



Recebido em 16 de fev. 2016.

Aceito em 31 de mar. 2016.

## A INEFICIÊNCIA DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DE UMA ANÁLISE SOBRE AS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI 11.101/05

*Lumena Maria Nogueira Lopes Costa\**

**RESUMO:** É notório o fato que apenas uma quantidade inexpressiva de empresas brasileiras consegue se reerguer utilizando o instituto da recuperação judicial exposto na Lei 11.101/05. O surgimento de tal legislação buscou obter histórias de sucesso em relação a empresas viáveis que estivessem em uma eventual crise econômico-financeira, substituindo, inclusive, o defasado Decreto-Lei 7.661/45. Contudo, apesar do magistral intento, as recuperações judiciais positivas põem-se como casos isolados. Para tanto, através do presente artigo científico busca-se analisar quais os principais pontos falhos em relação à recuperação judicial, intentando-se, conjuntamente, fazer uma análise sobre a interpretação das disposições contidas na Lei 11.101/05.

**Palavras-chave:** Recuperação judicial. Lei 11.101/05. Falhas. Decreto-Lei 7.661/45.

### 1 INTRODUÇÃO

O foco do legislador ordinário ao instituir mecanismos recuperatórios destinou-se a cumprir um mandamento da Constituição Federal de 1988, já que dispõe sobre a necessidade de atender a função social da propriedade e a de incentivar a atividade econômica (art. 170, II e 174, CF/88), além de levar em consideração o fato de que as empresas são fundamentais para o desenvolvimento nacional.

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 8º período.

Sendo assim, o propósito da tutela recuperatória realçada no Direito Empresarial emerge de visível mandamento constitucional. Por isso, da Constituição Federal advém o objetivo da recuperação proposta em Juízo, visando, sempre que possível, manter a dinâmica empresarial (fonte de produção, interesse do grupo de credores e empregos).

A Lei 11.101/2005 distanciou-se das legislações falimentares anteriores ao diferenciar “empresa” de “empresário”, centralizando sua atenção à primeira. Aqui, a palavra “empresa” deve ser compreendida em seu aspecto técnico, ou seja, como o exercício da própria atividade empresarial. Diferentemente, o Decreto-Lei 7.661/45 tutelava a recuperação do devedor, conferindo um “favor legal” direcionado ao titular da empresa – o empresário individual ou a sociedade empresária, dirigindo-se à pessoa (caráter subjetivo) e não à própria empresa (caráter objetivo). Entretanto, um dos princípios importantes extraídos da Lei 11.101/2005 é o da preservação da empresa viável (caráter funcional). Nesse viés, pode-se dizer que o caráter funcional da empresa se sobrepõe ao mero interesse do titular da atividade (caráter subjetivo). De modo que, caso mostre-se necessária a instituição de uma gestão técnico-profissional adequada, os próprios empresários e administradores podem ser temporariamente afastados de suas funções.

Nada obstante, apesar de apresentar pontos de significativo avanço relacionados à recuperação da empresa, a Lei 11.101/2005 apresenta alguns “defeitos” e contradições que dificultam uma efetiva recuperação. Nesse sentido, o número de pedidos de recuperação judicial e a quantidade de empresas que concretamente se recuperam é preocupante, revelando assim, a ineficiência do instituto da tutela recuperatória judicial.

Nesse viés, levando em consideração as diretrizes mencionadas anteriormente, o presente artigo busca analisar a aplicação do instituto, de modo a esclarecer a relação entre viabilidade das empresas e recuperação judicial. Ademais, visa-se questionar a exequibilidade

de algumas disposições que estão na Lei 11.101/05, como a exigência das certidões negativas de débito e sua compatibilidade com o instituto da recuperação judicial. Além disso, abordar-se-á temas pertinentes ao assunto, como a influência da legislação americana sobre a brasileira e suas consequências.

Com isso, através de pesquisa jurisprudencial, estatística e bibliográfica, busca-se demonstrar a ineficiência da recuperação judicial nos parâmetros que atualmente se evidenciam, revelando a necessidade de mudanças atinentes à legislação ora em vigor.

Sendo assim, visa-se fazer uma análise relacionada aos principais quesitos falhos da Lei supracitada, buscando compreender qual o predominante motivo dos crescentes números de insucesso em relação ao instituto da recuperação judicial no Brasil.

