o processo de recuperação ou falência, neste caso indicar-se-á o nome do profissional responsável pela condução do processo e não poderá ser substituído sem autorização judicial. Resumidamente o administrador judicial é pessoa física de confiança do juiz, ainda que seja nomeada pessoa jurídica como administradora judicial, será obrigatoriamente indicado um único profissional responsável pela condução do processo que responderá por todos os atos praticados, inclusive civil e criminalmente.

O devedor, qualquer credor ou o Ministério Público poderá requerer a substituição do administrador judicial nomeado sem a observância da lei e o juiz decidirá no prazo de 24 horas em decisão fundamentada. No requerimento de substituição

se indicará de forma clara os motivos do pedido e deverá vir acompanhado das provas que se pretende produzir, ou se pedirá abertura de instrução probatória, requerendo-se a expedição de ofícios aos órgãos e autoridades que possam fornecer documentos comprovando o alegado. Se o requerimento for indeferido resta há a possibilidade de se interpor agravo de instrumento recurso de subida imediata que cabe nos casos expressos em lei como ensina Araken de Assis⁵² e, neste caso há expressa previsão no art. 17 da Lei de Recuperação de Empresa.

Sendo o administrador pessoa de confiança do Juiz a nomeação prescinde de fundamentação, contudo a substituição ou a destituição do profissional precisa ser devidamente fundamentada. Ainda que ninguém tenha legitimidade para pedir sua manutenção no cargo, nem mesmo ele, o afastamento gera uma situação de prejuízo descrita no art. 30 da LRE que veda o exercício de administração a quem foi destituído do cargo de administrador nos últimos cinco anos.

Para Gladsdon Mamede⁵³ se o administrador é afastado sem relevantes motivos a solução será o oferecimento de mandado de segurança, visando afastar a peja lançado sobre si, ainda que não haja – e não possa haver – pretensão de retorno à função adrede desenvolvida.

O § 3º e 4º do art. 24 chama a atenção por ser de flagrante inconstitucionalidade ao erigir que o administrador judicial substituído será remunerado proporcionalmente ao trabalho prestado. Porém se renunciar sem relevante razão ou for destituído por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações ou tiver as contas desaprovadas não terá direito à remuneração.

⁵² Manual dos Recursos – Revista dos Tribunais – São Paulo - 2007- pag. 501.

⁵³ Falência e Recuperação de Empresas – Atlas – 2008 – Vol. 4 - 2ª ed. Pag. 73./74

Quando a substituição for desencadeada logo após a indicação não se poderá falar em remuneração, mas quando o indicado houver prestado serviços, sua dispensa, em qualquer hipótese, sem o devido pagamento não poderá ser acolhida sob pena de infração ao disposto no inciso III do art. 5º da Constituição Federal, pois deixar de remunerar o administrador pelo trabalho prestado tornar-se-ia um tratamento degradante, injusto, ainda que o serviço não tenha alcançado o desiderato esperado. Como dito alhures o enquadramento no art. 30 tolhendo-lhe a possibilidade de vir a ser convocado para prestar o serviço de administrador pelo prazo de cinco anos.

As atribuições do administrador na recuperação de empresa estão relacionadas do inciso II e suas alíneas do art. 22, mas não são exaustivas podendo ao longo do processo surgirem situações que não estão descritas no referido artigo, mas necessitem da intervenção do administrador.

O administrador atuará sob a fiscalização do juiz e do comitê de credores e terá como função fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano e requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida. Ao devedor negligente a portas da falência estão abertas. É também obrigação do administrador apresentar ao juiz relatório mensal das atividades do devedor, e finalmente para o encerramento do processo, apresentar o relatório sobre a execução do plano, desde que tenha chegado ao final nos termos do inciso III do caput do art. 63 desta Lei.

Quanto à remuneração a lei também não foi benevolente com o administrador, pois o juiz fixará o valor e a forma de pagamento tendo por base a capacidade de pagamento do devedor o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes com teto máximo de 5% do valor devido aos credores submetidos

à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência. E por último a parte desagradável, em que será reservado 40% do montante da remuneração para pagamento após atendimento do previsto nos arts. 154 e 155 da Lei, em poucas palavras ao final do processo e com as contas aprovadas.

1.3 Dispensa de apresentação de certidão negativa.

A previsão legal determinando a dispensa da apresentação de certidões negativas para o exercício das atividades não tem qualquer relevância, afinal quem quiser contratar com o devedor poderá fazê-lo livremente, sendo conhecedor da situação de recuperação, pois como prevê o art. 69 nos contratos firmados após o pedido de recuperação o nome empresarial terá que estar acrescida a expressão em Recuperação Judicial.

Diferentemente é o contrato celebrado com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, neste caso não se pode dispensar a apresentação de certidões negativas, mas aí é praxe recorrente e necessária.

1.4 Suspensão das ações ou execuções.

Ao deferir o processamento da recuperação o Juiz ordenará a suspensão das ações ou execuções contra o devedor permanecendo os autos no juízo onde se processam as demandas. Contudo as ações descritas no § 1º, quantia ilíquida, § 2º discutindo-se relação de trabalho e § 7º execuções fiscais, todos do art. 6º, continuam seu trâmite normal até a liquidação dos valores para posterior habilitação.

As ações demandando quantias ilíquidas são aquelas em que o credor precisa provar a existência do seu direito

v.g., reparação de dano, ou mesmo tendo sido reconhecido o direito sobre ela pende a definição do quantum devido.

As ações discutindo verbas trabalhistas serão discutidas na Justiça Especializada por força do art. 114 da Constituição Federal, não sendo atraídas para o juízo universal até a liquidação dos valores atribuídos ao reclamante.

As ações intentadas pelo poder público contra o devedor para cobrança de tributos merecem uma análise mais detalhada.

Na dicção do art. 191-A do Código Tributário Nacional a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos a temida Certidão Negativa de Débito (CND). Ora é sabido o devedor em dificuldades econômico-financeira em primeiro lugar deixa de pagar os impostos, pois não é razoável pagá-los e deixar os salários dos empregados em atraso num exemplo simples. Nesse contexto todos os pedidos de recuperação judicial seriam indeferidos, pois nenhum devedor conseguirá comprovar o pagamento de todos os tributos, nessa regra dificilmente se encontrará exceção.

O art. 155-A também do CTN diz que o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. Ocorre que inexistente lei específica cuidando de parcelamento de débitos tributários do devedor que pleiteia recuperação judicial tornando o preceito inócuo. Nesse diapasão a Jurisprudência vem procurando mitigar o rigor da norma insculpida no art. 191-A dispensando a obrigatoriedade de apresentação da Certidão Negativa de Débito (CND) no momento da distribuição do pedido de recuperação proporcionando ao devedor a possibilidade de se obter a concessão da recuperação quando preenchidas as demais exigências.

Com esse entendimento a Câmara Especial⁵⁴ de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 516.982-4/2-00 com relatoria da lavra do Eminentíssimo Desembargador PEREIRA CALÇAS entendendo que enquanto não for atendido ao que dispõe o art. 68 da Lei 11.101/05 não se poderá exigir a CND do devedor que pleitear a recuperação judicial. O referido artigo diz que As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderão deferir nos termos da legislação específica parcelamento de seus créditos em sede de recuperação judicial de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei 5.172 Código Tributário Nacional.

O art. 187 do CTN diz que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita ao concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. Da redação deste artigo vê-se claramente que os créditos de natureza tributária são privilegiados e, portanto, inexistente prejuízo para a execução excetuando-se a classificação do art. 83 da Lei 11.101/05 em que o recebimento do crédito tributário está classificado em terceiro lugar na ordem de pagamento pelo devedor.

A parte final do inciso II do art. 52 faz referência as ações descritas nos §§ 3º e 4º do art. 49 que já foram objetos de discussão quando dá análise daquele dispositivo no capítulo I, contudo não podemos deixar de tecer alguns comen-

⁵⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS Agravo de Instrumento nº 516.982.4/0-00 Comarca: Jundiaí - 2ª Vara Cível Agravante Instituto Nacional de Seguro Social Agravada • Indústria Brasileira de Artefatos de IBAC S/A (em recuperação judicial) - VOTO Nº 13.821 - julgado em 30/01/08 (Acesso em 03/02/10 - em <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>)

tários acerca da norma aqui referida e o faremos na tentativa de afastar as dúvidas porventura ainda existentes.

O § 3º do art. 49 diz que o credor fiduciário de bens móveis ou imóveis, (art. 22 da Lei 9.514/97), o arrendador mercantil, (leasing Lei 6.099/74 e Lei 11.649/80), o vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias (Lei 4.591/64) ou proprietário em contrato de venda com reserva de domínio seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa nas condições contratadas. Contudo, durante o prazo de 180 dias de suspensão das ações não será permitida a venda ou a retirada dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Muito bem, aqui cabe um esclarecimento acerca do significado de duas espécies de garantia real que são: bens em garantia e bens de garantia.

Fábio Ulhoa Coelho⁵⁵ explica que são três as modalidades de bens de garantia: hipoteca, penhor e anticrese onde se dá ao credor uma garantia real sobre o bem que continua a ser de propriedade do devedor mesmo após a constituição da obrigação garantida. Já nos direitos reais em garantia esta recai sobre o bem do devedor, mas diferentemente dos bens de garantia neste modelo a propriedade do bem passa para o credor – a chamada propriedade resolúvel que fala ao art. 22 da Lei 9.514/97 e será desconstituída com o adimplemento da obrigação garantida. São duas as modalidades: Alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de direitos creditórios.

⁵⁵ Revista do Advogado – Setembro de 2009 – nº 105 – pag. 62.

A diferença entre as duas espécies se mostra mais visível no momento da ação executória sendo que na modalidade de direito real de garantia a efetivação somente será alcançada mediante expropriação judicial do bem. No direito real em garantia o bem garantidor do débito é consolidado no patrimônio do credor pela simples inadimplência do devedor.

1.5 Apresentação de demonstrativo mensal.

O devedor terá por obrigação a apresentação do demonstrativo mensal que visa dar publicidade da situação econômico-financeira atualizada durante o período em que durar a recuperação. Sem definição objetiva do que seja o demonstrativo parece-nos que deverá ser apresentado em forma de balance. Essa preocupação do legislador tem como escopo informar aos credores e ao juiz o comportamento do devedor e sua condição de continuar no processo ao qual foi submetido. A consequência ao administrador da recuperanda que deixar de apresentar o demonstrativo será a sua destituição que poderá ser requerida pelo administrador judicial, (letra "a" inciso II do art. 22), quando da apresentação do relatório mensal, (letra "c" inciso II do art. 22), ou pelo comitê de credores. A decisão que destituir o administrador da empresa poderá ser combatida mediante agravo de instrumento nos termos do art. 17.

1.6 Expedição e conteúdo do edital e prazo para habilitação dos créditos.

O principal objetivo do edital é informar aos credores acerca do pedido de recuperação pleiteado pelo devedor por isso deverá conter um resumo do pedido e da decisão que defere seu processamento; a relação nominal de credores, e o valor atualizado e a classificação de cada crédito; e a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na

forma do art. 7º § 1º da LRE e se for do interesse que os credores apresentem objeção ao plano nos termos do art. 55.

No § 1º do art. 7º da Lei 11.101/05 menciona-se que publicado o edital os credores terão 15 dia para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou as divergências aos créditos que foram relacionados. Decorridos 15 dias o administrador judicial, dentro de 45 dias, (§ 2º art. 7º) fará publicar edital relacionando os credores e indicando o local o horário e o prazo onde as pessoas indicadas no art. 8º da LRE terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração da relação.

Publicado o edital acima referido e no prazo de dez dias o comitê, os credores, o devedor ou seus sócios ou, ainda, o Ministério Público podem apresentar impugnação contra a relação de credores apontando os motivos da divergência ou manifestando-se contra a legitimidade a importância ou classificação dos créditos relacionados. A impugnação será autuada em separado e processada sendo-lhe dada uma decisão final que poderá ser vergastada mediante agravo de instrumento como dispõe o art. 17.

1.7 Convocação de assembléia geral de credores.

A assembléia-geral de credores será convocada de ofício pelo juiz, sendo possível ainda a convocação pelo administrador judicial, (art. 22, I, letra "g") pelo comitê de credores (art. 27, I, letra "e") ou pelos credores que representem no mínimo 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe (art. 36 § 2º) que será publicada por edital no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais com antecedência mínima de 15 dias.

