

Aspectos legais da crise da empresa e sua viabilidade na lei de recuperação judicial

Márcia Blanes

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Este trabalho tem o objetivo de definir ou compreender o real significado de dois conceitos que embasam a recuperação judicial, nos termos em que foi prevista na Lei 11101/05: a empresa em crise e a empresa economicamente viável: a preocupação de se compreender quando ocorre uma ou outra situação, a partir de dispositivos da lei, decorre da necessidade de se assegurar a efetividade do processo de recuperação judicial. Isso porque, nos termos da disciplina da lei de recuperações e falências, empresas inviáveis não devem se submeter à recuperação judicial, e sim à falência.

Compreender a administração e a capacidade de uma empresa vencer uma crise, de fato, é uma questão não jurídica. Mas verdade também que a aplicação pura e simples da lei, sem a compreensão das questões relativas à atividade empresarial, não tem se mostrado suficiente para o alcance do que se pretendeu com a nova lei: a recuperação e a efetiva “cura” de empresas “doentes. Não raramente, o instituto tem sido objeto de críticas pelo noticiário. Exemplifica-se com o texto que segue transcrito, da revista Exame: “Estima-se que cerca de 4000 empresas que pediram recuperação judicial no país, desde a entrada em vigor da nova lei, só 1% delas tenha saído do processo recuperadas de fato, segundo dados da Consultoria *Corporate Consulting*. Pouco mais de 10% faliram e o restante continua sob a tutela dos administradores (...) Existem felizmente, os casos de sucesso. Um deles é o da varejista carioca Casa & Vídeo, que pediu recuperação judicial em 2009 com uma dívida de 350 milhões de reais. O advogado Fábio Carvalho, da empresa de reestruturação Alvarez e Marsal, encarregado de tocar a recuperação judicial, renegociou a dívida, demitiu metade dos funcionários, e acabou comprando a empresa com um empréstimo do Banco BTG Pactual. Em 2012, a Casa & Vídeo deu lucro. A Tecsis, fabricante de equipamentos de energia eólica, emergiu de uma recuperação judicial com dinheiro de fundos organizados pela butique de investimentos Estáter. Em ambos os casos, investidores de fora perceberam que o negócio era viável após uma limpeza nas dívidas – raros exemplos em que a lei de recuperação judicial foi além das boas intenções”. Trecho extraído de artigo publicado na Revista Exame, caderno Negócios – Falência, 25 de dezembro de 2013, Tatiana Bautzer.

Ainda que o processo de recuperação judicial possa alcançar ou não o sucesso, o que depende do seu trâmite, bem como da conduta dos profissionais que nele atuam, pretende-se defender, neste artigo, que devem ser submetidas ao processo de recuperação judicial apenas as empresas efetivamente viáveis.

A crise da empresa na Lei 11.101/05

A Lei 11.101/05 não caracteriza ou define o que seria uma empresa em crise. Talvez porque a definição não fosse jurídica, ou porque não houvesse mesmo uma definição. O Decreto-Lei 7661/45 não continha tal expressão, enquanto a Lei 11.101/05 refere-se à “crise econômico financeira” em diversos de seus dispositivos: artigos 47, 51, 105, 122 e 129.

Percebe-se que a palavra crise é empregada tanto para tratar de empresas em recuperação judicial como para tratar de empresas que devem ou estejam se submetendo ao processo de falência. Merece destaque, nesse sentido, o que dispõe o artigo 105 que disciplina o pedido de autofalência, quando o “devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo a sua falência”.

A conclusão é que a empresa em crise que não “preenche os requisitos da recuperação”, deve pedir sua própria quebra, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial.

Ainda, dentro do que regulamentou a lei, a empresa em crise é uma empresa “devedora”; a lei de recuperações e falência, inclusive, emprega ambas as palavras como sinônimos (artigo 47 e 122).

Contudo, o critério legal, de que a empresa com dívidas é justamente a empresa que deve ser “tratada” ou que deve falir, mostrou-se, ao longo da história do Decreto-Lei 7661/45 e também da Lei 11.101/05, insuficiente: a crise de uma empresa não decorre necessariamente da impontualidade, e nem a impontualidade necessariamente gera a crise. Um endividamento momentâneo pode decorrer do investimento da empresa com máquinas ou aquisição de novas fábricas, ou também pode decorrer da desorganização do setor de contabilidade. E não se pretende dizer, com isso, que a lei não deve ser aplicada, nem que o juiz não deve deixar de decretar a falência daquele que não paga a dívida, ainda que citado em um processo de falência. Mas não há como notar que o diagnóstico legal é consequência histórica e que nos parece arraigada, de que a sociedade inadimplente precisa ser suprimida do sistema, em prol da proteção da sociedade e do crédito.