## **2 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A recuperação judicial é uma oportunidade concedida à empresa para supera-

ção de uma eventual crise econômico-financeira, possibilitando-a continuar suas atividades por meio de uma ação judicial<sup>1</sup>. Assim, apesar das atribulações que passa, a empresa viável economicamente é autorizada a manter-se funcionando, mediante envolvimento dos credores, com intervenção do Poder Judiciário e, em algumas situações, do Ministério Público (CF/88, art. 127 c/c arts. 8, 52, V e 59, § 2 da Lei 11.101/05).

Para que seja possível que o empresário devedor possa requerer judicialmente a recuperação, ele deverá provar documentalmente sua condição de empresário, além de cumprir cumulativamente os requisitos legais dispostos no art. 48<sup>2</sup> da Lei de Recuperação Judicial.

Ao que se tangem as possíveis formas de recuperação, a Lei 11.101/05 trouxe em seu art. 50 alguns meios, contudo, tal rol é meramente exemplificativo, já que há a possibilidade de serem adotados meios que não estão exemplificados no referido artigo. É essencial ressaltar que os instrumentos trazidos pela Lei são jurídicos, administrativos, financeiros e econômicos e caberá ao devedor optar por quais constarão em seu plano de recuperação judicial. Entretanto, independentemente do meio escolhido, o plano deverá traçar de forma detalhada<sup>3</sup> como a forma estabelecida conduzirá a empresa à estabilidade financeira. Nesse sentido, a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz ressalta que:

O art. 50, I ao XVI, da Lei n. 11.101/2005 enumera algumas formas possíveis de recuperação judicial, que poderão ser usadas, tais como: concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade; alteração do controle societário substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos: trespasse, redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convecção coletiva; dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, venda parcial dos bens; emissão de valores mobiliários, etc. (DINIZ, 2013, p. 203).

Ademais, a recuperação judicial é uma forma de evitar que uma empresa revolva a falência, instituto mais gravoso. Para tanto, quando uma empresa necessita de determinado tempo para reorganizar suas atividades, poderá suscitar o instituto da recuperação judicial, visando superar uma momentânea crise econômico-financeiro. Nesse âmbito, preconiza Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 97):

1 A forma ordinária de recuperação judicial está disposta entre os arts. 47-69; já a forma especial, direcionada às microempresas e empresas de pequeno porte está entre os arts. 70-71 da LRE.

2 Art. 48 da Lei 11.101/05. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

3 Entretanto, segundo Paulo Arnoldi (2005, p. 84): “o que tem criado certa dificuldade na aprovação dos planos de recuperação judicial é a complexidade do processo de negociação com os credores, ou seja, as dificuldades de reunir em um único plano soluções que atendam os interesses de credores tão diversos, que pode englobar, desde um simples produtor rural, a um banco internacional”.

Recuperar significa readquirir, reconquistar, reaver, recobrar. A palavra traz o sentido de restauração. A LRE optou pela denominação recuperação de empresa, precisamente para designar o restabelecimento da normalidade da atividade econômica. Poderia ter escolhido reorganização, ou, até mesmo, reestruturação. Ficou mesmo com recuperação, portanto, elegendo conotação de procedimento destinado a reestruturar a saúde econômica da empresa.

Diante da interpretação da legislação ora analisada, aduz-se que, em princípio, suas disposições buscaram suscitar a manutenção da fonte produtora e de trabalho gerada pela empresa. Segundo o art. 47 da lei supramencionada, a recuperação judicial tem o nítido propósito 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”.

Para isso, o devedor deverá apresentar o plano de recuperação judicial no prazo de sessenta dias contados a partir da publicação do deferimento da recuperação, sob pena de convalidação da recuperação judicial em falência<sup>4</sup>. O plano de recuperação judicial aprovado deverá ser cumprido pelo devedor em até dois anos da concessão<sup>5</sup>, sob pena de decretação judicial da falência<sup>6</sup>. Por fim, havendo o pagamento de todos os débitos, o devedor estará apto a requerer ao juiz a declaração, por meio de sentença, do encerramento da recuperação judicial.

## **2.1 A aplicação do instituto da recuperação judicial condicionada à viabilidade das empresas**

Apesar do nítido caráter incentivador do instituto, não são todas as empresas que merecem ou devem ser recuperadas. Isso, porque reorganizar um negócio é um árduo e custoso trabalho. Não apenas isso, mas alguém há de custear a recuperação, seja por meio de investimentos no negócio em crise ou em perdas parciais ou totais de crédito. Para Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 412), quem paga pelo custeio da recuperação das empresas é a própria sociedade brasileira, levando em consideração que: “como é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas”.