Para Gladston Mamede⁵⁶ há hipótese em que qualquer credor pode requerer a convocação da assembléia geral arrimada na expressão, *“os credores poderão”*, inserida no § 2º do art. 52 da LRE. Data máxima vênia, esse entendimento parece-nos dissonante e não deve prevalecer tendo em vista que o referido parágrafo em sua parte final exige a observância ao § 2º do art. 36 no qual necessita da representação de 25% dos créditos da classe de credores requentes da convocação da assembléia geral.

Na recuperação judicial a assembléia geral de credores irá deliberar sobre a aprovação, rejeição, a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros ou sua substituição. Havendo pedido de desistência da recuperação feita pelo devedor, somente a assembléia é competente para analisá-la acolhendo-a ou rejeitando-a. Também é de competência da Assembléia Geral indicar o nome do gestor judicial se o devedor for afastado da administração; e outras matérias que afetem os interesses dos credores. A assembléia geral é o órgão auxiliar com poderes para decidir em determinados casos o rumo a ser tomado para resguardar os interesses de todos os envolvidos no processo de recuperação judicial, inclusive propondo alteração do plano apresentado, mas neste caso a LRE exige a concordância do devedor. A assembléia somente não poderá deliberar sobre a nomeação e destituição do administrador judicial em que a Lei determina como ato privativo do Juiz (art. 52 inciso I).

1.8 Comunicação da suspensão das ações pelo devedor.

O § 3º do art. 52 impõe expressamente ao devedor em recuperação judicial a responsabilidade de comunicar aos juí-

⁵⁶ Falência e Recuperação de Empresa – Atlas – São Paulo – 2008 – 2ª ed. Pag. 104.

zos onde tramitam as ações em que ele figure como réu a sua condição de recuperando para que as referidas ações sejam suspensas pelo prazo de 180 dias nos termos do art. 6º da LRE. O vocábulo “caberá” constante no § 3º do art. 52 não impõe uma obrigação apenas faculta ao devedor proceder à comunicação, contudo se o devedor for silente os processos terão seus cursos normais sem a suspensão do art. 6º. A comunicação referida neste parágrafo não requer formalismo, mas será necessário instruí-la com as provas constantes dos autos e assim uma certidão ou o despacho do deferimento da recuperação atestando a condição do devedor será necessária.

1.9 Proibição de desistência do pedido.

O § 4º do art. 52 proíbe expressamente o autor de desistir do pedido após o despacho deferindo-se o processamento da recuperação, salvo se a assembléia geral de credores autorizar o pedido, cabendo ao juiz homologá-la. *Mutatis mutandis*, o referido parágrafo guarda estreita sintonia com o § 4º do artigo 267 do CPC, pois ali se condiciona a desistência da ação por parte do autor à anuência do réu. A Jurisprudência tem entendido que esse poder potestativo atribuído ao réu não é absoluto, pois em caso de recusa à intenção demonstrada pelo autor na desistência da lide, o réu deverá trazer em seu amparo uma justificativa plausível, não sendo possível a simples alegação que deseja continuar litigando.

Na recuperação judicial há não réu no pólo passivo, como dito alhures, então o legislador condicionou o pedido de desistência, após o deferimento, à chancela da assembléia geral de credores, mas tal como ocorre na desistência, adrede comentada, aqui também se o pedido for recusado os credores deverão apresentar os motivos que o levaram a tal desiderato, pois as conseqüências poderão ser mais gravosas, podendo levar o devedor à falência de imediato.

CAPÍTULO IV.

DO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART.55.

1.1 Publicação da relação de credores.

O administrador judicial, amparado nos documentos apresentados nos autos do processo mandará publicar edital relacionando os credores, no prazo de quarenta e cinco dias; vencido o prazo de quinze dias da publicação do edital que deferiu o processamento do pedido de recuperação. No edital será indicado o local, o horário e o prazo para as pessoas indicadas no art. 8º da LRE acessarem aos documentos que fundamentaram a elaboração da relação de credores.

Manoel Justino Bezerra Filho⁵⁷ entende que ao determinar a contagem de prazos diferentes para providências diferentes a partir de momentos diferentes, bem como mais de um prazo para a mesma providência, tudo ao mesmo tempo, a Lei criou uma fonte certa de tumulto processual que caberá ao interprete encontrar a forma correta de aplicação. O alerta feito pelo doutrinador é pertinente, pois há mesmo uma confusão no que tange os prazos. Vejamos:

- a) Após a publicação do edital dando ciência aos credores do deferimento do processamento da recuperação judicial, (§ 1º art. 52), estes terão o prazo de 15 dias para apresen-

⁵⁷ Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Revista dos Tribunais – São Paulo – 2009 – 6ª ed. – pag. 153.

tarem suas habilitações ou divergências quantos aos créditos relacionados na petição inicial, *ex vi*, do § 1º do art. 7º da LRE.

- b) Passados os quinze dias da publicação do edital, (§ 1º art. 52), dando conhecimento aos credores que foi deferido o processamento da recuperação judicial, (art. 52, *caput*), o administrador judicial terá o prazo de quarenta e cinco dias, (§ 2º art. 7º), para publicar edital contendo a relação de credores, com base nos documentos trazidos ao processo.
- c) Com a publicação do edital acima referido, abrem-se dois prazos, sendo 10 dias, (art. 8º), para a impugnação da relação de credores apresentada, oportunidade em que o impugnante poderá indicar a ausência de crédito, ilegitimidade ou sua classificação. Abrir-se-á também o prazo de trinta dias para a apresentação das objeções ao plano (art. 55 *Caput*).

1.2 Objeção ao plano de recuperação.

Qualquer credor poderá manifestar sua objeção ao plano de recuperação judicial, (art.55), no prazo de trinta dias contado da publicação da relação de credores que o administrador judicial fez publicar, (§ 2º art. 7º).

Já explicado, no item *supra*, com a publicação do segundo edital, (§ 2º do art. 7º), abrem-se dois prazos, sendo um para objeção ao plano, (art. 55), e outro para impugnação, (art. 8º). Mas poderá ocorrer que ao ser publicado o edital acima referido, o plano de recuperação não tenha sido apresentado em juízo, impossibilitando o credor de apresentar sua objeção, neste caso o prazo de trinta dias começará a fluir a partir da publicação do edital inserida no Parágrafo Único do art. 53, no qual o juiz ordenará a publicação de edital dando

ciência aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a apresentação das objeções pelos credores.

A objeção tratada no caput do art. 55, não se confunde com impugnação, (art. 8º), pois enquanto na objeção trata-se de um procedimento administrativo aonde o próprio credor poderá manifestar sua irresignação ao plano de recuperação; a impugnação requer a capacidade postulatória exigindo-se que se faça por intermédio de profissional habilitado junto à Ordem dos Advogados do Brasil e terá por objetivo exclusão ou modificação do crédito apresentado. Na realidade a impugnação tem a mesma natureza dos embargos, mudando-se apenas o *nomem juris*.

Parece-nos que a objeção não pode ser manejada de forma ampla e irrestrita, ou mesmo irresponsável, cabendo apenas àqueles que têm legítimo interesse jurídico no pedido e demonstre que o plano o afetará de forma negativa. Não seria razoável àquele que em nada foi afetado vir a juízo objetar o plano causando aumento de despesas com convocação da assembléia geral, assim se o credor agir desta forma deverá se penalizado, inclusive com o pagamento das despesas a que der causa. Então, para que a objeção seja aceita será de bom alvitre que ela venha amparada em bons argumentos, exemplo, quando o plano tenha alterado a relação obrigacional, diminuindo-lhe o crédito existente.

1.3 Convocação da Assembléia Geral de Credores.

O *caput* do artigo 56 é auto-explicativo ao dizer que havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral para deliberar sobre o mesmo. Como dito alhures a objeção deverá ser fundamentada não bastando o simples desejo de objetar o plano, pois

a convocação da assembléia implica em despesa que será suportado pelo devedor, portanto é necessário que o juiz esteja atento a manobras que possam inviabilizar o pedido de recuperação.

O prazo para a realização da assembléia consta expressamente do § 1º do art. 56 e não excederá cento e cinquenta dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

1.4 Indicação dos membros do comitê de credores.

Donald Mac Nicol⁵⁸ em artigo escrito na Revista do Advogado diz que os credores não querem assumir compromissos em troca de suas exigências para votar no plano de recuperação da devedora. Afirma o articulista que muitos exigem, mas não indicam ou não querem ser indicados como participantes do comitê, e por isso não é incomum a inexistência de comitê de credores na recuperação judicial.

1.5 Alteração do plano na assembléia de credores.

Na dicção do art. 35 a assembléia-geral de credores, quando convocada, poderá decidir sobre a aprovação, rejeição ou a modificação do plano. Pode-se decidir acerca da constituição do Comitê de Credores escolhendo seus membros ou substituindo-lhes. Poderá deliberar também sobre o pedido de desistência da recuperação feita pelo devedor, bem como a nomeação de gestor judicial se o devedor for afastado do comando da empresa. A Lei menciona que a assembléia poderá tomar decisões referentes a outras matérias de interesses dos credores

⁵⁸ Revista do Advogado - São Paulo – Setembro 2009 – nº 105 – AASP – pag. 32. Donald Mac Nicol é negociador e elaborador de planos de recuperação de empresas. A separação da palavra negociador está errada.

deixando um leque muito amplo para manobras que poderão criar dificuldades para o administrador judicial, e algumas decisões tomadas na assembléia certamente serão decididas nos Tribunais, isso porque os interesses dos credores são ilimitados.

No que diz respeito à modificação do plano o § 3º do art. 56 é enfático, ao afirmar que somente com expressa concordância do devedor e a não diminuição dos direitos dos credores ausentes o plano poderá ser modificado, *a contrário sensu*, se a modificação incorrer em qualquer dessas proibições a permissão esta descartada. A rejeição ao plano enviará o devedor diretamente à falência, excetuando o poder dado ao juiz pelo § 1º do art. 58 para conceder a recuperação. Mas esse tópico será mais bem estudado quando da apreciação daquele mecanismo.

1.6 Concessão da recuperação judicial.

Se o plano apresentado pelo devedor não sofreu objeção, (art. 55 caput), ou tendo sofrido objeção teve sua aprovação deferida na assembléia geral de credores a LRE, (art. 58 caput), diz que o juiz *concederá* a recuperação, portanto, ainda que o plano seja inconsistente o Estado-Juiz não poderá negar a manifestação de vontade dos credores, concedendo-se então a recuperação pleiteada. Waldo Fazzio Junior⁵⁹ entende que a decisão final caberá sempre ao órgão judiciário que poderá conforme o caso rejeitar ou deferir o plano. O doutrinador justifica seu entendimento dizendo em nota de rodapé que esse duplo estágio está bem sintetizado no guia do Banco Mundial: *"There are two stages of approval of a rehabilitation plan. The first is approval by a majority of creditors at a creditors meeting. The second is approval by the court"*.

⁵⁹ Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas – 4ª ed. – São Paulo – Atlas – 2008 – pag. 161.

Data maxima venia não concordamos com a tese defendida pelo eminente doutrinador, não é esse o entendimento extraído da *mens legis* estampada no artigo 58 onde se lê que “*cumpridas as exigências o juiz concederá a recuperação judicial*”. Seria contraproducente o entendimento contrário, *mutatis mutandis*, como afirmei alhures se for apresentado um plano fora da realidade reconhecidamente inviável o juiz poderia em tese rejeitá-lo, ainda que referendado pela assembléia de credores, porém a opinião ali esposada trata-se em tese e não de afirmação.

Não se pode negar a influência estatal na decisão de se conceder a recuperação, porém, creio que esse poder limita-se ao § 1º do art. 58 que será objeto de comentários a seguir.

1.7 Concessão *ope judicis* da recuperação.

Antes de adentrarmos ao estudo da concessão de recuperação judicial *ope judicis*, façamos uma breve explanação acerca da assembléia geral de credores que será necessária para uma melhor compreensão.

Quem tem direito a voto.

No conclave terão direito a voto os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho; aqueles que detêm garantias reais, os credores quirografários com privilégios especial, geral e subordinado.

