

V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL
Setembro de 2009
MONTEPULCIANO - ITÁLIA

PAULO ROBERTO COLOMBO ARNOLDI

Data de nascimento: 29/04/1949

Rua Marcondes de Salgado, 675, apto 111, Cep 14010-150

Professor Doutor do Programa de Mestrado e da Graduação da UNESP - São Paulo/Brasil

Presidente do Capítulo Brasileiro do Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal

Email: colomboarnoldi@yahoo.com.br

Tel: (0055-16) 3632-5220/ 3701-4421/ 3701-4422

Cel: (0055-16) 9782-7653

TÍTULO:

A CRISE ECONOMICO-FINANCEIRA DA EMPRESA E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE POSSIBILITAM A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA LEI DE CONCURSOS BRASILEIRA (11.101/2005)

SUMÁRIO: 1. O instituto da recuperação de empresa na lei 11.101/2005. 2. Outros instrumentos previstos na lei 11.101/2005 que possibilitam a preservação da empresa quando em dificuldades econômico-financeira 2.1 a venda eficiente, rápida e em blocos dos ativos 2.2 a liberdade de negociação entre credores e devedor 2.3. A maior participação dos credores no processo: comitê de credores e assembléia geral de credores. 2.3.1 comitê de credores 2.3.2 assembléia geral de credores 2.4. O privilégio dos créditos extraconcursais. 2.5 a quebra do privilégio dos créditos públicos 2.6 o fim da sucessão tributária, previdenciária e trabalhista. 2.7 a continuação do negócio após a decretação da falência 2.8 a dissociação da figura do empresário da figura da empresa 2.9 a limitação do valor para requerimento do pedido de falência. 3. Conclusão. 4. bibliografia

RESUMO:

O trabalho analisa a crise econômico-financeira da empresa e os instrumentos jurídicos, previstos na Lei 11.101/05 – Lei de Concursos Brasileira -, que permitem a efetivação do princípio da preservação da empresa. Procura demonstrar que, com a adoção desses novos mecanismos, previstos na legislação brasileira permitiu um sensível avanço, de modo a promover a sua recuperação em momentâneo estado de crise econômico financeira, evitando-se, desta forma, liquidações precipitadas e despropositadas, o que ocasiona grandes perdas para a economia e para sociedade em geral.

1. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA NA LEI 11.101/2005¹

A reforma da lei concursal brasileira- Lei 11.101/2005- Lei de Falência e Recuperação de Empresa se fazia necessária para adequar-se a um mundo em processo de transformação e globalização da economia intensificado no final do século passado.

A revogada Lei de Falências e Concordatas – Decreto-lei nº 7.661/45 - já não mais atendia aos anseios da economia de mercado, uma vez que fora instaurada em uma época na qual o Brasil tinha uma atividade predominantemente agrária, fase essa já superada desde a década de 1960 onde o Brasil passou por um processo intenso de industrialização.

Diante deste quadro, da para compreender porque o Decreto-lei nº 7.661/45 precisava ser substituído por um novo regime jurídico em harmonia com a nova realidade brasileira e mundial.

Desnecessário ressaltar-se a importância da empresa na sociedade atual. Ela se constitui na maior fonte de geração de empregos, já que a maior parte da população dela retira sua subsistência, através da geração de empregos, produção de bens e serviços indispensáveis e de receitas fiscais para o Estado. Ela é o núcleo produtivo mais importante para o desenvolvimento econômico de um país Sua relevância é destacada sua relevância na Constituição Federal Brasileira, arts.: 170 caput, 5º inc. XXIII e 179.

Neste sentido uma legislação concursal moderna deve, indubitavelmente, primar pela proteção das empresas e sociedades empresárias, como adotou a Lei 11.101/2005, a exemplo do que ocorreu em outros países no final do século XX como: Estados Unidos, Alemanha, Itália, França, Argentina, entre outros. A legislação portuguesa inovando em seu artigo 5º define o que é empresa: é organização de capital e trabalho para realizar qualquer atividade produtiva

Este novo sistema teve como fundamento básico o princípio da preservação da empresa viáveis visando proporcionar a sua sustentabilidade frente às situações de crise momentânea, conforme previsto em seu artigo 47.

