

ENTRAVES À EFICÁCIA DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM CRISE. COMO SUPERÁ-LOS?

*Maria Celeste Morais GUIMARÃES**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a eficácia da Lei n. 11.101/2005, que entrou em vigor em 9 de junho de 2006, em face dos processos em andamento, em especial o da VARIG, cujo desfecho exitoso mostrou, afinal, os bons resultados da nova lei.

Embora se reconheça que há entraves na aplicação da Lei n. 11.101/2005, o princípio da função social da empresa deve ser tutelado pelo Estado, que é o primeiro interessado na manutenção dos empregos dos trabalhadores, da atividade produtiva e do crescimento econômico do país.

O que se impõe é a mudança na exegese para aplicação da lei, privilegiando-se a visão finalística em detrimento do aspecto formal. O processo de recuperação da VARIG, com o recente anúncio da sua aquisição pela GOL Linhas Aéreas, demonstra que esta nova hermenêutica pretendida não é um sonho, mas uma realidade que se faz presente a cada dia.

ABSTRACT

This article aims to analyse the effectiveness of Law n# 11.101/2005 which went into effect from 9 June 2006 facing the ongoing processes, especially the VARIG one, which positive result showed, after all, that the new law has come to show its results.

Although it is recognisable that the Law n# 11.101/2005 has some hindrances to its effectiveness, the principle of the companies well-fare must be patronised by the state, which is the first interested in the maintenance of the workers jobs, the productive activity and the country's economic growth.

What is imposed is the change on the exegesis of the interpretation of the law, favouring the ending vision instead of the formal aspect. VARIG's recovering process, with the late announcement of its acquisition by GOL *Linhas Aéreas*, shows that

* Mestre em Direito pela UFMG, Professora nas Faculdades de Direito da UFMG e Milton Campos e Diretora do Departamento de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

this new aimed hermeneutics is not just a dream, but a reality that shows itself present each day.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve histórico do Instituto; 3. Evolução do Instituto no Direito Brasileiro; 4. Do escopo da nova lei; 5. Do processo de Recuperação Judicial de Empresas; 6. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas; 7. Afastamento do devedor pela prática de atos lesivos à recuperação; 11. Soluções para os entraves suscitados.

1– Introdução

Início este artigo com a notícia da aquisição do controle acionário da VRG Linhas Aéreas S/A – companhia área que opera a marca “VARIG”, em recuperação judicial, pela GOL Linhas Aéreas, em uma bem sucedida operação de salvamento de uma empresa em crise, na economia brasileira. Não se trata de uma empresa qualquer, mas da mais tradicional companhia do setor aéreo nacional, com reconhecida excelência na prestação de seus serviços, inclusive internacionalmente, constituindo-se uma referência no seu segmento, ao ponto de a mídia referir-se a ela como um verdadeiro “patrimônio nacional”.

Tal operação provocou-me e, também, acredito, em todos aqueles que acreditavam na importância da edição da nova lei de recuperação, uma sensação de conforto e de regozijo em verificar que a Lei n. 11.101/2005, afinal, mostrou seus resultados.

“A eficácia de uma lei é questão de ordem sociológica”, já nos ensinava o prof. Osmar Brina CORRÊA-LIMA (2001: 235)¹, ao comentar a edição da Lei n. 6.404/76 – Lei da S/A. Infelizmente, o grau de eficácia das leis no Brasil mostra-se abaixo do desejável. “Aqui, [diz o Professor] as leis são como vacinas: umas pegam, outras não.” Não foi diferente com a edição da Lei n. 11.101/2005, cercada de muita desconfiança e descrença acerca da eficácia dos seus resultados.

A pergunta que se fazia era: pode uma lei recuperar uma empresa? É evidente que não. Uma norma não tem, por si só, este condão, este *fetichê*. Contudo, para

¹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Breve histórico da legislação sobre Sociedade Anônima no Brasil, *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 6, 2001. p. 235.

os defensores do então Projeto de Lei n. 4.376/93, dentre os quais sempre me incluí, estava claro que a inadequação legislativa, traduzida pelo Decreto-Lei n. 7.661/45, só agravava a situação de crise nas empresas, na medida em que não oferecia soluções técnicas necessárias para debelar os graves efeitos que o desaparecimento de uma empresa acarreta à sociedade. E aí está a demonstração cabal desta premissa. A solução da crise econômico-financeira da VARIG não seria possível se não estivesse em vigor a Lei n. 11.101/2005. Ao tempo do Decreto-lei revogado, ela já estaria falida.

Por grande período da história, a solução da insolvência das empresas ficou restrita ao círculo privado dos interesses do devedor e de seus credores. A solução da crise econômica e financeira das empresas não reclamava uma ingerência do Estado, que, alheio, assistia o desenrolar do conflito. Os postulados do liberalismo reforçavam esta tendência. A eliminação da empresa seria o efeito seletivo das leis naturais da competência. O empresário insolvente tem de ser eliminado do mercado porque a insolvência demonstrou a sua incapacidade. Neste período, portanto, os procedimentos legais relativos à solução da insolvência das empresas eram essencialmente *liquidatórios* e *solutórios*, vale dizer, para a satisfação dos créditos, se fosse preciso, chegaria-se à liquidação da sociedade com o desaparecimento da unidade produtiva.

No decorrer do século XX, principalmente a partir do final da Segunda Guerra Mundial, o interesse do Estado na conservação da empresa adquire indubitável relevo. De um lado, porque a especialidade, característica do século passado, deixa espaço a uma potencial generalidade, no sentido de que a conservação é legitimada pela dimensão da empresa – pela sua importância quantitativa e qualitativa – e não simplesmente pelo setor a que pertence. De outro, pela heterogeneidade de meios a que recorre o Poder Público para impedir a eliminação.

Nesta fase, ao interesse público, entendido como o interesse do Estado, acrescentou-se um novo: os dos trabalhadores que entraram na realidade da empresa. O interesse social adquire progressiva importância e obriga a uma revisão do *status quo*, na medida em que, direta ou indiretamente, condiciona a solução da crise econômica da empresa.

À oposição entre interesse público e interesse dos credores, de um lado, e entre este e o interesse dos trabalhadores, de outro, agrega-se um dado a que não se tinha por costume atentar, segundo Ángel Rojo FERNÁNDEZ-RIO *apud* GUIMARÃES (2001: 161):

“É a ruptura da unidade dos próprios credores. No Direito vigente, do princípio da *par conditio creditorum* apenas restou uma pequena sombra. Ao privilégio que desde as origens da quebra se reconhecia aos créditos de natureza pública, foram sendo acrescentados, em confuso tropel, muitos outros, conforme a potência econômica de cada uma das categorias de credores. A história mostrou não só a proliferação de privilégios, mas também a luta entre os créditos privilegiados.”²

Esta circunstância ocasionou as mais baixas cotas de satisfação na liquidação do patrimônio do devedor. Por todas estas razões, os próprios credores começaram a compreender que a liquidação da empresa não era o melhor modo de satisfazer as suas expectativas de receber os créditos.

Desta forma, os interesses que gravitavam em torno da empresa: os trabalhadores, fornecedores, prestadores de serviços e a própria comunidade, que são atingidos pela crise da empresa, passaram a ser reconhecidos e tutelados pelo Poder Público, que assumiu, portanto, papel de relevância na solução do conflito, buscando a recuperação da empresa e a manutenção da atividade empresarial.

Tal situação propiciou um nítido deslocamento da matéria, antes de cunho eminentemente privatístico, para o campo publicístico. O Estado passou a tutelar os interesses coletivos, reconhecendo a imprescindível função social que a empresa tem na sociedade contemporânea, tornando possível a introdução no direito concursal do instituto da recuperação de empresas.

2 – BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO

A partir do *Chandler Act*, de 1938, surge nos Estados Unidos um novo instituto denominado *corporate reorganization*, cujo objetivo é salvaguardar a empresa, operando na companhia que a explora a reorganização econômica e administrativa necessária ao superamento da crise. O instituto, como o próprio nome já indica, só se aplica às sociedades anônimas. Não se trata de procedimento substitutivo da concordata, ao arbítrio do devedor, mas de uma solução aplicável apenas nas hipóteses em que a simples concordata (*arrangement proceeding*) se revele uma medida insuficiente para conjurar a crise empresarial. Por isso mesmo, em sua petição inicial de *corporate reorganization*, a companhia deve demonstrar por que a concordata não se aplica ao seu caso.

² GUIMARÃES, Maria Celeste Morais, *Recuperação judicial de empresas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 161.

O inovador procedimento preconiza a tentativa de salvamento da empresa que demonstre ter viabilidade econômica, mas que passe por graves dificuldades financeiras, evitando-se, com as medidas de reorganização empresarial, que ela seja levada à falência.