Nesse sentido, os agentes econômicos atribuem ao preço de seus produtos as taxas de risco intrínsecas à recuperação judicial, tornando os seus produtos ou serviços mais caros. De tal forma, o ônus da remodelação das empresas no Brasil recai sobre a própria sociedade brasileira, exatamente por isso, Ulhôa (2014, p. 58) afirma que não é toda empresa que deve ser recuperada, entretanto, deve-se analisar a real viabilidade de obter sucesso com tal recuperação.

4 Art. 53 da Lei 11.101/05.

5 Art. 61 da Lei 11.101/05.

6 Art. 73, inciso IV da Lei 11.101/05.

Dessa maneira, somente as empresas viáveis merecem ser recuperadas, ou seja, aquelas que façam jus ao sacrifício elencado pela sociedade. Nesse viés, o juiz Luiz Roberto Ayuob<sup>7</sup> (2010), magistrado condutor do processo de recuperação judicial da Varig, enfatizou que a lei pode ser bastante eficaz se utilizada corretamente e na recuperação de empresas *viáveis*.

Com o crescente número de recuperações judiciais falhas no Brasil, visando dirimir tal situação, os magistrados estão barrando pedidos inviáveis de recuperação judicial. “Só aprovo o pedido depois de avaliar que a empresa tem um negócio viável”, é o que diz o juiz Daniel Carnio Costa (2015, p. de internet), da 1ª Vara de Falências de São Paulo que rejeitou dezoito pedidos de recuperação judicial em 2013. Nesse âmbito, segundo Rodrigo Haidar (2009, p. de internet), a atuação dos magistrados no papel de sedimentação da LRE é crucial, haja vista que é necessário que o processo de recuperação seja conduzido com cautela e atenção.

Para tanto, definir a viabilidade das empresas não é uma questão fácil, contudo, caberá ao magistrado, partindo de uma análise minuciosa do balanço econômico-financeiro da empresa, decidir se ela é viável ou não. Não apenas isso, mas ao analisar a viabilidade, deverão ser levados em consideração aspectos importantes, tais como: o tempo da empresa; os empregos constituídos; a importância da empresa para sociedade; seu porte econômico; e outros aspectos que se mostrem relevantes ao caso concreto.

### 3 ASPECTOS FALHOS RELACIONADOS À TUTELA RECUPERATÓRIA JUDICIAL NO BRASIL

Apesar de aspectos positivos, a Lei de Recuperação Judicial tem apresentado números alarmantes nos últimos anos. Estima-se que, segundo dados de 2013 da consultoria Corporate Consulting<sup>8</sup> das 4.000 empresas que pediram recuperação no Brasil desde a vigência da “nova” lei, apenas 1% saíram efetivamente recuperadas<sup>9</sup>. Cerca de 10 % faliram e o restante continuou sob a tutela dos administradores. Além disso, existem casos esdrúxulos de recuperações judiciais que se estendem por um tempo demasiadamente longo, como é o caso da Sansuy Indústria de Plásticos S/A que está em recuperação judicial há nove anos (o pedido foi realizado em 22/12/05 no Rio de Janeiro)<sup>10</sup>.

Constantemente, casos de recuperações judiciais que se arrastam no Judiciário

7 BASTOS, Livia. Juiz explica sobre o fim do processo de recuperação judicial da Varig. **JUSBRASIL**, São Paulo, 03 set. 2010. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/1842632/juiz-explica-sobre-o-fim-do-processo-de-recuperacao-judicial-da-varig>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

8 GAZZONI, Marina. Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil. **O ESTADO DE S. PAULO**, São Paulo, 14 out. 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

9 Tal estatística não leva em consideração as empresas que estavam em concordata e passaram à recuperação judicial quando a Lei 11.101/05 foi criada.

10 LUDERS, Germano. Poucas empresas em recuperação judicial se salvam no Brasil. **EXAME**, São Paulo, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1056/noticias/a-intencao-era-boa>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

sem uma definição final impõem uma grande barreira ao sucesso do instituto. Por conseguinte, o baixo número de sucesso em relação à recuperação judicial está relacionado a fatores que vão desde o alto custo do processo ao tempo excessivo que pode se perpetrar uma recuperação.

Segundo Thomas Felsberg<sup>11</sup> (2015), um especialista em recuperação judicial no país, por mais completa que seja uma lei de recuperação, é essencial ajustá-la periodicamente em três ou quatro anos. Isso, apesar de ter ocorrido em diversos países, não ocorreu no Brasil e nem está na pauta do governo para ser realizado. A Lei de Recuperação Judicial, embora seja intitulada como “nova” pelos magistrados e doutrinadores, completa onze anos em fevereiro de 2016.