Cumprir esclarecer que os procedimentos concursais primitivos, como era o caso do Brasil, oriundos em sua grande maioria da primeira metade do século XX tinham por escopo um caráter meramente liquidatório-solutório, em vista que a preferência recaía sobre os interesses dos credores, que eram a primeira vítima. O que se buscava era

¹ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **A nova lei concursal brasileira** São Paulo: Lemos e Cruz, 2007. FERREIRA, Mariza Marques. **O princípio da preservação da empresa na Lei 11.101/2005 (nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas)**. Franca: UNESP, 2007.

vender todo o patrimônio do devedor a fim de ratear o resultado da venda entre os credores, fato que não deixava de ser uma punição ao falido, observando-se até mesmo um caráter punitivo nos procedimentos concursais. Posição esta que ainda perdura em algumas legislações modernas como as do Peru e do Uruguai de 2008, indo na contramão das demais. Por estas legislações a sorte do devedor está nas mãos dos credores.

Com o surgimento das teorias sociais da propriedade no período entre as duas Grandes Guerras Mundiais, as legislações concursais começaram a levar em conta um interesse ulterior ao fim liquidatório-solutório, qual seja, o da preservação da empresa e a função social que ela exerce na sociedade. Passa a ser um bem jurídico a ser protegido pelas legislações concursais

Em decorrência da adoção do princípio da preservação da empresa, a atual lei brasileira ficou permeada de vários instrumentos que permitem a manutenção e o soerguimento das empresas em estado crítico momentâneo, possibilitando a continuação do processo produtivo. Ou ainda, de instrumentos que façam com que o procedimento falimentar, liquidação do patrimônio, quando inevitável, seja feito de forma eficiente e racional, de forma a sanear-se o mercado e obter-se algum resultado econômico.

O principal destes instrumentos é o instituto da Recuperação de Empresa. A legislação brasileira adotou três espécies de recuperação: a) Extra-Judicial(art. 161/167; b) Judicial (art. 47/69) e c) Especial para Microempresas (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP) art. 70/74.

2. OUTROS INSTRUMENTOS PREVISTOS NA LEI 11.101/2005 QUE POSSIBILITAM A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA QUANDO EM DIFICULDADES ECONOMICO-FINANCEIRA.

Além do instituto da preservação da empresa previsto na Lei 11.101/2005, outros instrumentos também estão previstos indiretamente e acabam por efetivá-lo. Isto ocorre porque a Lei 11.101/2005 nele fundamentou-se e, por tanto, nada mais lógico e adequado que ela seja permeada de dispositivos que o prestigie.

A recuperação é, sem dúvida, a maior inovação introduzida na Lei de Falência e Recuperação de Empresas. O instituto é a forma mais direta de se efetivar o referido princípio. Contudo, é com o apoio de outros instrumentos, também previstos pela lei em comento, que garante a continuidade e sustentabilidade das empresas em momentâneo estado de crise econômico-financeira.

Analisemos, portanto, alguns desses instrumentos:

2.1 A venda eficiente, rápida e em blocos dos ativos

Muitas vezes a falência é inevitável e até necessária, já que o grau de crise que atinge a empresa é tão extremo que afasta qualquer possibilidade de recuperação. Nestes casos, a melhor opção é indubitavelmente a liquidação, já que, uma empresa neste estado não está apta a trazer qualquer benefício para, os credores, o devedor, o Estado e muito menos para a coletividade. Entretanto, mesmo quando a falência se impõe como única saída, o princípio da preservação da empresa se faz presente.

Ele deverá possibilitar que, decretada a falência, a venda dos ativos e unidades produtivas da empresa falida seja feita em blocos e de maneira rápida, possibilitando, assim, a redução dos prejuízos causados pela falência à economia, aos credores, ao Estado e aos trabalhadores, conforme dispõe o art.140².

Vender os ativos da empresa falida em bloco significa vender o patrimônio todo da empresa, inclusive o estabelecimento, ou pelo menos parte considerável dele, para um mesmo comprador. Com isto, a empresa ou parte dela terá mais chances de continuar em operação, mas, agora, sob administração do adquirente.

