

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A EFICIÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

Reorganization and the enforcement's efficiency of the principle of preserving the
company in Brazilian Law

Revista de Direito Empresarial | vol. 10/2015 | p. 229 - 242 | Jul - Ago / 2015

Crise Econômica e Soluções Jurídicas | vol. 1 | Out / 2015

DTR\2015\10919

Bruno Marques Bensal

Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado em São Paulo. bruno.bensal@gmail.com

Área do Direito: Comercial/Empresarial

Resumo: O presente artigo visa tratar da aplicação do princípio da preservação da empresa nos procedimento de recuperação judicial regulamentado pela Lei 11.101/2005. Verificar-se-á se de fato as disposições da Lei de Recuperação de Empresas e Falências são coerentes no sentido de privilegiar a preservação da empresa, bem como se o comportamento das partes durante o processo concursal, expressão que se adota para se referir tanto à recuperação judicial quanto à falência, vão ao encontro desse objetivo proposto pela Lei.

Palavras-chave: Recuperação judicial - Falência - Princípio da preservação da empresa.

Abstract: This article aims to address the application of the principle of preserving the company in bankruptcy procedure regulated by Law n. 11.101/2005. It will verify if indeed the provisions of the Business and Bankruptcy Recovery Act are consistent in order to privilege the principle of preserving the company as well as the conduct of the parties during the insolvency process, that expression is adopted to refer to both reorganization as bankruptcy, will meet this objective proposed by the Law.

Keywords: Reorganization - Bankruptcy - Principle of preserving the company.

Sumário:

1.De ordem geral - 2.O princípio da preservação da empresa - 3.Considerações finais -
4.Referências bibliográficas

1. De ordem geral

Em dez anos de Lei de Recuperação de Empresas e Falências¹ (Lei 11.101, de 09.02.2005, "LREF") a doutrina tem destacado de modo vigoroso, o princípio da preservação da empresa, aplicando-o tanto à Recuperação Judicial (art. 47 da LREF), quanto à Falência (art. 75 da LREF),² inclusive em casos de falência iniciada antes da entrada em vigor da atual LREF.³

O que se deve destacar, nessas primeiras considerações, é que o princípio da preservação da empresa não é simplesmente voltado para a empresa. É inclusive, e principalmente, talvez, voltado para seus credores.

É dizer, "a liquidação desordenada de bens integrantes do patrimônio do devedor acarreta perda de valor, na medida em que destrói o valor intangível que decorre da organização⁴" empresarial (aqui visualizada em seu perfil objetivo).⁵

A liquidação deve ser ordenada e ágil. Diz-se ágil porque quanto mais óbices se obstaculizarem para que haja solvência dos créditos, maior⁶ será o prejuízo a ser teoricamente pago no final do procedimento, recuperacional ou falimentar.

Diz-se teoricamente, porque, estando a empresa em crise e estabelecendo a LREF um processo ordenado de pagamento dos créditos, quanto mais tempo durar o processo de

recuperação ou de falência, menor será a probabilidade de que todos os credores sejam pagos.

A pergunta a que se pretende responder com o presente artigo consiste em se, de fato, a preservação da empresa, na atual disposição textual da LREF tem sido efetiva, uma vez que, a nosso ver, alguns dispositivos da LREF que vão de encontro ao postulado da preservação de empresa, bem como se nota a presença de dispositivos que tentam alcançá-lo à revelia do bom senso e da equidade entre as partes.

A relevância de tal análise se sobressai ainda mais na conjuntura pátria hodierna, em que construtoras que participam de importantes obras de interesse público (e financiadas pelo Poder público) estão sendo objeto de processos que as poderão impedir de licitar (v.g., ex vi do art. 88, III, da Lei 8.666, de 21.06.1993⁷), o que pode ocasionar um colapso no desenvolvimento de projetos de infraestrutura estratégicos para o País.⁸

Dentre tais empresas, iniciou-se um número significativo de pedidos de recuperação judicial alguns deferidos, outros ainda não apreciados.