Pode-se dizer que tal entendimento advém da concepção que a prática é diferente da teoria e é crucial que os dispositivos legais sejam analisados, de modo que seja verificado se estão surtindo os efeitos buscados. Caso a resposta seja positiva, que sejam mantidos, caso contrário, mostra-se necessário um ajuste posterior na legislação.

Ainda sobre este tema, Felsberg<sup>12</sup> (2015) afirma que são necessários inúmeros ajustes na Lei, especialmente em virtude de o empresário brasileiro não dispor de uma segunda chance. A Lei 11.101/05 estabelece que ele poderá recomeçar seus projetos empresariais após cinco anos, contados a partir do final do processo de insolvência. No entanto, a grande problemática nesse sentido é a questão do longo período que as ações de execução levam para ocorrer. Por isso, como exposto no art. 48 da Lei 11.101/05, a cumulatividade dos requisitos necessários para que seja concedida uma segunda chance ao devedor dificultam bastante a acessibilidade da própria recuperação judicial.

Nesse viés, a empresa, ao não ter cumprido ao tempo da crise econômico-financeira, os requisitos necessários para recuperação, postergará suas atividades ruinosas, acarretando, futuramente, a inviabilidade da utilização do instituto.

Ao interpretar a norma, vê-se certo receio do legislador em acreditar na boa-fé do empresário que já passou por uma falência. O mais cruel dos requisitos dispostos no art. 48 da LRE é o que dispõe sobre a necessidade de não ser falido, e caso seja, que a falência tenha sido declarada extinta por sentença transitada em julgado. Ora, existem processos de falência que estão abertos há décadas. Um caso bastante noticiado na mídia relacionou-se a falência decretada em 1999 da construtora Encol em Goiás, de modo que tal processo durou 14 anos, 500 volumes e mais de 153 mil páginas<sup>13</sup>. Ao editar a norma, o legislador não levou em consideração o tempo que normalmente duram os processos falimentares no Brasil, gerando um impasse em relação ao que está disposto na lei e o que efetivamente ocorre.

11 BARBOSA, Mariana. Advogado sugere rever lei da recuperação judicial. **FOLHA DE S. PAULO**, São Paulo, 27 mar. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1608832-advogado-sugere-rever-lei-da-recuperacao-judicial.shtml>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

12 BARBOSA, Mariana. Advogado sugere rever lei da recuperação judicial. **FOLHA DE S. PAULO**, São Paulo, 27 mar. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1608832-advogado-sugere-rever-lei-da-recuperacao-judicial.shtml>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

13 VIEIRA, Renato. Relatório final da massa falida da Encol é entregue à Justiça, em Goiás. **GI**, 16 jun. 2013. Disponível em: <<http://globo/15PRk4Q>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

Apesar disso, o que se vê, nesse momento, é a necessidade de se preservar o mandamento constitucional que preza pela necessidade de atender a função social da propriedade e de incentivar a atividade econômica (art. 170, II e 174, CF/88), por isso, postergar o insucesso da empresa, levando apenas em consideração aspectos falhos da própria lei é o caminho menos viável, já que o essencial é incentivar que a empresa volte a ser produtiva e funcione normalmente.

Não só isso, mas o inciso IV do art. 48 da Lei 11.101/05 dispõe que para requerer a falência, o devedor não poderá ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, alguma pessoa que tenha sido condenada em algum dos crimes previstos na LRE. Nesse sentido, segundo Ricardo Negrão (2014, p. 165):

De fato, o texto do art. 48, IV, exige reflexão sobre a razão legislativa que impôs impedimento de cunho pessoal em ação que tutela a empresa e não seus titulares, ademais, parece existir certa incoerência na opção do legislador ao exigir prova de idoneidade do titular da empresa, ao mesmo tempo que proclama a separação dos conceitos de empresa e de empresário<sup>14</sup>.

Ao basear-se no princípio da preservação da empresa sobrepondo-se ao interesse do devedor, vê-se que tal dispositivo apresenta uma incoerência e um patente retrocesso, partindo da concepção que a lei inovou ao conceder a recuperação judicial à empresa e não ao empresário, mas manteve alguns resquícios desvantajosos da legislação anterior. Isso, porque o DL 7.661/45 além dos crimes falimentares, também incluía em tal rol todos os crimes de natureza patrimonial<sup>15</sup>. Percebe-se que atualmente o impedimento é mais suave, nada obstante, a antiga legislação deixou resquícios que dificultam ainda mais a utilização do instituto da recuperação judicial.

Assim, pode-se dizer que o disposto no art. 48, IV da Lei 11.101/05 apresenta um nítido retrocesso, já que embaralha a empresa com o empresário e seus administradores e renega o fato incontestável de que a empresa é um centro de atividades autônomo e independente.

### **3.1 Uma análise sobre a desproporcionalidade entre o crescente número de pedidos de recuperação judicial e a ínfima quantidade de empresas que efetivamente se reerguem**

Segundo estatísticas conferidas pelo Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações, no decorrer do ano de 2012, os pedidos de falência totalizaram 1.929, 11% a

14 De acordo com os pareceres n. 534 e 535 da Comissão de Assuntos Econômicos: “a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes”.

15 O art. 140, inciso III do antigo DL 7.661/45 estabelecia que não podiam impetrar concordata o devedor condenado por crime falimentar furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra economia popular.

mais do que em 2011, quando essas ações totalizaram 1.737. Ainda, a maior parte dos requerimentos foi suscitado por microempresas e empresa de pequeno porte (1.086), seguido de companhias de médio porte (530) e por grandes empresas (313)<sup>16</sup>.

Se analisado apenas o número de empresas que suscitam a utilização do instituto, a recuperação judicial pode ser considerada um sucesso. Nada obstante, tais números não são condizentes com a porcentagem efetiva das empresas que conseguem voltar ao mercado. Como dito anteriormente, a partir de dados de 2013 realizados por pesquisa feita pela Corporate Consulting, das 4.000 empresas que buscaram o instituto desde a vigência da Lei de 2005, cerca de 40 empresas voltaram a funcionar regularmente.

O ponto fulcral nesse sentido é que a maioria dos planos aprovados não se direcionam a reestruturação da empresa em si, entretanto, não passam de uma renegociação de dívidas. Tal fator explica em parte o motivo da taxa de recuperação ser tão baixa.

Como se sabe, a recuperação judicial foi instituída para substituir a antiga concordata regulada pelo DL 7.661/45 e proporcionar uma nova oportunidade às empresas, possibilitando-lhes a blindagem de cobranças por até 180 dias<sup>17</sup>. Em suma, tal plano deverá ser aprovado pelos credores e cumprido até o fim, cabendo ao magistrado a decisão de encerrar o processo.

Entretanto, o problema é o desvio evidenciado em tais planos, vez que o instituto da recuperação judicial prevê a possibilidade de a empresa reorganizar seus negócios e continuar realizando suas atividades normalmente, para que, posteriormente, venha a quitar suas dívidas. Porém, mais que um plano de reestruturação do negócio, a recuperação judicial tem se tornado um meio restrito de renegociação as dívidas, pondo em segundo plano a real efetivação do instituto, qual seja, a recuperação da empresa, já que “apenas recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social” (CAMPINHO, 2012, p. 15).

Para tanto, o que efetivamente ocorre é que as empresas em recuperação continuam funcionando somente para quitar seus débitos, processo que permite uma empresa permanecer exercendo suas atividades, em muitos casos, com uma estrutura ineficiente, postergando apenas o insucesso do negócio. Nesse aspecto, o ponto mais difícil é conseguir a confiança dos credores. Nesse sentido, Fábio Ulhôa (2012, p. 442) relata sobre a importância da realização de um plano de recuperação judicial consistente:

A peça mais importante do processo de recuperação judicial é, com certeza, o plano de recuperação judicial; ele é que norteará a recuperação econômica financeira da empresa em crise. Se o plano de recuperação for consistente os credores terão segurança para entrarem com espírito de ajudar a empresa em dificuldade de sair da

16 <sup>17</sup>SEBRAE. Pedidos de falência aumentaram 11% no ano passado. **SEBRAE-SP**, São Paulo, 09 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br/index.php/45-noticias/financas/7290-pedidos-de-falencia-aumentaram-11-no-ano-passado>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

17 Art. 5 da Lei 11.101/05. Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência: [...] § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.



crise, para que o bem maior que é a preservação da empresa e sua função social sejam atingidos, se o plano for inconsistente será muito difícil a recuperação da mesma [...].

Como já mencionado, nos casos de recuperação judicial, o custeio desse processo há de ser financiado por alguém. Exatamente por isso, é necessário que a empresa se mantenha operante, nada obstante, em muitos casos, a empresa cessa suas atividades por não ter condições financeiras de efetuar o pagamento das obrigações básicas inerentes à empresa.

