

ANÁLISE ECONÔMICA JURÍDICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS (LEI 11.101/05)

ANÁLISES ECONÓMICO JURÍDICA DE LA REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES

Jesmar César da Silva

Palavras chave: Direito;Economia;Falência

Derecho;economia;Quiebra

RESUMO

A Lei 11.101 de fevereiro de 2005 entrou em vigor no dia 10/06/2005 e modificou o sistema falimentar Brasileiro. A presente pesquisa busca através da escola denominada “Análise Econômica do Direito”, identificar e analisar a “Recuperação Judicial de Empresas”, procedimento trazido pela lei 10.101/05 que tem interferência e influência na economia, visualizando as possibilidades de maximização da eficiência e riqueza. Quais os estímulos para a atividade econômica trazidos pela Recuperação Judicial prevista na lei 11.101/2005? Quais proteções a atividade empresarial encontra na Recuperação Judicial? Merece destaque que analisaremos e exporemos somente sobre as mudanças que ao nosso ver terão desdobramentos econômicos. No 5º capítulo falaremos sobre o administrador judicial, ao nosso ver figura central para o bom desenvolvimento da lei 11.101/05.

RESUMEN

La ley 11.101 del febrero de 2005 entró en vigor 10.06.2005 y hay cambiado El sistema de bancarrota Brasileno. La presente investigación través de la escuela llamada “Análises Económico Del Derecho”, identifica y analiza la “ Reorganización de Sociedades”, un recurso interpuesto por la ley 10.101/2005 que tiene interferencia e influencia en la economia y sus posibilidades de maximizar la eficiencia y la riqueza. ¿Cuáles son los incentivos para la actividad

económica provocada por la reorganización bajo la ley 11.101/2005? ¿Qué protecciones actividad empresarial hay en la reorganización? La exposición busca la análisis sólo de los cambios que tendrán consecuencias económicas en nuestra opinión. En el capítulo quinto hablaremos sobre el fiduciario, en nuestra opinión, la figura central para el buen desarrollo de la Ley 11.101/05

SUMÁRIO

I-Introdução.....	03
II-Breve análise histórica da antiga lei de falência.....	07
III-A teoria da análise econômica do direito.....	11
IV- Panorama geral da lei 10.101/05 em contraponto a antiga lei de falências.....	14
V- Análise econômica do instituto da Recuperação Judicial de Empresa trazido na LEI 10.101/05.....	16
Vi- o administrador judicial na recuperação judicial de empresas.....	24
VII- Conclusão.....	27
VIII- REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	28

I-INTRODUÇÃO

A Lei 11.101 de fevereiro de 2005 entrou em vigor no dia 10/06/2005 e modificou o sistema falimentar Brasileiro. A nova legislação, além de modificar totalmente o instituto da

falência, extinguiu os institutos da concordata , concordata preventiva e introduziu novos procedimentos de recuperação judicial e de recuperação extra-judicial das empresas.

Já há muito tempo o decreto-lei 7.661/45 não atendia a realidade socioeconômica Brasileira, tendo em vista que desde o início de sua vigência ocorreram significativas mudanças no mundo e no Brasil, principalmente nos campos tecnológicos, econômicos, sociais e culturais.

Dentro do novo cenário mundial onde o setor produtivo e essencialmente capitalista, a atividade empresarial exerce um papel fundamental na atividade econômica, gerando renda, empregos, tributos, desenvolvimento científico e tecnológico, estímulo a produção, crédito, realização de serviços, bens, enfim desenvolvimento da realidade socioeconômica.

A nova legislação falimentar em todo seu corpo trás elementos que buscam sempre o reequilíbrio financeiro econômico da empresa em dificuldade e por conseqüência sua reestruturação, restando inegável seus efeitos sobre a economia. Assim, a empresa em crise temporária; que pode decorrer de vários fatores tais como, instabilidade econômica do setor em que opera, falta de adequado gerenciamento, retração do mercado, falta de crédito, alta taxa de juros, concorrência desleal, além de outros; não terá seu potencial econômico desconsiderado e encontrará na legislação proteção para seu negócio superar a crise e se desenvolver gerando renda e riqueza.

A presente pesquisa busca através da escola denominada “Análise Econômica do Direito”, identificar e analisar os procedimentos trazido pela lei 10.101/05 que tem interferência e influência na economia, visualizando as possibilidades de maximização da eficiência e riqueza trazidas, tal procedimento é a Recuperação Judicial de Empresas.

“... a ordem lógica que governa a sistematização das normas de Direito Econômico está calcada na idéia de estrutura de incentivos, segundo a qual a norma jurídica funciona como sinaleiro (encorajamento de condutas), colocando para os agentes uma

disposição de estímulos, que visa direcionar suas decisões relativas à atividade econômica¹”

Conforme bem definido por Paulo Roberto Colombo Arnoldi:

“ Teoricamente imagina-se que o sistema falimentar tenha como objetivo criar as condições necessárias para que situações de crise econômico financeira sejam solucionadas de forma previsível, célere e transparente. Deve procurar preservar os bens, tangíveis e intangíveis, de modo a cumprir sua função social, gerando, atividade econômica produtiva, emprego e renda. Pretende minimizar os efeitos da crise econômica financeira, almejando resultados econômicos mais eficientes²”

Assim o sistema de insolvência deve prever condições favoráveis a recuperação efetiva da empresa viável, ou estabelecer mecanismos para uma liquidação eficiente da empresa falida, maximizando assim o valor dos ativos e possibilitando que os credores recuperem, em parte seus créditos, amenizando assim seus prejuízos.