A lei nunca estipulou nem valor, nem a natureza da dívida em relação àquele que “precisava” falir. Pouca mudança trouxe a Lei 11.101/05, ao repetir, quase que por completo, o que dispunha o Decreto-Lei 7661/45, de que falida é a empresa que “sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”.

Se tanto a falida como a empresa que deve se submeter à recuperação são devedoras, qual seria a diferença entre elas que permitiria concluir que uma tem condição de prosseguir nas suas atividades e a outra não tem?

Nos termos da lei, a empresa viável, com possibilidade de superar a crise deve sofrer recuperação judicial, e a falida, deve ser “liquidada”. Mas a lei não dá parâmetros, senão implicitamente, a respeito do que seria uma crise sanável.

De qualquer forma, e ainda sem discutir no que consistiria uma crise, ou como se identificaria uma crise superável, a lei se propôs a disciplinar um remédio jurídico apto a curar empresas com dificuldades. E a recuperação judicial veio como solução para

empresas que passam por uma “crise econômico-financeira superável”. A falência, por sua vez, continuou sendo a solução jurídica para a empresa “incurável”.

A despeito da ausência de definição, não há como deixar de reconhecer que a lei prevê situações caracterizadoras de uma crise não sanável, além de prever o exame judicial da viabilidade econômica da empresa.

De qualquer forma, a impontualidade define a abrangência da lei entre nós, ainda que ela não guarde relação direta com o que se entende por crise superável e crise não superável.

A viabilidade ou não de uma empresa não era relevante, enquanto existiram tão somente dois institutos, o da falência e o da concordata. O juiz não era autorizado a fazer tal valoração antes de julgar procedente o pedido de quebra. Tanto, que a doutrina e a jurisprudência consagraram que a impontualidade era bastante e não era relevante perquirir se a empresa era insolvente. Havia uma espécie de presunção de que estaria, porque não conseguia pagar a dívida que instruíra o pedido de falência. Ensina Fábio Ulhoa Coelho: “Para fins de instauração da execução por falência, a insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas sim pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei. Ou seja, se o empresário foi injustificadamente impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, artigo 94, I), incorrer em execução frustrada (LF artigo 94, II) ou praticar ato de falência (LF, art. 94, III). Se restar caracterizado a impontualidade injustificada, a execução frustrada ou o ato de falência, mesmo que o empresário tenha o seu ativo superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência”.

Com o surgimento do instituto da recuperação, tal regra, de certa forma, perdeu força, já que se admitiu que a empresa devedora pudesse passar por uma crise sanável.

Pergunta-se afinal, como se caracterizaria ou se identificaria uma crise sanável?

O artigo 47 da Lei 11.101/05 refere-se à crise econômico-financeira. Mas a expressão também não nos auxilia no intuito pretendido por este artigo. Para muitos, inclusive, seria criticável a expressão, eis que uma crise econômica e uma crise financeira abrangiam situações diferentes.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que: “uma empresa em crise econômica seria aquela que passa por retração considerável dos negócios desenvolvidos, gerando uma queda no faturamento. A redução dos negócios poderia decorrer de uma crise econômica (por exemplo, a crise de uma moeda), mas poderia decorrer também do atraso tecnológico dos produtos ou modo de produção da unidade empresária. A crise financeira, por sua vez, se revelaria quando a empresa não tem caixa para honrar seus compromissos, ou seja, uma crise de liquidez. A crise patrimonial, por outro lado, seria a insolvência, ou seja, a insuficiência do ativo para atender as dívidas do passivo – tal ideia, como menciona o próprio autor, vem se relativizando, considerando que algumas empresas sem qualquer patrimônio, mas com perspectiva de lucratividade, poderiam valer muito mais do que empresas com razoável patrimônio (COELHO, 2013, fls. 56/57). O valor decorrente da organização da empresa, bem como o seu potencial lucrativo, o que convencionou-se chamar de “goodwill” ou ‘aviamento”, torna insubsistente a tese de que uma empresa em crise patrimonial não seria viável.

De qualquer forma, a conclusão a que se chega é de que analisar tão somente o patrimônio da empresa, ou volume de dívidas, não é suficiente para sabermos se a empresa é ou não viável. A análise da atividade empresarial deve ser feita, no mínimo, sob nova perspectiva.