2. O princípio da preservação da empresa

A ideia de preservação da empresa é hodiernamente positivada no art. 47 da LREF e pressupõe a empresa viável, em estado de crise temporária e superável na perspectiva de seus credores, que aprovam ou reprovam o Plano de Recuperação Judicial que vier a ser sugerido pela empresa em crise.⁹ Tal acepção representa claro progresso em relação ao antigo Dec.-lei 7.661, de 21.06.1945, que se utiliza da terminologia concordata para designar o acordo destinado ao tratamento da crise. O vernáculo é oriundo do termo concordat, do code de Commerce de 1807, no qual a concepção de “falência estava intimamente relacionada à prática de um delito”,¹⁰ o que não é necessariamente verdadeiro.

Como se depreende de seu nome, a preservação da empresa é, ou aparenta ser, um princípio. Contudo, é um princípio positivado numa regra (art. 47 da LREF), de onde se pode assumir que a regra pode ou não ser aplicada. A título de exemplo, basta se fazer a leitura conjunta (e atenta) dos arts. 49, § 4.º e 86, II, ambos da LREF, de cujo exame se depreende que os créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio serão objeto de restituição em dinheiro e não se submetem à recuperação judicial, independentemente da regra (ou princípio) da preservação da empresa.

Para melhor esclarecer, não se está postulando aqui contra a regra da preservação da empresa, a qual deve ser aplicada, por analogia teleológica, às situações de falência (uma vez que o art. 75 da LREF não é totalmente claro nesse intuito). Tal aplicação deriva de enxergar em nosso ordenamento o que não está contido na regra, mas, para seus defensores, deveria estar. Diferentemente do entendimento que tem preponderado aqui, a doutrina estadunidense adotou o primado da maximização dos retornos obtidos com os ativos do devedor em prol da massa de credores.¹¹ Semelhante inspiração conduziu o ordenamento alemão, cujo Insolvenzordnung – InsO, de 05.10.1994,¹² em seu § 1.º, ao dispor sobre os objetivos do processo de insolvência¹³ (Ziele des Insolvenzverfahrens), propõe que ele vise à satisfação da massa de credores do devedor por meio da realização dos ativos do devedor e distribuição dos recursos arrecadados por meio do plano de insolvência que deve ser orientado à reabilitação da atividade de empresa.¹⁴

A nosso ver, os defensores da preservação da empresa na falência possuem intuito legítimo, mas utópico. Em verdade, mesmo na recuperação judicial, é recorrente que não sejam pagos mais do que os créditos trabalhistas (arts. 41, I, 54 e 83, I, todos da LREF). Tanto assim o é, que em diversas recuperações judiciais, as recuperandas se socorrem de alienação e/ou oneração de ativos a fim de obter concessão de mútuos, ouvido o comitê de credores (art. 66 da LREF), o chamado financiamento DIP, que, em regra, mostra-se uma verdadeira faca de dois gumes, uma vez que é extremamente

provável que se levantem questionamentos a seu respeito, bem como que o prazo intentado para a injeção de recursos na empresas em crise em razão de sua dita urgência (cujo grau é uma variável casuística e trazida pelas partes ao sabor de seus respectivos interesses) não é cumprido sem celeumas e incidentes processuais que podem retardar o curso do processo e, portanto, torná-lo mais custoso.

Nessa esteira de possíveis financiamentos por meio da alienação/onerção de ativos dentro do processo de recuperação, o principal limite à sua consecução diz respeito justamente ao convencimento dos credores acerca da: (i) necessidade do valor do financiamento; (ii) urgência do financiamento; (iii) qualidade dos ativos que serão onerados para adquirir o financiamento (se se está diante de empresas em crise, muito provavelmente referido financiamento só será concedido se se puser as “joias da coroa”¹⁵ diante de terceiro). Referido limite possui impacto direto na preservação da empresa.