Quem não tem direito a voto.

O proprietário fiduciário, o arrendador mercantil, o proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade. Também não terá direito a voto o proprietário em con-

trato de venda com reserva de domínio e o credor de importância decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, (§ 1º art. 39 e § 1º art. 45), isso porque seus créditos não serão afetados pelas decisões tomadas na assembléia.

Como votará cada classe.

As propostas apresentadas no plano de recuperação deverão ser votadas em separadas e aprovadas inicialmente por cada classe, (§ 1º art. 45). Digo inicialmente porque para os titulares de créditos com garantia real e credores quirografários a proposta terá que passar por duas votações dentro da classe. Na primeira votação a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade dos créditos, neste caso o requisito para a aprovação da proposta é o valor do crédito não se conta o número de credores. Uma proposta submetida à votação e tenha um valor de cem mil reais distribuídos entre dez credores, e um deles concentra em seu favor créditos no valor de cinquenta e um mil reais, só este credor poderá aprovar ou rejeitar a proposta apresentada na primeira votação. A proposta aprovada na primeira votação será submetida a uma segunda votação, e terá que ser referendada pela maioria simples dos credores, no exemplo acima teríamos que obter o voto de seis credores para sacramentar a aprovação da proposta.

Na classe dos titulares de créditos com garantias derivadas do direito do trabalho e de acidente de trabalho a sistemática é diferente e menos complexa, a aprovação se dá pelo voto da maioria simples dos credores, independente do valor do crédito em votação única.

Chegamos ao ponto que nos interessa. O § 1º do art. 58 diz que o juiz “poderá” conceder a recuperação judicial arremado em plano que não obteve aprovação de todas as classes,

(art.45), mas neste caso o plano deverá ter obtido, na mesma assembléia, de forma cumulativa:

- a) o voto favorável dos credores que representem mais da metade do montante dos *créditos* representados na assembléia independentemente de classes. Aqui o dispositivo refere-se a créditos, portanto o presidente do conclave, que será o administrador judicial, deverá conhecer o valor dos créditos abrangidos pelo plano e a votação então se fará pelo valor do crédito.
- b) a aprovação de duas classes de credores nos termos do art. 45 ou, caso haja somente duas classes com direito a voto a aprovação de pelo menos uma delas.

Há três classes distintas de credores que são: trabalhistas, incluindo os créditos oriundos de acidentes do trabalho, créditos com garantia real e quirografários. Não há dúvida que duas classes deverão aprovar o plano caso contrário o juiz não poderá conceder a recuperação judicial ao devedor. Mas se na assembléia comparecer apenas duas classes de credores, neste caso pelo menos uma delas deverá aprovar o plano nos exatos termos do artigo 45.

Há ainda uma terceira exigência: na classe que rejeitou o plano mais de um terço dos credores tenha votado favoravelmente à aprovação e que não haja tratamento diferenciado à classe que o rejeitou.

A concessão da recuperação arremada no § 1º do art. 58, dependerá muito do conhecimento e habilidade do presidente da assembléia, pois será fácil impugnar o resultado obtido no chamado quorum especial, pois não há na lei sequer a indicação do momento em que essa votação poderá ser realizada, se no início, no meio ou no fim do conclave.

1.8 Novação dos créditos anteriores.

A LRE em seu at. 59 decreta que o plano de recuperação implica em novação dos créditos anteriores ao pedido. A novação de crédito é matéria que vem disciplinada no art. 360 do Código Civil e o inciso I determina que a novação se dá quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior. Washington de Barros Monteiro⁶⁰ leciona que novação é a substituição de uma dívida por outra, eliminando-se a precedente. Desaparece a primeira e, em seu lugar, surge nova. Esse o seu conteúdo essencial, aliás, duplo: um extintivo, referente à obrigação anterior; outro gerador, relativo à obrigação nova. Na recuperação judicial de empresa opera-se a novação pela mudança de objeto da prestação, ou seja, a chamada novação objetiva ou real.

O § 2º do art. 61 dispõe que: Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

Ensina José Francelino de Araújo⁶¹, que as novações, renegociações e alterações realizadas dentro da recuperação judicial são eficazes apenas na hipótese de ser o plano de recuperação implementado com sucesso. Se a recuperação é convocada em falência, os credores que realizaram novações, alterações e renegociações voltam todos, sem exceção, ao estado anterior. Para o doutrinador a situação é nova e não aceita misturar-se com a situação anterior do plano de recuperação, que é, para fins de direito, como se não existisse.

⁶⁰ Curso de Direito Civil – Saraiva – 2001 - Direito das Obrigações 1ª Parte – 31ª ed. – Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto - pag. 301.

⁶¹ Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Saraiva – 2009 – pag. 140.

O artigo em comento vem amparar os credores que em determinado momento acreditaram que o devedor poderia cumprir o acordo firmado e por isso concordaram, em muitos casos, com a redução dos valores de seus créditos concedendo abatimento de juros e correção monetária e a concessão de prazo mais longo para o recebimento. Seria injusto que ao ser declarado a falência o credor tivesse que suportar mais prejuízos.

Mas aqui há outro imbróglio a ser superado pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista a omissão do legislador. O § 2º do art. 61 estabelece que decretada a falência os créditos voltam ao *statu quo ante*. Pois bem, o § 1º do art. 59 diz que a decisão que conceder a recuperação constituirá título executivo judicial, ou seja, não haverá mais título executivo extrajudicial. *Quaestio est*, nos termos do § 2º do art. 61, os títulos transformados em judiciais, (§ 1º art. 59), perderiam tal natureza com a decretação da falência do devedor recuperando?. Afinal fala-se em créditos e garantias reconstituídos nas condições originalmente contratadas. A habilitação na falência se daria com títulos judiciais ou extrajudiciais?.

1.9 Sujeição dos credores ao plano.

Para Fábio Ulhoa Coelho⁶² em princípio, todos os credores anteriores ao pedido de recuperação judicial estão sujeitos aos efeitos do plano de recuperação aprovado em juízo. Se no plano aprovado em juízo é prevista a substituição de determinada garantia real por outra de menor valor, o credor atingido simplesmente não tem meios para se opor ao mérito dessa medida, por mais que considere seus interesses injustamente sacrificados.

⁶² Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de empresas – Saraiva – 2005 – pag. 169.

Com o máximo respeito ao eminente doutrinador somos obrigado a discordar frontalmente deste entendimento, pois o caput do art. 59 diz textualmente que não haverá prejuízo das garantias observando-se o disposto no § 1º do art. 50. Só para relembrar o referido § 1º assevera que na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão ou substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor. Também os §§ 3º e 4º do art. 49 enumera os credores cujos créditos não se submeterão aos efeitos da recuperação.

Entendemos que a concessão da recuperação Judicial submete todos os credores que compõe as classes de quirografários e os detentores de créditos oriundos da relação ou acidente de trabalho, quanto aos demais credores somente mediante negociação e concordância expressa seus créditos poderão sujeitar-se ao plano aprovado.

2.0 Constituição de títulos executivos.

O § 1º do art. 59 diz que a decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do inciso III, do caput do art. 584 do Código de Processo Civil. O referido artigo foi revogado pela Lei 11.232/05, realocado a integrar o art. 475 N, do mesmo Código.

O artigo em comento fala em “decisão” não se referindo a sentença, e o recurso cabível para atacá-la será o agravo de instrumento, conforme preceito do § 2º, assim teremos uma decisão interlocutória transformando um título quirografário, por ex., em título judicial.

Contudo a decisão concedendo a recuperação judicial ao devedor estará acolhendo o pedido e neste caso estará enquadrada no inciso I do art. 269 do CPC com natureza de sentença nos termos do § 1º do art. 162. Em sendo sentença os títulos que antes eram extrajudiciais passam a ter a força judi-

cial arrimado do inciso I do art. 475-N do CPC reconhecendo-se a existência de obrigação ao pagamento.

Os formalistas de plantão hão de questionar como uma decisão tida como interlocutória terá força de sentença e será atacável por agravo de instrumento?

Não há dúvida que o recurso a vergastar a decisão que concede a recuperação judicial é o agravo por instrumento, pois o legislador foi enfático não deixando nenhuma margem para questionamento acerca do recurso correto, mas a título de observação o art. 513 do CPC também é claríssimo ao destacar que da sentença caberá apelação. Assim se a decisão que concede a recuperação judicial com força de sentença deveria ser zurrizada pela via da apelação.

Só há uma explicação plausível para que o legislador tenha optado pelo agravo de instrumento como forma de combater a decisão ora discutida. É de notória sabença que, enquanto o agravo é julgado pelos Tribunais em tempo razoável, a apelação tem seu julgamento em tempo muito dilatado. Por isso não haveria como esperar o julgamento de uma apelação quando o prazo entre a concessão da recuperação judicial e o seu término deverá durar apenas dois anos.

A doutrina atualizada caminha a passos largos para abandonar o apego ao formalismo estéril e inútil, não deixando o processo ser escravo da forma com bem ensina o Ilustre doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque⁶³, contudo não podemos ignorar que para a ciência a discussão em torno da natureza da decisão de concessão da recuperação judicial deve continuar.

2.1 Alienação judicial de filiais ou unidades produtivas.

⁶³ Efetividade do Processo e Técnica Processual – Malheiros – 2007 – 2ª ed. Pag. 32, 34 e 45.

O artigo 60 da Lei 11.1010/05 deverá ser interpretado de forma restrita à recuperação judicial não se confundindo, pois com o disposto no inciso II do art.141 que trata da falência nos exatos termos da palavra.

A leitura apressada do art.60 poderá nos levar a interpretação dissonante dos objetivos colimados pelo legislador, pois não podemos confundir os dispositivos que regem a recuperação e a falência, ainda que um faça referencia ao outro.

O caput do artigo em comento diz que se o plano de recuperação judicial envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas será observado o disposto no art. 142, ou seja, a venda se fará pela realização do leilão por lances orais; propostas fechadas ou pregão não há, portanto, previsão de venda direta a terceiros. Sem previsão legal a venda direta está fadada ao insucesso, nem a assembléia geral de credores, órgão que tem poder para decidir matérias pertinentes ao processo da recuperação, está autorizada a alienar bens de filiais ou unidades produtivas da recuperanda de forma direta, ou seja, necessita submeter-se às regras estabelecidas, sendo exigida a intimação pessoal do Ministério Público sob pena de nulidade, (art. 142 § 7º).

2.2 Objetos de alienação e a polêmica da sucessão trabalhista.

No Parágrafo único do art. 60 reside o perigo de uma interpretação errônea que poderá conduzir o aplicador da lei a trilhar outros caminhos que não aqueles colimados pelo legislador. O questionamento começa pela discussão acerca dos créditos trabalhistas, afinal eles foram ou não excluídos da sucessão na alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor em recuperação judicial?

Em se tratando de falência não há dúvida que o adquirente de filial ou unidade produtiva estará blindado quanto às obrigações decorrentes do contrato de trabalho ou derivado de acidente de trabalho, *ex vi*, do inciso II do art. 141. E na recuperação judicial poder-se-ia fazer a mesma afirmação?. A redação do Parágrafo único do art. 60 poderá induzir o leitor desatento a afirmar de forma positiva, ou seja, o adquirente de bens do devedor em recuperação judicial não o sucede nas obrigações trabalhistas, afinal está no referido parágrafo que o objeto da alienação judicial estará livre de “qualquer ônus”; então não haveria discussão a respeito; não há sucessão quanto aos créditos anteriores ao pedido de recuperação, e o adquirente estaria protegido sob o manto do referido Parágrafo excluindo-o da sucessão de créditos trabalhistas. Contudo creio que esta não é a melhor exegese a ser aplicada ao parágrafo em comento.

O art. 60 encontra-se inserido na seção IV do Capítulo III que trata da recuperação judicial e, em nenhum momento se refere aos créditos de natureza trabalhista ou acidentária. Faz alusão apenas aos créditos de natureza tributária. A menção feita pelo legislador para que se observe o disposto no § 1º do art. 141 que está inserido na seção X do Capítulo V que trata da falência visa coibir a burla o conluio e a possível manobra do devedor para fraudar o processo adquirindo por ele mesmo ou por interposta pessoa unidades autônomas ou filiais da empresa devedora.

Quem responde com sapiência esta questão tormentosa é Manoel Justino Bezerra Filho⁶⁴ quando afirma: Ainda assim, o adquirente deve atentar para o fato de que esta “blindagem” não o protegerá de sucessão nos créditos derivados da legislação do trabalho e nos decorrentes de acidente de traba-

⁶⁴ Lei de Recuperação de empresas e Falências – 2009 – Revista dos Tribunais – 6º ed. – pag. 160.

lho; quando a lei quis excluir estes créditos, mencionou-os de maneira explícita, como se vê da leitura do inc. II da art. 141. Tem razão o doutrinador, realmente o legislador ao excluir os créditos derivados da relação de trabalho nas aquisições em processo falimentar o fez de forma imperativa não dando margem a interpretações diversas.

A Lei 11.101/05 não poderia instituir um dispositivo em confronto com a vigência dos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁵ sem revogá-los expressamente, como os referidos artigos permanecem vigentes, (vide art. 2º § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil), então podemos afirmar que há sucessão trabalhista nas aquisições de filiais ou unidades produtivas do devedor em recuperação judicial.

Contudo o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho⁶⁶ ao julgar o Recurso de Revista nº 3700-52. 2008. 5. 14.0401, com relatoria do Sr. Ministro Maurício Godinho Delgado, posicionou-se afastando a sucessão nas dívidas trabalhistas para o adquirente de filiais ou unidade produtiva da empresa em recuperação judicial afirmando que: “Aqueles que adquirem, nos termos da lei nº 11.101/2005, ativos de empresa em recuperação judicial não podem ter esse patrimônio afetado por obrigações trabalhistas exigidas de quem normalmente sucede o empregador”.

A decisão proferida no Recurso de Revista acima citado, contraria ao raciocínio exposto anteriormente e, não é

⁶⁵ CLT - Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 449 - Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

Lei de Introdução ao Código Civil - Art. 2º § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

⁶⁶ Recurso de Revista nº TST-RR-3700-52.2008.5.14.0401, em que é Recorrente LÚCIO ALEXANDRE ROSAS CAVALCANTE e são Recorridas VARIG LOGÍSTICA S.A., VRG LINHAS AÉREAS S.A. E OUTRA e VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE - VARIG S.A. - Fonte <https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/> (Acesso em 11/04/10)

fruto de construção jurisprudencial do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (T.S.T), que apenas acompanhou entendimento firmado pela nossa Corte Suprema⁶⁷ no julgamento da ADI nº 3.934-2 interposta pelo Partido Democrático Trabalhista, cujo relator o Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski rejeitou a ação considerando-se constitucional o Parágrafo Único do art. 60, o incisos I e letra "c" do inciso IV do art. 83 e inciso II do art. 141.

A ADI colimava a declaração de inconstitucionalidade, especialmente, do Parágrafo Único do art. 60 que trata da ausência de sucessão trabalhista pelo adquirente de filial ou unidades produtivas do devedor, mas foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, (STF), sendo o voto do relator acompanhado pelos demais Ministros presentes naquela audiência, com exceção do Ministro Menezes de Direito que se encontrava afastado das funções.

O julgamento da ADI colocou uma pá de cal sobre os argumentos expendidos por aqueles que negam a blindagem aos adquirentes de empresa ou unidade produtiva na recuperação judicial, pelo menos por enquanto. Ainda que a LRE não tenha ofendido os artigos 1º inciso III e IV, art. 6º, 7º inciso I, e art. 170 da Constituição como justificativa para a improcedência da ADI; tenho para mim que o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição foi violado, afinal não há direito mais bem adquirido do que os valores devidos aos obreiros.

Diante da discussão cabe analisar o parecer do relator da Lei 11.101/05, Senador Ramez Tebet, acerca da Emenda nº 12 de autoria do Senador Authur Virgílio, que visava alterar o Parágrafo Único do art. 60 do então projeto de Lei nº 71/03 da Câmara dos Deputados - nº de origem 4.376/93. Neste parecer o relator rejeita a emenda e explica que:

⁶⁷(Fonte) <http://redir.stf.jus.br>. (Acesso em 11/04/10).

EMENDA Nº 12 – PLEN.⁶⁸

A Emenda nº 12, do Senador Arthur Virgílio, que constitui reiteração de emenda apresentada pelo Senador Rodolpho Tourinho à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, visa modificar o parágrafo único do art. 60 do Substitutivo, para estabelecer a não responsabilização do arrematante pelo passivo trabalhista nas vendas judiciais de empresas no âmbito da recuperação judicial, ou seja, propõe o fim da sucessão trabalhista também na recuperação judicial. Nosso parecer é pela rejeição da emenda, porque a exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial pode dar margem a fraudes aos direitos dos trabalhadores e a comportamentos oportunistas por parte de empresários. Além disso, é preciso ressaltar que – diferentemente do crédito tributário, protegido ao menos pela exigência de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa para a concessão da recuperação judicial – o crédito trabalhista fica desguarnecido caso a empresa seja vendida e o valor apurado seja dissipado pela administração da empresa em recuperação judicial, já que não há, na recuperação judicial, ao contrário da falência, vinculação ou destinação específica desses valores.

Com parecer hialino o relator rejeitou a emenda e manteve a redação original, afirmando que não há na recuperação judicial, ao contrário da falência, vinculação ou destina-

⁶⁸<http://www.senado.gov.br/senadores/senador/ramez/lei%20de%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20de%20empresas.pdf>. (acesso em 25/07/10).

ção específica dos valores obtidos com a alienação de bens do devedor.

O Colendo TST vem solidificando a jurisprudência acompanhando o julgamento do Recurso de Revista nº3700-52.2008.5.14.0401 afastando a sucessão trabalhista e blindando o adquirente de filiais e unidades produtivas na Recuperação de Empresa, creio que esse nefasto entendimento será de difícil reversão, pois é cediço que promover mudança no entendimento sedimentado nos Tribunais Superiores é tema de difícil superação.

Diante de tão grande incongruência é preciso ficar claro que muitos serão os casos em que as empresas utilizarão este artifício para burlar e maquiar a verdadeira intenção do negócio perpetrado. Também será difícil joeirar aqueles, cujas intenções trilharam no sentido de dar a empresa recuperanda condições para superar as dificuldades enfrentadas. Não sejamos misoneistas, mas não nos esqueçamos das diversas falências e concordatas fraudulentas no passado serviram para trazer riquezas a poucos causando prejuízos incalculados para o comércio honesto, já verberava Rúben Braga⁶⁹.

2.3 Prazo máximo para pagamento das dívidas.

Proferida a decisão de concessão da recuperação judicial, (art. 58), o devedor assim permanecerá até que se cumpram todas as obrigações aprovadas no plano que se vencerem até dois anos. Caso não consiga cumprir os compromissos nesse ínterim ser-lhe-á decretada a falência nos termos do inciso IV do art. 73. A lei não dá margem para outras interpretações, porém a rigidez com que o legislador trata a matéria não nos parece a solução mais adequada contrapondo-se ao escopo erigi-

⁶⁹ Falências e Concordatas – 1.938 – Livraria Acadêmica e Saraiva & Cia – 2º ed. – pag. 61.

do pelo art. 47, e se for aplicada nos exatos termos do art. 73 haverá por certo a decretação de falência de devedores em recuperação, os quais poderiam em tese saírem desse quadro sem a penalidade capital. A aplicação literal da lei sem o mínimo de critério poderá trazer prejuízo para todos que acreditaram na recuperação do devedor.

Exemplificando, se o devedor assumiu o compromisso para cumprimento no tempo máximo para permanecer em recuperação, vinte e quatro meses, e por razão alheia a sua vontade não consegue satisfazer aos últimos seis meses, seria produtiva, e estará mais bem alinhado ao art. 47, proceder ao adiamento do plano como ensina Fábio Ulhoa Coelho⁷⁰ submetendo-se aos mesmos critérios do pedido inicial. Havendo vontade de honrar os compromissos, por parte do devedor - ainda que com atraso - deverá ser levada em consideração esta situação desde que demonstrada que o descumprimento assumido se deu por absoluta impossibilidade momentânea.

É possível, então, que mesmo sem ter conseguido cumprir os compromissos assumidos a falência não lhe seja decretada. Se o credor não reivindicar o cumprimento da medida punitiva o administrador judicial ou o juiz não poderiam requerê-la, pois se assim procederem estarão indo na contramão do disposto no art. 47 da LRE.

2.4 Reconstituição dos créditos.

A reconstituição dos créditos fora objeto de comentários no item 4.1 para o qual remetemos o leitor, pois ali discutimos a novação de créditos e as consequências relativas ao § 1º do art. 59 e § 2º do art. 61.

2.5 Execução específica.

⁷⁰ Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Saraiva – 2005 – Pag. 173.

O plano de recuperação judicial poderá prever o cumprimento das obrigações em tempo superior aos dois anos disposto no art. 58 da LRE. Neste caso se o devedor não honrar os compromissos assumidos após o lapso temporal de dois anos, o credor poderá então requerer a execução de crédito instruindo-a com documentos do processo de recuperação demonstrando que é portador de um título executivo judicial. Também poderá optar por requerer a falência do devedor nos termos do inciso “III” letra “g” do art. 94.

Interessante anotar que na execução específica a distribuição do feito será livre não havendo prevenção do Juízo aonde tramitou o pedido de recuperação, tendo em vista que neste momento a recuperação concedida já estará encerrada, embora não tenha alcançado o objetivo principal adredemente concebido que era de zerar todas as dívidas. O pedido inicial objeto de análise e concessão da recuperação fora completada e, portanto já se encontra perfeito e acabado e as ações de agora em diante serão distribuídas livremente sem as amarras do concurso de credores.

2.6 Sentença de encerramento.

No que tange o encerramento da recuperação judicial Manoel Justino Bezerra Filho⁷¹ anota que o processamento, art. 52, bem como a concessão da recuperação, art. 58, são tomadas por decisão interlocutória, contudo a decisão final será dada por sentença artigo 63.

O legislador optou por conceder ao Estado-juiz a autoridade de trabalhar no trâmite da recuperação emitindo de-

⁷¹ Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada – Revistas dos Tribunais – 2009 – 6ª ed. Pag. 162.

cisões interlocutórias, contudo para finalizar a ação é necessário que seja decretada por sentença.

Como já dito alhures, talvez, a necessidade de procedimento célere devido ao curto lapso temporal para o encerramento da recuperação judicial tenha levado o legislador a estabelecer que as decisões interlocutórias tomadas no processo da recuperação judicial, isso porque como bem definido no art. 17 as decisões serão zuzizadas via agravo por instrumento. Isso não acontece com o encerramento, mesmo sendo objeto de apelação não teria perigo de trazer prejuízo pela demora no julgamento.

A sentença finalizando a recuperação tem o condão de solucionar o conflito estabelecido, ainda que esse conflito não tenha sido de proporções maiores para os credores, mas não se pode olvidar da sua existência, senão jurídico, mas econômico. Repise que o conflito não foi erradicado, mesmo com a sentença finalizando a recuperação judicial, poderá o devedor sofrer ação de execução específica, e mais, poderá ser pedida a sua falência com documentos lastreados da ação de recuperação.

O devedor poderá reproduzir o pedido de recuperação judicial decorrido o lapso temporal exigido. A sentença que põe termo à recuperação judicial tem natureza declaratória, pois apenas declara que foram cumpridas as exigências assumidas pelo devedor no curso do processo – portanto, *a priori* não faz coisa julgada material daí a possibilidade de discussão dos débitos que por ventura não tenham sidos quitados durante o período de dois anos.

A sentença proferida, ainda que transitada em julgado, não extinguiu o conflito estabelecido, isso significa que o credor que teve seus interesses contrariados pelo descumprimento do estabelecido no plano de recuperação poderá

pleitear a falência do devedor amparado justamente em documentos da ação de recuperação judicial. Em princípio parecem estranhas as colocações aqui inseridas, mas foi opção do legislador que estabeleceu um prazo de dois anos para o término da ação de recuperação judicial, e nesta senda concedeu aos credores a possibilidade de buscar a satisfação de seus créditos por execução específica ou na pior hipótese requerendo-se a falência do devedor.

A possibilidade de se aprovar plano de recuperação judicial com prazo de pagamento que ultrapassem o limite de dois anos trouxe outro problema que deverá ser enfrentado. Comentamos no item 4.1 o § 2º do art. 61, que diz que decretada a falência os créditos serão reconstituídos com os direitos e garantias originalmente contratados. Pois bem, imagine se decorridos dois anos, proferida a sentença de encerramento da recuperação, foram pagos oitenta por cento dos débitos acordado no plano e vinte por cento ficaram para pagamento após o lapso de dois anos.

Os credores remanescentes em não conseguindo receber os créditos irão propor ação buscando a falência do devedor. Neste caso quais créditos voltariam a *statu quo ante*? Com certeza os credores que receberam oitenta por cento dos créditos abriram mãos de direitos e tiveram seus créditos reduzidos e ficarão com o prejuízo. Aqueles que propuseram o pedido de falência terão seus créditos reconstituídos e aparentemente terão lucros, se conseguirem receber os créditos na falência. Seria esta a interpretação mais correta? Ou todos os credores voltariam a reivindicar os abatimentos concedidos habilitando seus créditos complementares na falência? Os títulos seriam judiciais ou extrajudiciais? Somente o tempo e estudos mais aprofundados irão solucionar a controvérsia existente por ora não há certeza a ser afirmada.

2.7 Prestação de contas do administrador.

No item 1.2 do capítulo III afirmamos que: “É também obrigação do administrador apresentar ao juiz relatório mensal das atividades do devedor, e finalmente para o encerramento do processo, apresentar o relatório sobre a execução do plano, desde que tenha chegado ao final”.

O administrador judicial acompanhará, *pari passu*, as atividades do devedor e será responsabilizado por eventuais deslizes cometidos que comprometam o desempenho do plano estabelecido. A inovação implementada optando-se pela indicação de técnico para o exercício da administração parece ter sido medida acertada na nova Lei. A escolha de profissional de confiança do juiz também se deve dar por boa escolha legislativa evitando-se que os credores possam interferir no trabalho do profissional deixando-o sem condições de cumprir fielmente o mister que lhe foi confiado.

A lei quando se refere nomeação do administrador judicial sempre o faz dizendo que o profissional é de confiança do Juiz, não faz referência ao juízo, eventual substituição do juiz, e a vinda de um novo magistrado poderia este substituir o profissional indicado por outro de sua confiança? A resposta é não. A substituição somente será possível nos caso em que o profissional agir de forma lesiva aos interesses dos credores ou terceiros ou ao bom desempenho da recuperação do devedor conforme o caput do artigo 31 da LRE.

Como leciona Manoel Justino Bezerra Filho⁷² o inciso III do art. 63 traz determinação desnecessária, pois se a sentença foi proferida será porque o juiz está seguro que as obrigações constantes no plano foram cumpridas. O relatório de-

⁷² Op. cit – pag. 162.

veria ser apresentado antes da prolação da sentença e não depois, o eminente autor tem razão na crítica; não faz sentido após, proferida a sentença ser apresentado relatório circunstanciado para dizer que o plano foi fielmente executado.

Proferida a sentença de encerramento da recuperação, e o relatório conclui que a execução do plano não foi integralmente satisfeito qual caminho a seguir? O juiz não poderia reformar a decisão, pois se trata de sentença e o art. 471 do CPC proíbe expressamente nova decisão de questões já decididas. Neste caso caberia ao próprio administrador, ao comitê de credores, se houver, ao Ministério Público ou ao credor prejudicado apelar da sentença trazendo com ela todas as mazelas conhecidas, especialmente a demora para o julgamento que levaria até cinco anos no estado de São Paulo, por exemplo.

2.8 Dissolução do comitê de credores.

No magistério de Ricardo Negrão⁷³ o comitê de credores “Representante das classes de titulares de créditos admitidos nos processos de falência e de recuperação judicial, é órgão colegiado eleito pela assembléia geral de credores, com atribuições consultivas e fiscalizatórias”. Sua constituição é facultativa, podendo ser instalada em sua estrutura plena, com três membros titulares e seis suplentes, ou reduzida, composta por, no mínimo, dois membros titulares. A dissolução do comitê de credores é decorrência natural da finalização do processo de recuperação, uma vez esgotado o lapso temporal de dois anos, e proferida a sentença final não há motivos para sua continuação. Não há mais o que fiscalizar nem servirá como prestador de consultoria, sendo eminentemente fiscalizador não é um órgão adorado dentro da estrutura da recuperação judicial. Portanto a dissolução do comitê não requer dificuldades no en-

⁷³ A eficiência do Processo Judicial na Recuperação de Empresa – Saraiva – 2010 – pag. 119.

tendimento nem na implementação, tendo cumprido sua finalidade não resta outra alternativa senão a extinção.

2.9 Condução da atividade empresarial.

O art. 64 estabelece que durante a recuperação judicial, o devedor ou seus administradores continuarão na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial elencando em seus incisos, alíneas e parágrafo único as hipóteses em que serão afastados da gerência dos negócios.

No início, quando se começou a formatar o modelo de recuperação de empresa o projeto em estudo previa que um grupo de credores poderia requerer em juízo a destituição dos administradores do devedor se constatassem indícios de práticas que pudessem levar a falência fraudulenta. A idéia foi abandonada permanecendo as situações elencadas no art. 64, sendo que qualquer delas, uma vez comprovada levará o afastamento daqueles que exercem o comando, seja o devedor ou administradores. A decisão que afastar o devedor ou seus administradores da condução dos negócios será combatida mediante a interposição de agravo por instrumento.

No procedimento de recuperação da empresa o devedor ou seus administradores permanecerão sob a vigilância do comitê de credores, se tiver, e o administrador judicial, sendo que algumas decisões só poderão ser tomadas se foram inseridas no plano apresentado, como por exemplo, a venda de ativos permanente do devedor conforme prevê o art. 66. Portanto, o devedor não exercerá a gerência os negócios de forma independente e deverá ser acompanhado, pelo comitê e administrador judicial que informarão ao juiz mensalmente a situação do devedor nos termos do art. 22 da LRE.

Verificado qualquer infração ao cumprimento do plano de recuperação perpetrada pelo devedor ou seus administra-

dores, deverão eles ser afastados e substituídos conforme dispor os atos constitutivos do devedor ou o plano de recuperação apresentado.

3.0 Indicação do gestor judicial.

O afastamento do devedor ou seus administradores levará o juiz a convocar a assembléia-geral para deliberar sobre a nomeação de um gestor que assumirá a administração das atividades do devedor recuperando. O gestor terá o mesmo tratamento dispensado ao administrador judicial, deverá ter reputação ilibada, idoneidade moral e profissional e demais requisitos necessários para o bom desempenho da função que irá exercer. Quanto à remuneração está deverá ter como paradigma o salário do administrador judicial.

Enquanto não for nomeado o gestor judicial, a administração do devedor ficará sob a responsabilidade do administrador judicial que responderá pelos atos de comando. A situação é extremamente delicada, pois em se tratando de empresa de pequeno porte será fácil administrá-la, mas se o devedor for uma grande empresa o ato de administração exigirá pessoas capacitadas e experientes para levar a bom termo o mister lhes confiado, e nem sempre o administrador judicial tem conhecimento de administração comercial.

O art. 65 não estipula prazo para a convocação da assembléia geral de credores para deliberação acerca da nomeação do gestor judicial, creio que seguirá os prazos estabelecidos no § 1º do art. 56, contudo trata-se de um lapso temporal muito extenso trazendo conseqüências negativas para o devedor, caso o Juiz deixe de convocar, imediatamente, a assembléia prosseguindo-se o administrador judicial a frente da administração dos negócios do devedor. O prazo de 72 horas só é previsto para o caso do gestor indicado não assumir o cargo, já que o legislador foi tão detalhista na elaboração da LRE

seria bem vinda a fixação do prazo para a convocação da assembleia geral de credores com o fito de deliberar sobre a nomeação do gestor judicial.

Para Fábio Ulhoa Coelho⁷⁴, ao gestor compete dirigir a atividade econômica e implementar o plano de recuperação, após sua aprovação passando a representar legalmente o devedor nos atos relativos a gestão (assinatura de cheques, contratação de serviços, compra de insumos, prática de atos societários). O gestor não se torna representante do devedor em recuperação para todos os fins e nos atos relativos à tramitação do processo de recuperação judicial, o devedor continuará sendo representado nos termos de seus atos constitutivos, ou seja, o gestor não atuará no procedimento da recuperação, mas apenas gerindo os negócios. Assevera o autor que essa duplicidade de representação prevista na lei é desastrosa, pois certamente haverá inúmeras disputas e indefinições, capazes até mesmo de paralisar a empresa e comprometer o esforço despendido em busca da recuperação.

Para entender a dicotomia de poderes, conforme ensina o doutrinador acima referido, se forem destituídos os diretores do devedor caberá aos sócios no caso de empresa limitada ou ao órgão competente da sociedade anônima, (Conselho Geral de acionistas ou conselho de administração), a eleição dos substitutos que irão representar o devedor no procedimento de recuperação judicial. Mas estes novos diretores e administradores não praticarão atos relativos à gestão dos negócios do devedor. Certamente haverá colisão de interesses que levará o judiciário a atuar mais fortemente na solução das controvérsias que porventura, ou quase certeza - venham a surgir.

3.1 Créditos Extraconcursais.

⁷⁴ Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Saraiva – 2005 – pag. 178.

O art. 67 dispõe que os créditos oriundos de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, inciso V do art. 84. Contudo na parte final do caput o legislador impôs que seja respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83. O referido artigo enumera a ordem daqueles que devem receber em primeiro lugar se o devedor recuperando vier a ter decretado a falência.

Aqui tem início os problemas que os devedores em recuperação judicial hão de enfrentá-los para conseguir fornecimentos de bens e serviços mantendo suas atividades e com isso honrar os compromissos assumidos. Ainda que os créditos, após o pedido de recuperação judicial, ganhem status de créditos extraconcursais não deixam de integrar a classe de quirografários e com isso, em caso de falência irão recebê-los na ordem de classificação do art. 83.

Explicando melhor. Se o devedor se encontra em recuperação, os pagamentos referentes a bens e serviços devidos após o pedido, art. 51 da LRE, são considerados créditos extraconcursais e pagos em primeiro lugar em caso de vir o devedor sucumbir à falência. Contudo será observada a ordem de preferência insculpida no art. 83, ou seja, estes credores quirografários somente receberão seus créditos após o pagamento integral destinado aos que detêm créditos derivados da legislação do trabalho. Diz-se integral, pois o pagamento de crédito trabalhista, bem como os decorrentes de acidentes de trabalho, originário no período da recuperação não estão limitados a cento e cinquenta salários mínimos.

E mais. Serão pagos antes os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, apenas as multas tributárias são excluídas; créditos com privilégio especial, ou seja, todos aqueles previstos no art.

964 do Código Civil; e os definidos em outras leis civis e comerciais, salvo se contrariar a LRE.

Somente no inciso "V" então virá o pagamento dos credores com privilégio geral, aí incluído os créditos extraconcursais. A norma não tem se revelada auspiciosa. Para manter uma empresa em funcionamento, o capital de giro é a alma para a sobrevivência e, esse capital só se consegue via instituições financeiras, que não irão aplicar qualquer valor numa empresa pré-falimentar sem um reforço da garantia que o devedor - na maioria dos casos - já não as têm. Começa então a espiral da morte, onde poucos devedores conseguem sobreviver. Sem reforço da garantia não há fornecimento do capital e sem o capital a empresa não sobreviverá.

O único atrativo para o credor quirografário, diz respeito aquele que já detém créditos junto ao devedor em recuperação, pois o Parágrafo Único dispõe que para os investimentos novos feitos na empresa recuperanda os créditos adrede existentes serão atraídos na mesma proporção para os créditos com privilégio geral. Exemplificando se o credor tem dez mil reais a receber em créditos quirografários inciso VI do art. 83, e investiu mais dez mil reais após o pedido de recuperação irá receber o crédito total de vinte mil como créditos com privilégio geral do inciso V do referido artigo. É pouco atrativo.

Por isso mesmo as empresa que se socorrem do pedido de recuperação judicial vêm encontrando sérias dificuldades para obterem investimentos e manterem suas atividades. Sem a concessão de novos créditos o devedor tem pouca chance de levar os negócios adiante, por mais rentável que os sejam, e encontrar fornecedores dispostos a correrem riscos de tão elevado grau é difícil, especialmente no sistema financeiro.

Teria solução para tão delicado dilema? A concessão de crédito, especialmente a venda de matéria prima ou prestação de serviços, não podem tornar-se para o cedente um risco maior do que aquele existente pela forma natural dos negócios, quando isso acontece os investidores se afastam deixando o devedor agonizante. Seria aconselhável uma mudança na legislação no que tange o recebimento destes novos créditos e equiparando-os, quiçá em concurso aos créditos com garantia real. Afinal os novos investimentos, sejam eles quirografários ou com garantia real tem a mesma importância para a sobrevivência do devedor recuperando, é justo que se conceda o pagamento aos investidores corajosos, os quais, conhecendo a situação do devedor tentaram ajudá-lo na recuperação.

3.2 Parcelamento dos débitos junto à Fazenda Pública.

O Código Tributário Nacional em seu art. 155-A teve sua redação alterada pela Lei Complementar nº 118/05 estabelecendo que o parcelamento de tributo será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, contudo até o presente momento não existe lei para tratar do assunto ficando então a norma subordinada ao § 4º do referido artigo que estabelece que a inexistência da lei específica deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

Os Tribunais Superiores tem entendido que a falta de lei regulando a matéria não impede a concessão do pedido de recuperação judicial, ainda que o disposto no artigo 191-A do Código Tributário Nacional se revele contrário ao dispor que a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206. Em oposição ao referido artigo a

Turma que compõe a Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendido ser desnecessária a apresentação de quitação dos tributos para o pleito de recuperação judicial como podemos ver no julgado do Agravo de Instrumento⁷⁵ nº 0215168-15.2010.8.26.0000.

CAPÍTULO V.

DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART. 53.

1.1 Prazo para apresentação do plano.

Publicado o deferimento do pedido de recuperação judicial o devedor terá o prazo improrrogável de sessenta dias para apresentar o plano sob pena de ter o pedido convolado em falência, *ex vi*, do caput do art. 53. Serão discriminados os meios de recuperação a serem empregados, *(os meios de recuperação foram objetos de estudos no capítulo I item 2.5 para o qual remeto o leitor)*. O prazo como se vê é diminuto, portanto os advogados e contadores deverão ter pronto ou em vias de finalizar o plano de recuperação antes mesmo de requerer da protocolização do pedido de recuperação, sob pena de não se cumprirem o prazo do artigo em estudo, e para corroborar o que estamos afirmando, basta uma rápida leitura do artigo 50 desta lei. O plano de recuperação terá que trazer uma reestruturação quase total na vida do devedor, e nesse contexto é necessário que os profissionais envolvidos estejam conscientes do prazo

⁷⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo - Agravo de Instrumento nº 0215168-15.2010.8.26.0000 da Comarca de Jundiaí - agravante RICAQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) - agravado O JUÍZO - LINO MACHADO - Relator. (fonte <https://esaj.tjsp.jus.br/cjs/getArquivo.do?CdAcordao=5042430&v1Captcha=uyrju>). Acesso em 09/07/2011.

exíguo que os espera, caso contrário o perigo do naufrágio logo na saída é iminente.

1.2 Demonstração da viabilidade econômica.

No que se refere à demonstração da viabilidade econômica farei uso das lições de Fábio Ulhoa Coelho⁷⁶. Para o autor a possibilidade de ser aprovado um plano inconsistente é muito grande, elencando três motivos para seu ceticismo. Primeiro, é que a tendência do mundo todo é a do absenteísmo, com o qual temos que concordar. Segundo, e mais grave, mesmo que os credores queiram participar não teriam todas as informações necessárias para elaborar um plano alternativo, e mais, não se interessariam em custeá-lo por ser dispendioso e sem as garantias de sucesso o que só aumentaria o prejuízo do credor caso o devedor falisse, o que equivaleria “pôr dinheiro bom em cima de dinheiro ruim”.

Em terceiro lugar a lei ao vincular o indeferimento da recuperação judicial à decretação da falência reduz enormemente as alternativas do credor. Assim ou ele vota pela aprovação de qualquer plano – mesmo percebendo sua evidente inconsistência – ou amargará o prejuízo certo pela falência do devedor. E conclui suas observações dizendo que diante desse quadro se o devedor submeter à Assembléia dos credores um plano qualquer, que denomina de *blá-blá-blá*, como provavelmente ninguém terá plano alternativo a oferecer, a tendência será a aprovação de um plano vazio de conteúdo.

A lição acima deve ser assimilada, pois atualmente o que se vê são credores apáticos, desinteressados pelo estado de recuperação da empresa deixando tudo nas mãos do devedor

⁷⁶ Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Saraiva - São Paulo – 2005 – pag. 162.

que muitas vezes não tem condições de conduzir o plano a que se propõe.

O art. 58 da LRE diz que o juiz “concederá” a recuperação judicial ao plano aprovado pela assembléia geral de credores na forma do art. 45. Como se vê a norma é cogente e o juiz não poderá negar a homologação do plano aprovado nestas condições. Mas um plano esdrúxulo, flagrantemente inexecutável, ou prejudicial aos credores poderia ser afastado pelo Estado-Juiz? A resposta é positiva para que o instituto não caia no descrédito, o juiz amparado no art. 131 do Código de Processo Civil, poderá mandar que o plano apresentado, seja retificado para que se torne executável, caso contrário que lhe seja decretado a falência evitando-se dessa forma beneficiar devedores sem condições de recuperação em prejuízo dos credores.

A Câmara⁷⁷ Reservada à Falência e Recuperação de Empresa do Tribunal de Justiça de São Paulo em decisão no dia 23/11/2010, ao julgar Agravo de Instrumento proposto pela Agrícola Santa Olga e outros contra Companhia Brasileira de Açúcar e Alcool, (em recuperação judicial), revogou cláusula aprovada pela Assembléia Geral de Credores que dava à recuperanda poderes para revisar os contratos de arrendamento e parcerias agrícolas, "modificando seus valores, renovando-os, ampliando ou reduzindo sua vigência" e até rescindir os contratos sem incidência de eventuais penalidades. A cláusula foi declarada ineficaz perante os agravantes com o entendimento por parte da Turma julgadora que “se tratava de uma cláusula de conteúdo genérico, revelando-se puramente potestativa, pois condicionava a realização de negócios futuros ao exclusivo ar-

⁷⁷ Fonte - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO CÂMARA RESERVADA A FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 990.10.304999-3 - SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - Voto nº 25.754 – SFT. ELLIOT AKEL – RELATOR. agravante AGRÍCOLA SANTA OLGA LTDA E OUTRO - agravado COMPANHIA BRASILEIRA DE AÇÚCAR E ALCOOL (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) E OUTROS. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4830683&v1> Captcha=TZAvv. (Acesso em 07/06/2011).

bítrio de uma das partes, com afronta ao artigo 122 do Código Civil”.

A decisão é inovadora se levarmos em conta que o poder judiciário tem mostrado enorme resistência em alterar cláusula aprovada em assembléia geral de credores entendendo que deve prevalecer a livre negociação entre a parte credora e devedora.

1.3 Avaliação dos bens.

Caberá a uma empresa especializada avaliar os bens do devedor apresentando um balanço completo do acervo que compõe o patrimônio com valores atualizados dos bens móveis e imóveis, aplicações financeiras, ações e outros investimentos, inclusive com projeção de lucros e dividendos. Desta forma será possível conhecer e comparar o ativo e passivo, conhecendo-se a diferença, se negativa ou positiva, inclusive com a indicação dos bens que poderão ser objetos de venda para honrar os compromissos assumidos.

1.4 Pagamento de crédito trabalhista.

Na classificação dos créditos a Lei 11.101/05 privilegia aqueles decorrentes da relação de trabalho (art. 83), e o pagamento virá sempre em primeiro lugar, ainda que limitado a cento e cinquenta salários mínimos, disposição que contraria ao disposto no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal na medida em vincula o pagamento dos créditos trabalhistas ao salário mínimo, e o inciso acima referido veda a vinculação para qualquer fim.

O art. 54 diz que o plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a um ano para o pagamento dos créditos trabalhista vencidos até a data do pedido de recuperação, deixando em aberto o prazo de pagamento dos débitos que se vencerem após a data do pedido, portanto a questão ficou sem resposta. Caso o devedor em recuperação judicial esteja adimplindo os débitos em atraso calculados até a data do pedido poderia deixar em atraso os débitos trabalhistas que se vencerem durante a recuperação? Caso isso aconteça o devedor poderá ser declarado falido ou a falta de previsão legal obstaria a falência?

Inobstante a não abrangência pela LRE, pressupõe-se que os salários vincendos deverão ser pagos pontualmente, não é possível prorrogá-los, o que se está negociando são os pagamentos em atrasos não os futuros e nesta senda a inadimplência dos débitos salariais que se vencerem durante o processo de recuperação deverá levar o devedor à falência. Contudo se o plano prevê condições diversas, ou até mesmo redução do salário para pagamento das verbas salariais futuras e sendo aprovado pela assembléia de credores do qual participou o sindicato da categoria não haverá como desconstituí-las.

Voltamos novamente à vinculação do pagamento dos créditos trabalhista ao salário mínimo, pois o Parágrafo Único estabelece que o pagamento dos créditos estritamente salariais vencidas nos últimos três meses terão que ser pagos até trinta dias, limitados a cinco salários mínimos por trabalhador. Aqui se trata de verbas estritamente salariais, portanto outros pagamentos ficam excluídos, inclusive a indenização derivado de acidente de trabalho, pois apesar ser considerado alimentar não é verba estritamente salarial, exceção feita aos quinze primeiros dias que o trabalhador ficar afastado antes de ingressar com pedido de auxílio-doença acidentário junto ao Instituto Nacional do Seguro Social. Também será considerada ver-

ba salarial a condenação a pagamento de pensão mensal de qualquer natureza, ex. aquele que sofreu um acidente mesmo sem ser empregado do devedor, mas teve reconhecido em seu favor o direito de receber uma pensão mensal esta será considerada de natureza salarial.

O fim colimado pelo devedor ao pleitear a recuperação judicial é manter a empresa ativa conservando-se os benefícios advindos da sua atividade, tais como o pagamento dos impostos que beneficia toda a sociedade, a conservação dos empregos. Nesse diapasão os trabalhadores também são chamados a dar sua contribuição, mas não se pode negar que a limitação é inconstitucional.

CAPÍTULO VI.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.

1.1 Plano Especial de recuperação.

A importância que as microempresas e empresas de pequeno porte conquistaram no cenário econômico nacional, impôs ao legislador a necessidade de lhes destinar os benefícios colimados pela recuperação judicial. A economia brasileira está fortemente alicerçada nas atividades desenvolvidas pelas empresas consideradas de menor potencial econômico devido ao volume delas que somadas trazem um enorme equilíbrio na economia interna, especialmente em se tratando da contratação de mão de obra. Nesse diapasão era necessário conceder a estas entidades um tratamento diferenciado simplificando o modelo de ingresso na recuperação judicial.

Um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁷⁸, no ano de 2001 e, que serviu de norte para a elaboração da Lei Complementar 123/2006, constatou que as microempresas e pequenas empresas são responsáveis por cerca de 80% da atividade comercial e de serviços, tanto na geração de receita como na contratação obreira. Amparado no estudo apresentado pelo Instituto não se pode olvidar a importância destas empresas no desenvolvimento econômico, pois emprega a grande massa de mão de obra com baixa qualificação, porém necessária para o bom funcionamento da economia do País.

O plano especial destinado a socorrer este seguimento empresarial inserido nos artigos 70 a 72 da LRE difere do plano comum da recuperação começando por afastar parte das formalidades exigidas no art. 51 da LRE, contribuindo para facilitar o acesso ao benefício, pois caso contrário de nada adiantaria colocar a disposição um plano inatingível pelas formalidades excessivas.

Afastar as formalidades excessivas não significa aboli-las, especialmente aquelas necessárias para demarcar a existência e atividade empresarial. Ao ingressar com pedido de recuperação especial o requerente terá que provar além da existência e atuação, também o período de atividade para atender aos requisitos exigidos pelo artigo 47 caput, e não haverá outros meios de fazer provas, senão com apresentação de documentos de escrituração, fiscal, trabalhista, previdenciárias e outras. Portanto, não obstante a condição de micro ou empresa de pequeno porte se faz necessária a apresentação de tais documentos.

O § 1º do art. 7º da Lei 9.317/96 que dispõe sobre o regime tributário diz que a micro e empresa de pequeno porte

⁷⁸ IBGE - Estudo realizado sob o título de “ As Micro e Pequenas Empresas Comerciais e de Serviços no Brasil no ano de 2001 – (Acesso em 09 de Maio de 2010. disponível em www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/microempresa/microempresa2001.pdf).

são dispensadas de escrituração comercial, mas não dispensa a guarda do livro caixa com a respectiva movimentação financeira e o livro de registro de inventário. Gladstone Mamede⁷⁹ afirma que o empresário e a sociedade empresária que sejam alcançadas pelas normas da LRE estão dispensados de apresentar as demonstrações contábeis relativas aos últimos três exercícios sociais. No entanto, os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

Com esse entendimento a Turma que compõe a Câmara Especial de Falências⁸⁰ e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negaram provimento ao recurso de Apelação nº 445.483-4/3-00 afirmando que: “O que se autoriza são livros e escrituração simplificados (Lei 11.101/05, art. 51, II, § 2º), não a abolição completa”.

1.2 Condições para apresentação do plano.

O devedor nesta modalidade notadamente apresentará seu pedido com mais singeleza, não estando obrigado, por exemplo, a apresentar um dispendioso plano de recuperação nos termos do artigo 51, mas terá que instruí-lo com o plano de pagamento aprovado pelos devedores, (*leia-se quirografários*). E mais, deverá dizer no pedido inicial que deseja a concessão do benefício nos termos do art. 70 e seguintes da LRE, caso contrário não lhe será deferido a recuperação especial por imposição do § 1º do referido artigo.

⁷⁹ Falência e Recuperação de Empresas – Atlas – 2008 – 2ª ed. Vol. 4 - Pag. 233.

⁸⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - APELAÇÃO N.º 445.483.4-3 - VOTO N.º 15.184 - JOSÉ ARALDO DA COSTA TELLES – Relator – julgado em 26/03/2008. Pag. 04. (fonte [https:// esaj.tjsp.jus.br /cjsg/resultadoCompleta.do](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do). Acesso em 10 /07/2001).

O prazo para a apresentação do plano será de (60) sessenta dias semelhante ao plano geral e sua abrangência limita-se aos créditos quirografários, e mesmo dentre estes a lei ainda exclui aqueles que foram concedidos ao devedor em decorrência de repasse de recursos oficiais. A lei não é clara acerca de quais recursos oficiais serão considerados quirografários; a doutrina e jurisprudência não têm debatido a matéria, portanto aquele que requerer a recuperação judicial especial deverá ter o cuidado redobrado para não ter seu pedido rejeitado nesta matéria.

Neste modelo de recuperação o prazo é um pouco maior que o plano geral, pois prevê o parcelamento em até trinta e seis vezes, aplicando-se ao débito a correção monetária e juros de 12% (doze por cento ao ano). O artigo 163 do Decreto 7.661 de 1.945 já previa este percentual para pagamento da empresa concordatária.

O plano apresentado trará obrigatoriamente a previsão do pagamento da primeira parcela, que não poderá exceder ao prazo de 180, (cento e oitenta dias), iniciando-se a contagem com a distribuição do pedido, sendo irrelevante o estado em que se encontra o processo ao completar-se o lapso temporal acima referido.

O plano apresentado terá que estabelecer a necessidade de autorização judicial para o aumento de qualquer despesa, mesmo para a contratação de funcionários, ainda que seja em substituição a outro que por qualquer motivo tenha deixado o quadro de colaboradores, morte, aposentadoria, pedido de demissão etc. A autorização será concedida pelo juiz após a manifestação do administrador judicial e o comitê de credores, se houver. Interessante anotar que relativamente ao comitê de credores parece que neste tipo de recuperação especial não haverá como concebê-lo, pois a LRE diz que o referido comitê será constituído mediante a convocação de assembléia-geral (art.

26), já o artigo 72 diz que não será convocada assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano especial, em não havendo comitê a sua manifestação ficará prejudicada, e o requisito estará formalmente preenchido com a manifestação do administrador judicial.

Não haverá suspensão da prescrição nem das ações executórias de créditos, cujo plano não tiver força para abrangê-lo, assim o credor que estiver fora do plano poderá requer a execução de seu crédito, a retirada de máquinas e equipamentos alienados em contrato fiduciário ou arrendamento mercantil a falência do devedor, ou seja, a blindagem concedida ao devedor na recuperação geral não o alcança na recuperação especial.

1.3 Da rejeição ao plano.

Como já foi dito acima fica dispensada a convocação de assembléia-geral de credores para deliberação sobre o plano, e sendo atendidas as formalidades necessárias o juiz concederá a recuperação judicial, creio que a lei não dá ao magistrado qualquer opção à negativa se forem preenchidas as formalidades exigidas pela LRE, contudo o juiz julgará improcedente o pedido de recuperação judicial decretando-se a falência do devedor se houver objeções.

As objeções já foram abordadas no capítulo IV item 1.2 para onde remeto o leitor, porém é necessário tecer alguns comentários no que tange a objeção ao plano de recuperação especial de empresa. A Lei alude à decretação da falência se houver objeções de credores que detenham mais da metade dos créditos, dando a nítida impressão que basta haver impugnação e a falência será decretada. Creio que está não é a melhor exegese ancorada no artigo 47 da LRE. Como dito alhures, não basta o simples desejo de apresentar objeção por parte do credor, terá ele que trazer argumentos sólidos demonstrando o

prejuízo em seus créditos, havendo neste caso um interesse jurídico maior, evidenciando também a infração contratual para que haja a rejeição do plano e conseqüentemente a decretação da falência do devedor, e para tanto a objeção terá que ser acolhida, sendo insuficiente a simples apresentação.

CAPÍTULO VII.

RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

1.1 Plano Especial de recuperação.

O legislador ao instituir o plano de recuperação extrajudicial inserido nos artigos 162/167 da LRE visou simplificar a negociação entre devedor e credor sem que aquele tenha caracterizado sua falência como era na vigência do Decreto-Lei⁸¹ 7.661/45, (art. 2º inciso III). Contudo esta modalidade de recuperação necessita de habilidade negocial por parte do devedor na superação dos obstáculos para incutir nos credores, ávidos a receberem seus haveres, a expectativa de pagamento em um tempo de até dois anos. Não é tarefa fácil, pois sabemos todos que no mundo capitalista os mais ricos ditam as regras que melhor lhes aprouver.

Não sem razão grande parte dos estudiosos acerca da matéria vem demonstrando ceticismo na recepção e utilização do instituto da recuperação extrajudicial como assevera Manoel Justino Bezerra Filho⁸² ao dizer que “provavelmente os credores com maior poder de influência é que tentarão ditar as regras do acordo, sob pena de não participarem dele e poderem levar a empresa à falência. O grande credor apenas concordará com o

⁸¹ Decreto-Lei 7.661/45 - Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: I –Omissis. II – Omissis. III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens;

⁸² Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Revista dos Tribunais – 2009 – 6ª ed. Pag. 315

acordo se este atender a seus interesses, conforme a regra normal que impele as decisões do mundo capitalista". O autor não está sendo pessimista, apenas constatando o que ocorre no mundo dos negócios, aonde não se admite qualquer tipo de prejuízo, ainda que isso venha acarretar males piores para a empresa já desajustada.

Com o mesmo tom melancólico o Desembargador Juran-
dir de Souza Oliveira⁸³ da 18ª Câmara Direito de Privado do E-
grégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o
Agravo de Instrumento nº 7.303.155-5, transcreve trecho de ar-
tigo retirado do site direitosantos.com.br, onde se lê: "A Re-
cuperação judicial revelou-se um instituto de grande utilida-
de, tendo sido empregada por diversas empresas de destaque no
cenário nacional, tais como Bombril S/A. e Varig S/A. Lamenta-
velmente, o mesmo não pode ser dito da recuperação extrajudi-
cial, instituto que parece fadado ao esquecimento, em razão de
inúmeros empecilhos legislativos e práticos que se apresentam
para a plena aplicação do instituto".

A nossa cultura não prima pela negociação, sendo
preferível a litigiosidade e por isso o instituto da recupera-
ção extrajudicial está mesmo fadado ao esquecimento como bem
lembrado pelo relator acima referido, contudo seria mais efi-
ciente se todos os envolvidos se esforçassem para não necessi-
tarem da interferência estatal.

Neste poucos anos de vigência da Lei 11.101/05 no-
ta-se que foram poucas empresas que buscaram a saída da crise
financeira utilizando-se da recuperação extrajudicial. Talvez
a explicação para o fenômeno esteja relacionada à dificuldade

⁸³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 7.303.155-5 (ap ao AI nº7.297.877-7). VOTO Nº 11661- Jurandir de Sousa Oliveira Relator – julgado em 15 de dezembro de 2008.(fonte WWW.tj.sp.gov.br/juris. acesso em 20/06/20110).

de negociação para se conseguir a aceitação dos credores que nem sempre suportam a idéia de ver seus créditos reduzidos ou o pagamento postergado.

As duas modalidades de recuperação – judicial e extrajudicial – são negócio de cooperação, de colaboração, um tipo de contrato de execução continuada, que, porém, deve ser o mais completo possível. Significa que a redação do instrumento que desenha o plano e ao qual aderem os credores deve ser cuidadosa, prever medidas que sejam implementadas e com o máximo de eficiência, alternativas para as que não atinjam os objetivos, tudo para que se evitem negociações durante a implementação do plano que possam dar espaço a comportamentos oportunistas, quer do devedor, quer de alguns credores, assim ensinam Carlos Henrique Abrão e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo⁸⁴, e não há como discordar, pois em não havendo cooperação e colaboração, qualquer plano de recuperação de empresa – judicial ou extrajudicial – ainda que apresente condições concretas para alcançar seu desiderato, serão obstadas ou pelo menos as dificuldades para implementação do plano serão muito maiores.

1.2 Requisitos para a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Para que seja homologado um plano de recuperação extrajudicial o artigo 161 da LRE exige que o devedor preencha os requisitos do art. 48. (o referido artigo foi objeto de estudo no capítulo I para o qual remetemos o leitor). Pela leitura do texto da lei nota-se que esta modalidade de recuperação, *a priori*, abrangerá os créditos quirografários, pois não

⁸⁴ Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Editora Saraiva – São Paulo – 2007 – 2ª ed. – pag. 462/463.

poderão ser inseridos no plano os créditos de natureza tributária, aqueles oriundos da relação de trabalho ou de acidente do trabalho. Também não serão objetos do plano os créditos de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendamento mercantil, do proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio. Por último é vedada a inclusão de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, desde que o crédito esteja devidamente formalizado nos termos do art.⁸⁵ 75, §§ 3º e 4º, da Lei 4.728/65, e o prazo da operação não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competentes, já incluída eventuais prorrogações.

As restrições contidas na lei deverão ser observadas com rigor quando se tratar de créditos tributários, quanto aos demais poderá ser objeto de negociação, desde que os credores aceitem participar da recuperação do devedor, pois o § 1º do art. 161 não proíbe a adesão, apenas torna seus créditos inatingíveis pela recuperação sem a sua concordância, cabendo ao devedor dispensar igual tratamento aqueles que não concordarem com o plano e não ingressarem na recuperação, ficando livres para proporem inclusive as ações de execução de seus créditos e pedido de falência do devedor.

⁸⁵ Lei 4.728/65 - Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

§ 1º Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora.

§ 2º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor.

§ 3º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4º As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.

Com esta interpretação foi julgado o Agravo de Instrumento nº 7.303.155-5 da lavra do Eminentíssimo Desembargador Jurandir de Sousa Oliveira da 18ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁸⁶ no dia 15/12/2008, entendendo que na dicção do § 4º do art. 161 não há suspensão do prazo para interposição de ação executiva para os credores que não aderiram ao plano de recuperação extrajudicial.

Como cediço é sempre possível exceção à regra, e um bom exemplo está no julgamento do Agravo⁸⁷ de Instrumento nº 0473553-69.2010.8.26.0000 da Comarca de São Paulo, onde a Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso entendendo que o crédito reclamado pela agravante não estava sujeito à recuperação extrajudicial, pois incidia sobre ele a norma inserida no art. 5º § 1º da Lei⁸⁸ nº 10.820/03, não a norma do art. 161, § 1º, e art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, como pleiteava a recorrente.

No caso a agravante alegava ser credora de valores derivado de contrato consignado para desconto em folha de pagamento de funcionários da devedora, que tinha a obrigação de

⁸⁶ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 18ª Câmara Direito – Privado - Agravo de Instrumento nº 7303155,-5 da Comarca de São Paulo - Agravante Granito Concreto Ltda - Agravado Moura Schwark Construções Ltda – Acórdão 02102945 – Relator Desembargador Jurandir de Sousa Oliveira – Julgamento em 15/12/2008. (fonte www.tj.sp.gov.br/juris. acesso em 25/06/2011).

⁸⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Câmara Reservada à Falência e Recuperação - Agravo de Instrumento nº 0473553-69.2010.8.26.0000 da Comarca de São Paulo - Agravante BV FINANCEIRA S/A - Agravado GRADIENTE ELETRÔNICA S/A. – Acórdão 03425657 – Relator Desembargador Romeu Ricupero – Julgamento em 01/03/2001. (fonte www.tj.sp.gov.br/juris. acesso em 25/06/2011).

⁸⁸ Lei 10.820/03 - Art. 5º O empregador será o responsável pelas informações prestadas, pela retenção dos valores devidos e pelo repasse às instituições consignatárias, o qual deverá ser realizado até o quinto dia útil após a data de pagamento, ao mutuário, de sua remuneração mensal.

§ 1º O empregador, salvo disposição contratual em sentido contrário, não será co-responsável pelo pagamento dos empréstimos, financiamentos e arrendamentos concedidos aos mutuários, mas responderá sempre, como devedor principal e solidário, perante a instituição consignatária, por valores a ela devidos, em razão de contratações por ele confirmadas na forma desta Lei e seu regulamento, que deixarem, por sua falha ou culpa, de serem retidos ou repassados.

descontar da folha de pagamento de seus funcionários o valor do mútuo e repassar à recorrente. Como a recuperanda não tinha procedido desta forma a recorrente ingressou com ação de cobrança, alegando que seu crédito não estava sujeito à recuperação extrajudicial pedido pela devedora. Os julgadores entenderam de forma diferente afirmando que: (...) não resiste a qualquer análise a tentativa da agravante de se sujeitar às exceções previstas no § 1º do art. 161 da Lei 11.101/2005, eis que não é titular de créditos de natureza tributária, ou derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho ou, finalmente, não se encontra o seu crédito entre aqueles relacionados no § 3º do art. 49 e no inciso II do caput do art. 86, ambos da mesma Lei.

1.3 Da transformação do título.

O plano de recuperação extrajudicial poderá ser objeto de tratativa entre as partes sem a necessidade de pedido de homologação em juízo, permanecendo sem alteração a natureza do título, contudo após o ingresso em juízo os títulos de créditos extrajudiciais transformam-se em títulos executivos judiciais nos termos do inciso III do art. 475-N do Código de Processo Civil.

Manuel Justino Bezerra Filho⁸⁹ adverte para um aspecto de natureza processual com relação à competência do juízo, asseverando que o § 8º do art. 6º da Lei 11.101/05 estabelece que a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição; diferentemente o pedido de homologação da recuperação extrajudicial não traz esta prevenção, pelo menos *ex vi legis*, devendo ser distribuído livremente eventual requerimento de falência. Porém se for pedido a

⁸⁹ Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Revista dos Tribunais – 2009 – 6ª ed. Pag. 321

falência, não há impedimento para que o devedor valha-se do disposto no art. 95 para, dentro do prazo de contestação, pleitear sua recuperação judicial.

1.4 Do pedido e da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Como adrede versado se o devedor preencher os requisitos do art. 48 da LRE poderá propor mediante negociação com os credores o plano de recuperação extrajudicial. Se existir pedido recuperação judicial tramitando o devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, ou seja, não haverá dois pedidos de recuperação, ainda que sejam de natureza distinta.

Para requerer a homologação da recuperação extrajudicial, o devedor trará sua justificativa e o documento contendo os termos e condições, com as assinaturas dos credores que aderiram ao plano, que naturalmente terá que preencher os requisitos do art. 104 do Código Civil⁹⁰.

O devedor poderá, ainda, requerer a homologação de recuperação extrajudicial obrigando a todos os credores de cada espécie, desde que assinado pelos titulares que detenham mais de três quintos dos créditos. Interessante notar que o art. 163 da LRE fala em “crédito e espécie”, ou seja, valerá para obrigar os credores de cada espécie contida no plano, v.g, créditos com garantia real; créditos com privilégio especial que são aqueles previstos no art. 964 do Código Civil; e créditos quirografários etc.

⁹⁰ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz; - II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Para composição do montante dos créditos não serão computados aqueles pertencentes aos sócios do devedor, das sociedades coligadas, empresas controladoras ou controladas pelo devedor ou tenham sócios ou acionistas com participação superior a dez por cento do capital social do devedor. Também ficará fora da composição do montante de crédito aqueles que tenham por titular o cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º segundo grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções. Portanto, os créditos que poderão ser utilizados para composição do montante de cada espécie ficarão restritos àqueles em que não haja ligação com o devedor, evitando-se dessa forma qualquer tentativa de manipulação do resultado da adesão ao plano.

A supressão de garantia real ou sua substituição, e a variação cambial da moeda estrangeira somente será afastada mediante a aprovação expressa do titular do crédito no plano de recuperação extrajudicial.

Estando o pedido devidamente instruído com documentos previstos no caput do art. 162 da LRE, o devedor deverá, ainda, juntar a exposição pormenorizada da sua situação patrimonial; a demonstração contábil relativa ao último exercício social e aquelas levantadas para instruir o pedido na forma do inciso II do caput do art. 51 da LRE; documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir. A relação nominal completa dos credores indicando o endereço, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando a origem, os vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

Mutatis mutandis, os requisitos para que a homologação do plano de recuperação extrajudicial seja levada ao ju-

ízo não difere daqueles exigidos para a recuperação judicial, mormente porque as conseqüências advindas serão de iguais proporções, tanto nos benefícios quanto nos malefícios.

O juiz ao receber o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, mandará publicar edital na imprensa oficial e em jornal de grande circulação nacional e na localidade onde se situa a sede, bem como onde se situa as filiais do devedor convocando os credores para que no prazo de (30) trinta dias apresentem suas impugnações juntando as provas de seu crédito. A lei exige que na oposição ao plano somente possa ser alegada o não preenchimento do percentual mínimo previsto no caput do art. 163, a prática de quaisquer atos daqueles previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 todos da LRE, ou descumprimento de requisitos necessários à concessão do pedido previstos na LRE. Se forem apresentadas impugnações será aberto o prazo de (5) cinco dias para o devedor se manifestar

O devedor deverá cientificar por meio de correspondência a todos os credores sujeito ao plano informando que o pedido tramita em juízo, as condições do plano apresentado e prazo para impugnação e, comprovar o envio nos autos no prazo de trinta dias, sendo que o prazo só começará a correr para o credor apresentar sua impugnação com a comprovação nos autos do recebimento da correspondência.

Não há previsão na LRE de como será o trâmite das impugnações, se apensadas, apartadas ou nos próprios autos. Para não causar tumulto processual entendo que as impugnações deverão tramitar em autos apartados, por isso ao serem apresentadas tais impugnações, estas deverão vir acompanhadas de toda a documentação necessária ao julgamento.

Manoel Justino Bezerra Filho⁹¹ afirma que da decisão que resolve a impugnação não cabe qualquer tipo de recurso, sem tirar do impugnante o princípio da ampla defesa, apenas postergando-se o recurso para após a sentença que deferirá ou não a homologação do plano. Com o respeito e acatamento que o autor merece entendo que no caso de ser indeferido o pedido de impugnação o impugnante terá sim o direito ao recurso, seja de apelação no caso de sentença ou Agravo no caso de uma decisão interlocutória.

A impugnação tem a matiz de embargos e conseqüentemente exigirá a prolação de uma sentença da qual ensejará a interposição de apelação sem efeito suspensivo. A discussão aqui se torna mais acadêmica porque na prática se o plano de recuperação for homologado, e o impugnante vier a apelar da sentença que julgou a impugnação improcedente fatalmente o julgamento do recurso pelo Tribunal *ad quem* virá muitos anos após a conclusão do plano homologado, talvez por isso a linha de pensamento do autor acima referido esteja correta.

1.5 Do indeferimento do pedido.

Se for constatada qualquer irregularidade no pedido, tais como simulação de crédito, vícios de representação dos aderentes ao plano, ou for acolhida alguma impugnação apresentada pelos credores a homologação será indeferida por sentença da qual caberá apelação sem efeito suspensivo, (§ 7º do art. 164).

Em não havendo outras implicações o caminho mais curto para se alcançar o desiderato, será sanar os vícios que levaram a rejeição do pedido e apresentá-lo novamente, pois eventual apelação, como dissemos, levará anos aguardando julgamento no Tribunal, talvez tempo suficiente para que o deve-

⁹¹ Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Revista dos Tribunais – 2009 – 6ª ed. Pag. 329. (11)

dor tenha sido forçado a um pedido de recuperação judicial ou mesmo a falência.

1.6 Dos efeitos da homologação.

Os efeitos do plano de recuperação extrajudicial passarão a ser produzidos após a homologação judicial, o que é de todo salutar, contudo como se trata de negociação entre pessoas capazes, a lei não proíbe que os efeitos possam alcançar tempo pretérito, contudo os efeitos anteriores não podem ir além da modificação do valor ou forma de pagamento dos credores anuentes ao plano.

Caso o devedor tenha por objetivo alienar bens no plano apresentado para homologação, v.g, filiais ou unidades produtivas, caberá ao juiz ordenar a alienação nos termos do art. 142 da LRE, ou seja, por lances orais, propostas fechadas ou pregão.

CONCLUSÃO.

No estudo que realizamos, notamos que a Lei 11.101/05 desde o seu nascedouro teve como premissa maior dar às ao devedor a possibilidade de contornar situações de dificuldades enfrentadas em tempos de economia estagnada ou mesmo em outras situações não tão difíceis, contudo a essência do fim colimado é mesmo a manutenção da unidade produtiva, e com ela toda a gama de benefícios sociais, que uma empresa saudável poderá oferecer.

As leis em sua essência, por se tratar de uma obra realizada pelo ser humano, é sempre maculada pela imperfeição. A Lei 11.101/05 necessitará de correções para facilitar sua aplicação e neste processo de aperfeiçoamento, doutrina e jurisprudência terão, como sempre, papel de destaque aparando as arestas e aplainando os caminhos por onde o devedor necessitado poderá se socorrer.

O mais importante é entender que a Lei de Falência e Recuperação de Empresas não visa socorrer o devedor relapso, mas aquele que busca manter sua empresa produzindo e assegurando os postos de trabalho para seus colaboradores.

BIBLIOGRAFIA.

ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo, Saraiva, 2007, 2ª ed.

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ARAÚJO, José Francelino de. Comentários à Lei de Falências e Recuperação de empresas, Saraiva, São Paulo, 2009.

BRAGA, Rúben. Falências e Concordatas, São Paulo, Saraiva, 1.938, 2ª ed.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, São Paulo, Saraiva, 2005.

-Revista do Advogado, São Paulo, Setembro 2009, nº 105.

-Curso de Direito Comercial, São Paulo, Saraiva, 2002, vol.3, 3ª ed.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, Campinas, Bookseller, 2009, 4^a ed.

FILHO, Manoel Justino Bezerra. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, 6^a ed.

JÚNIOR, Sidnei Amendoeira. Fungibilidade de Meios, Atlas, São Paulo, 2008.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Atlas, São Paulo, 2008, 4^a ed.

NICOL, Donald Mac. Revista do Advogado, São Paulo, Setembro 2009, n° 105.

MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas, Atlas, São Paulo, 2008, 2^a ed.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, Saraiva, São Paulo, 2001, 31^a ed.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentários à Nova Lei de Falência, São Paulo, IOB Thomson, 2005.