Crise da empresa e comportamento dos credores

Manoel Justino Bezerra Filho explica que o Decreto-Lei 7.661/45 e o regime jurídico da falência vieram como resposta à necessidade de neutralizar a empresa que se endividava indefinidamente, preservando assim os credores e o bom funcionamento do mercado.

Há também aqueles que defendem que o endividamento, por si só, é irrelevante, se os credores forem tolerantes em relação a tal situação.

Defendia Carvalho de Mendonça (falando a respeito da falência no Decreto-Lei 7661/45), que a crise de uma empresa era basicamente uma crise de crédito, e não se relacionava a um estado de insolvência: “do crédito depende a manutenção da vida industrial; não o perde aquele que tem muitas dívidas, mas quem realmente se coloca na situação de não poder pagar o que deve. O devedor que não possui dinheiro, não dispõe de valores realizáveis, ou não goza de crédito que lhe permita antecipar sobre esses valores, fica impossibilitado de pagar, tem que parar o curso dos seus negócios e cessar o comércio, manifestando destarte, o seu estado de falência nos termos da lei.” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1954, Vol. VII. P.193).

Tal posição era razoável e se sustentava plenamente no regime anterior, já que a empresa que “quebrava” era aquela que não conseguia negociar as dívidas com seus credores, que ingressavam em juízo para requerer a falência. E a partir de tal entendimento, poderíamos dizer que uma crise é ou não superável de acordo com a tolerância dos credores.

A deliberação dos credores, com efeito, foi inserida em diversos dispositivos da Lei 11.101/05. São eles que deliberam sobre o plano de recuperação na Assembleia Geral de credores. E a classificação deles, bem como a força de voto de cada um é definida através do quadro geral de credores, este que, muitas vezes, demora a se formar, em decorrência de impugnações e habilitações retardatárias.

Mas é o veredito dos credores que afinal separa o mundo das empresas viáveis das empresas inviáveis?

Arriscaríamos dizer que não, a despeito das controvérsias. Os credores, em regra, não têm condições de avaliar se o plano de recuperação implica efetiva superação da crise e o saneamento da empresa. E ainda, o pagamento das dívidas nem sempre implica na solução dos problemas e desajustes que causaram o seu mau funcionamento.

Assim, não há como não notar certa perplexidade à regra legal de que os credores têm poder de decisão em relação ao destino da empresa.

Thomas Jackson utiliza-se de metáfora de um lago de peixes para exteriorizar o posicionamento dos credores em face de uma empresa em crise: “num primeiro cenário há apenas um proprietário do lago, que tem total poder de decisão a respeito de como melhor explorá-lo. O proprietário pode escolher entre capturar todos os peixes do lago e vendê-los, o que lhe renderia \$100, mas eliminaria qualquer renda futura de pesca proveniente do lago, ou então pescar apenas o equivalente a \$50 por ano, o que permitiria que o lago permanecesse com peixes em número suficiente para reprodução e garantia de rendimento de \$50 anuais. Supondo que o valor presente desta segunda opção é \$500, o proprietário único racional optará por restringir sua pesca a apenas 450 por ano, e não pela primeira alternativa. Já num segundo cenário, supõe-se que o acesso ao

lago é público, de tal maneira que se coloca a questão de saber como preservar o valor presente de \$500 ante a perspectiva de que uma comunidade de pescadores, agindo de modo egoístico, possa exaurir a piscosidade do lago de uma só vez. Neste caso, a auto-restrição por parte de cada pescador quanto ao limite de sua própria pesca não garante que os demais frequentadores do lago também agirão conforme a lógica da preservação dos peixes visando ao bem comum. Assim, torna-se necessária a imposição externa de um regime de limite ou quotas de pesca. Analogamente, argumenta Jackson, o direito deve impor limites aos credores quanto à capacidade de obterem medidas de satisfação de seus créditos a partir do patrimônio da empresa devedora”. (JACKSON, 1986, p.11-12 apud KIRSCHBAUM, 2009).

O exemplo de Thomas Jackson faz pensar a respeito da conveniência de entregar-se aos credores a valoração da viabilidade do plano. Verdade que há credores estratégicos, tais como trabalhadores e fornecedores, que dependem da existência da empresa para a sua subsistência. Eles possuiriam tendência a votar pela continuidade da atividade empresarial, e poderia até se imaginar aqueles que realmente estariam preocupados em analisar a viabilidade econômica do plano. Outros credores, contudo, votam favoravelmente ao plano quando há perspectiva de recebimento do seu crédito, e desfavoravelmente, quando sabem que há possibilidade de pagamento caso seja decretada a falência.

Não há como negar a importância da negociação com os credores. A recuperação do crédito da empresa é um dos elementos mais importantes de sua recuperação. Contudo, não é o único aspecto envolvido quando se fala em superação de uma crise, o que nos faz refletir se não haveria mesmo um interesse social, ou interesse maior na sua preservação (SALOMÃO FILHO, CALIXTO, Recuperação de Empresas e Interesse Social). A Lei 11.101/05 implicitamente admitiria tal interesse social ao prever, por exemplo, a imposição do plano a uma minoria dissidente na Assembleia Geral de credores.

Se os credores muitas vezes não têm condições de avaliar a viabilidade de um negócio, e se a lei não define o que seja uma crise superável, também se não é recomendável que empresas inviáveis sejam submetidas ao processo de recuperação judicial, é de rigor entender que o juiz, previamente, deve observar se presentes todos os requisitos legais para a concessão do favor legal.

Aqui convém ressaltar que a lei, ainda que pontualmente, refere-se ao saneamento da administração da empresa, sem a intervenção dos credores. Por exemplo, quando prevê o afastamento do administrador do devedor da condução das atividades da empresa, e quando se verificam as hipóteses previstas no artigo 64. Dispõe a lei que o administrador deve ser afastado quando se verifica que ele “efetua gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; ou quando ele realiza despesas injustificáveis em relação ao capital ou gênero do negócio, ou ainda aquele que descapitaliza injustificadamente a empresa ou realiza operações prejudiciais ao seu funcionamento regular”.

Importante notar que tal artigo está inserido na Seção IV, Capítulo III, que regula o “procedimento da recuperação judicial”. O artigo dispõe que o devedor e seus administradores serão afastados, atribuindo ao juiz tal poder de decisão, independentemente da concordância dos credores, sem prever como condição do afastamento o não cumprimento do plano. Ou seja, em outras palavras, caberá ao juiz, muitas vezes provocado pelo administrador judicial, apreciar se a empresa está desempenhando a atividade empresarial de maneira a cumprir sua função social, e se efetivamente superará sua situação de crise.

Há meios de recuperação, por outro lado, que não dependem da moratória do devedor, como ocorria com a antiga concordata. Previu-se, dentre as modalidades do plano de recuperação, por exemplo, a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, ou mesmo emissão de valores mobiliários. Tratam-se de soluções que dizem respeito à reestruturação da empresa em dificuldades.

De qualquer forma, importante anotar a crítica ao sistema legal anotado por Fábio Ulhoa Coelho, quando observa que a lei vincula o indeferimento da recuperação judicial à decretação da falência, reduzindo enormemente as alternativas do credor ao votar na Assembleia Geral de Credores: ou o credor vota pela aprovação de qualquer plano mesmo percebendo sua evidente inconsistência ou amargará o prejuízo certo pela falência. (COELHO, 2013, p. 191-192).

Apreciação judicial da viabilidade econômica

Como já se mencionou, se a lei não define o que significa uma crise superável, e enumera exemplificativamente como se sanaria a situação da empresa em recuperação, pergunta-se: a quem cabe a apreciação da viabilidade econômica da empresa?

Como já defendido anteriormente neste trabalho, a viabilidade econômica é condição da recuperação judicial. Por isso, a avaliação dos requisitos do artigo 51 da Lei 11.101/05 não deve ser superficial, e sim rigorosa.

A esse respeito, é relevante mencionar a opinião dos estudiosos: “Para que os propósitos da Lei 11.101/05 sejam realizados, é preciso que sua aplicação se dê de modo a preservar empresas economicamente viáveis e liquidar as inviáveis. Não é desejável do ponto de vista social que uma empresa economicamente inviável tenha seu plano de recuperação aprovado apenas como resultado da ação de um grupo estrategicamente posicionado para fazer prevalecer seus interesses sobre os demais. Do mesmo modo, é socialmente danosa a decisão que determine a liquidação de uma empresa viável. Por isso, uma das questões conceituais que interessa para a aplicação da lei é como determinar a viabilidade econômica, o que significa estabelecer se a crise da empresa é financeira ou intrinsecamente econômica, ou ainda econômica e financeira. Devido à possibilidade de manifestação independente ou simultânea dos quadros de crise financeira e da crise econômica, a lei deve disponibilizar mecanismos de ‘filtro’ que tornem possível a identificação da natureza da crise. Isto tem implicações de extrema relevância já que, assim como não faz sentido liquidar uma empresa viável economicamente, tampouco faz sentido ‘preservar’ artificialmente uma empresa sem fundamento econômico por meio da recuperação. É importante apresentar, ainda que brevemente, o conceito de ‘crise econômico-financeira’. A crise financeira se caracteriza pela incapacidade da empresa devedora em pagar seu passivo, que pode decorrer seja de um problema de falta de liquidez dos ativos, seja do fato de o montante de passivo da empresa superar o total do ativo, ou ainda de ambos os fatores. Já a crise econômica se caracteriza por problemas na alocação dos recursos utilizados pela empresa.” (KIRSCHBAUM, 2009, obra já citada).