Com o *New Bankruptcy Code*, as normas foram aperfeiçoadas em 1978, como nos dá notícia o prof. Jorge LOBO (1996: 26)³, com a ampliação dos poderes da *Securities and Exchange Commission* (SEC), representante do Governo Federal, incumbida de velar pela aplicação de sua política econômico-financeira no setor empresarial. A grande contribuição da *corporate reorganization*, dentre outras, é a apresentação, pelo devedor, do “plano de reorganização da companhia”, que detalha as medidas a serem implementadas para o pagamento dos credores como as alterações estatutárias julgadas necessárias a um melhor desempenho da empresa.

Após esta exitosa experiência nos Estados Unidos, transformação análoga ocorreu na França, com a promulgação da Lei n. 67.563, de 13/07/1967, e com a Ordenação n. 67.820, de 23 de setembro do mesmo ano, que reformularam por completo o Direito Falimentar francês. A instituição do procedimento do *réglement judiciaire*, voltado para a recuperação da empresa em crise, teve por características superar as distinções entre processos de execução coletiva, fundadas em critérios jurídico-formais, de modo a estender o procedimento também às pessoas jurídicas não mercantis, ademais das propriamente mercantis.

A reforma empreendida no direito francês obedeceu a rigorosos princípios. Dentre eles, o mais importante foi o reforço das prerrogativas judiciais, em detrimento dos poderes dos credores, instituindo uma tendência que passou a ser dominante nos países europeus, a partir de então, de restringir-se a chamada “democracia de credores” nos procedimentos concursais.

Grande influência, também, deve ser creditada, no aperfeiçoamento dos procedimentos de recuperação de empresas, à experiência da legislação espanhola, hoje modelar na Europa. A Espanha reformou inteiramente o seu direito concursal por meio da “Ley Orgânica 8/2003”, de 09 de julho de 2003, que modificou a “Ley Orgânica 6/1985”, de 01 de julho de 1985.

A legislação anterior vinha provocando grande insatisfação no meio jurídico e econômico na Espanha, pois estava ancorada na inteligência de que a *função* primária do concurso ou da quebra é a satisfação dos credores, por meio da *liquidação* dos bens do

³ LOBO, Jorge. *Direito concursal*, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 26.

devedor. Na busca, pois, de novas soluções para a patologia da empresa, a legislação espanhola passou a priorizar, utilizando-se de uma metáfora médica, o “*salvamento* da empresa”, ou o seu “*saneamento*”, em detrimento da sua liquidação.

Das inovações introduzidas no direito espanhol, podemos destacar a atenuação dos efeitos da declaração do concurso quanto à pessoa do falido. Estes efeitos agora são fixados a critério do juiz, em face das peculiaridades de cada concurso; da unificação do procedimento concursal que foi estendido aos não-comerciantes; da declaração do concurso, que também pode ser requerida pelo próprio devedor e não interrompe o exercício da sua atividade econômica, sem prejuízo dos efeitos que são produzidos nos seus direitos patrimoniais; e da simplificação dos órgãos concursais ao juiz e ao administrador concursal, vez que a junta de credores será constituída por vontade destes últimos.

Destaque-se, ainda, que a solução do concurso passa pela apresentação pelo devedor de um *acordo* (convenio) acompanhado de um *plano de viabilidade da empresa*, que demonstre a sua possibilidade de recuperação, como ocorre na lei brasileira.

3 – EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

Não há melhor descrição para o contexto da legislação brasileira sobre a solução da insolvência das empresas do que a expressão de Fábio Konder COMPARATO: *o dualismo pendular*. Ora a legislação pendia para a tutela dos interesses dos credores, ora para a do devedor, sem, contudo, levar em consideração os interesses sociais, absolutamente legítimos, que gravitam em torno da empresa. A legislação concursal brasileira, antes da edição da Lei n. 11.101/2005, segundo COMPARATO (1970: 97)⁴: “protegia alternadamente o insolvente, ou os seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento”.

O revogado Decreto-Lei n. 7.661/45 era um exemplo claro desse *dualismo pendular*. Várias alterações foram nele introduzidas, principalmente, no que concerne ao instituto da concordata preventiva; ora visando facilitar a sua impetração pelo devedor, ora dificultando o seu cumprimento, como no caso da exigência da correção monetária para os créditos tributários, antes mesmo de ser ela devida para os demais credores. Some-se a isso a visão eminentemente processualista do instituto concordatário, que estabelecia os requisitos legais para a sua concessão, sem que a questão da “viabilidade econômica” da empresa fosse apreciada.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, São Paulo, RT., 1970, p. 97.

