

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

The first part of the book is devoted to a general history of the United States, from the discovery of the continent to the present time. The second part is a history of the individual states, and the third part is a history of the federal government.

A APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

por THOMAS BENES FELSBERG* y
PAULO FERNANDO CAMPANA FILHO**

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Uma visão geral da lei. 3. A lei na visão dos tribunais superiores. 4. A lei na visão dos juízes e tribunais estaduais. 5. A comprovação do pagamento dos débitos fiscais. 6. A participação do Ministério Público. 7. A intervenção judicial no conteúdo do plano de recuperação. 8. A recepção da lei. 9. Conclusão.

1. Introdução

A lei 11.101 de 2005, cujo objetivo é regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária no Brasil, completou, em junho de 2008, três anos de vigência. O curto período de vigência não impediu que a lei fosse aplicada diversas vezes pelo poder judiciário brasileiro —uma aplicação impulsionada pela profusão de processos judiciais em um país de dimensões continentais—. A quantidade de decisões proferidas não significa, porém,

* Thomas Benes Felsberg, bacharel em direito pela Universidade de São Paulo; LL. M., Columbia Law School. Presidente do Columbia University Alumni do Brasil. Membro do International Insolvency Institute e do American College of Bankruptcy. Sócio fundador de Felsberg, Pedretti, Manrich e Aidar Advogados e Consultores Legais.

** Paulo Fernando Campana Filho, bacharel em direito pela Universidade de São Paulo; mestre em ciências jurídico-civísticas pela Universidade de Coimbra; doutorando em direito comercial pela Universidade de São Paulo. Advogado associado de Felsberg, Pedretti, Manrich e Aidar Advogados e Consultores Legais.

que os tribunais tenham consolidado a aplicação da lei-isto é, que tenham firmado jurisprudência. O conjunto de decisões já proferido, porém, aponta os caminhos de formação da jurisprudência.

A aplicação da lei, além disso, não se cinge apenas ao entendimento dos tribunais. A lei falimentar de 2005 prevê o processo de recuperação de empresas, baseado no sistema norte-americano de barganha estruturada, que gira em torno da propositura de um plano para o pagamento dos credores. As negociações entabuladas por credores e devedor em torno do plano e os zelos e receios demonstrados ao elaborá-lo são capazes de mostrar, mais do que as próprias decisões judiciais, as expectativas de advogados e partes quanto à aplicação e à interpretação da lei pelos tribunais. Um processo de recuperação de empresas pode ser complexo e envolver diversos aspectos que nem sempre são revelados em decisões judiciais. As discussões que se travam nas mesas de negociação são, assim, fonte riquíssima para a compreensão do impacto da lei de recuperação de empresas e falências sobre o sistema brasileiro de coleta de créditos e de reestruturação financeira. Contudo, o teor das negociações privadas entre credores e devedores não é, na maior parte das vezes, revelado ao público. Dada a dificuldade de se investigar o impacto da lei a partir dessa ponto de vista, resta apenas analisar a forma como as perspectivas das partes refratam nas decisões judiciais proferidas pelos tribunais.

O presente artigo tem por objetivo fornecer um panorama geral dos primeiros três anos de aplicação da nova lei. Ele não consiste em uma tentativa de sistematizar todas as decisões judiciais ou todos os casos que envolvem a falência ou a recuperação de empresas. Ele busca, em primeiro lugar, fornecer uma visão geral da lei e mostrar, de forma um tanto quanto despreziosa, como os tribunais a têm interpretado, sobretudo no que diz respeito a algumas questões controvertidas.

2. Uma visão geral da lei

A lei 11.101 de 2005 foi a primeira reforma substancial da legislação falimentar brasileira desde 1945. Ela se baseou no espírito da reforma empreendida pela França a partir da década de '60 e que consistia na separação entre a empresa falida e o indivíduo responsável pela fa-

lência. Assim, a lei buscou permitir que as empresas viáveis, ainda que estivessem insolventes, fossem mantidas em funcionamento. A recuperação da empresa busca, além da satisfação dos credores, a preservação do emprego dos trabalhadores e está imbuída de princípios como a “função social da empresa” e o “estímulo à atividade econômica”¹. A falência visa ao afastamento do devedor da atividade empresarial, de forma a manter a fonte produtora².