E ainda: “ora, um plano de recuperação não é apenas uma promessa de pagamento (para composição do passivo), mas representa um cenário mais amplo, em que o devedor conquista (ou reconquista) em maior ou menor grau, a confiança de seus credores, na retomada de suas atividades, em certo prazo, em condições de manter (ou retomar) suas

relações negociais e, mormente, para gerar recursos suficientes não apenas para efetuar o pagamento do passivo, mas para dar continuidade à atividade econômica. Essa confiança desdobra-se em um aspecto subjetivo, relacionado ao comportamento do devedor (predominantemente na transparência das informações prestadas a respeito do cenário da crise, tais como suas causas e a fotografia real de sua situação econômico-financeira) como também sob o aspecto objetivo, de viabilidade no cumprimento das medidas de saneamento propostas para superação da crise e satisfação dos credores (há uma avaliação projetada de saneamento do negócio, que se projeta basicamente, na possibilidade futura de satisfação das obrigações, sejam aquelas vencidas, sejam aquelas nascentes” GARDINO, Adriana Valéria Pugliese. *A falência e a preservação da empresa - Compatibilidade?* Tese de doutorado Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Nos estritos termos da Lei 11.101/05, tais questões e também a viabilidade da empresa seriam definidas, em um primeiro momento, com a aprovação do plano de recuperação judicial pela Assembleia Geral de Credores. Isso porque, ainda que o artigo 53, inciso II da Lei estabeleça como requisito do plano de recuperação a demonstração de sua viabilidade, não há previsão legal para que o juiz valere a viabilidade do plano.

Porém, como já se ressaltou, não há mais como conceber a interpretação de que qualquer plano ou qualquer empresa possa se submeter à recuperação judicial.

Cabe ao juiz, em um primeiro momento, deferir ou não o processamento da recuperação judicial. A despeito da necessidade de se preservar a função social da empresa, acreditar que qualquer empresa pode se recuperar judicialmente, obtendo a suspensão das execuções no prazo de cento e oitenta dias, é transformar a recuperação judicial no que era a antiga concordata: “Mas se é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação da empresa, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das empresas um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo” (COELHO, 2013, pág. 175, obra já citada).

A análise da efetiva atividade empresarial a ser preservada tem sido objeto de preocupação judicial, o que tem levado os juízes a determinar a realização de um laudo para a constatação de tal atividade antes do deferimento do processamento da recuperação.

Há entendimento também no sentido de que o juiz pode determinar a realização de perícia para avaliação da veracidade dos laudos contábeis apresentados: “Estando atendidos todos os requisitos formais previstos nos incisos do art. 51, dentre os quais as demonstrações contábeis, impõe o art. 52 que o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial. Observe-se que a lei é impositiva: o juiz deferirá o pedido de processamento. Contudo, como pode o julgador, que não tem formação técnica em contabilidade, apreciar a regularidade da documentação de natureza estritamente contábil? Essa dificuldade não passou despercebida à boa doutrina: O juiz não é um técnico em contabilidade e não conta com a necessária assessoria técnica que lhe permita uma eficaz análise dos documentos contábeis apresentados (.). É necessário que se propicie essa efetiva assessoria ao juiz, que, repita-se, não é técnico em contabilidade, administração e finanças. Como há intenção, em diversas unidades da federação, de criar varas especializadas para recuperação e falência, seria necessária a criação também dessa assessoria de natureza contábil em tais varas (MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas*

e falência: Lei 1.101/05 comentada artigo por artigo. 7ª ed., São Paulo: RT, 201, p. 148). É certo que o exame aprofundado da situação financeira das empresas e da real possibilidade de recuperação deve ser realizado pelos credores após a apresentação do plano (art. 53 LRF), que poderão opor objeção (art. 5) ou se manifestar em assembléia (art. 56). De outro lado, a lei atribui ao juiz o exame sumário da regularidade dos documentos que instruem o pedido de recuperação. E só pode fazê-lo, de forma ótima, por intermédio da assistência de profissional da área, para tanto nomeado. Sabe-se que as normas processuais contidas no CPC tem aplicação subsidiária aos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/05 (art. 189 LRF). E, nesse raciocínio, dispõe o art. 145 do CPC que, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito. Assim, a nomeação de perito para assistir o juiz no exame da documentação contábil prevista no art. 51 I da LRF é possível e tem previsão legal” (Trecho extraído do voto proferido pelo Desembargador Teixeira Leite, 1ª Câmara de Direito Empresarial, no Agravo de Instrumento nº 2058626-90.2014.8.26.00 - Araras - voto nº 21049).

Em sentido oposto, de que o juiz não deve examinar a idoneidade dos laudos contábeis: “Não compete ao juiz apreciar o mérito ou a realidade das demonstrações contábeis, balanços patrimoniais ou de resultado, relatório gerencial de fluxo de caixa, sua projeção e demais documentos. Evidentemente, se houver inverdades, falsidades, documentação inidônea, o Administrador Judicial, o Ministério Público ou qualquer credor poderão apontá-las durante o processamento da recuperação judicial e, feitas as devidas apurações, tais fatos serão considerados pela Assembleia-geral quando da deliberação sobre o plano” (Agravo nº 612.654.4/6-00 (994.08.044706-0), voto nº 16.724, Desembargador Relator Manoel Queiroz de Pereira Calças).

A lei também faz menção à realização de laudo econômico financeiro “e de avaliação de bens e ativos do devedor subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada” no inciso III do artigo 53. Trata-se de documento que deve ser apresentado pela empresa em recuperação judicial junto com o plano de recuperação, sessenta dias após o deferimento do processamento da recuperação judicial.

Com base em tal artigo, há quem diga que a lei estaria conferindo ao juiz a possibilidade de apreciar a viabilidade do plano, sendo possível que haja determinação de estudo das atividades empresariais e também da viabilidade do cumprimento do plano através de profissional de confiança do juízo. Mas aqui também há posições divergentes. A esse respeito, merece menção o Enunciado 46 das Jornadas de Direito Comercial: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores” e também o Enunciado 44: Enunciado “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”. Seguindo essa linha, o juízo só teria amparo para não homologar o plano de recuperação em razão do não cumprimento de requisitos legais, em especial, o tratamento igualitários dos credores.

Ainda, no sentido de que ao juiz não é conferido o poder de examinar a viabilidade econômica do plano, vale a transcrição da Ementa de voto proferido no Agravo de Instrumento, de autoria do Desembargador Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial: “Recuperação judicial. Plano de recuperação judicial apresentado em substituição ao anterior. Manifestação do juízo pela produção de laudo pericial a fim de verificar a viabilidade econômico-financeira do novo plano.

Matéria afeta aos credores que, no momento oportuno, deverão apreciá-lo. Laudo pericial produzido por solicitação do juízo que não vincula os credores. Peça meramente informativa. Não compete ao juiz examinar a viabilidade econômico-financeira do plano e deixar de conceder a recuperação por considerar a proposta inviável sob o prisma econômico. Agravo a que se nega provimento”.

A viabilidade da atividade empresarial depende também da identificação e exposição dos motivos da crise, da transparência e da conduta do devedor, transparência que acaba conferindo ao devedor a capacidade de negociar suas dívidas. E não é por acaso que o artigo 51 da Lei, ao estabelecer os requisitos do pedido de recuperação, prevê que a empresa deve apontar as causas que levaram à crise econômico-financeira, além de apresentar os resultados contábeis dos três últimos exercícios sociais, a relação integral dos empregados e a discriminação dos valores pendentes de pagamento. Também não é por acaso que a empresa que requer recuperação deve apresentar certidão de regularidade perante o Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores. São nove dispositivos, que devem ser rigorosamente cumpridos e analisados, porque demonstram a transparência das atividades do devedor.

Como já se defendeu: a existência de patrimônio, por si só, não significa que a empresa é viável. Tal noção decorre da equivocada relação que se faz entre falência e recuperação judicial, sob a perspectiva dos credores quanto ao recebimento, ou não, de seus créditos. Da mesma forma, a relevância social da atividade que a empresa exerce tampouco implica na sua viabilidade.

Outros dispositivos legais também disciplinam, indiretamente, a “viabilidade econômica”. Por exemplo, determina o artigo 61 da Lei, em seu parágrafo 1º, que a recuperação judicial será convalidada em falência quando descumpridas as obrigações assumidas no plano de recuperação até dois anos da sua concessão. E no caso de descumprimento após tal prazo, a convalidação depende do pedido de falência formulado por qualquer dos credores.

Mais uma vez, é questionável que o descumprimento do plano e a inviabilidade econômica da empresa sejam sinônimos e consequências inarredáveis um do outro. Recomendável que o juiz faça a apreciação razoável do contexto do descumprimento; o que não significa dizer que os planos de recuperação podem ser cumpridos parcialmente. Ao contrário, a confiabilidade das atitudes do devedor é que implica na superação da crise. A viabilidade, de certa forma, decorre da reconquista da confiança dos credores: e na prática, a informação do Juízo quanto ao não cumprimento das inúmeras obrigações previstas no plano de recuperação depende mesmo é da iniciativa do credor descontente.

A viabilidade econômica e recuperação judicial dos grupos de sociedade

A doutrina, em linhas gerais, defende que um grupo societário configura uma unidade empresarial “eis que todos os elementos caracterizadores estariam presentes: a contribuição individual dos membros com esforços ou recursos, a atividade para a obtenção de uma finalidade comum e a participação nos lucros e nos prejuízos.” (CAMPANA FILHO, 2013).

Porém, a disciplina legal dos grupos de sociedades no Direito Brasileiro não abrange de maneira eficaz a realidade de tal fenômeno no mundo empresarial. Para alguns, os artigos 265 a 277, Capítulo XXI da Lei das Sociedades Anônimas, que regulamentam a ma-

téria, tornaram-se letra morta, considerando que as empresas plurisocietárias, na maior parte das vezes, existem independentemente da adoção formal do regime de grupos de sociedade previstos na lei (AZEVEDO, 2012, pág. 178).

Partindo-se da ideia de que existem grupos de direito (artigos 265 a 277 da Lei 6404/74), aqueles constituídos através de convenção ou acordo formal; e grupos de fato, entre sociedades coligadas e controladas, nos termos dos artigos 243 e seguintes da mesma lei, o fenômeno do agrupamento decorre da necessidade de reduzir o fenômeno dos custos de transação, conceito desenvolvido por Ronald H. Coase (COASE, 1960, apud AZEVEDO, 2012), quando abordou os custos decorrentes das operações econômicas de mercado. Assim, imaginando-se uma empresa que atua no ramo de distribuição, logística e transporte de produtos fabricados por uma terceira, pode-se admitir que elas passem a atuar como coligadas, unificando-se, por exemplo, procedimentos operacionais e de mercado, reduzindo-se custos.

Se é possível conceber, economicamente, a unidade empresarial, as dificuldades aparecem quando se reconhece a possibilidade de um grupo integrar o polo ativo de um pedido de recuperação judicial.

A Lei 11.101/05 não previu tal situação, mas há os que entendam que é possível a aplicação subsidiária do artigo 46 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência tem reconhecido a possibilidade do litisconsórcio ativo nos pedidos de recuperação. Porém, a existência de mais de uma atividade empresarial a ser preservada, em tese, prejudicaria a transparência e a apreciação da viabilidade da recuperação.

A análise rigorosa dos requisitos do artigo 51 da Lei de Recuperação e Falências, bem como da idoneidade dos dados apresentados ficaria prejudicada se um grupo societário requeresse sua recuperação judicial. No mínimo, a avaliação do quadro econômico de cada empresa exigiria a apresentação separada dos laudos contábeis, fluxo de caixa e balanço patrimonial.

Verdade que, processualmente, o litisconsórcio se trata de instituto criado com o objetivo de evitar decisões conflitantes, bem como medida de economia processual, quando diversas pessoas ocupam o mesmo polo de uma relação jurídica de direito material. Difícil, contudo, admitir que haveria decisões conflitantes ou mesmo necessidade de se resguardar o princípio da economia processual se as empresas que integram o polo ativo da ação têm situações econômicas distintas, administradores distintos e também credores distintos.

O tratamento do grupo como uma unidade, para fins da Lei 11101/05 só faz sentido se analisarmos o plano apresentado e também o seu processamento. Por exemplo, seria incoerente não admitir o litisconsórcio ativo se o plano de recuperação contemplasse uma situação ou remédio que abrangesse o conjunto de empresas requerentes, por exemplo, a hipótese prevista no artigo 50, incisos II e III da Lei 11.101/05.

A questão ainda guarda relevância em relação à regra do foro competente.

O artigo 3º da Lei 11.101/05 determina que o foro competente para apreciar o pedido de recuperação judicial é o do “local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil”.

Se um grupo de sociedades é quem ocupa o polo ativo do pedido de recuperação judicial, como reconhecer o foro competente se as empresas envolvidas têm estabelecimentos principais diferentes? Ainda que se admita que, em todos os grupos, há uma empresa dominante, e que determinaria o estabelecimento principal, na fase inicial do processo é mesmo questionável que o juiz possa identificá-la.

O estabelecimento principal do devedor é justamente aquele em que ele realiza maior número de negócios, e também onde estão os credores, que devem ter plena ciência e acesso ao processo da recuperação (COELHO, 2013, pág. 26). Tal regra é de natureza pública, portanto.

Tais incongruências nos mostram que não é possível admitir, pura e simplesmente, o litisconsórcio ativo nos pedidos de recuperação judicial. A despeito da unidade econômica de certos grupos societários, recomenda-se que o litisconsórcio seja admitido quando for condição para o bom processamento e também para a boa execução do plano de recuperação. Nesse sentido: “Agravo de Instrumento n. 2178366-42.2014.8.26.0000 - Relator Desembargador: Manoel de Queiroz Pereira Calças - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Ementa: Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Competência fixada em razão da sede do principal estabelecimento das agravadas e de prevenção gerada por pedido de falência anteriormente distribuído pela própria agravante contra as agravadas (art. 6º § 8º, da Lei nº 11.101/05). Litisconsórcio ativo. Possibilidade. Precedentes. Perícia técnica para apurar a viabilidade das agravadas. Questão não jurídica que refoge à competência do Poder Judiciário. Apresentação de plano único de recuperação judicial. Necessidade. Eventuais distorções dos créditos individuais que devem ser apreciadas e corrigidas caso a caso. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento”.

Conclusão

A Lei 11.101/05 trouxe uma nova perspectiva ao direito falimentar, trazendo uma solução jurídica para empresas viáveis e em crise, regulamentando, ainda que implicitamente, o que seria uma empresa sanável.

Previu-se também uma nova concepção à falência, abandonando-se a ideia de que o instituto implicaria tão somente a liquidação da empresa, passando a significar o reaproveitamento dos elementos produtivos de uma empresa mal administrada.

A despeito das críticas à Lei 11.101/05, bem como de seus resultados práticos, é possível considerá-la como instrumento jurídico apto a solucionar a crise de algumas empresas. É necessário agora examinar com espírito científico a lei, despido de qualquer preconceito, para mesmo após essas críticas, tirar de seus artigos aquilo que de melhor neles exista para o fim pretendido de recuperação das empresas em crise, de um lado, e de outro, para a falência da empresa cuja situação econômico-financeira, demonstre ser este o caminho a seguir, para que não se mantenha no meio empresarial, contaminando-o e colocando em risco sua eficiência ou seu crescimento, qualidade por todos nós desejadas”. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino, 2012, págs. 57 e 58).

Referências

- AZEVEDO, Luís André N. de Moura. O paradoxo da disciplina legal dos grupos de direito no Brasil sob uma perspectiva de Direito e Economia, *in Grupos de Sociedades, Organização e Exercício da Empresa*. Coord. Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo e Walfrido Jorge Warde Jr., 2012).
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/05*, comentada artigo por artigo, 8ª. Edição, Revista dos Tribunais, pág. 57 e 58.
- CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Tese de doutorado, orientadora Professora Doutora Vera Helena de Mello Franco Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 5ª. Edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1954, Vol VII.
- COASE, Ronald H. *The problem of social cost*, Journal of Law and Economics, v. 3, 1960.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*, 9ª. Edição, 2013.
- COSTA, Ricardo Brito. *Recuperação Judicial: é possível o litisconsórcio ativo?* Revista do Advogado, São Paulo, n. 105, p. 174-183, Setembro de 2009.
- GARDINO, Adriana Valéria Pugliese. *A falência e a preservação da empresa - Compatibilidade?* Tese de doutorado. Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- JACKSON, Thomas H. *The logic and limits of Bankruptcy Law*. Washington, D.C.: Beard Books, 1986, p.11-12.
- KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, Financiamento Extraconcursal e votação do plano*. Tese de Doutorado, Orientador Professor Calixto Salomão Filho, Universidade de São Paulo Faculdade de Direito de São Paulo, 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de Empresas e Interesse Social. Pág. 44 a 54, *in Comentários à lei de recuperação de empresas e falência - Lei 11.101/05 - Artigo por artigo*. Coord. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo.