

Atualidades

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA VIÁVEL NO CONTEXTO DA NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

EDUARDO ZILBERBERG

1. A evolução do Direito Falimentar e a origem do princípio da preservação da empresa. 2. O princípio da preservação da empresa no ordenamento jurídico brasileiro e seu papel na elaboração, interpretação e aplicação das normas de Direito Falimentar. 3. O conceito de empresa viável e a correta exegese do princípio da preservação da empresa. 4. Meios extrajudiciais de preservação da empresa. 5. A adaptação da sociedade brasileira ao novo Direito Falimentar: uma questão cultural.

1. A evolução do Direito Falimentar e a origem do princípio da preservação da empresa

Com a entrada em vigor da nova Lei de Falências ou Lei de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005), surgem, na teoria e na prática, controvérsias em torno da interpretação e aplicação de determinados dispositivos legais da nova lei, sejam elas relativas à assembléia de credores, ao plano de recuperação, à classificação dos créditos na falência e outros temas.

Nesse contexto, o que se percebe é que, não raro, a solução pode ser encontrada na correta aplicação do princípio da preservação da empresa viável, que tende a ser cada vez mais utilizado pelos operadores do direito em estratégias de defesa e no embasamento de decisões judiciais.

Observe-se que esse princípio não teve sua origem em uma lei específica. É fruto de uma lenta evolução e foi sendo desenvolvido na medida em que o interesse da coletividade voltava-se para a preservação das empresas.

Com efeito, se considerarmos a evolução histórica do Direito Falimentar, verifica-se que, num primeiro momento, o interesse coletivo estava restrito à procura de meios eficazes para o pagamento dos credores, mediante a arrecadação e a alienação da totalidade do patrimônio do falido.

Somente após a Primeira Guerra Mundial é que foi possível verificar, em alguns países, o início de uma maior preocupação com a preservação das empresas, notadamente nos Estados Unidos, onde a aguda crise de 1929 levou ao surgimento de uma nova política, o *New Deal*, acompanhado pela promulgação do *Chandler Act* de 1938, que modificou o *National Bankruptcy Act* norte-americano para prever a reabilitação do devedor como alternativa para a liquidação.¹

Outro marco da evolução do princípio da preservação da empresa foi a publicação, em 1965, na França, do relatório da

1. Nelson Abrão, *O Novo Direito Falimentar: Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa*, p. 10.

Inspetoria-Geral de Finanças, que teve por objeto a análise da eficácia da regulamentação da falência. Tendo revelado o descompasso entre a norma e a realidade, bem como o fracasso do sistema do ponto de vista econômico, as conclusões do referido estudo serviram de base para a reforma da legislação concursal francesa com a promulgação, em 1967, da Lei 67-563 e da Ordenação n. 820.²

Assim, na medida em que crescia o papel da empresa no meio social, o Direito Falimentar foi evoluindo de regras com o único propósito de liquidação e pagamento dos credores para a busca de mecanismos voltados para a preservação da atividade empresarial.

2. O princípio da preservação da empresa no ordenamento jurídico brasileiro e seu papel na elaboração, interpretação e aplicação das normas de Direito Falimentar

Com efeito, na realidade em que vivemos, a empresa, criada para satisfazer as necessidades da coletividade através da produção e circulação de bens e serviços, passou a desempenhar funções sócio-econômicas de enorme importância.

Entretanto, no Brasil, a mudança para uma cultura jurídica de preservação das empresas ocorreu de maneira lenta e gradual. O Decreto-lei n. 7.661, de 1945, que vigorou por mais de meio século, e que continuará sendo aplicado aos processos de falência e concordata ajuizados antes da nova lei, continha, essencialmente, regras que revelavam um sistema legalista, no qual predominava a preocupação com a satisfação dos credores, em detrimento da preservação da empresa.

Verificou-se, portanto, que o Decreto-lei n. 7.661 estava em completa desconformidade com os problemas da modernidade, evidenciando-se a necessidade de criação de mecanismos que viabilizassem

a recuperação das empresas em dificuldades financeiras.

Como uma tentativa de resposta aos anseios sociais, a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o pontapé inicial para a reforma da legislação concursal brasileira. Com seus valores e princípios, a Constituição revelou-se um marco fundamental para a consolidação do princípio da preservação da empresa, na medida em que fixou as bases e diretrizes que passariam a nortear a elaboração, interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional.

Ao dispor sobre a ordem econômica e financeira, a Carta Magna estabelece, em seu art. 170, os princípios gerais da atividade econômica, dentre os quais o da propriedade privada, da função social da propriedade e a busca do pleno emprego.

Nesse contexto, a preocupação com a preservação da empresa, na medida em que esta permanece no exercício de suas funções sociais, constitui uma das principais formas de dar eficácia aos demais princípios enunciados, bem como de concretizar a finalidade constitucional da ordem econômica, qual seja, assegurar a todos uma existência digna.

Acrescente-se ainda que a promulgação da Constituição teve forte repercussão na interpretação da legislação já em vigor, abrindo caminho para uma nova tendência da jurisprudência, que passou a observar o princípio da preservação da empresa na aplicação das leis ao caso concreto.

Nessa linha, ao interpretar a antiga regra do art. 335, V, do Código Comercial de 1850, segundo a qual as sociedades reputavam-se dissolvidas por vontade de um dos sócios, no caso de terem sido celebradas por tempo indeterminado, a jurisprudência, pautada pelo princípio da preservação da empresa, pacificou-se no sentido de que, se um dos sócios pretende dar continuidade às atividades da sociedade, a dissolução será apenas parcial, mesmo que contra a vontade majoritária. A respeito, veja-se o seguinte julgado:

2. Idem, p. 18.

Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais.³

Já no campo do Direito Falimentar, a jurisprudência abandonou a interpretação meramente literal das regras do Decreto-lei n. 7.661/1945, partindo para uma interpretação moderna e compatível com os princípios constitucionais, que levasse em conta os anseios e as necessidades atuais da coletividade, dentre as quais a de preservar as empresas capazes de trazer benefícios à sociedade, como bem observou Ricardo Tepedino: "Fiel ao primado da preservação da empresa viável, a jurisprudência, por exemplo, não obriga a confissão de falência pelo simples fato de o comerciante deixar de pagar obrigação líquida após 30 dias do respectivo vencimento (arts. 8º e 140, II), admitindo a impetração de concordata preventiva a despeito da existência de protestos (art. 158, IV) e deferindo prazo razoável para a exibição de documentos que deveriam instruir a sua inicial (art. 159, § 1º) (...)".⁴

A nova Lei de Recuperação de Empresas, por sua vez, já nasceu com instrumentos voltados para a preservação da empresa, como a suspensão de ações e execuções contra a sociedade em recuperação judicial pelo prazo de cento e oitenta dias (art. 6º, § 4º), a possibilidade de afastamento, em determinadas hipóteses, dos admi-

nistradores da sociedade (art. 64) e a possibilidade de alienação da empresa sem que ocorra a sucessão do arrematante nas obrigações do devedor (art. 141).

Não obstante, o modo de concretização desses instrumentos e a interpretação de determinados dispositivos da lei certamente serão alvo de inúmeras controvérsias. Nessas situações, a correta aplicação do princípio da preservação da empresa viável poderá ser fundamental para a solução dos conflitos envolvendo credores e devedores.

3. O conceito de empresa viável e a correta exegese do princípio da preservação da empresa

Não obstante o fortalecimento do princípio da preservação no cenário econômico atual, sua utilização na interpretação e aplicação das leis com vistas a garantir a possibilidade de recuperação da empresa não pode ser irrestrita, sob pena de acabar muitas vezes por prejudicar ao invés de beneficiar a coletividade.

Como bem ressaltou Fábio Ulhoa Coelho, "quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores".⁵

Tendo isso em mente, a doutrina aponta como critério fundamental para limitar a aplicação do princípio em questão o da viabilidade econômica, ou seja, somente as empresas economicamente viáveis, passíveis de recuperação, é que devem ser preservadas.

Além disso, deve-se levar em conta a relevância da empresa do ponto de vista social, verificando-se os benefícios que a recuperação da empresa trará para seus acionistas, credores e para a sociedade como um todo no longo prazo. Tal análise, em

3. STJ, 4ª T., Recurso Especial 61.278-SP, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Brasília, 25.11.1997.

4. Ricardo Tepedino, "A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/1945", RDM 128/168.

5. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. 3, p. 218.

muitos casos, será de extrema importância para justificar a não decretação da falência.

Verifica-se, dentro da nova ótica do Direito Falimentar, que a utilização do critério da viabilidade econômica ou da relevância social para determinar se a empresa insolvente deve ou não ser preservada é mais condizente com a realidade social vigente, na medida em que o foco passa a ser a possibilidade de reerguimento da atividade empresarial em prol dos interesses envolvidos, ao invés de simplesmente analisar se os atos praticados pelo devedor autorizam ou não a decretação da falência.

Deste modo, o princípio em tela deve ser lido sempre como o princípio da preservação da empresa viável ou de relevante interesse social, devendo essas duas características nortear sua aplicação.

Delimitada a aplicação do princípio, deve-se enfrentar ainda a seguinte questão prática: como determinar se uma empresa é ou não economicamente viável?

São vários os critérios que podem ser utilizados para se responder a esta questão. Entretanto, será necessário identificar, em primeiro lugar, quais são os problemas apresentados pela empresa e suas respectivas causas, e ainda, se a crise é econômica ou de liquidez.

Além disso, deverá ser feita uma análise detalhada dos ativos e dos passivos que integram o patrimônio da empresa, tanto sob o ponto de vista quantitativo como qualitativo, ou seja, verificar quais são seus bens, suas dívidas, bem como o valor de seus produtos e serviços no mercado.

Outro dado importante é o potencial de venda dos produtos no mercado frente à concorrência, tendo-se em vista ainda a receita, os custos e os resultados envolvidos. Deve-se levar em conta ainda a forma pela qual os recursos da empresa vêm sendo administrados, avaliando-se a eficácia do modelo de gestão adotado.

Acrescente-se que o critério da viabilidade econômico-financeira deve também

ser observado na fase de aprovação de um eventual plano de recuperação para uma empresa em estado de insolvência.

Como se verá adiante, várias são as soluções que se apresentam na prática com vistas à recuperação da empresa, podendo variar de uma simples extensão do prazo para pagamento das dívidas até as mais complexas formas de reestruturação societária.

Entretanto, é evidente que nem todas as soluções serão possíveis, devendo a solução desejada ajustar-se às peculiaridades do caso concreto. Não basta, portanto, a constatação de que a empresa é viável se o respectivo plano de recuperação, quando necessário, não se mostra igualmente viável. De fato, ao questionar-se a aplicabilidade de um plano de recuperação a determinada empresa, é crucial que sejam levados em conta os custos de sua manutenção no mercado, os quais deverão ser sempre inferiores aos de sua liquidação.

Na verdade, ao falar-se em custos de manutenção, não está se tratando apenas dos custos financeiros. Sem prejuízo da importante verificação da possibilidade da empresa remunerar normalmente os capitais nela aportados,⁶ a análise da viabilidade do plano de recuperação deve abranger também a verificação da relação custo-benefício em sua totalidade, ponderando-se os impactos sócio-econômicos positivos e negativos decorrentes da conservação da empresa.

Quanto ao critério do relevante interesse social na preservação da empresa, este deverá ser analisado no caso concreto, visto que pode variar de acordo com os interesses da coletividade local em determinado momento, ou seja, deve-se apurar, em cada caso, o grau de importância da empresa do ponto de vista os interesses sociais, políticos e econômicos envolvidos.

6. Jean Paillusseau *apud* Paulo Penalva Santos, "O novo projeto de recuperação da empresa", *RDM* 117/130.

Assim, a aplicação do princípio da preservação da empresa deve sempre ser feita de modo inteligente e razoável, evitando-se a todo custo a permanência de empresas ruinosas para o mercado e a coletividade, para as quais remédio correto é a falência, conforme assinalado por Manuel Olivencia Ruiz: "Porém, se trata de salvar o salvável, de sanear o saneável, e de não manter a qualquer custo organismos inertes, que deixaram de ser produtivos. Não se trata de manter 'lugares' quando a aguda situação crítica demonstre que não mais pode haver 'trabalho' naquela empresa; nem de investir a perder de vista recursos da comunidade na certeza de seu esbanjamento. Uma empresa em tal situação não se deve conservar, senão que deve cessar, e aí reside o interesse público".⁷

4. Meios extrajudiciais de preservação da empresa

De um simples aporte de capital, passando pelas mais complexas formas de financiamento, reorganizações societárias ou intervenções estatais, são inúmeras as estratégias passíveis de serem adotadas de modo a evitar a falência de empresas, e sem que haja necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Uma das primeiras soluções que se apresenta para a sociedade que se encontra em crise de insolvência, enfrentando dificuldades para contrair empréstimos bancários, é a captação de novos recursos através do autofinanciamento, que pode se dar de diversas formas, dentre as quais a capitalização mediante a emissão de novas quotas ou ações ou ainda, no caso das companhias, a emissão de outros valores mobiliários como as debêntures.

Além das possibilidades de autofinanciamento, as técnicas de aquisição, incorporação, fusão, cisão e outras modali-

dades de reorganização societária podem consistir em excelentes alternativas para solucionar a crise de uma empresa.

A doutrina aponta ainda outros meios de reorganização, como a formação de consórcios entre os bancos e o Estado, em que este concede garantias aos bancos particulares para que estes financiem empresas deficitárias, ou ainda a criação de órgãos públicos para adquirir o controle da empresa, saneá-la e revender suas ações ao mercado, como, por exemplo, o IRI (*Istituto per la Ricostruzione Industriale*) da Itália, o NEB (*National Enterprise Board*) da Inglaterra e o IDF (*Institut pour le Développement Industriel*) da França.⁸

Observe-se, desde logo, que não existe uma ordem correta para o estudo dos diferentes mecanismos de preservação de empresas, ou seja, não é necessário esgotar as possibilidades de obtenção de empréstimos ou autofinanciamento para só então verificar a viabilidade de reestruturação da empresa.

Com efeito, as técnicas de reestruturação são frequentemente utilizadas como uma forma de evitar o agravamento das dificuldades financeiras da sociedade ou até mesmo resguardar a empresa contra uma crise econômica, financeira ou patrimonial antes mesmo de sua ocorrência.

Nesse contexto, a nova Lei de Recuperação, preocupada em facilitar a utilização dos meios extrajudiciais em prol da preservação da empresa, retirou a convocação de credores do rol de atos que podem ensejar a decretação da falência, permitindo que o devedor negocie livremente com seus credores sem correr o risco de ter sua falência decretada em virtude das tentativas de negociação, podendo inclusive propor um plano de recuperação extrajudicial, sujeito a posterior homologação pelo Poder Judiciário.

7. Gerardo Santini *apud* Nelson Abrão, *O Novo Direito Falimentar*..., cit., p. 43.

8. Jorge Lobo, "Direito da crise econômica da empresa", *Revista Forense* 334/74.

5. A adaptação da sociedade brasileira ao novo Direito Falimentar: uma questão cultural

Com a aprovação da nova Lei de Recuperação de Empresas, e a conseqüente introdução de uma nova sistemática no ordenamento jurídico pátrio, há pelo menos duas questões de extrema relevância a serem consideradas.

A primeira refere-se ao funcionamento do novo sistema na prática. Com efeito, a nova lei contém uma série de normas que, em tese, poderiam inviabilizar o instituto da recuperação judicial. O art. 57, por exemplo, condiciona a concessão da recuperação à apresentação pelo devedor, após a aprovação do plano, das certidões negativas de débitos tributários. Ora, se o objetivo da lei é a preservação de empresas viáveis, não seria razoável decretar a falência do devedor que não obteve as referidas certidões negativas, já que as dívidas fiscais não estão incluídas na recuperação judicial.

O art. 54, por sua vez, estabelece que o plano não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos trabalhistas. Entretanto, havendo acordo entre esses credores e o devedor, tal regra deve ser flexibilizada com vistas à aprovação do plano. Nesse ponto, vale ressaltar o papel do princípio da preservação da empresa viável que, se utilizado corretamente, poderá servir de base para que se chegue a uma interpretação razoável de determinados dispositivos.

Além disso, embora a nova lei tenha trazido a possibilidade de recuperação judicial da empresa com a participação dos credores, é intuitivo afirmar que não será fácil a inserção desse instituto na cultura brasileira, bem como o retorno a um sistema contratualista, onde credor e devedor concordariam em instituir um plano de recuperação visando o mútuo benefício, ainda que a longo prazo.

Não obstante, é inegável que a aprovação da Lei de Recuperação de Empresas

representa um avanço, na medida em que consolida o princípio da preservação de empresa. Trata-se de verificar que a implementação de medidas com vistas à preservação, dentro de determinadas condições, da empresa viável, pode trazer benefícios maiores aos credores, devedores e à própria sociedade.

Bibliografia

ABRÃO, Nelson. *O Novo Direito Falimentar: Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa*. São Paulo, Ed. RT, 1985.

_____. *Curso de Direito Falimentar*. 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1989.

_____. "Algumas sugestões para uma nova lei concursal", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, out. 1978.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo, Ed. Polis; Brasília, Ed. UnB, 1990.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BULGARELLI, Waldirio. "A Reforma da Lei das Falências e Concordatas", *O Novo Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. "Uma nova visão do Direito Falimentar – A obrigatoriedade de adequação e interpretação à luz da Constituição Federal", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 118/106-111, São Paulo, Ano XXXIX (Nova Série), abr.-jun. 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. São Paulo, Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. São Paulo, Ed. RT, 1970.

- GITMAN, Lawrence J. *Princípios de Administração Financeira*. 3ª ed., São Paulo, Harper & Row do Brasil, 1984.
- LOBO, Jorge. *Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1993.
- _____. *Direito Concursal: Direito Concursal Contemporâneo, Acordo Pré-Concursal, Concordata Preventiva, Concordata Suspensiva, Estudos de Direito Concursal*. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- _____. "Direito da crise econômica da empresa". *Revista Forense* 334/67-93, Rio de Janeiro, out.-dez. 1998.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- SANTOS, Paulo Penalva. "O novo projeto de recuperação da empresa". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 117/126-135, São Paulo, Ano XXXIX, jan.-mar. 2000.
- SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. "A disciplina da reorganização da empresa em crise econômica no Projeto de Lei Concursal". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 111/138-156, São Paulo, Ano XXXVI (Nova Série), jul.-set. 1998.
- _____. "A reforma da Lei de Falências frente à reorganização econômica da empresa". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 108/16-62, São Paulo, Ano XXXVI (Nova Série), out.-dez. 1997.
- TEPEDINO, Ricardo. "A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/1945". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 128/165-173, São Paulo, Ano XLI (Nova Série), out.-dez. 2002.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. "A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 122/168-172, São Paulo, Ano XL (Nova Série), abr.-jun. 2001.