O saudoso prof. Nelson ABRÃO (1985: 28),⁵ que contribuiu enormemente para o aperfeiçoamento do então Projeto de Lei n. 4.376/93, que resultou na Lei 11.101/2005, sempre propugnou que o procedimento concursal não pudesse constituir-se apenas em um *favor legal* ao devedor, mas de um instrumento que estivesse voltado para “a salvaguarda da empresa, em função do valor e do interesse que ela representa para a economia regional ou nacional”.

A Constituição Federal de 1988 veio, finalmente, consagrar a função social da empresa como corolária da função social da propriedade, prevista no inciso III, do art. 170, que trata da Ordem Econômica e Financeira da Nação. Faltava-nos, portanto, uma legislação infraconstitucional que pudesse dar cabo a esse tão reclamado princípio constitucional, o que foi atendido com a edição da Lei n. 11.101/2005.

4 – Do escopo da nova lei

Pelo voto do Relator, Deputado Osvaldo Biolchi, verifica-se que o projeto original do Poder Executivo espelhava a preocupação de oferecer ao nosso ordenamento jurídico uma lei consentânea com a atualidade, substituindo tanto o diploma legal de 1945, como as outras normas que o alteraram ao longo de cinquenta anos.

Vê-se que os princípios inspiradores da reforma da Lei n. 11.101/2005 foram a busca do crescimento econômico por meio da tutela do crédito e da sua circulação, e a recuperação das empresas em crise, em face da sua função social.

O art. 47 da Lei n. 11.101/2005 consagra tal inspiração, quando define a recuperação judicial como:

“A ação destinada a 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.”⁶

Erigido, assim, o instituto, à sombra da legislação americana e dos novos procedimentos concursais europeus, como anteriormente assinalado, tem a recuperação judicial da legislação brasileira características próprias.

⁵ ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar*, São Paulo, RT, 1985, p. 28.

⁶ Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

O devedor deve atender a certos requisitos legais, conforme previstos no art. 48 e incisos⁷, o que dá ao instituto um cunho formalista, tão criticado no Decreto-Lei revogado, para a concessão do pedido. Isto é injustificável, eis que a “empresa segue a sorte do empresário”. Esta expressão, cunhada por Adrián Piera JIMÉNEZ *apud* GUIMARÃES (2001: 208), grande comercialista espanhol, traduz a característica dos procedimentos concursais, então reinantes, impregnados de uma concepção primitiva, na qual “o homem e a empresa quedam-se sujeitos à mesma sorte”.⁸

Lamentavelmente, a Lei n. 11.101/2005 insistiu nessa concepção primitiva, quando condicionou a propositura do pedido de recuperação ao empresário não estar incluído nos impedimentos arrolados nos incisos do art. 48. Embora a empresa tenha “viabilidade econômica”, a recuperação não poderá ser requerida. Por outro lado, se o empresário mantém-se *inerte, desinteressado* na manutenção da atividade econômica, e não requer a recuperação, a lei não previu que outros interessados possam fazê-lo, mitigando os relevantes interesses sociais que gravitam em torno da empresa e que sofrerão os custos de sua liquidação.

Era de se admitir que os credores, empregados, ou mesmo o Ministério Público, na sua função institucional, pudessem requerê-la, vez que o escopo da lei, como vimos, é a promoção da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, nos termos do citado art. 47.

Se a nova lei pecou por manter este formalismo injustificado, por outro lado, deve-se aplaudir a iniciativa de se prever a apresentação do *plano de recuperação*, pelo devedor, como condição para a concessão do pedido. O plano constitui, no nosso modo de ver, o rompimento com os procedimentos concursais anteriores de cunho nitidamente liquidatário-solutório. O devedor deverá demonstrar no Plano de Recuperação as medidas a serem implementadas visando à reorganização da sociedade e a demonstração da sua viabilidade econômica, e não apenas a forma de satisfação dos credores.

⁷ Art. 48. 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 8 (oito) 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.

⁸ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 208.

5 - DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Dentre as mais importantes inovações da nova lei, destaque-se o abandono dos característicos tradicionais dos concursos de credores, como a cessação de pagamentos e a insolvência, entendida esta como a incapacidade patrimonial, conforme prevista no Régio Decreto 267 de 1942, na Itália, como causa ensejadora do procedimento concursal.

As noções de insolvência,⁹ de impontualidade e de inadimplemento, perfeitamente ajustadas no cenário concursal de concepção privatística (relação devedor-credores), estão hoje superadas pela de crise econômica da empresa.

Já não se fala mais em insolvência, mas, sim, de situação de crise econômica, conceito que, segundo Ángel Rojo FERNÁNDEZ-RÍO *apud* GUIMARÃES (2001: 167)¹⁰, “é metajurídico, aberto e cambiante”. A insolvência não esgota a patologia da empresa moderna em crise e, em conseqüência, não pode ser o pressuposto único – ou principal – para a abertura do concurso. A insolvência, como sempre foi considerada na doutrina italiana,¹¹ deve ser entendida como o último grau da patologia, vez que toda situação de insolvência constitui uma situação de crise econômica. Porém, a proposição inversa resulta *inexata*. Do que se conclui que a insolvência passou a ser apenas o elo final da corrente que se inicia com a “crise econômica da empresa”, que, por sua vez, é resultante da ação concomitante de múltiplas causas – cujos efeitos finais se concretizam no estado de insolvência – que se opera no momento precedente ao da instauração dos procedimentos judiciais.

A partir, portanto, da inestimável contribuição do jurista espanhol Angel Rojo, concebendo o “estado de crise econômica”, este, em boa hora, acolhido pelo legislador brasileiro na Lei n. 11.101/2005, em seu art. 51, I¹², a causa de pedir do processo de recuperação estará configurada na demonstração pelo devedor, na petição inicial, das causas concretas da sua situação patrimonial e das razões da crise econômico-financeira. As razões da crise não estão definidas na norma. É um conceito, portanto, aberto, cambiante, que dependerá de caso a caso para a sua caracterização.

⁹ D'AVACK, Carlo. *Op. cit.*, p. 37, Salvatore Satta, *Op. cit.*, p. 38; e BONELLI. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁰ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 167.

¹¹ Nesse sentido, AZZOLINA, Umberto. *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*. Torino, UTET, 1953, p. 231; FERRARA, Francesco. *Il fallimento*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 76; e SATTA, Salvatore. *Instituzione di Diritto Fallimentare*, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1957. p. 43.

¹² Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:
I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

Estando a documentação nos termos da lei, defere o juiz o processamento do pedido de recuperação, por meio de despacho, nos termos do art. 52, a partir do qual, vários efeitos serão produzidos no processo.

Importante registrar a esse respeito os efeitos produzidos pelo deferimento do despacho em relação aos credores comerciais, trabalhistas e tributários. Quanto aos *créditos comerciais*, o plano de recuperação deverá prever o seu pagamento, com os acréscimos legais, sem um *prazo limite* para tanto, como ocorria ao tempo da concordata preventiva, que era limitada a 24 meses (a dilatória). Além do que, a lei, de maneira inovadora, fez enumerar no art. 50 os meios de recuperação da empresa, proporcionando alternativas para o devedor debelar a crise. A concordata preventiva, sabidamente, a esse respeito, era muito restrita, prevendo apenas, como solução do passivo, a remissão dos créditos ou a dilação dos prazos, nos termos do então art. 156, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 7661, de 1945.

Em relação aos *créditos trabalhistas*, a lei determinou que o plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para o seu pagamento, além de prever que os valores até 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador também devam ser pagos até 30 (trinta) dias, desde que vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação, como forma de tutelar os interesses dos trabalhadores nos termos do art. 54¹³. O grande *entrave*, e agora haveremos de adentrar a tal questão, refere-se aos *créditos tributários* que ficaram isentos do juízo da recuperação.

6 – Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas

Destacaremos, a seguir, os problemas que a aplicação da nova lei tem suscitado:

6.1. A não-sujeição dos créditos tributários

Como antes assinalado, a execução dos créditos tributários não está sujeita à recuperação judicial, nos termos do parágrafo 7º, do art. 6º¹⁴, da nova lei, cabendo às Fazendas Públicas e ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS deferirem, nos termos

¹³ Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

¹⁴ Art. 6º § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

da legislação específica, parcelamento dos créditos, em sede de recuperação judicial, como dispõe o art. 68¹⁵.

É lamentável que o novo instituto da recuperação, de tanta relevância social, possa não ter incluído os créditos tributários dentre aqueles sujeitos à sua jurisdição. Como solucionar a situação de uma empresa em crise se o seu *passivo fiscal* fica à margem do processo? Sabidamente, quando o empresário encontra-se em dificuldades financeiras, são exatamente os tributos e encargos financeiros aqueles que primeiro deixam de ser pagos ou recolhidos. Pretender resolver a crise da empresa sem que a Fazenda Pública possa dar a sua contribuição é um retrocesso.

Se a empresa tem uma função social a ser preservada, o Estado deve ser o primeiro interessado na manutenção da atividade produtiva, na manutenção dos empregos e no aumento da arrecadação. É inconcebível que o Fisco, além de não contribuir para a recuperação, frise-se, *coloque em risco* o salvamento da empresa, caso o parcelamento, conforme previsto no art. 68, não seja deferido. Tal postura não se coaduna com o Estado moderno voltado para os interesses sociais.

6.2. Exigência da certidão negativa de débitos fiscais

Está aí outra exigência injustificável, a qual a lei prevê no art. 57¹⁶, que é a apresentação das certidões negativas de débitos tributários pelo devedor. Ora, como registrado anteriormente, não se concebe que o empresário em dificuldades financeiras possa estar em dia com as suas obrigações tributárias, de forma a poder atender a esta exigência legal. A intenção do legislador com tal dispositivo só pode ser uma: obrigar o devedor a quitar suas dívidas antes do ajuizamento do pedido de recuperação ou, ao menos, providenciar o seu parcelamento. Ora, a solução dos créditos tributários deve ser buscada, como todos os demais, dentro de uma solução global inserida no contexto do plano de recuperação, não podendo ser tratada de forma isolada, como quer impor o legislador.

6.3. Apreciação do plano de recuperação pelos credores

¹⁵ Art. 68. 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 nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

¹⁶ Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-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 nos termos dos **arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966** - Código Tributário Nacional.

Outra questão da maior relevância é a previsão da nova lei de submeter a aprovação do *plano de recuperação* à deliberação da Assembléia de Credores. A Lei n. 11.101/2005, instituiu um procedimento, antes previsto em leis anteriores, que é o de submeter a solução da crise do devedor à vontade dos credores. Vimos no tópico relativo à evolução histórica do instituto que os procedimentos concursais modernos, notadamente o norte-americano, o francês e o espanhol, primaram por restringir o voluntarismo dos credores e o fortalecimento dos poderes jurisdicionais.

Na contramão desta tendência, portanto, a Lei n. 11.101/2005 submete a aprovação do plano à Assembléia de Credores. Ora, se o instituto tem cunho social e o escopo da nova lei é exatamente o de privilegiar a função social da empresa, não se justifica mitigar o interesse coletivo em favor do interesse dos credores.

É bem verdade que a lei previu que o juiz convocará a assembléia de credores *se houver oposição por qualquer credor*, nos termos do art. 56¹⁷. Este “qualquer credor” também nos incomoda. A Lei não teve o cuidado de exigir que tal legitimidade devesse recair em um credor representativo do passivo ou que detivesse um percentual significativo de créditos para oferecer a *oposição* ao plano. Por que nos preocupa tal questão? Exatamente pelo fato de que um credor que não seja em nada relevante na solução do passivo da sociedade possa tumultuar o processo e dificultar a solução da recuperação. Não se pretende excluir a hipótese de manifestação dos credores, até porque são interessados na solução do conflito. Contudo, tal permissão a *qualquer credor* parece-nos muito benevolente e irrazoável.

Voltando à questão da Assembléia de Credores, gostaria de registrar que se, por um lado, entendo conflitante o interesse coletivo a ser perseguido, entregue ao voluntarismo dos credores, como fez a lei, por outro, é de se aplaudir a iniciativa do legislador ao prever no parágrafo 1º, do art. 58, que o juiz, nas condições ali previstas, poderá conceder a *recuperação*, com base em plano que não obteve aprovação pela Assembléia de Credores.

Vê-se que o legislador não esqueceu *de todo* as lições dos demais países nos quais o procedimento foi introduzido. A visão da recuperação judicial como um *grande contrato* entre o devedor e credores para pagamento do passivo é um retrocesso diante da evolução histórica do direito concursal contemporâneo, que legitimou a ingerência do Estado na solução do conflito.

¹⁷ Art. 56. “Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.”

6.4. Afastamento do devedor pela prática de atos lesivos à recuperação

A nova lei previu no art. 64 a possibilidade de *afastamento* do devedor ou de seus administradores no caso da prática dos atos ali enumerados. Nesta hipótese, o juiz convocará a assembléia de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor nos termos do art. 65¹⁸. Neste particular, registre-se a ainda nebulosa atuação desse *gestor judicial*, figura criada pela nova lei que não se confunde com o administrador judicial, tampouco com o Comitê de Credores. Se ao administrador judicial incumbe o assessoramento ao juiz, a fiscalização da gestão do devedor, como também do cumprimento do plano, ao *gestor judicial*, competirá administrar a sociedade, gerir a empresa durante o afastamento do devedor.

É de se concluir que a sua função é eminentemente gerencial, devendo ser buscado no mercado um profissional de experiência comprovada para o exercício da função. Embora o nome que a lei lhe tenha dado seja *gestor judicial*, não é ele nomeado pelo juiz, mas eleito pelos credores na Assembléia convocada para tanto.

O que me leva à perplexidade é a situação daquela sociedade em recuperação, que gerida a contento pelo *gestor judicial*, saneada na sua crise econômica, será *novamente* entregue ao devedor ou aos seus administradores, que de forma criticável ou mesmo fraudulenta levou a empresa ao estado de crise econômica.

A legislação falimentar francesa¹⁹ deu a melhor solução ao problema, ao atribuir ao Poder Judiciário, em hipótese da insolvabilidade da empresa, o poder de compelir os empresários, “dirigentes de direito ou de fato, aparentes ou ocultos, remunerados ou não”, a ceder suas ações ou quotas de capital, podendo ainda *destinar* o produto dessa venda ao pagamento dos débitos sociais.

7 – Soluções para os entraves suscitados

Com tantos entraves listados, o leitor há de pensar: como pode, então, a nova lei ser eficaz na solução da crise econômico-financeira das empresas? As soluções existem e já estão sendo postas em prática.

Quanto a não-submissão dos *créditos tributários* ao processo de recuperação, os magistrados e demais operadores da lei estão dando o exemplo. Os

¹⁸ Art. 65. Quando do afastamento do devedor, nas hipóteses previstas no art. 64 desta Lei, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial.

¹⁹ “Exposição de Motivos da Lei Francesa” n. 67.820 de 23/09/67 e Ordenance n. 67.563 de 13/07/67.

Processos de Recuperação da VARIG e da PARMALAT, já deferidos pelo Judiciário, são emblemáticos nesse sentido. No que concerne ao da PARMALAT, a Câmara de Recuperação Judicial e Falência do Tribunal de Justiça de São Paulo tem dado inegáveis demonstrações de como os entraves podem e estão sendo superados. As recentes decisões daquela Câmara têm *confirmado* as decisões monocráticas que vêm *dispensando* os devedores da apresentação das certidões negativas de débitos tributários, em uma clara demonstração de sensibilidade e compreensão do escopo da nova lei²⁰.

Igualmente quanto ao processo da VARIG, as decisões monocráticas proferidas foram no sentido da dispensabilidade do cumprimento do exigido no art. 57, confirmando esta compreensão pelo Judiciário da finalidade da norma. Do que se conclui que, a solução para este entrave da nova lei, como para os demais aqui suscitados, está nas mãos dos aplicadores da norma. Precisamos de uma mudança de mentalidade no exercício da atividade exegética, menos formalista e abstrata, especialmente no que diz respeito às normas de conteúdo econômico, como a nova lei de recuperação de empresas. Os novos rumos do direito empresarial e os reclamos da sociedade pós-moderna exigem uma postura menos formalista de seus operadores.

Como nos mostra o prof. Osmar Brina CORRÊA-LIMA (2006: 14)²¹, lembrando Roscoe Pound, “frequentemente, os princípios acabam escondidos e esquecidos atrás de uma montanha de regras deles deduzidas”. A nova lei, acima de tudo, fixou princípios para que deles possam deduzir não regras, mas decisões. Para tanto, há que se exigir uma nova posição exegética pela doutrina e pela jurisprudência.

Este ajuste dos processos de hermenêutica evita a necessidade, sempre recorrente, de se alterar a lei, quando se encontram obstáculos a sua melhor aplicação.

A profa. Rachel SZTAJN²², respeitada mestre da USP, lembrou-nos, em recente Seminário realizado em Belo Horizonte, que há um custo na reforma de uma lei, neste caso, ainda tão recente, com um ano apenas de vigência. Se há lacunas, omissões ou imperfeições na lei, e assim é de se esperar, sendo ela uma obra humana, portanto,

²⁰ “Parmalat Brasil S.A. – Indústria de Alimentos requereu, em 24.06.2005, a sua recuperação judicial, nos termos da Lei 11.101/2005, obtendo o deferimento de seu processamento em 04.07.2005.

Assim, requereu a empresa a concessão da recuperação judicial, *com dispensa das certidões negativas tributárias*, apresentando suas razões para contrariar o determinado no art. 57 da Lei 11.101/2005.

Como amplamente demonstrado nos autos, a começar pela petição da Parmalat Brasil S.A. – Indústria de Alimentos (f.), a exigência das certidões negativas, como pressuposto de admissibilidade para concessão da recuperação judicial, aprovada pelos credores a ela sujeita, *não pode, portanto, prevalecer o óbice do art. 57 da Lei 11.101/2005*, pois afronta os princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal.” (Grifos nossos)

²¹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, *Sociedade limitada*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 14.

²² “Seminário 1 Ano da nova Lei de Recuperação Judicial de Empresas”, realizado pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais, nos dias 28 e 29 de agosto de 2006, no Hotel Mercure, Belo Horizonte-MG.

imperfeita, a sua interpretação deve estar voltada para a persecução dos seus objetivos, privilegiando-se os valores maiores que devem ser tutelados.

O processo de recuperação da VARIG e seu exitoso desfecho, que inspirou a elaboração deste artigo, volta à minha mente para ilustrar e demonstrar que esta nova hermenêutica pretendida não é um sonho, mas uma realidade, posta em prática, senão por todos os operadores do direito, mas por grande parte daqueles que receberam a missão primordial de aplicar a nova lei de recuperação judicial.

A r. decisão judicial do ilustre juiz Luiz Roberto AYOUB²³, que concedeu o pedido de recuperação da VARIG, é o retrato fiel de como se deve aplicar a nova lei. Com esta nova exegese, esta nova postura diante da lei, aberta às transformações sociais, sem maniqueísmos, procurando sempre buscar o fim a que ela se propõe, o interesse coletivo e social estará sempre tutelado. Que muitos outros magistrados sigam o seu exemplo!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar*. São Paulo, RT, 1985.

AZZOLINA, Umberto. *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*. Torino, UTET, 1953

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo, RT., 1970.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, *Sociedade limitada*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Breve histórico da legislação sobre Sociedade Anônima no Brasil*. In. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 6, 2001.

Exposição de Motivos da Lei Francesa n. 67.820 de 23/09/67 e Ordenance n. 67.563 de 13/07/67.

²³ “Trata-se de requerimento de homologação do plano de recuperação judicial, aprovado em 19 de dezembro do corrente, formulado por VARIG S.A. Viação Aérea Riograndense e demais empresas submetidas ao regime da Lei 11.101/2005, conforme descrito a f.

A situação das empresas em regime de recuperação judicial, como cediço, é bastante delicada merecendo, por óbvio, toda atenção do Poder Judiciário. Desde o início do processo, quando foi deferido o processamento da recuperação judicial, o Poder Judiciário fluminense não mediu esforços. De fato, nem poderia ser diferente na medida em que se está convivendo com milhares de empregos de uma empresa mundialmente conhecida e que representa um verdadeiro patrimônio nacional.

A nova legislação editada sob o n. 11.101/2005, retrata uma norma principiológica que objetiva a preservação da empresa, manutenção da unidade produtiva e, conseqüentemente, o emprego, a comunidade no recolhimento dos tributos, entre outros. Enfim, é uma legislação rica, aos fins sociais a que as empresas se destinam.” Luiz Roberto Ayoub, Juiz de Direito, Rio de Janeiro, 28 de dezembro de 2005. (Grifamos)

FERRARA, Francesco. *Il fallimento*. Milano, Dott A. Giufrè Editore, 1959.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais, *Recuperação judicial de empresas*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

LOBO, Jorge. *Direito concursal*. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

SATTA, Salvatore. *Instituzione di Diritto Fallimentare*. Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1957.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS. *1 Ano da nova Lei de Recuperação Judicial de Empresas* (seminário). Belo Horizonte: 28 e 29 de agosto de 2006.