Sem se advogar contra a recuperação da empresa, o exame do processo unitário adotado pelo InsO revela que as saídas por ele oferecidas são as mesmas que, na prática, acabam por se verificar no ordenamento pátrio. Isto é, no processo concursal alemão,¹⁶ os credores é que decidirão, em dado momento, pelo soerguimento da atividade empresarial (Sanierungsplan), pela sua transferência a terceiros (Übertragungsplan) ou pela liquidação do ativo (Liquidationsplan). A diferença em relação ao nosso ordenamento está na notória autonomia dos credores (Gläubigerautonomie), ao passo que no Brasil, muitas vezes, os credores encontram na regra de preservação da empresa não uma ferramenta para satisfazerem, ao menos parcialmente, seus créditos, mas um óbice, que acaba sendo balizado, com mais ou menos força, pelo magistrado, o qual, em verdade, só deveria controlar a legalidade da condução do processo falimentar, respeitando o decidido pela assembleia geral de credores. Tal caractere certamente influencia a decisão do empresário estrangeiro acerca de se investir ou não no Brasil.

Dos ordenamentos que mais privilegiam a recuperação de empresa, destaca-se o Direito francês¹⁷ (o que se vê pela própria adoção da terminologia “Droit des entreprises en difficulté”¹⁸), consagrada pela Lei 84-148, de 01.03.1984 que regula a prevenção e o règlement amiable de dificuldades empresariais, e pela lei 85-88 de 25.01.1985, que trata do redressement judiciaire e da liquidation judiciaire. O primeiro procedimento se cuida de uma estrutura preventiva de eventual colapso empresarial, situação em que poderiam ser adotadas medidas saneadoras, com autorização dos credores de remissão de dívidas ou dilação dos prazos de pagamento. Vale dizer, o règlement amiable tem, na prática, o efeito de uma antecipação extrajudicial do art. 66 da LREF e do próprio ideário de preservação da empresa. Ademais, por meio do règlement amiable parece mais factível a negociação credor a credor, o que torna o cenário mais alvissareiro para a empresa em crise e é quase completamente inviável na prática concursal brasileira.

De sua vez, a Lei 85-88 de 25.01.1985 trazia, no bojo de seu art. 1.º, a preservação da empresa, ao declarar: “Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi et l’apurement du passif”. Contudo, a Lei 85-88 foi ab-rogada diante da entrada em vigor do Code de Commerce, o qual trata das entreprises en difficulté a partir do art. L610-1, destacando-se o art. L 611-2, por meio do qual se afirma a possibilidade de as empresas em dificuldade se socorrerem ao presidente do Tribunal do Comércio para se apurar as medidas necessárias para corrigir a situação de crise e evitar um colapso.¹⁹

O direito concursal brasileiro, com ampla inspiração francesa, contraditoriamente não conta com os recursos naquele ordenamento oferecidos para a preservação da empresa. Igualmente não conta com toda a proteção aos credores e o procedimento lógico seguido pelos Direitos alemão e estadunidense. Ao revés, a LREF se fez verdadeira colcha de retalhos de inspiração em diversos ordenamentos (preponderantemente, como dito, do Direito francês), deixando quase que à avaliação do Judiciário e do Administrador Judicial a gestão do Plano de Recuperação. A nosso ver, portanto, o direito concursal brasileiro não privilegia totalmente (e de modo correto) nem a preservação da empresa e nem o direito creditório da massa de credores.

2.1 Preservação da empresa: o obstáculo da razoável duração do processo

Os processos de recuperação judicial, além de envolverem o pagamento dos créditos existentes na data do pedido de processamento (quer tenham contribuído ou mesmo causado a situação de insolvência, ou, ainda, meramente existam e, por isso, devam ser computados), não são os únicos a serem considerados nesse tipo de procedimento.

Deve ser considerado que o custo do dinheiro no tempo faz aumentar o volume de recursos a ser desembolsado pela empresa em crise. Em sede de recuperação judicial, a expressão, deveras coloquial, tempo é dinheiro,²⁰ tem aplicabilidade literal e pode forçar o leme da empresa para um lado ou para outro.

Ademais, o que se verifica é que recuperações judiciais geralmente envolvem grande aporte de capital devedor, o que implica que a remuneração do Administrador Judicial se constitui em dívida relevante contraída pela empresa já em dificuldade (art. 24 da LREF).

É simples de se constatar que quanto mais tempo durar o processo de recuperação judicial, maior importância será paga ao Administrador Judicial, nas mãos de quem, em alguns casos, é decidida a classificação dos créditos, com mera homologação de seu parecer por parte do Judiciário, que é (ou deveria ser) responsável pelo controle da legalidade do procedimento.

Referido controle de legalidade é importante não só para que a recuperação seja bem sucedida, mas tendo-se em conta os reflexos da recuperação judicial no interesse público diante das possíveis sequelas de um processo mal conduzido: perda de empregos, desestruturação dos fornecedores, queda na arrecadação tributária, impactos estruturais ao País no que concerne à atividade desenvolvida pela empresa em crise (efeito sistêmico) etc. Se é certo que o Direito pátrio adotou uma postura institucionalista (rehabilitation theory), tal postura deveria ser seguida sem se descuidar da legalidade do processo (art. 5.º, II e LIV, da CF/1988) e do tempo de demora do feito (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988).

2.2 Preservação da empresa e suspensão das ações e execuções em curso

O art. 6.º da LREF dispõe que uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, ficarão suspensas todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive as movidas em relação aos credores particulares do sócio solidário, suspensão essa que não pode ultrapassar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias,²¹ consoante disposto no § 4.º do mesmo dispositivo.

Enquanto a suspensão das ações e execuções correlacionadas à empresa em crise é algo que não suscita grande celeuma, assim não o é a extensão de tal benesse ao "sócio solidário". Se de um lado tal regra parece absolutamente compatível com a hipótese de processamento de recuperação judicial de sociedades não personificadas, cuja responsabilidade já é ilimitada, de outro, não parece razoável que tal benefício seja extensível aos sócios de empresas para cujo tipo societário há referida limitação. Questionável, nesse íterim, planos de recuperação judicial que isentam de qualquer responsabilidade a pessoa dos sócios. Não se advoga aqui contra o princípio da preservação da empresa, mas sim, o que se está a refletir é a ausência de equilíbrio, legal ou judicial, entre devedor e credores, em prol daquele, o que, por vezes, ocorre e permite a verificação do fato gerador de incidência do art. 50 do CC (confusão patrimonial, a fim de se escusar do pagamento da totalidade ou de parte da massa de credores sob o argumento da insuficiência de recursos).

No mesmo sentido, é imperiosa a distinção entre o devedor e seu acionista controlador. O legislador concursal brasileiro, no art. 43 da LREF, garantiu o direito de participação na assembleia geral de credores de uma determinada classe de acionistas (cuja participação acionária seja superior a 10% – dez por cento – do capital social e que detenham créditos em face da companhia) e, ainda assim, sem o direito de voto.

Partindo-se da premissa que a realidade societária brasileira é caracterizada por um modelo de concentração acionária, é extremamente provável que, se algum acionista vier a participar da AGC será o controlador. E o será sem direito a voz e voto, o que parece inócuo, considerando que, muitas vezes, a vontade emanada pela empresa em recuperação se confundirá²² com a vontade do controlador.

Quanto aos minoritários, completamente deficitária a LREF, constituindo a sua ausência de proteção um verdadeiro desincentivo ao fornecimento de empréstimos ou investimento por parte deste rol de acionistas (e mesmo por parte do controlador), o que acaba por gerar a necessidade de instrumentos como o citado financiamento DIP, que pouco se distancia de um Übertragungsplan, ou, de modo limítrofe, em um Liquidationsplan.

Ainda, a dificuldade de se compreender a ausência de participação dos acionistas na AGC reside no fato de que o Plano de Recuperação não pode implicar diminuição dos direitos dos acionistas, que deliberarão sobre o plano em assembleia própria (art. 56, § 3.º, in fine, da LREF).

Interessante, para que se resolva esse dissenso (aparentemente inócuo) na intersecção entre direito concursal e direito societário, que se voltem os olhos para o Direito Comparado, mormente quanto ao que ocorre nos Estados Unidos da América. No citado ordenamento, os acionistas participam diretamente do procedimento de recuperação judicial, e podem votar o plano. Contudo, em determinados casos, a rejeição do plano por essa classe própria pode ser rechaçada pelo tribunal competente (§ 105, d, vi, do Título 11 do U.S. Code).²³

Ademais, também não são suspensas as ações de execução fiscal (art. 6.º, § 7.º da LREF). Tal privilégio concedido à Fazenda Pública se nos afigura conflituoso com o postulado da preservação da empresa. E nem se diga que, nesse contexto, seria possível à empresa em crise aderir a parcelamentos ou ao Refis.

Isso porque, a suspensão das execuções fiscais em decorrência do parcelamento do crédito tributário já está prevista no art. 151, VI, do Código Tributário Nacional (CTN). Em outras palavras, pelo disposto na LREF, a única opção para a empresa em recuperação judicial não ver sua crise agravada pelo disposto no § 7.º do art. 6.º da LREF é a adesão a um programa de parcelamento tributário.

Isso é corroborado pela análise do disposto no art. 57 da LREF, que dispõe que, após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores (AGC) ou decorrido o prazo de 30 (trinta) dias sem objeção ao plano de recuperação judicial (art. 55 da LREF), o devedor apresentará certidão negativa de débitos tributários (CND) nos termos dos arts. 151, 205 e 206 do CTN. Essa exigência é reiterada pelo art. 191-A do CTN.²⁴ Ora, se a empresa em crise tivesse a sua disposição apenas o § 7.º do art. 6.º da LREF seria completamente inócua a disposição do art. 57 do mesmo diploma legal.

Existindo a possibilidade de outras medidas, alheias à LREF, para a possibilidade de obtenção de CND pela empresa em recuperação judicial, a devedora ficará delas refém. A própria redação do art. 187 do CTN é clara em sua posição: "A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata".²⁵ Para agravar a situação, o § 3.º do art. 155-A do CTN aduz que "lei específica" irá dispor sobre as condições para o parcelamento dos créditos tributários do devedor em situação de recuperação judicial. Ocorre que tal "lei específica" não existe no ordenamento jurídico brasileiro hodiernamente²⁶ vigente.

A solução provisoriamente dada pelo CTN (art. 155-A, § 4.º) foi no sentido de que, enquanto não houver lei específica, serão utilizadas as "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".²⁷

Isto é, a lei geral a ser aplicada, na ausência de lei específica, é a Lei 10.522, de 19.07.2002.²⁸ Imperioso notar que, desde 2004, tramita no Senado o Projeto de Lei 245 (PLS 245/2004²⁹), o qual objetiva justamente regulamentar o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial.

3. Considerações finais

Outra questão que tem causado grande perplexidade é a tratativa dissonante que credores e devedores têm dado aos créditos no processo de recuperação judicial. É evidente que todos os credores desejam receber o seu crédito de forma imediata ou o mais breve possível, assim como a empresa devedora deseja, em princípio, recuperar-se. Nesse cenário, igualmente evidente que o juiz deve ser o fiel da balança e equilibrar os interesses, que são claramente contrapostos.

O que não se pode admitir, contudo, é um sem-número de manobras que têm envolvido processos de recuperação judicial, por meio das quais os créditos são listados de maneira indevida (por exemplo, situações em que a devedora lista como crédito quirografário algo que, em verdade, trata-se de crédito extraconcursal) ou, ainda, cria categorias de credores inexistentes no ordenamento jurídico (v.g., se a empresa devedora possui um crédito que ainda não nasceu, oriundo de uma garantia que pode vir a ser executada se determinada condição suspensiva se verificar, chamando-o, exemplificadamente, de "ilíquido").³⁰

Tampouco parece admissível que se condicione a inclusão do credor em categoria com tratamento diferenciado ao comprometimento de apoio ao Plano de Recuperação Judicial e em condições comerciais favoráveis à empresa em recuperação. Se de um lado é certo que a recuperação judicial visa à preservação da empresa, de outro, é igualmente certo que o papel de designar categorias de credores é da lei: não pertence ao juiz e nem às partes.

A preservação da empresa não se dá (ou não se deveria dar), nunca, ao arrepio da lei, embora seja, por vezes, requisitado ao Judiciário a apreciação de pretensões precisamente desse jaez. A preservação da empresa deve ocorrer, sim. Mas não a qualquer custo.

4. Referências bibliográficas

ALEMANHA. Insolvenzordnung – InsO, vom 5 Oktober 1994. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/inso/]. Acesso em: 20.07.2015.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil. vol. 104. p. 109-126. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Lei 4.728, de 14.07.1965. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm]. Acesso em: 20.07.2015.

_____. Lei 5.172, de 25.10.1966. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 20.07.2015.

_____. Lei 6.024, de 13.03.1974. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6024.htm]. Acesso em: 20.07.2015.

_____. Lei 8.666, de 21.06.1993. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm]. Acesso em: 20.07.2015.

_____. Lei 9.514, de 20.11.1997. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm]. Acesso em: 20.07.2015.

_____. Lei 10.522, de 19.07.2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm]. Acesso em: 20.07.2015.

_____. PLS 245/2004. Disponível em:
[<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5503.pdf>]. Acesso em:
20.07.2015.

_____. Lei 11.101, de 09.02.2005. Disponível em:
[www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm]. Acesso em:
20.07.2015.

_____. STJ. Informativo 397 (AgRg no Ag 1.022.464-SP, 4.^a T., j. 02.06.2009, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 29.06.2009). Disponível em: [ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/]. Acesso em: 20.07.2015.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012.

FRANÇA. Code de Commerce. Disponível em:
[www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do;jsessionid=42e9ae343434bd8e57b55f86be499de2.tpdila13v_3?c]. Acesso em: 20.07.2015.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. Direito falimentar e preservação da empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Code. Disponível em:
[www.law.cornell.edu/uscode/text/11/105]. Acesso em: 20.07.2015.

JACKSON, Thomas H. The logic and limits of bankruptcy law. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

MARTINS NETO, Carlos. Dispersão acionária, tomada hostil de controle e poison pills: breves reflexões. Revista Semestral de Direito Empresarial. n. 5. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-dez. 2009, 2009.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. Revista do Advogado. n. 105. ano XXIX. p. 33-47. São Paulo: AASP, 2009.

NEUMANN, Friedrich. Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseke, 1995.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. Moeda, juros e instituições financeiras – Regime jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PATZSCHKE, Reinhard. Reorganisation der Kapitalgesellschaften im Insolvenzverfahren. Hamburg: Dr. Kovač, 2000.

SADDI, Jairo. Investimentos em empresas em recuperação: o olhar do investidor e a experiência da nova Lei de Falências. Revista do Advogado. n. 105. ano XXIX. p. 75-83. São Paulo: AASP, 2009.

SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. Droit des entreprises en difficulté. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2005.

se aplicam à situação da recuperação ou falência de instituição financeira, pública ou privada, como disposto em seu art. 2.º, II. A essas instituições, aplica-se a Lei 6.024, de 13.03.1974. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm]. Acesso em: 12.04.2015. No caso dos bancos, ensina Jairo Saddi, sua quebra, por possuir efeitos potencialmente devastadores sobre a economia e demais agentes econômicos, é matéria disciplinada tanto no âmbito do Direito Privado quanto do Direito Público. Cf. SADDI, Jairo. Investimentos em empresas em recuperação: o olhar do investidor e a experiência da nova Lei de Falências. Revista do Advogado. n. 105. ano XXIX. p. 75-83. São Paulo: AASP, 2009.

2 GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. Direito falimentar e preservação da empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2013; e CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012.

3 Tal entendimento consta do Informativo 397 do STJ, in verbis: “Mesmo ao tempo do Dec.-lei 7.661/1945, já se encontrava presente o princípio da preservação da empresa, incrustado claramente na posterior Lei 11.101/2005. Assim, mesmo omissa o referido decreto-lei quanto ao valor do pedido, não é razoável nem se coaduna com sua sistemática a possibilidade de valores insignificantes provocarem a quebra da empresa, pois isso nada mais é do que preservar a unidade produtiva em detrimento de satisfazer uma dívida. Precedente citado: REsp 870.509-SP”. STJ, AgRg no Ag 1.022.464-SP, 4.ª T., j. 02.06.2009, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 29.06.2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/]. Acesso em: 12.04.2015.

4 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. Revista do Advogado. n. 105. ano XXIX. p. 33-47. São Paulo: AASP, 2009.

5 Consoante leciona Asquini, a empresa, em seu perfil objetivo é compreendida como um complexo de bens voltados ao exercício da atividade empresarial. Cf. ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil. vol. 104. p. 109-126. São Paulo: Malheiros, 1996.

6 O art. 6.º da LREF é preciso ao dizer que “a decretação da falência ou o deferimento do processo da recuperação judicial suspende curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”. Note-se que, no que concerne à recuperação judicial, suspende-se a prescrição, mas não a fluência dos juros de mora. Na falência, por sua vez, aplica-se o disposto no art. 124 da LREF, que condiciona a contagem dos juros de mora à suficiência do ativo apurado em pagar os credores subordinados, salvo em casos de juros de debêntures e de créditos com garantia real, situação na qual, por eles responderão, inclusive a título de juros de mora, “o produto dos bens que constituem a garantia”. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm]. Acesso em: 12.04.2015. Como ensina Ricardo Tepedino, “o dispositivo afasta o cômputo de juros que se vencerem a partir da sentença declaratória, sejam compensatórios ou de mora, contratuais ou legais, sejam provenientes de ato ilícito ou da composição de um ato ilícito. Serão pagos, diz a norma, se a realização do ativo for suficiente para o pagamento de todos os credores, inclusive os subordinados. (...) A lei excetua os juros dos créditos que contam com garantia real, por eles respondendo, exclusivamente, o produto apurado com a alienação dos bens objeto da garantia”. Cf. TEPEDINO, Ricardo. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 336.

7 Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm]. Acesso em: 04.07.2015.

8 O que não significa que não deva, dentro do devido processo legal, haver punição, se

for o caso.

9 CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 129.

10 CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p. 54.

11 JACKSON, Thomas H. The logic and limits of bankruptcy law. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

12 Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/inso/]. Acesso em: 27.06.2015.

13 Na Alemanha, diferentemente do que acontece no Brasil, adotou-se uma visão unitária do processo falimentar.

14 O § 1.º do InsO se utiliza da expressão “zu befriedigen”, que significa satisfazer. Faz, ainda, referência expressa ao deságio, aduzindo que o Plano de Insolvência dá a oportunidade (Gelegenheit) de o devedor, visando a um equilíbrio do binômio pagamento-recuperação, libertar-se de suas obrigações (Verbindlichkeiten) que sobejariam à importância que o Insolvenzplan se propôs a pagar.

15 Trata-se de analogia proposita com a poison pill denominada crown jewels defense, “que consiste na venda imediata, para terceiros, de um ativo valioso da companhia que seja relevante para o possível adquirente do controle que já tenha iniciado uma tentativa de takeover, de forma a tornar a companhia um alvo desinteressante para este último”. Cf. MARTINS NETO, Carlos. Dispersão acionária, tomada hostil de controle e poison pills: breves reflexões. Revista Semestral de Direito Empresarial. n. 5. p. 53. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-dez. 2009. 2009. Grifos nossos.

16 PATZSCHKE, Reinhard. Reorganisation der Kapitalgesellschaften im Insolvenzverfahren. Hamburg: Dr. Kovač, 2000; e, ainda, NEUMANN, Friedrich. Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1995. p. 57. Neumann destaca a influência mais extensa possível (weitestgehende Einflüsse) da autonomia dos credores no processo de insolvência alemão.

17 Que exerceu grande influência sobre a legislação brasileira.

18 SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. Droit des entreprises en difficulté. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

19 É o que diz referido dispositivo: “Lorsqu’il résulte de tout acte, document ou procédure qu’une société commerciale, un groupement d’intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l’exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation”. Disponível em:

[www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do;jsessionid=42e9ae343434bd8e57b55f86be499de2.tpdila13v_3?c Acesso em: 27.06.2015.

20 Tal máxima tem maior aplicabilidade quando se pensa em recursos obtidos através de mútuos nas mais variadas feições que a tal operação tem conferido a prática comercial. Com efeito, toda quantia emprestada é remunerada com juros, cuja definição volta à máxima: “juros é o preço do dinheiro no tempo”, o que implica que quanto mais tempo a empresa permanecer em situação de recuperação judicial, mormente em processo de recuperação judicial, maiores serão os custos, além dos que a levaram ao colapso, a serem pagos. Sobre os conceitos econômico e jurídico de juros, cf. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. Moeda, juros e instituições financeiras – Regime jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 129.

Janeiro: Forense, 2006. p. 348 e ss.

21 Tal regra possui clara inspiração no redressement judiciaire, “que constitui procedimento de recuperação judicial destinado às empresas que se encontram em estado de cessão de pagamento [de seus débitos] – entendido (...) como a impossibilidade de pagar o passivo exigível mediante o ativo disponível”. Diferentemente do que sucede no Brasil, no redressement judiciaire, o prazo de seis meses pode ser prorrogado uma vez, por igual período. Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p. 126 e ss.

22 CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p. 227 e ss. Destaca a autora que: “Trata-se de desincentivo importante, pois desestimula eventuais auxílios à empresa em momentos prévios à formulação do pedido de recuperação, os quais poderiam até mesmo ocasionar a desnecessidade do recurso à via judicial para solução da crise. Por fim, acerca da tutela dos interesses dos acionistas há ainda que atentar para discussões acerca da chamada gesellschaftsrechtliche Neutralität des Insolvenzrechts. Trata-se de debate acerca da observância de regras societárias, como, por exemplo, a da necessária aprovação da assembleia de acionistas em caso de cisão, incorporação, fusão ou transformação da companhia, durante o procedimento de insolvência. Há assim, uma preocupação com o respeito aos direitos e garantias daqueles que participam do capital social do devedor”. Tal preocupação foi refletida, ainda que de modo sucinto, no art. 50, II, da LREF.

23 Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text/11/105]. Acesso em: 28.06.2015.

24 “Art. 191-A. 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 desta Lei.” Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 26.06.2015.

25 Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 26.06.2015.

26 Considerou-se, para tanto, as normas publicadas até a junho de 2015.

27 Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm]. Acesso em: 26.06.2015.

28 Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm]. Acesso em: 26.06.2015.

29 Disponível em: [http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5503.pdf]. Acesso em: 26.06.2015.

30 A esse respeito, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, assevera que as demandas que demandarem quantias ilíquidas constituem exceção à regra do art. 6.º da LREF, do que só se pode depreender, analisando tal premissa em conjunto com o art. 47 do mesmo diploma legal, que, tal qual afirmado pelo citado autor, a regra do art. 6.º “não é absoluta”. Cf. ABRAO, Carlos Henrique. In: _____; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coords.). Op. cit., p. 17. Grifos nossos.