Por isso, o plano de recuperação também deverá conter de onde sairá o dinheiro para financiar a reestruturação da empresa. Pela falta de planejamento, muitas empresas se tornam inoperantes e com isso perdem clientes e o maquinário torna-se obsoleto, tornando ainda mais difícil sua recuperação. É nitidamente mais difícil recuperar um empreendimento se ele estiver fechado, em muitas situações, sendo apenas uma questão de tempo para que a recuperação judicial se converta em falência.

#### **4 O CHAPTER 11 DA LEGISLAÇÃO AMERICANA E SUA INFLUÊNCIA NA LEI 11.101/05**

A recuperação judicial brasileira foi inspirada no chamado *chapter 11* da legislação americana, o qual disciplina os mecanismos utilizados à recuperação das empresas nos Estados Unidos<sup>18</sup>. Nesse aspecto, o legislador brasileiro importou alguns pontos importantes da ideia norte-americana de recuperação judicial. Além disso, segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal concedido através do ministro Ricardo Lewandowski, o que se põe como primordial é a intenção do legislador em zelar pela função social da propriedade.

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada - autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exerceu, a teor do disposto no artigo 170, III, da Lei Maior<sup>19</sup>.

Apesar do magistral intento da Lei 11.101/05, ao capturar a ideia norte-americana, o legislador brasileiro não levou em consideração que o mercado americano é muito mais solícito às empresas que enfrentam o processo de recuperação judicial do que o brasileiro. Além de possuir uma legislação mais aprimorada, o ponto fulcral que impõe tamanha discrepância<sup>20</sup> em relação aos números apresentados volta-se à agilidade do processo e a maturida-

18 O chamado *chapter 11* americano é um capítulo inserido no Código de Falência dos Estados Unidos, o qual permite que uma empresa se recupere e pague aos seus credores, sendo todo processo acompanhado e supervisionado por um tribunal de falência.

19 STF. ADI 3.934- DF. Rel. Min Ricardo Lewandowski. J. 14.04.2009. DJU 22.04.2009.

20 Historicamente, 30% das empresas americanas voltam a funcionar normalmente após o processo de recuperação judicial, número bastante superior ao 1% das empresas brasileiras (GAZZONI, Marina. Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil. (O ESTADO DE S. PAULO, São Paulo, 12 out. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,so-1-das-empresas-sai-da-recuperao-judicial-no-brasil-,1085558,0.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2016).

de do mercado americano em encarar a recuperação judicial de uma empresa. Partindo dessa análise, além da importância dos próprios dispositivos legais, o que se vê é que a realidade socioeconômica americana possibilita que o instituto da recuperação seja bem mais proveitoso.

Nesse sentido, o que ocorre é que nos Estados Unidos a participação do credor é muito mais efetiva, não se restringindo a aprovação do plano de recuperação judicial. Nesse quesito, os credores se envolvem pouquíssimo no processo de recuperação judicial no Brasil. Ademais, o ponto mais difícil é o de convencer os bancos credores para que transformem o empréstimo monetário em uma participação acionária na empresa. Para tanto, com o número negativo das estatísticas relacionadas à recuperação judicial no Brasil, os credores mostram-se apreensivos em investir em uma empresa que, possivelmente, não se manterá no mercado após a recuperação. Além disso, os bancos mostram-se receosos em serem responsabilizados por dívidas fiscais e trabalhistas se decidirem adotar uma postura mais participativa na recuperação.

Não só isso, mas nos Estados Unidos o processo é totalmente realizado frente a um só juízo, o que possibilita a racionalização e organização do processo. Já no Brasil, a Justiça do Trabalho costuma penhorar bens dos sócios ou de empresas que estejam ligadas a devedora, desintegrando o processo. A interferência da Justiça do Trabalho causa certa ingerência no processo de recuperação judicial, já que a prioridade dos credores trabalhistas impõe características peculiares no Brasil. Segundo o economista Otto Lobo<sup>21</sup>(2013), um grande retrocesso relaciona-se ao fato de que “alguns juízes da Justiça do Trabalho ainda não aceitam o fato de que o juízo empresarial que está analisando a recuperação judicial tem a competência para julgar medidas urgentes<sup>22</sup> e acabam penhorando contas e bens da empresa”.

Outro ponto importante relaciona-se ao fato de que o administrador judicial, quando nomeado para assumir o direcionamento da empresa, possui uma maior amplitude para agir nos Estados Unidos. Diferentemente da liberdade evidenciada no estrangeiro, no Brasil o administrador põe-se mais como um fiscal, restringindo-se a supervisionar o negócio, praticamente.

Por fim, evidencia-se que, além de uma legislação mais aprimorada, a viabilidade da recuperação judicial americana está amplamente ligada a maturidade dos bancos e credores norte-americanos, de modo que a manutenção da fonte de produção e de empregos mostra-se muito mais importante que o interesse subjetivo dos sujeitos da atividade empresarial (GONÇALVES, 2008, p. de internet)<sup>23</sup>.

## **5 O EMPASSE DIANTE DA (DES)NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA CONCESSÃO**

21 VIEIRA, Renato. Recuperação judicial nos EUA é mais ágil, diz especialista. **O GLOBO**, 30 out. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/recuperacao-judicial-nos-eua-mais-agil-diz-especialista-10611985>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

22 Nesse âmbito, põe-se o princípio do juízo universal, vez que este pressupõe que o juízo deverá ser o mesmo no caso de incidentes que versem sobre a mesma ação.

## DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

De acordo com o conteúdo exposto no artigo 57 da Lei de Recuperação Judicial, tem-se que, *in verbis*, “após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei, sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários [...]”. Ao emergir tal dispositivo, evidenciou-se uma grande controvérsia na doutrina. Para Ricardo Negrão (2014, p. 216-217), “há quem entenda que a redação do art. 58<sup>24</sup> remete a inevitável leitura condicional: ‘(se) cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá’ e, assim, a *contrario sensu*, ‘(se) não cumpridas as exigências desta Lei, o juiz não concederá’”.

Tal entendimento respalda-se no art. 191-A do Código Tributário Nacional, já que este dispositivo disciplina que a concessão de recuperação judicial depende da demonstração de quitação de todos os tributos. Nada obstante, tal interpretação descaracteriza o próprio instituto da recuperação judicial, já que além da aprovação do plano e na falta de objeção (ou caso esta seja rejeitada), ainda seria necessária a apresentação das certidões negativas de débito. Entretanto, o ponto mais crítico é que a legislação falimentar não explicitou qual seria a sanção caso não sejam apresentadas tais certidões. Nesse sentido, respaldando-se em resquícios<sup>25</sup> do DL 7.661/45, expunha-se a impertinente interpretação de que a única opção do juiz seria a falência. Para Ricardo Negrão (2014, p. 214), a falência poderá ser um caminho, mas não o único.

[...] o juiz não dispõe de uma única opção (falência) para a hipótese de não apresentação das certidões fiscais. Não conceder não significa decretar a quebra. O magistrado pode considerar outras medidas, tais como requisitar certidões ou declarar inócua sua apresentação tendo em vista comunicação anterior, quando do deferimento do processamento, sem qualquer relato de débito existente etc.

Apesar do posicionamento do ilustre doutrinador, ousa-se discordar de tal entendimento, já que se mostra inviável, após todo esforço realizado, acreditar que a falência ainda seja um possível caminho. Não se busca, entretanto, propagar o inadimplemento perante o Poder Público, o que se pretende é partir da concepção que uma empresa sujeita à recuperação judicial dificilmente poderá efetuar essa exigência, visto que muitas vezes o passivo tributário da empresa é uma das razões de sua crise econômico-financeira.

Diante disso, o principal ponto a ser analisado é que a referida imposição, reiteradamente inviabiliza a própria recuperação da empresa, de modo que a ânsia arrecadatória do Estado se sobrepõe a própria função social da empresa.

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

25 Art. 174, I do DL 7.661/45 dispunha que se o devedor não tiver exibido, até então, prova do pagamento dos impostos relativos à profissão, federais, estaduais e municipais, e das contribuições devidas ao Instituto ou Caixa de Aposentadoria e Pensões do ramo da indústria ou comércio a que pertencer, fará os autos conclusos ao juiz para que decrete a falência.

Nada obstante, positivamente, o que tem prevalecido nos Tribunais Superiores é a desnecessidade de apresentação das certidões negativas de crédito, haja vista que o art. 68 da Lei 11.101/05 prevê que lei específica disporá sobre o parcelamento do crédito tributário dos devedores em recuperação e, como tal legislação ainda não foi aprovada, é adequado que se defira a recuperação judicial sem essas certidões. Nesse quesito, importante decisão foi preferida em 2013 pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.187.404. Coadunando-se ao entendimento aqui exposto, o Ministro Luis Felipe Salomão afirmou:

Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto. Isso porque, em regra, com a forte carga de tributos que caracteriza o modelo econômico brasileiro, é de se presumir que a empresa em crise possua elevado passivo tributário, quando não a verdadeira causa *dadeblaque*<sup>26</sup>.

Em suma, apesar das incongruências da legislação, a coerência interpretativa do magistrado é crucial para que o dispositivo possua uma real aplicabilidade. Dessa maneira, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça ao entender pelo descabimento da apresentação das certidões negativas de crédito tributário põe-se como uma forma de aumentar a concreta efetivação do instituto, acarretando, possivelmente, uma melhoria em relação aos números inexpressivos de recuperações judiciais no Brasil.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 11.101/05 apresentou diversas inovações e pontos positivos em relação a sua legislação pretérita, o Decreto-Lei 7.661/45. Diante disso, vê-se a nítida intenção do legislador em propor uma real melhoria ao instituto da recuperação judicial, permitindo que empresas em crise pudessem evitar a falência. Nada obstante, pelo que foi analisado no presente artigo, vê-se que a “nova” legislação não foi capaz de substituir, de forma vantajosa, a antiga concordata.

Efetivamente, a Lei 11.101/05 trouxe elementos positivos em seu bojo, que, entretanto, são ofuscados pelos resquícios desnecessários da legislação pretérita. Além disso, como normalmente ocorre no estrangeiro, tal legislação não foi aperfeiçoada e nem revisada após os números inexpressivos de sucesso nas recuperações. Infortunadamente, apesar de seus quase 11 anos de vigência, ainda é intitulada como “nova” por muitos operadores do direito.

Nesse viés, espera-se que o legislador pátrio compreenda que, para uma maior efetividade do instituto, sejam realizados aperfeiçoamentos na Lei, com o intuito que o equívoco anterior não se repita, já que o DL 7.661/45, mesmo sem grande efetividade positiva na

26 STJ. REsp 1.187.404 – MT. Min. Luis Felipe Salomão. J. 19.06.2013. DJU: 21.08.2013.

prática, permaneceu em vigência por várias décadas.

Diante da morosidade do Judiciário na tramitação das leis, espera-se, pelo menos, que os magistrados e intérpretes da Lei 11.101/05 sejam sensíveis ao entender e buscar concretizar o real significado do instituto, qual seja, respeitar o mandamento constitucional de atender a função social da propriedade e incentivar a atividade econômica (art. 170, II e 174, CF/88). Nesse âmbito, “para que a lei tenha êxito, é necessário que haja um processo de mudança, originado, em primeiro lugar, pelos advogados e outros profissionais que atuam na área de recuperação e falência no Brasil” (QUEIROZ, 2010, p. de internet).

## REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Balanço do primeiro ano de vigência da nova lei de Recuperação brasileira – Lei n. 11.101/05: êxitos e preocupações quanto a solução da crise econômica financeira.** Jornadas Nacionales de Derecho Comercial. 2006.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial.** 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial: direito de empresa.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Lições de direito empresarial.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FAZZIO, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GONÇALVES, Fábio. **Lei americana consegue preservar as empresas da falência.**

CONJUR, 11 jun 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-jul-11/lei\\_americana\\_preserva\\_empresas\\_falencia](http://www.conjur.com.br/2008-jul-11/lei_americana_preserva_empresas_falencia)>. Acesso em: 31 jan. 2016.

Haidar, Rodrigo. **Nova lei fez cair em 63% os pedidos de falência.** Conjur, São Paulo, 30 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-30/lei-recuperacao-judicial-fez-cair-63-pedidos-falencia>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas e**

falência. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCOCUGLIA, Livia. **‘Com ‘lava jato’, tendência é aumentar o número de recuperações judiciais**. Conjur, São Paulo, 15 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-29/entrevista-daniel-costa-juiz-falencias-recuperacoes-sp>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

QUEIROZ, Jorge. Após cinco anos, Lei de Recuperações mostra falhas. Conjur, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-23/quinto-aniversario-lei-falencias-mostra-licoes-nao-aprendidas>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

### **THE FAILURE OF THE JUDICIAL RECOVERY INSTITUTE FROM AN ANALYSIS OF THE PROVISIONS CONTAINED IN THE LAW 11.101/05**

**ABSTRACT:** It is well known the fact that only a negligible amount of brazilian companies manage to rebuild using the institute of judicial recovery protected in the Law 11.101/05. The emergence of this legislation was directed to achieve successful stories about companies going through any economic and financial crisis, replacing the outdated DL 7.661/45. However, despite the masterful intent, judicial recoveries that are really positive stand as isolated cases. Therefore, through this article seeks to analyze which major weak points in relation to judicial recovery, attempting, together, to make an analysis on the interpretation of the provisions of the Law 11.101/05.

**Key-words:** Judicial recovery. Law 11.101/05. Failure. DL 7.661/45.