Considerando o até aqui dito, o presente trabalho busca responder:Quais os estímulos para a atividade econômica trazidos pela Recuperação Judicial prevista na lei 11.101/2005? Quais proteções a atividade empresarial encontra na Recuperação Judicial?A lei 11.101/2005 encontra-se em consonância com a atual realidade socioeconômica brasileira? E ainda, identificar e analisar quais os procedimentos e institutos e trazidos pela Recuperação Judicial de empresas que tem interferência e influência na economia, visualizando as possibilidades de maximização da eficiência e riqueza.

Toda a análise da Recuperação Judicial de Empresas estará calcada na escola denominada “Análise Econômica do Direito”, corrente de pensamento que ficou conhecida na

¹ FLORENZANO, Vincenzo D.Sistema Financeiro e Responsabilidade Social-São Paulo: textonovo,2004, pg 45.

² ARNOLDI, Paulo Roberto Arnoldi Análise Econômico-Jurídico da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, Revista de Direito Privado da Faculdade Mineira de Direito, pg 223, out/2006.

Literatura de língua inglesa péla expressão *economic analysis of law* que surgiu nos Estados Unidos no início dos anos 60do século passado, com as publicações dos ensaios de Ronaldo Coase (1960, p 1-44 e Guido Calabresi (1961,p.499-533)

Segundo o Prof Vincenzo D. Florenzano a idéia síntese da análise econômica do direito é:

“Para transmitir em poucas palavras a idéia que sintetiza a proposta desta escola de pensamento, poderíamos dizer que a análise econômica do direito visa investigar os efeitos e as conseqüências do Direito, sobretudo o Direito posto pelas sentenças judiciais, sobre a economia. Ou seja visa responder à seguinte indagação : como o direito influencia e interfere no funcionamento da economia?

A partir das respostas fornecidas pela ciência econômica para essa indagação, a *Law and Economics* vai sugerir como o direito é (na melhor interpretação positivista), ou como o direito deve ser (na postura normativista) para proporcionar ou favorecer o melhor funcionamento possível da economia(maximização da eficiência e da riqueza)³”

Primeiramente faremos uma breve explanação sobre a origem histórica da falência e seu desenvolvimento até os dias atuais, buscando demonstrar a importância deste instituto para a economia.No segundo Capítulo falaremos mais sobre a “Análise Econômica do Direito” buscando contextualizar a teoria pregada com os objetivos deste trabalho. No 3 ° faremos um panorama geral buscando um contraponto entre a antiga lei que regulava o sistema falimentar Brasileiro, Decreto-lei 7.661/45 e atual lei, 11.101/05. No 4° capítulo passaremos à análise econômica propriamente dita do Procedimento de Recuperação Judicial de Empresas trazidos pela lei 11.101/2005. Merece destaque que analisaremos e exporemos somente sobre as

³ FLORENZANO, Vincenzo D, Teoria Pura do Direito versus Análise Econômica do Direito,Revista de Direito da Faculdade Mineira de Direito, v 8, n 15, 1° sem.2005

mudanças que ao nosso ver terão desdobramentos econômicos. No 5º capítulo falaremos sobre o administrador judicial, ao nosso ver figura central para o bom desenvolvimento da lei 11.101/05.

II-Breve análise histórica da falência

A palavra falir vem do latim *fallere*, em nossa língua portuguesa especificamente no dicionário Silveira Bueno assim é definida:

“suspender os pagamentos não ter com que pagar os credores; fracassar; quebrar”⁴

No sentido jurídico, no dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras jurídicas o termo falir é assim definido “Dir. Com. Execução coletiva contra comerciante declarado insolvente, à qual concorrem todos os credores habilitados, a fim de serem pagos em rateio, pelo que se possa apurar com a venda do patrimônio disponível”⁵

Nota-se que ambas definições são carregadas de termos pesados que demonstram bem a vergonha e outros sentimentos humilhantes que é carregada a falência e a pessoa do falido. A Falência normalmente é vinculada ao fracasso. Porém muitas vezes o falido não tem escolha, ele é apenas mais uma vítima de uma circunstância alheia a sua vontade.

O instituto da falência teve seu nascedouro na Roma antiga, nesse sentido, lição do prof. Carvalho de Mendonça:

Estudando o direito romano, em sua época última, acharemos, então, o arcabouço do instituto perfeitamente composto. O *concursum credituorum* do insolvente abria-se em virtude de causas determinadas, tais como:

⁴ BUENO, Francisco da Silveira Mini Dicionário de Língua Portuguesa, Ed. Ver e atual. São Paulo: FTD 1996, pg 286

⁵ Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas –4º ed- Forense, 1996, pg 350

- a) se o devedor infeliz e de boa fé recorresse a *bonorum Cessio*, entregando a seus credores a totalidade dos bens presentes.
- b) Se o número de credores e a importância dos créditos fossem tão elevados que tornassem provável a insuficiência dos bens do devedor, e este não quisesse consentir na cessão.
- c) Se o devedor fugisse, ou se a uma sucessão vaga concorressem muitos credores, sendo manifesta a insuficiência dos bens para pagamento de todos.

A abertura do concurso, que devia ser requerida pelos credores, ordenada por decreto do magistrado, iniciada pela *missio in bona*, e publicada por editos para conhecimento dos interessados, trazia importantes efeitos além dos já mencionados, quer quanto à pessoa do devedor, quer quanto aos credores: organizava o sindicato de todos estes e impunha-lhes como regra fundamental a mais completa igualdade, por *conditio creditorum*; formava dos bens arrecadados a massa, cuja administração cabia ao *curator bonorum*, nomeado pelos credores por maioria de votos e confirmado pelo juiz; estabelecia a classificação dos credores em diversas categorias: massa reivindicante, credores separatistas, credores da massa e credores quirografários; autorizava a anulação dos atos fraudulentos do devedor por meio da *actio pauliana e do interdictum fraudatorium*. São estes juntamente os traços salientes da instituição da falência hodierna⁶

Em razão do exposto e de tudo mais que se tem estudado sobre a matéria, opinião unânime no sentido que o instituto da falência teve influência direta dos estudos realizados na Roma antiga, que por consequência influenciaram o Direito Italiano durante a idade média. Foi só em 1807 que o Código Comercial Francês teve um livro totalmente dedicado a falência. Assim, todo o direito falimentar mundial, ainda hoje sofre influência do direito falimentar Francês e Italiano.

⁶ MENDONÇA, J.X.C de tratado de direito Comercial brasileiro, 2ed Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v 7,p15 Livro V, parte1

E foi na França que surgiu fato importante para o que hoje é objeto de nosso trabalho, conforme ensina a prof MARIA CELESTE MORAIS GUIMARÃES:

“ assim, foi somente na França que o legislador percebeu o fato óbvio de que a insolvabilidade de uma empresa de interesse social pode afetar não apenas a massa dos credores, mas também e sobretudo o equilíbrio econômico e social da região, ou mesmo do país. A ordenação Francesa n. 67-820 de 23.09.1967, instituiu um processo extraordinário de reerguimento econômico e financeiro para as empresas insolváveis, “cujo desaparecimento poderia causar grave perturbação à economia nacional ou regional e ser evitado em condições compatíveis como interesse dos credores” já se reconheceu que essa medida excepcional não se aplica unicamente às macroempresas em situação crítica; uma unidade empresarial de dimensões reduzidas pode representar um elo insubstituível numa cadeia de produção, de tal sorte que a sua falência perturbaria gravemente o funcionamento de outras empresas, com reflexos na economia nacional ou nacional⁷”

A análise de direito comparado encerra aqui, apenas para evidenciar o surgimento da consciência quanto a importância da análise econômica da legislação concernente a matéria tratada neste trabalho.

No Brasil durante o período Colonial, não houve a existência de uma legislação propriamente dita que tratava especificamente do instituto da Falência, somente em 1850 o Código Comercial trouxe uma parte denominada “ das quebras”, definindo mais claramente um instituto semelhante ao da falência e determinado procedimentos que devem ser adotados para o pagamento do máximo de credores do “quebrado”. Nas reformas seguintes, a matéria nunca teve

⁷ GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes, Recuperação Judicial de Empresas- Belo Horizonte: Del Rey, 2001,p38

tratamento por parte do legislador no que tange a relevância da atividade empresarial para o contexto comercial que se encontrava, ficando a legislação restrita à preocupação de quitação de dívidas.

Só agora na nova lei 10.101/05, existem preceitos no sentido de tentar salvar a atividade empresarial, tendo em vista que é notório que é melhor para todos, credores, empregados e a sociedade em geral o bom funcionamento da empresa em dificuldades, sendo essencialmente relevante que a empresa se reerga e gere riquezas. Esse é o principal objetivo do instituto da recuperação Judicial.

III- A Teoria da análise econômica do direito

Os conhecimentos da ciência econômica no final do século XIX já eram utilizados para fundamentar leis que passariam a disciplinar a economia nos Estados Unidos. O que se fazia era utilizar fundamentos retirados da teoria econômica para serem aplicados em campos específicos do direito onde as relevâncias dos aspectos econômicos faziam parte na própria lei.

Buscava-se na teoria econômica fundamentação para justificar a formatação da legislação, ou seja, a economia ditava a melhor forma de redação da legislação para atender interesses exclusivamente econômicos.

A análise econômica do direito estuda o impacto da legislação na economia, para buscar uma transformação ou reformulação do direito, sempre buscando o implemento da economia.

“o critério fundamental para a crítica ou a defesa dessas regras jurídicas é o conceito econômico de eficiência na alocação de recursos escassos, tendo em vista a maximização da riqueza⁸”

⁸ FLORENZANO, Vincenzo D, Teoria Pura do Direito versus Análise Econômica do Direito, Revista de Direito da Faculdade Mineira de Direito, v 8, n 15, 1º sem.2005, p 257

Considerando os objetivos da lei 11.101/2005, conforme consta do relatório apresentado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado, onde fica evidenciada a vontade de fornecer condições para que os empresários individuais e sociedades empresárias possam se reorganizar sob a tutela do Estado. Importantíssima a análise econômica dessa lei, que lança mão em seu bojo de institutos que buscam essencialmente efeitos econômicos alavancando a atividade empresarial em dificuldades.

A análise econômica do direito visa investigar a função da norma jurídica como estrutura de incentivos para atividade econômica. Merece destaque mais uma vez que o incentivo à atividade econômica é o objetivo central da lei 11.101/2005.

Realizar a análise econômica da Recuperação Judicial de Empresas é analisar se a dita legislação entende seus objetivos. Cada comando dado pela lei 11.101/2005 implicará em ações no ordenamento jurídico e desdobramentos econômicos.

A partir da análise econômica do instituto da Recuperação Judicial de Empresas, surgirão idéias de como o direito posto pode ser aperfeiçoado, no sentido de proporcionar ou favorecer o melhor funcionamento possível da economia, o que pressupõe uma economia funcionando com a máxima eficiência possível.

Nesse sentido destacamos:

“É fundamental o estabelecimento de critérios, incentivos, a partir de um equilíbrio nos direitos entre devedor e credores e de uma adequada divisão dos riscos. Quando a lei se mostrar excessivamente favorável ao devedor, permitindo o funcionamento de empresas inviáveis economicamente, ou legitimando a quebra de contratos, com a possibilidade de desrespeito aos direitos de propriedade e de execução de garantias, estar-se-á comprometendo o funcionamento do sistema econômico, diminuindo o número de negócios e transações, restringindo o mercado de crédito, com

efeitos negativos sobre o desenvolvimento econômico e social do país.

Enfim, é recomendável o estabelecimento de um equilíbrio dos interesses, atendendo os requisitos de eficiência *ex-post e ex-ante*, pois as soluções devem, no longo prazo, gerar o maior retorno possível para as partes envolvidas, evitando-se também, comportamentos inconvenientes e levianos por parte dos gestores que venham a comprometer as perspectivas de desenvolvimento da empresa.⁹⁹

É imprescindível a análise econômica da Recuperação judicial das empresas trazida na lei 10.101/05

IV - Panorama geral da lei 10.101/05 em contra ponto a antiga lei de falências

A legislação falimentar anterior a lei 10101/05 estava há muito ultrapassada e era muito criticada tendo em vista seu caráter liquidatário da empresa, muitas vezes inclusive o instituto falimentar era observado apenas como um meio de cobrança extremo.

Não se podia ignorar que a atividade empresaria é importante para toda a coletividade.

O reconhecimento de uma autentica função social da empresa era a medida preliminar que o legislador não podia se esquivar na aplicação dos procedimentos trazidos na lei 11.101/2005.

O decreto-lei 7.661/1945 conferia muito poder ao magistrado e restringia muito a ingerência dos credores, favorecendo assim a inadimplência e o encerramento da atividade empresarial.

⁹⁹ ARNOLDI, Paulo Roberto Arnoldi Análise Econômico-Jurídico da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, Revista de Direito Privado da Faculdade Mineira de Direito, pg 224, out/2006

Os feitos se eternizavam, as massas eram dilapidadas, favorecendo os conchavos extra-autos.

O professor Nelson Abrão elenca alguns dos problemas do decreto lei 7.661/1945:

“A inadequação da justiça para tomar com urgência as providências necessárias e o desconhecimento técnico dos julgadores tem dado margem à ocorrência de casos calamitosos em matéria de falência e concordata no Brasil. O grande problema do Direito falimentar Brasileiro está na índole eminentemente processual e repressiva. A ênfase de nossa legislação recai sobre questões de ordem puramente técnico-jurídica, quando o fundamental dessa matéria é o elemento econômico; a falência, entre nós, caba tendo a finalidade única de liquidar a empresa e punir penalmente o empresário; em outros países, como a Inglaterra, os Estados Unidos, a França e, mesmo, a Argentina, a lei tem uma função preventiva e saneadora; a criação de veras especializadas em falência capacitaria melhor os julgadores em matéria econômica; a concordata preventiva, tal qual se encontra regulada atualmente, de concessão baseada puramente em elementos formais, enseja fraudes e prejuízos aos credores. .¹⁰”

Através da lei 11.101/2005 supera-se o predomínio da dissolução da empresa pela ocorrência da quebra uma vez que tudo dependerá de avaliação e do exame apurado de sua viabilidade, sujeitando-se ao aspecto contábil e circunstanciado.

As responsabilidades de todos aqueles que trabalham no procedimento de quebra, desde o próprio juiz, passam a serem tratadas de forma mais apropriada.

¹⁰ ABRÃO, Nelson. Curso de Direito Falimentar, 5ª edição, revista e atualizada , pg 57 Livraria e Editora universitária de Direito.

Na lei 10.101/05, notadamente na recuperação Judicial das empresas, o objetivo sempre é priorizar uma celeridade e a busca de efetividade, evitando-se assim solução de continuidade do conflito de interesses.

V- Análise econômica do instituto da Recuperação Judicial de Empresa trazido na LEI 10.101/05

Analisaremos agora sob a ótica da análise econômica do direito a Recuperação Judicial de Empresas, nos ateremos apenas aos pontos trazidos pela lei 11.101/05 que tem desdobramento na economia e que serão objeto de crítica e tem com base o fundamento principal de eficiência na alocação de recursos excessivos, tendo vista a maximização da riqueza

O empresário que buscar seu reequilíbrio financeiro e econômico poderá fazê-lo a partir da implementação de uma série de procedimentos denominados na lei no que tange a recuperação judicial da empresa.

Não podem requerer a recuperação judicial as instituições financeiras e assemelhadas (seguradoras e consórcios), as atividades de previdência complementar e os planos de saúde, tendo em vista legislação própria aplicada a essas sociedades.

As sociedades irregulares e os proibidos de atuar empresarialmente não têm legitimidade para pleitear o regime de Recuperação Judicial.

O art. 51 da lei 10.101/05 enuncia requisitos documentais ao direito de pleitear Recuperação Judicial, buscando incentivar a regularidade.

O art. 48 traz mais restrições para quem deseja os benefícios da recuperação judicial. O empresário não pode ter sido falido e deve ter exercido a atividade empresarial há mais de dois anos, nesse ponto nota-se a preocupação de privilegiar a atividade que realmente pode solidificar-se e que tem possibilidade de se desenvolver.

A lei busca evitar que o empresário utilize-se do instituto da recuperação judicial com meio de reduzir o valor de suas obrigações ou dilatar o prazo para o pagamento de seus débitos.

A sociedade em cota de participação não pode fazer uso da recuperação judicial, apenas o sócio ostensivo pode pedir a recuperação judicial, a sociedade não. Da mesma forma a empresa pública e a sociedade de economia mista não podem gozar dos benefícios da recuperação judicial, tendo em vista características das ditas sociedades.

Se o juiz considerar o pedido de recuperação judicial, todas as ações e execuções contra o devedor estarão suspensas, salvo as exceções estabelecidas em lei, conforme será melhor exposto em breve.

A recuperação judicial poderá ser requerida pelo devedor que se enquadre no art. 48 da lei 10.101/2005.

O devedor empresário deverá fundamentar a petição explicando minuciosamente o seu estado econômico e as razões que estão a justificar o pedido. Não basta apenas estar em dificuldade financeira o empresário deve provar a viabilidade do seu negócio a partir do deferimento do procedimento de recuperação judicial de sua empresa. Questão importante é a simplificação para as microempresas e empresas de pequeno porte pedirem a recuperação judicial.

As ações ainda em discussão quanto ao valor realmente devido, continuarão no juízo de seu processamento até o julgamento final da lide.

Questão polêmica é a condição para que o pedido de recuperação judicial seja aceito o dever de serem apresentadas as certidões negativas fiscais (art. 57), porém, como é de conhecimento geral as empresas em dificuldades de arcar seus compromissos, em geral têm dificuldades de estar em dia junto ao fisco que muitas vezes é a razão para a crise financeira da empresa.

A lei prevê exceções que buscam privilegiar os créditos, são exceções ao juízo universal da Recuperação Judicial, o proprietário fiduciário de bens, o arrendamentos mercantis, os proprietários e promitentes cujo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, o proprietário de contrato de compra e venda com reserva de domínio, e ainda o credor por contrato de cambio com adiantamento de valores. Tais exceções buscam privilegiar o crédito e a segurança das relações jurídica tendo em vista característica dos institutos que privilegiam a resolução em si mesmo.

Ao ser deferido o pedido de recuperação judicial, o juiz determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas de empresários no exercício de sua atividade (salvo para a contratação com o poder público). Clara a intenção de viabilizar a plena atividade do empresário.

A lei 10.101/05 inova ao prever a existência e a atuação de uma assembléia geral de credores que é composta pelos credores da empresa, os sócios do devedor e as sociedades coligadas.

A assembléia geral dos credores é regulada pelos artigos 35 até 46 da lei 10.101/05. Todo o objetivo da criação dessa assembléia é privilegiar o crédito e fornecer meios para que os credores recebam o quê lhes é devido.

A lei 10.101/05 acrescenta ainda a figura de um colegiado composto por credores a que se denomina comitê de credores. Destacam-se entre as competências do comitê, fiscalizar o administrador judicial, atentar quanto ao interesse dos credores, averiguar reclamações dos interessados, e requerer a assembléia de credores.

Para que a recuperação judicial seja confirmada, após o deferimento do seu processamento , há a necessidade de apresentação de um plano de recuperação que passará pelo crivo dos credores e cuja aceitação é condição de afastabilidade da decretação da falência do devedor.

“O conteúdo mínimo do plano de recuperação vem previsto no art. 53 da LRE, que menciona a descrição minuciosa dos meios de recuperação que serão empregados, a demonstração da viabilidade do plano, além de um laudo econômico, financeiro e patrimonial. Caberá ao empresário devedor, por meio do plano de recuperação, provar tecnicamente para os seus credores que tem condições de se reerguer e que, mediante a execução da estratégia apresentada, existe viabilidade econômica e financeira para a sua permanência no mercado.

O plano será publicado e os credores citados a se manifestarem sobre a sua aprovação.

A lei estabelece como período máximo de execução do plano o período de um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho, anteriores à concessão da recuperação, sendo que o pagamento de até cinco salários mínimos por trabalhador para verbas salariais, vencidas nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, será efetuado no prazo máximo de trinta dias (art.54).

O prazo máximo para o processo de recuperação judicial é de dois anos da concessão da recuperação, mas o prazo para pagamento das obrigações poderá ir além deste prazo¹¹”.

“Duas considerações. Primeiramente, o código civil, em seu art. 1.146, ao disciplinar o estabelecimento empresarial, determina que o seu adquirente ficará solidariamente responsável com o alienante pelas obrigações existentes pelo prazo de dois anos, tornando-se na seqüência o único a responder por elas. Lembre-se que as obrigações são da empresa e não do estabelecimento, fazendo com que possa receber críticas a redação da lei civil ao admitir que as obrigações acompanham o

¹¹ BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de direito Comercial- 3º ed. Reform.atual.-São Paulo, revista dos tribunais, pg 477

estabelecimento. De toda maneira, no que se refere à recuperação judicial, o adquirente estaria desobrigado, nos termos da LRE. Segundo, o dispositivo da LRE afasta a solidariedade, que é reconhecida para as obrigações trabalhistas e tributárias, aí sim representando uma inovação, pois para estas duas modalidades de obrigações a jurisprudência, com algum respaldo normativo, tem reconhecido a extensão da responsabilização para o adquirente da organização empresarial. O propósito do legislador, ao que parece, é estimular a aquisição de unidades organizadas com a finalidade de impedir o desmantelamento da empresa, sem o risco de recebimento de um legado negativo em termos de obrigações do empresário alienante. Por outro lado, acredita-se que, ao desonerar os bens organizados alienados como parte da recuperação judicial, permite-se uma maior aceitação no mercado que conduza a uma valoração mais expressiva do preço devendo, que será essencial para que o empresário possa retomar o estado de solvência

Quanto as obrigações tributárias, o CTN foi modificado a fim de permitir a exceção quanto à sucessão tributária. Quanto às trabalhistas, será necessário acompanhar o posicionamento da doutrina e da jurisprudência especializada em razão das peculiaridades quanto ao tratamento atribuído aos créditos decorrentes dessas relações ¹²“

A lei procura estabelecer um tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Diante de uma micro ou pequena empresa, a lei possibilita, que apenas parte dos credores sejam atingidos pelo plano de recuperação, dispensando os demais de se habilitarem no processo de recuperação. O plano de recuperação abrangerá exclusivamente créditos quirografários, exceto os decorrentes de repasses oficiais, o prazo máximo de parcelamento será de trinta e seis meses (para as demais empresas o plano de recuperação não tem limite de parcelamento), há uma dilação para pagamento da primeira parcela de no máximo cento e oitenta dias, além de ficar condicionado o aumento de despesas a ou

¹² BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de direito Comercial- 3º ed. Reform.atual.-São Paulo, revista dos tribunais, pg 479¹²

contratação de empregados ao pronunciamento do comitê de credores, do administrador judicial e de autorização do juiz (LRE, art. 71). O pedido de recuperação em tais circunstâncias não suspende o curso das ações e das execuções e nem a prescrição dos créditos não incluídos.

A não concordância de pelo menos a metade dos credores quirografários quanto do plano especial de recuperação (microempresa e empresa de pequeno porte), pune o requerente com a decretação da falência.

O art. 5º da lei 10.101/05, prevê obrigações que não poderão ser exigidas na recuperação judicial , quais sejam: as obrigações a título gratuito e as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial, salvo os custos judiciais de litígio contra o devedor.

Os credores que detém direitos em relação ao empresário em recuperação podem ser divididos em três grandes categorias. Os credores concorrentes, os credores excluídos da recuperação e os créditos não concorrentes.

Os credores concorrentes são aqueles que estão sujeitos ao plano de recuperação, que segundo a lei atingirá todos os créditos anteriores ao pedido, vencidos ou não, com as exceções já comentadas.

Os excluídos são os que não sofrem os efeitos da recuperação, ou seja, os previstos no art. 49, § 3º e 4º, e os créditos tributários.

Já os créditos não concorrentes são aqueles que decorrem de obrigações contraídas durante a recuperação judicial, inclusive despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, os quais há hipóteses de decretação de falência, serão considerados extraconcursais. Também os credores quirografários que continuarem a fornecer bens e serviços após o pedido de recuperação judicial estarão, em caso de falência, sujeitos a tratamento diferenciado. Tal procedimento busca ser um incentivo para a atividade da empresa em recuperação, inclusive para continuar tendo crédito junto a seus fornecedores.

A lei estabelece que as obrigações anteriores à recuperação mantêm as condições contratadas ou definidas em lei, inclusive quanto a encargos (juros, por exemplo), salvo o que for estabelecido na recuperação judicial (LRE, art. 49, § 2º).

A lei estabelece uma série de regras aplicáveis ao empresário, que tem uma situação diferenciada em relação ao falido. O empresário não pede a posse sobre os bens e tem legitimação para atuar em juízo, os atos de administração praticados dentro dos limites legais serão válidos, a administração será mais controlada, mas o empresário não será substituído pelo administrador judicial, sendo seu afastamento previsto apenas nas situações do art. 64 da lei 10.101/05.

O art. 66 da lei 10.101/05 estabelece algumas restrições quanto ao poder de disposição do devedor sobre os bens ou direitos de seu ativo permanente, que dependerão de autorização judicial com exceção dos bens e valores indicados no plano de recuperação.

A pessoa jurídica empresária mantém intacta sua condição de sujeito de direito, porém, durante o processamento da recuperação judicial, em todos os atos , contratos e documentos firmados pelo devedor, deverá ser acrescida, após o nome empresarial a expressão em recuperação judicial(art. 69).

O juiz poderá conceder a recuperação judicial mesmo na hipótese de o plano não ter obtido aprovação na assembléia, desde que incidam as condições do art. 58 da lei.

Aprovado o plano, concedida a recuperação, o prazo máximo para a aplicação de seu regime é de dois anos.

O descumprimento de qualquer obrigação no período acarretará a decretação da falência do devedor. Ultrapassados dois anos, os credores que não forem satisfeitos poderão retomar as execuções individuais ou requerer falência.

Muito embora a carga tributária acachapante que está sujeito o empresariado brasileiro, o artigo 57 da lei 10.101/05 declara que o fisco não pode ser objeto do Plano de Recuperação.

VI - O administrador judicial na recuperação judicial de empresas.

Durante a vigência do Decreto nº 7.661/45, era a administração do processo falimentar ou de concordata entregue a pessoa nomeada pelo juízo e que podia figurar entre os próprios credores do empresário-devedor.

Ocorre, todavia, que tal situação não contemplava a melhor escolha, haja vista que a função de administração burocrática do processo acabava por recair sobre pessoa leiga que normalmente tinha interesses individuais vinculados ao processo – o credor. Além disso, enorme era a probabilidade de fraude no sistema concursal por conta da fragilidade imposta pela ausência de fiscalização sobre a atividade exercida pelo administrador, pois, a quem competia predominantemente à fiscalização – o juiz, estava sempre no exercício jurisdicional em seu gabinete, não restando a possibilidade concreta de fiscalização junto as etapas desenvolvidas fora do âmbito judicial.

Nasce o novo regime e vislumbramos a partir dele uma profissionalização do sistema de administração da falência e da recuperação de empresas, como passaremos então a expor.

Observando-se a estrutura criada pela Lei nº 11.101/05 verifica-se que possuímos hoje um “sistema de administração” composto por uma pessoa (física ou jurídica), o administrador judicial, e dois órgãos, que inclusive já foram tratados em capítulo anterior, o *comitê de credores* e a *assembléia geral de credores*.

O *administrador judicial* com funções predominantemente de interventor, será a pessoa designada pelo juiz para exercer as atividades burocráticas do processo judicial de falência ou de recuperação de empresa. Disciplinado na Lei nº 11.101/05 em

seus artigos 21 a 25, o administrador judicial será “*art. 21 – (...) profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada*”.

Diante dessa qualificação profissional exigida (advogado, administrador de empresas, economista, contabilista etc.).

A indicação de interventor outorgada ao administrador judicial se justifica na medida em que ele passa a exercer papel de autonomia sobre decisões até então pertencentes a outra pessoa.

Dada a complexidade da função exercida pelo administrador judicial, determinou o legislador que ele seria remunerado. *O administrador, pode sofrer sanções judiciais, culminando até com a sua responsabilização penal e civil, caso não se desincumba dele. Por outro lado, no serviço de administração da falência ou da recuperação, desempenha trabalho constante e, por isso, deve ser remunerado*

O administrador na recuperação judicial possui semelhança a um fiscal, encarregado de acompanhar e fiscalizar o processo de recuperação judicial e o comportamento da empresa em recuperação e daqueles que a dirigem. Embora não possua poderes gerenciais, não é sinônimo de uma participação meramente passiva. Ora, caso constate a ocorrência de fatos que prejudiquem o cumprimento da recuperação, deverá comunicar ao órgão judicial para que se tomem as devidas providências.

Fábio Ulhoa Coelho conceitua o administrador judicial como o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto, com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de auxiliar o juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunhão de interesses dos credores na falência.

O fato de possuir o administrador judicial o poder de fiscalizar, não terá poderes para interferir nos atos administrativos sem o devido processo legal e autorização judicial, nem ao menos ter livre acesso à sede da empresa e reuniões internas ou externas dos administradores.

A limitação ao administrador judicial dá-se pelo fato dos administradores da empresa não perderem a livre administração do negócio num primeiro momento, sendo garantido ao devedor o direito de propriedade e sigilos. A fiscalização deverá ocorrer através de balancetes mensais ou relatórios confeccionados pelo devedor, assim, ter-se-á a demonstração do cumprimento das metas estabelecidas no plano de recuperação da empresa.

Caso haja o descumprimento de qualquer obrigação assumida pelo devedor nos autos da recuperação judicial, no prazo de dois anos contados do despacho que concede a recuperação judicial, o administrador judicial, na função de fiscalizador, deverá requerer a falência. O descumprimento é facilmente detectado pelo administrador judicial, através da análise e levantamento das ações e decisões tomadas pelo devedor, já que aquele tem a obrigação de apresentar relatórios mensais acerca das atividades do recuperando e outro acerca do andamento da execução do plano de recuperação.

Tanto o devedor, o Ministério Público quanto qualquer interessado, poderá requerer o afastamento do administrador judicial, por omissão, negligência ou prática de ato lesivo à administração. O requerimento deve sempre ser devidamente fundamentado.

VII-Conclusão

A existência de um instituto como a Recuperação Judicial de Empresas é um grande avanço para nossa economia. Conforme já exposto neste trabalho é incontestável papel econômico e social das empresas dentro de nossa conjuntura.

É inegável também que muitas vezes as empresas são obrigadas a não arcar com seus compromissos da maneira que gostariam. A atividade empresarial contém riscos, o empresário não pode ficar à mercê de situações imprevisíveis e em função disto ver seu negócio ameaçado e por consequência ameaçar empregos e geração de renda.

O próprio Estado não pode desprezar que o fechamento de uma empresa significa menor arrecadação e agravamento da situação social ruim que parece fazer parte do DNA brasileiro.

O instituto da recuperação judicial busca privilegiar a empresa. A lei que regula a matéria traz uma série de medidas que em tese buscam o desenvolvimento empresarial. Em modo geral, analisando a lei sobre o olhar da análise econômica do direito, os preceitos contidos em seu corpo cumprem seu intuito de dinamizar a atividade empresaria, viabilizar o prosseguimento da empresa e privilegiar o crédito.

Porém, em determinados aspectos a lei é tímida e deixa de avançar em pontos importantes, como a flexibilização quanto ao pagamento de débitos tributários, que são as cargas mais pesadas sobre as empresas hoje em dia e motivo inclusive de fechamento de várias delas.

Deve-se louvar também a criação do administrador judicial, devendo tal função ser cada vez mais profissionalizada, nunca esquecendo que o viés gerencial desta função deve prevalecer sobre o caráter técnico jurídico.

O corpo da recuperação Judicial de empresas traz elementos que levam a crer que ela cumprirá os fins a que se propõe. O reconhecimento de uma autêntica função social da empresa é medida preliminar para o bom andamento econômico.

Resta agora saber se a prática da nova legislação cumprirá seu fim. Nunca ao analisar a recuperação Judicial das Empresas, a Análise Econômica do Direito deve ser perdida de vista, inclusive o magistrado, administrador judicial e demais operadores da recuperação judicial ao

realizarem seus atos no dia-a-dia do manejo da lei não podem desprezar o caráter essencialmente econômico das normas.

Maria Celeste Morias Guimarães, citando Joaquim Garrigues foi muito feliz:

“ el jurista em um continuo luchador, um perpetuo ensayista, cuja misión consiste em intentar adaptación Del derecho a la Justicia.labor de ensayistas que, problemente, no tendrá êxito jamás, porque el ideal de perfecta Justicia nos es asequible em este mundo. Pero esto no debe desalentarnos. Tenemos que hacer neustra pelea sin cuidarnos de la victori; incluso aunque tuviéramos conciencia de una derrota segura¹³”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABRÃO, Nelson. Curso de Direito Falimentar, 5ª edição, revista e atualizada , Livraria e Editora universitária de Direito.

ARNOLDI, Paulo Roberto Arnoldi Análise Econômico-Jurídico da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, Revista de Direito Privado da Faculdade Mineira de Direito, out/2006

BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de direito Comercial- 3º ed. Reform.atual.-São Paulo, revista dos tribunais,

BUENO, Francisco da Silveira Mini Dicionário de língua Português , Ed. Ver e atual. São Paulo: FTD 1996

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de Recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, .

¹³ Guimarães, Maria Celeste Morais, ob cit, 214 aput GURRIGUES, Joaquim. *Hacia um nuevo derecho mercantil*, cit.,p204

Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas –4º ed- Forense,1996,

FLORENZANO, Vincenzo D.Sistema Financeiro e Responsabilidade Social-São Paulo: textonovo,2004,

FLORENZANO, Vicenzo D, Teoria Pura do Direito versus Análise Econômica do Direito,Revista de Direito da Faculdade Mineira de Direito, v 8, n 15, 1º sem.2005

MENDONÇA, J.X.C de tratado de direito Comercial brasileiro, 2ed Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v 7,p15 Livro V, parte1

TEBET, Ramez. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), dispoendo sobre a nova lei que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência de pessoas físicas e jurídicas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Senado Federal Brasília, 2004