Caberá aos órgãos da falência identificar dentre as alternativas previstas no art. 140, a(s) mais adequada(s) para o caso concreto, mas sempre levando em conta a ordem de preferência. Fábio Ulhoa Coelho³, justifica e exemplifica muito bem a vantagem de se adotar cada uma das alternativas.

A primeira solução (inciso I) prevê a venda em blocos dos estabelecimentos. Essa alternativa seria bastante adequada para uma empresa que, apesar da crise, se encontra em pleno funcionamento. Assim seriam preservados os bens tangíveis e intangíveis, principalmente, o potencial de geração de riqueza.

O inciso II prevê a venda de filiais ou unidades produtivas separadamente. Esta hipótese seria adequada, por exemplo, para uma empresa que possuísse dois estabelecimentos, um mais antigo e defasado tecnologicamente e outro mais recente e moderno. Se fossem vendidos conjuntamente, com certeza o preço do estabelecimento

² Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 364.

moderno seria reduzido por conta do estabelecimento mais antigo, que se tornaria um “estorvo” para o comprador.

A terceira alternativa (inciso III) prevê a alienação em bloco dos bens que guarnecem o estabelecimento, o que seria adequado para o caso de estabelecimentos que não estejam aparelhados de modo atraente aos olhos do mercado. Assim, os bens poderiam ser agrupados, separando-se os mais valiosos dos menos valiosos que, desta forma, não interfeririam no preço dos primeiros.

Finalmente, o inciso IV prevê a venda isolada dos bens que deverá ocorrer quando as alternativas supramencionadas não forem adequadas ao caso concreto. Geralmente, esta hipótese ocorre quando o estabelecimento é totalmente desarticulado e atrasado tecnologicamente, não possuindo por si só valor de mercado.

Além de possibilitar a continuação da empresa falida, a venda em bloco dos bens do falido protege os ativos intangíveis, como o nome, o ponto comercial, a reputação, a marca, a clientela, o know-how, tão valorizados nos dias de hoje, e cujos valores, muitas vezes, são superiores aos ativos tangíveis, a exemplo da Coca-Cola, Nike etc.

2.2 A liberdade de negociação entre credores e devedor

Não há como negar que os maiores interessados e diretamente envolvidos na solução da crise econômico financeira são credores e o devedor. Portanto, a eles deve ser dada a mais ampla liberdade de negociação, principalmente quando se trata do procedimento da recuperação de empresas.

O instituto da recuperação dá ao devedor a possibilidade de renegociar seus débitos a fim de honrá-los, livrando-se assim da situação de crise. Tal instituto consiste essencialmente numa forma de negociação, permitindo maior liberdade, afastando-se das amarras e da burocracia imposta pelo Poder Judiciário.

Mas, nem sempre foi assim, basta que nos lembremos da concordata. Uma das causas da falência deste instituto foi justamente a falta de liberdade para que credores e devedor pudessem negociar. A concordata consistia em um “favor legal” concedido ao devedor. Aos credores cabia aceitá-la ou não, sem qualquer possibilidade de negociação. “A ausência de meios de participação dos credores no processo impedia a criação de um ambiente de cooperação entre as partes”.⁴

⁴ LISBOA, Marcos de Barros et. In, PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 46.

2.3. A maior participação dos credores no processo: Comitê de Credores e Assembléia Geral de Credores

De acordo com os paradigmas do novo pensamento do direito da quebra, é essencial afastar-se a idéia de conflito com maior participação ativa dos credores, os maiores interessados nos procedimentos concursais. Eles devem se ocupar da reorganização e da gestão da empresa, como forma de viabilizar a recuperação de seus créditos de forma mais eficiente, além de manter a continuidade dos negócios com o devedor.

A ampliação da participação dos credores nos procedimentos concursais é consequência direta da liberdade de negociação entre credores e devedor.

Objetivando corrigir erros previstos no revogado Decreto-lei 7.661/45 é que a nova Lei criou o Comitê de Credores designado e nomeado quando houver necessidade em questões mais complexas e a Assembléia de Credores. Com a presença destes dois órgãos, intermediados pelo administrador judicial, os credores poderão participar ativamente dos procedimentos da falência ou de recuperação seja de forma deliberativa, seja consultiva ou fiscalizadora.

2.3.1 Comitê de Credores

O Comitê de Credores (art. 27, Lei 11.101/05) é um órgão de fiscalização de todos os atos desenvolvidos pelo Administrador Judicial durante o procedimento de recuperação ou de falência, a ser constituído durante a Assembléia Geral de Credores. Além de fiscalizar, cabe ao Comitê requerer ao magistrado a convocação da Assembléia Geral todas as vezes que houver necessidade de deliberação sobre pontos de interesse dos credores.

2.3.2 Assembléia Geral de Credores

A Assembléia Geral de Credores (art. 35,) consiste na reunião dos credores envolvidos no procedimento concursal, todos com um único intuito, qual seja, o recebimento dos seus créditos. Trata-se de uma tentativa do legislador de incluir os credores na administração do procedimento falencial ou de recuperação.

A Assembléia Geral de Credores é basicamente um órgão deliberativo e consultivo, com funções de grande relevância nos interesses da boa gestão do processo concursal.

2.4. O privilégio dos créditos extraconcursais

Créditos extraconcursais são aqueles referentes às despesas com a administração do próprio procedimento concursal ou adquiridas no decorrer dele e que serão pagas antes de qualquer outro, como por exemplo, custas judiciais, remuneração do administrador judicial, gastos com a administração do ativo, dentre outros. O art. 84 define precisamente o que é e fornece exemplos de créditos extraconcursais.

O privilégio dos créditos extraconcursais em relação aos demais créditos é mais um dos mecanismos criados pela Lei de Falência e Recuperação de Empresas com o objetivo de possibilitar a continuação da atividade da empresa em recuperação judicial ou com falência decretada.

O fato de os créditos extraconcursais serem privilegiados significa que eles não precisarão se submeter à ordem de prioridades estabelecidas pela Lei para pagamento dos credores, ou seja, o pagamento destes créditos será feito imediatamente.

Com isto, os fornecedores sentem-se seguros para continuarem provendo os bens e serviços necessários ao funcionamento da empresa, evitando-se assim a interrupção das atividades produtivas.

2.5 A quebra do privilégio dos créditos públicos

A Lei no seu art. 83 estabelece a ordem de classificação dos créditos na falência. Conforme dispõe a nova sistemática, primeiramente, serão pagos os créditos derivados da legislação do trabalho e os decorrentes de acidentes de trabalho; em seguida, serão pagos os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; os créditos tributários; pagos os créditos com privilégio especial; após estes últimos, os créditos com privilégio geral; em seguida os créditos quirografários; as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; e, finalmente, os créditos subordinados.

Esta ordem, apesar de estabelecer preferência de um credor sobre outro, não fere o princípio da necessidade de tratamento paritário entre credores, já que ela visa equilibrar situações de desigualdade protegendo os credores hipossuficientes.

Na atual legislação falimentar, os créditos públicos passaram a figurar na ordem de classificação após os créditos com garantias reais, desta forma os primeiros serão precedidos dos créditos extraconcursais, dos trabalhistas e dos com garantias reais.

Com isso, o Brasil corrigiu um grande equívoco legal, igualando-se à maioria das legislações estrangeiras. Esta medida foi extremamente importante para o país, pois sua intenção é criar um ambiente institucional mais favorável à concessão de crédito, já que essas operações são, geralmente, cobertas com algum tipo de garantia real.

Esta mudança na ordem de classificação foi decisiva porque os bancos boicotariam o instituto e continuariam tentando receber seus créditos antes de uma eventual decretação de falência, na certeza de que nesta situação não os receberiam, além de aumentar excessivamente os juros nos empréstimos em prejuízo dos tomadores.

2.6 O fim da Sucessão Tributária, Previdenciária e Trabalhista.

A Lei 11.101/05 foi incisiva em seu art. 141, inciso II, ao dispor:

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Por essa disposição, não significa que o adquirente de ativos de uma empresa em procedimento concursal não venha a responder pelas dívidas adquiridas pelo alienante. O que se buscou foi ampliar as chances dos interessados adquirirem a empresa falida ou em recuperação dando continuidade as suas atividades.

Portanto, esse dispositivo colabora diretamente com a efetivação do princípio da preservação da empresa, já que torna as empresas falidas ou em processo de recuperação mais interessantes e viáveis aos olhos do mercado.

O art. 141, inciso II, é claro ao isentar de sucessão os créditos tributários e os créditos derivados da legislação de trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho. O Código Tributário Brasileiro reforça a primeira isenção em seu art.133, parágrafo 1º, que estabelece que pessoas jurídicas ou naturais que adquirem de outra, fundos de comércio ou estabelecimento comercial industrial ou profissional e que continuar sua respectiva exploração, não responderão pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido.

2.7 A continuação do negócio após a decretação da falência

Apesar da Lei se basear no princípio da preservação da empresa e procurar por vários meios efetivá-lo, muitas vezes a falência é inevitável, às vezes até necessária, como meio de sanear o mercado, em face de crises agudas que acabam por inviabilizar qualquer soerguimento.

Quando não for possível que a empresa se recupere, a falência deve ser decretada imediatamente, o que não significa, necessariamente, o fim das suas atividades produtivas. A Lei 11.101/05 determina que, quando possível, as empresas falidas continuem em atividade.

2.8 A dissociação da figura do empresário da figura da empresa

Com a dissociação da figura do empresário da empresa, despreza-se o aspecto subjetivo da sua conduta e releva-se o critério objetivo da viabilidade econômica. Pretende-se dessa forma, beneficiar os credores, o Estado e a coletividade com a manutenção de uma instituição que não é bem sucedida por conta da atuação de um dos seus membros.

Em resumo, o que se observa é que a empresa em crise não pode “pagar” pelos erros cometidos por seus administradores. Portanto, dá-se a ela o direito de permanecer em atividade, contudo, fora do comando dos administradores que a levaram a um estado de dificuldade econômico-financeira ou a sua ruína por má e fraudulenta administração.

2.9 A limitação do valor para requerimento do pedido de falência

O art. 94 da Lei 11.101/05 estabelece, em seu inciso I que será decretada a falência do devedor 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 seu pedido (R\$ 18.600,00 reais ou U\$ 9,300.00 dólares).

3. CONCLUSÃO

A entrada em vigor da Lei 11.101/05 constituiu-se em um importante avanço para o sistema jurídico brasileiro no que se refere a salvar-se empresas viáveis, em momentâneo estado de crise econômico financeiro. Os operadores do Direito e os empresários há muito aguardavam por uma legislação mais moderna que se adequasse aos paradigmas atuais de celeridade, eficiência, racionalidade e transparência dos procedimentos.

A adoção do princípio da preservação veio atender as necessidades, sociais, econômicas e jurídicas das empresas que, atualmente, contam com o apoio da lei nos momentos de crise. Além disso, a sociedade, como um todo, também se vê beneficiada já que este princípio vislumbra a possibilidade de continuação do processo produtivo o que permite a manutenção de postos de trabalho; de fontes de arrecadação tributária; do abastecimento de determinados produtos além de estímulo a concorrência etc.

Portanto, com a promulgação da Lei 11.101/05 o ordenamento jurídico ganhou maior celeridade, transparência e previsibilidade, preservando os ativos tangíveis, intangíveis e a unidade produtora. Afastou a idéia de conflito, dando maior poder aos credores com a Assembléia Geral, com poderes de nomear o Comitê de Credores.

Trata-se de uma Lei orgânica e internamente consistente, evitando contradições processuais e controvérsias interpretativas De redação clara e tecnicamente precisa

buscando maior segurança jurídica. Restaura o negócio, as operações e as dívidas. Busca a máxima eficiência do sistema de insolvências, tornando-o mais equilibrado nas relações entre credores e devedores. Em suma, com a efetivação desse diploma, as empresas terão maior perspectiva de sustentação frente às situações de crise econômico-financeira.