Além disso, a lei incorporou os mecanismos jurídicos existentes na lei falimentar norte-americana, conjugando-os com os princípios trazidos da França. A falência, da mesma forma como na lei anterior, consiste na liquidação do patrimônio do devedor para o pagamento dos credores, mas, nos termos da nova lei, essa liquidação deve ser feita, preferencialmente, com a alienação do conjunto de bens, de forma a preservar valor e permitir que a atividade empresarial seja mantida intacta.

A recuperação judicial, fortemente inspirada no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* norte-americano, consiste em um mecanismo da chamada *structured bargaining* —credores e devedores negociam os termos de pagamento, sob a supervisão judicial—. Na lei brasileira, o pedido de recuperação judicial, proposto necessariamente pelo devedor, não produz efeitos até ter seu processamento deferido pelo juiz. A partir de então, há a manutenção do devedor no comando das atividades da empresa (o que os norte-americanos chamam de *debtor-in-possession*) e a paralisação dos processos judiciais contra ele por período não superior a 180 dias³. O devedor propõe, em um prazo máximo de 60 dias, um plano de recuperação à deliberação dos credores, que, divididos em três classes legalmente estabelecidas, votam a sua aprovação ou rejeição. O plano tem a função de prever os meios de recuperação da empresa e, sobretudo, o meio de pagamento dos credores. Uma vez aprovado pelas três classes de credores com as maiorias estabelecidas pela lei, o plano é submetido à posterior homologação pelo juiz. Nos casos em que uma das classes de credores rejeita o plano, o juiz tem meios para suprir esse veto

¹ Cf. art. 47. Os artigos citados referem-se à lei 11.101 de 2005, quando não for feita referência expressa a outra fonte legislativa.

² Cf. art. 75.

³ Art. 6º, § 4.

e conceder a recuperação judicial ao devedor⁴ –algo que os norte-americanos chamam de *cram down*–.

A lei prevê, ainda, o processo de recuperação extrajudicial. Apesar do nome, trata-se de um processo de recuperação com menor grau de intervenção judicial –e não sua ausência–. Na recuperação extrajudicial, o devedor submete um plano já pré-aprovado pelos credores à homologação judicial. Dessa forma, não há supervisão judicial enquanto elas se processam. Apesar disso, durante o curso das negociações, o devedor encontra-se protegido contra eventuais pedidos de falência feitos por qualquer credor submetido aos termos do plano. Os processos judiciais movidos por credores que não estão sujeitos ao plano, contudo, não são paralisados com o pedido de recuperação extrajudicial. Caso três quintos dos credores pertencentes a uma classe ou grupo tenha aprovado o plano, a homologação judicial o torna obrigatório para todos.

3. A lei na visão dos tribunais superiores

As decisões judiciais sobre a lei 11.101 de 2005 não estão compiladas e organizadas em nenhum repertório geral de jurisprudência. As decisões proferidas por um juiz de primeira instância estão sujeitas, no sistema judiciário brasileiro, a recurso para os tribunais de justiça, órgãos jurisdicionais de segunda instância. O tribunal é o órgão do poder judiciário de maior hierarquia dentro de cada Estado da federação. As questões decididas por um tribunal estadual podem ser revistas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão de competência nacional, nos casos que afrontam a lei federal, e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a corte constitucional brasileira.

A maior parte das decisões prolatadas pelos tribunais brasileiros e que dizem respeito à lei 11.101 de 2005 referem-se a questões processuais e não de fundo. O pouco tempo de vigência da lei impede que haja um grande número de decisões judiciais proferidas e entendimentos consolidados, especialmente de tribunais superiores, que normalmente são os últimos a se pronunciar a respeito das questões. Dessa forma, em julho de 2008, o *website* do STJ registrava 22 acórdãos

⁴ Art. 58, § 1.

proferidos sobre a nova lei⁵. O *website* do STF, por sua vez, apontava, na mesma data, apenas 3 decisões⁶. A maior parte destes acórdãos refere-se a questões procedimentais, embora algumas das decisões do STJ tragam aspectos substanciais sobre a interpretação da lei.

Os créditos tributários, por exemplo, não estão sujeitos à recuperação judicial. Por não ser permitido ao Estado transigir, os créditos tributários devem ser cobrados integralmente e não é possível prever uma forma diversa de pagamento em um plano de recuperação. Como os tributos estão fora da recuperação judicial, as execuções fiscais poderiam prosseguir normalmente⁷. Entretanto, o STJ reconheceu, em uma decisão judicial, que a jurisprudência brasileira historicamente mitigou o rigor das leis fiscais nos casos dos devedores insolventes e em regime de concordata. Entendeu, dessa forma, que os atos de alienação de bens do devedor, nas execuções fiscais, ficam paralisados com o deferimento do pedido de recuperação judicial. Os bens do devedor podem ser executados, nesse âmbito, apenas se o devedor, por inércia, não requereu o parcelamento da dívida tributária ou se este pedido foi indeferido⁸.

Em outra decisão, o STJ, citando a lei de 2005, declarou que “no moderno Direito falimentar, o interesse social preponderante é manter a empresa em atividade”. Com base nesse entendimento, o STJ declarou que o Ministério Público não tinha interesse para requerer a desconstituição da concordata concedida pelo juiz. “Qual é o interesse do Ministério Público em ver uma empresa quebrar, se os credores não estão se opondo à concordata suspensiva?”, questionou o Ministro Ary Pargendler ao pronunciar seu voto. Apesar de o caso envolver a aplicação da lei falimentar de 1945, o STJ entendeu que os princípios da lei de 2005 poderiam ser empregados na decisão⁹.

⁵ A consulta foi efetuada no *website* do Superior Tribunal de Justiça (<http://www.stj.gov.br/>) em 22 de julho de 2008.

⁶ A consulta foi efetuada no *website* do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.gov.br/>) em 22 de julho de 2008.

⁷ Art. 6º, § 7.

⁸ STJ, AgRg no Conflito de Competência Nº 81.922-RJ (2007/0065648-0), Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 9-5-2007.

⁹ STJ, Recurso Especial Nº 971.215-RJ (2006/0248205-4), Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 21-8-2007.

Decisões como essas mostram que os tribunais superiores, embora tenham proferido poucas decisões a respeito, tendem a interpretar a lei a favor da continuidade da atividade empresarial –em um dos casos, permitindo a suspensão dos atos de alienação nas execuções fiscais, e em outro, impedindo o Ministério Público de recorrer contra uma decisão concessiva de concordata– em conformidade com o princípio da preservação da empresa viável incorporado por influência do ordenamento jurídico francês.

4. A lei na visão dos juízes e tribunais estaduais

Uma quantidade muito maior de decisões judiciais foi proferida pelos tribunais estaduais, órgãos jurisdicionais de segunda instância, e pelos juízes de primeiro grau. Por o Brasil ser uma federação com vinte e seis estados, cujos tribunais não possuem necessariamente uma relação sistematizada das suas decisões, sobretudo as de primeira instância, seria inócua e improdutivo proceder a uma análise de todos os acórdãos por eles proferidos relativos à nova lei falimentar.

A maior parte das decisões sobre a lei 11.101 de 2005 –e as de maior impacto– concentram-se, todavia, nos pólos mais populosos e industrializados do país. Os estados da região Sudeste –como o Rio de Janeiro e São Paulo– reúnem a maioria das principais decisões a respeito do assunto. Na cidade do Rio de Janeiro, há varas especializadas para tratar de questões relativas ao direito empresarial, inclusive as derivadas da lei falimentar. Na cidade de São Paulo, o grau de especialização é ainda maior: há varas que cuidam exclusivamente de processos judiciais de falências e recuperações de empresas. O tribunal do estado de São Paulo, além disso, criou uma câmara especializada para julgar as questões decorrentes da aplicação da nova lei.

Da mesma forma como nos tribunais superiores, a esmagadora maioria das decisões proferida pelos tribunais versa sobre questões procedimentais, embora haja algumas que trazem importantes contribuições à interpretação de aspectos substanciais da nova lei. As decisões de primeira instância são muito mais abundantes e abrangem os processos judiciais inteiros.

5. A comprovação do pagamento dos débitos fiscais

Algumas das decisões mais importantes proferidas pelos juízes estaduais foram relativas a uma questão fiscal –provavelmente a mais debatida nas instâncias judiciais–. A lei 11.101 de 2005 estabelece, como um dos requisitos para a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor, a apresentação de certidões negativas de débitos tributários¹⁰. A certidão negativa de débitos tributários é um documento emitido pelo Estado que comprova o pagamento de todos os tributos e a regularidade fiscal¹¹. A lei 11.101 de 2005 possibilita, ainda, que o Estado admita o parcelamento das dívidas tributárias do devedor sujeito à recuperação judicial –embora não tenha sido adotada nenhuma lei para regular essa possibilidade¹²–. Dessa forma, o pagamento integral das dívidas tributárias –ou o seu parcelamento– seria um requisito para que um plano de recuperação pudesse ser apresentado.

Essa regra, somada à inexistência de uma lei específica para a concessão do parcelamento, foi vista como um entrave à recuperação de diversas empresas. A questão tem grande relevo prático e foi debatida em vários casos de recuperação. Em virtude disso, diversas decisões judiciais afastaram a exigência das certidões negativas de débitos tributários como requisito para a concessão da recuperação judicial.

O caso Parmalat é um exemplo disso. O representante do Ministério Público, ao ser requisitado para opinar a respeito da exigência legal da referida certidão neste caso, afirmou que “a) trata-se de sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais; b) fere o princípio da proporcionalidade, e, por isso, são insubsistentes; c) o descumprimento não acarreta a falência, consequência não desejada pela lei; d) a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica, sem que isso represente proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias”¹³. Na de-

¹⁰ Art. 57. Ver, também, o art. 191-A do Código Tributário Nacional.

¹¹ Ver, a respeito da certidão negativa de tributos, Hugo de Brito Machado, *Curso de direito tributário*, 23ª edição, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 239-244.

¹² Art. 68.

¹³ Parecer proferido por Alberto Camiña Moreira, nos autos do processo Nº 000.05.068.090-0, em trâmite perante a 1ª Vara de Recuperação e Falência de Empresas de São Paulo.

cisão que homologou o plano de recuperação da Parmalat, o juiz sancionou o parecer do Ministério Público, afirmando que a exigência das certidões “afronta os princípios que regem o instituto da recuperação judicial” e as dispensando, por conseguinte¹⁴.

No caso Varig, a questão também veio à tona. Da mesma forma que no caso Parmalat, o Ministério Público opinou pela dispensa da comprovação do pagamento dos tributos como requisito para a apresentação do plano de recuperação. No caso, o Ministério Público, no seu parecer, reconheceu que a Varig não tinha apresentado as certidões negativas e que, por outro lado, não havia nenhuma lei que permitisse o parcelamento dos débitos. O Ministério Público levou em consideração, ainda, o fato de que a Varig tinha créditos de grande monta contra o Estado e que em breve se tornariam exequíveis. Dessa forma, opinou por suspender “transitoriamente a exigibilidade da apresentação das certidões”¹⁵. A decisão judicial que se seguiu dispensou as certidões tributárias negativas, amparada não apenas pelo potencial crédito da Varig contra o Estado, conforme expunha o parecer do Ministério Público, mas também com base no princípio geral da preservação da empresa viável¹⁶.

Essas duas são provavelmente as decisões mais conhecidas que dispensaram a apresentação das certidões negativas tributárias —e consequentemente a comprovação do pagamento dos impostos—, mas a questão já foi suscitada diversas vezes em vários processos judiciais de recuperação de empresas¹⁷. A tendência jurisprudencial é a de dispensar as referidas certidões, em nome do princípio da preservação da empresa viável. Na prática, as empresas em crise econômica têm dificuldades em efetuar todos os seus pagamentos no vencimento. O Estado não tem meios de cobrança tão eficientes como os trabalhadores (que podem

¹⁴ Decisão proferida nos autos do processo N° 000.05.068.090-0, em trâmite perante a 1ª Vara de Recuperação e Falência de Empresas de São Paulo.

¹⁵ Parecer proferido por Gustavo Lutz nos autos do processo N° 2005.001.072887-7, em trâmite perante a 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

¹⁶ Decisão proferida nos autos do processo N° 2005.001.072887-7, em trâmite perante a 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

¹⁷ Ver, por exemplo, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento N° 510.802-4/9-00, Relator Des. Romeu Ricupero, julgado em 31-10-2008.

fazer greves ou abandonar seus empregos), os fornecedores (que podem recusar-se a fornecer caso haja atrasos no pagamento) e os bancos (que normalmente exigem garantias), por exemplo: ele não pode requerer a falência e é lento na execução de seus créditos. Dessa forma, não é incomum que os devedores em crise optem por não pagar os tributos em vez de atrasar o pagamento de outros credores¹⁸. A exigência de pagamento de todos os tributos, nesse cenário, poderia levar à inviabilidade de diversas recuperações judiciais¹⁹.

Embora haja diversos pronunciamentos judiciais concedendo a recuperação da empresa mesmo na ausência das certidões negativas tributárias, a questão ainda não foi decidida pelos tribunais superiores. Em julho de 2008 havia julgamento pendente no STJ a respeito da matéria.

6. A participação do Ministério Público

Uma questão também suscitada com frequência é a participação do Ministério Público nos processos regulados pela lei 11.101 de 2005. O artigo 4º da lei previa a intervenção da instituição em todos os processos de recuperação judicial e de falência e também naqueles em que a massa falida fosse parte; esse artigo foi, entretanto, vetado pelo Presidente da República. Por esse motivo, a lei que entrou em vigor em 2005 não previa a participação obrigatória do Ministério Público em todas as fases dos processos. Alguns dispositivos da lei, porém, faziam referência à intervenção do órgão em momentos específicos: há necessidade de intimação do Ministério Público das decisões que concedem a recuperação judicial ou que decretam a falência, por exemplo²⁰.

¹⁸ Cf., nesse sentido, os comentários de Eduardo Secchi Munhoz, em Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. De Moraes Pitombo, *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 281.

¹⁹ Cf. Luiz Antonio Caldeira Miretti, *Os créditos tributários no processo de recuperação de empresas e de falência*, in Rubens Approbato Machado, *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Doutrina e prática*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 269-282, pp. 275-277.

²⁰ Art. 52, V, no caso da concessão do processamento da recuperação judicial, e art. 99, XIII, no caso da decretação de falência.

Em virtude de a lei ter eliminado a participação obrigatória do Ministério Público em todas as ações de falência e recuperação de empresas e determinado sua intimação em algumas hipóteses, restaram dúvidas acerca de qual seria a efetiva participação da instituição nesses processos judiciais.

O Ministério Público participou ativamente e deu pareceres em processo de recuperação judicial que foram levados em consideração pelos juizes na prolação de suas decisões em diversos casos, a exemplo do que ocorreu com a Parmalat e com a Varig, conforme exposto *supra*.

Em algumas ocasiões, porém, o alcance da intervenção do Ministério Público foi questionada. A participação do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, é admitida nos casos em que há interesses públicos em jogo. No caso de uma falência ou de uma recuperação judicial, pode-se considerar que estão envolvidos os interesses particulares —de cunho exclusivamente econômico— de credores e devedores. Como, porém, o princípio da preservação da empresa viável possui uma dimensão pública, ao ser destinado à manutenção da atividade econômica e do emprego dos trabalhadores, é defensável a participação do Ministério Público em alguns casos específicos em que essa medida se mostrar necessária²¹.

O tribunal de justiça de São Paulo já decidiu, a respeito, que o Ministério Público não pode recorrer da decisão que homologa o plano de recuperação judicial caso as classes de credores o tenham aprovado. No acórdão proferido²², o tribunal reconheceu que o Ministério Público tinha legitimidade processual para recorrer da decisão, mas entendeu que não poderia intervir em aspectos econômicos do plano de recuperação. O Ministério Público pretendia recorrer da decisão concessiva da recuperação judicial, desejoso de que o plano de recuperação do devedor fosse considerado inviável. Entretanto, dada a aprovação maciça dos credores, o tribunal confirmou o entendimento do juiz de primeira instância, de que faltava à ins-

²¹ Ver, por exemplo, as observações de Mauro Rodrigues Pentecado, em Souza Junior e Pitombo, *supra* nota 18, pp. 125-129.

²² Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento Nº 500.624-4/8-00, Relator Des. José Roberto Lino Machado, julgado em 26-3-2008.

tuição interesse para recorrer. Essa decisão tem um conteúdo semelhante àquela proferida pelo STJ, *supra* examinada, no caso em que o Ministério Público requereu a desconstituição da concordata concedida ao devedor²³.

O mesmo tribunal analisou, no caso Bombril, a alegação de ocorrência de nulidade em um processo de recuperação de empresas por falta de intimação do Ministério Público. O tribunal afastou a referida alegação, afirmando que a atuação do órgão deveria ocorrer apenas "em hipóteses excepcionais em que se vislumbre risco para a ordem pública, aos interesses sociais e aos individuais e indisponíveis"²⁴.

7. A intervenção judicial no conteúdo do plano de recuperação

A discussão quanto ao âmbito de participação do Ministério Público no processo de recuperação judicial e de falência remete à questão, inevitável e nevrálgica, acerca do grau de intervenção judicial nesses procedimentos, sobretudo na recém-instaurada recuperação de empresas.

A possibilidade de se ter atribuído à assembléia de credores o poder de aprovar ou rejeitar um plano de recuperação suscita a questão de se determinar qual o poder decisório do juiz nesse processo. O juiz poderia opor-se à vontade manifesta dos credores e se recusar a homologar um plano aprovado em assembléia ou, de forma contrária, homologar um plano rejeitado? A questão doutrinal foi trazida à tona por diversos autores, que manifestaram entendimentos diferentes²⁵. Na França, onde o legislador brasileiro se inspirou para elaborar os princípios da lei 11.101 de 2005, a recuperação judicial é concedida pelo

²³ Cf. *supra*, item 2.

²⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento Nº 463.512.4/9, Relator Des. Lino Machado, julgado em 10-1-2007.

²⁵ Ver, a respeito, a opinião de Eduardo Secchi Munhoz, *Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial*, Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais, vol. 36, pp. 184-199, 2007, de Alberto Camiña Moreira, *Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público*, in Luiz Fernando Valente de Paiva, *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 245-274, e de Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 162-163.

juiz em uma decisão que não está vinculada à manifestação dos credores. Nos Estados Unidos, cuja lei serviu de base para o mecanismo da recuperação judicial brasileira, o juiz está vinculado à decisão dos credores. Contudo, a aprovação do plano pela assembléia de credores é apenas um dos requisitos para a homologação judicial – o juiz pode rejeitar o plano, por exemplo, se não o considerar viável, por exemplo (no chamado *feasibility test*). A lei brasileira, porém, estipula a aprovação do plano pela assembléia de credores como o único requisito para a concessão da recuperação. Dessa forma, o juiz estaria limitado a um “mero chancelador” da deliberação da assembléia de credores²⁶. Qual seria, afinal, o papel do juiz no processo de recuperação judicial brasileiro? A questão, do ponto de vista acadêmico e doutrinal, é fascinante. Na prática, porém, pode suscitar perplexidades.

O tribunal de justiça de São Paulo se pronunciou algumas vezes quanto à questão. Uma delas foi em acórdão já examinado²⁷. Na referida decisão, o tribunal considerou que o Ministério Público não poderia objetar questões relativas a aspectos econômicos do plano por analogia ao poder jurisdicional na recuperação de empresas. O tribunal classificou a intervenção do juiz e do Ministério Público na recuperação judicial como “minimalista” e rejeitou aquilo que chamou de “magistratura econômica”, isto é, a possibilidade de averiguar aspectos econômicos e empresariais que constituem o conteúdo do plano de recuperação do devedor.

Em outro acórdão, proferido no caso Eucatex, o tribunal paulista confirmou o seu entendimento e considerou que a intervenção do poder judiciário no plano de recuperação deveria ser reduzida. Entretanto, neste caso, a decisão proferida pelo tribunal foi completamente diferente, mas apenas porque considerou que uma das disposições do plano era manifestamente ilegal. Por esse motivo, o tribunal recusou-se a homologar o plano de recuperação aprovado pelos credores, e determinou a convocação de uma nova assembléia para deliberar quanto a uma alternativa –solução que considerou mais adequada do que a decretação de falência–. Segundo o tribunal, a liberdade de se prever

²⁶ Esse foi o termo utilizado pelo Ministério Público nos autos do processo referido em *supra*, nota 22.

²⁷ Cf. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *supra*, nota 22.

meios de recuperação do devedor “não é irrestrita, pois encontra os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico”. E exemplificou, afirmando que não se poderia deferir a “recuperação judicial com base em um plano que preveja a sonegação dos impostos, ou a retenção indevida das contribuições dos trabalhadores ao órgão de previdência”. O poder judiciário estaria apto, dessa forma, a analisar o conteúdo do plano de recuperação, mas somente na medida necessária para impedir o cometimento de ilegalidades e abusos²⁸.

Esses dois acórdãos apontam para um entendimento: o de que a intervenção judicial no conteúdo do plano de recuperação deve acontecer de forma restrita, apenas para garantir a legalidade e evitar a ocorrência de abusos –o tribunal de justiça de São Paulo já afirmou crer na “tese da *desjurisdicionalização* do processo de recuperação judicial” (grifo no original)²⁹–. O juiz não teria, dessa forma, o poder para interferir em aspectos econômicos e nas decisões empresariais feitas pelos credores e pelo devedor; ele não estaria apto a dizer se a empresa é ou não viável ou se o plano tem ou não condições de ser cumprido, por exemplo.

8. A recepção da lei

As decisões judiciais supra analisadas são apenas uma pequena amostra da aplicação da lei. Diversos aspectos, como já mencionado, não podem ser analisados de forma analítica ou estatística. De modo geral, pode-se dizer que o mecanismo da recuperação judicial é um êxito, mas que não há notícia de muitos casos de recuperações extrajudiciais –talvez por serem um malogro, mas talvez apenas porque elas envolvam a simples homologação de acordos pré-aprovados e não chamem, portanto, tanta atenção–.

Diversos processos de recuperação judicial têm se mostrado bem-sucedidos. A recuperação da Parmalat se mostrou um êxito. O processo judicial se iniciou com um pedido de concordata preventiva em 2004, e, após a entrada em vigor da nova lei, houve o pedido de recuperação judicial. Esse processo foi um dos tentáculos da reorganização global

²⁸ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento Nº 493.240-4/1-00, Relator Des. Boris Kauffmann, julgado em 1-8-2007.

²⁹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *supra* nota 24.

da Parmalat italiana. Entretanto, em virtude de a lei brasileira não trazer mecanismos para cuidar de casos transfronteiriços de insolvência, a recuperação da Parmalat brasileira não foi um processo secundário, auxiliar ou de alguma forma subordinado à *amministrazione straordinaria* da matriz italiana.

A Varig, maior companhia aérea brasileira para vôos internacionais durante cerca de quarenta anos, também se submeteu, em 2005, a um processo de recuperação judicial. O caso Varig gerou debates intensos a respeito da responsabilidade pelas dívidas no caso da venda parcial da empresa. A lei 11.101 de 2005 prevê que, no caso de alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor, o adquirente não é considerado sucessor do alienante e não responde pelas suas obrigações, inclusive as de natureza tributária³⁰. No caso Varig, um juízo especializado em questões trabalhistas determinou o arresto de bens e direitos da empresa para a satisfação de créditos decorrentes de relações de trabalho. O juízo do processo de recuperação, de forma paralela, determinou que fosse feita a alienação judicial de unidade produtiva isolada da empresa e que não haveria a sucessão do adquirente nas dívidas trabalhistas. Havia, assim, duas decisões contraditórias que versavam sobre os mesmos bens, proferidas por dois juízos diferentes. O STJ foi chamado a se manifestar a respeito de qual dos dois seria o juiz com competência jurisdicional para julgar a questão. O tribunal superior decidiu que era o juiz da recuperação quem deveria decidir a questão: cabia a ele julgar todas as questões relativas ao plano de recuperação judicial, inclusive as disputas trabalhistas dele decorrentes³¹. Essa decisão acabou por permitir a prevalência do entendimento do juízo da recuperação e a conseqüente alienação da unidade produtiva sem que houvesse a sucessão trabalhista.

³⁰ Art. 60. Foi também introduzida previsão legal para que, no âmbito do processo de falência, ocorra a alienação de filial ou unidade produtiva isolada sem a sucessão do adquirente nas dívidas do devedor falido, inclusive as tributárias e trabalhistas, nos termos do art. 141. Há disposição legal, ainda, que prevê a sucessão do adquirente nos casos em que ele for identificado como um sócio, controlado, parente ou agente do falido agindo no intuito de burlar a lei.

³¹ STJ, Conflito de Competência Nº 61.272-RJ (2006/0077383-7), Relator Min. Ary Pargendler, julgado em 25-4-2006.

Além da Parmalat e da Varig, diversas outras grandes empresas ajuizaram pedidos de recuperação judicial desde a entrada em vigor da lei 11.101 de 2005. É o caso da Bombril, tradicional fabricante de produtos de limpeza; da Eucatex, indústria de papel e celulose; da Editora Três, que publica algumas das revistas de maior tiragem no país; da VASP e da BRA, empresas aéreas. A quantidade de casos de recuperação judicial ajuizados pode ser considerada como um indicio do êxito da nova lei.

9. Conclusão

Os três primeiros anos de aplicação da lei 11.101 de 2005 não são um período de tempo suficiente para que haja a consolidação de jurisprudência a respeito das suas disposições –mesmo com a utilização constante do mecanismo de recuperação judicial por diversas empresas em dificuldades financeiras–. Apesar disso, é possível notar ao menos duas tendências que vão se definindo nas diversas decisões judiciais que trataram do assunto.

Em primeiro lugar, é possível perceber que os juízes e tribunais têm interpretado a lei de forma a consagrar o princípio declarado de preservação da empresa viável. A aplicação desse princípio foi uma das responsáveis pela amplitude de algumas interpretações em casos de recuperações judiciais. A dispensa da exigência de apresentação da certidão negativa de débitos tributários, por exemplo, é uma exceção à aplicação de um dispositivo legal que se pode justificar, entretanto, pela emprego do princípio amplo da manutenção da empresa. Da mesma forma, o reconhecimento da não-sucessão do adquirente de uma filial ou unidade produtiva isolada do devedor nas obrigações trabalhistas é uma medida consistente com as disposições legais e que também se coaduna com a idéia da recuperação da empresa. Além disso, atribuir a um único juízo a competência para julgar todas as questões que envolvem o plano –mesmo as que incluem créditos de natureza trabalhista– é uma medida favorável à recuperação, por concentrar a análise de todas as questões em um único órgão jurisdicional e impedir, assim, a discrepância de decisões. Os juízes e tribunais parecem ter dado,

assim, vida ao princípio de preservação da empresa viável, algumas vezes por meio de interpretações amplas e criativas da nova lei.

Em segundo lugar, nota-se que os juizes e tribunais têm se absterido de interferir no conteúdo do plano de recuperação. Assim, embora tenham aceitado o princípio da preservação da empresa viável, permitem que a assembléia de credores — e não eles próprios — decida acerca dessa viabilidade. Nesse sentido, os juizes e tribunais têm restringido a participação do Ministério Público a questões que envolvam interesses públicos e têm interferido no conteúdo do plano de recuperação apenas para evitar o cometimento de fraudes, abusos e violações à lei.

Esse entendimento judicial sinalizam para a formação de uma jurisprudência que favorece a reestruturação das empresas, como forma de preservar empregos e estimular a atividade econômica, nos casos em que os credores, reunidos em assembléia, as consideram viáveis.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
RESEARCH REPORT

NO. 1000

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
RESEARCH REPORT
NO. 1000

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
RESEARCH REPORT
NO. 1000

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
RESEARCH REPORT
NO. 1000

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
RESEARCH REPORT
NO. 1000

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
RESEARCH REPORT
NO. 1000

CON LA CONTRIBUCIÓN DE LA
ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO COMPARADO

15

Reformas concuriales

Segunda Parte

Fundadores

HÉCTOR ALEGRIA – ALBERTO J. BUERES – ELENA I. HIGHTON
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI – RICARDO LUIS LORENZETTI
JORGE MOSSET ITURRASPE – JULIO CÉSAR RIVERA
HORACIO ROITMAN – EDUARDO A. ZANNONI

Dirección

JULIO CÉSAR RIVERA

Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado

ALBERTO RICARDO DALLA VIA



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES