

Fundamentos para o Pedido de Recuperação Judicial: ESTUDO DE UM CASO CONCRETO

Isabel Cristina Ribeiro

Manuela Martins

Patricia Dusek¹

Resumo

O princípio da preservação da empresa tem como elemento basilar a proteção da atividade econômica. Toda empresa deve atender a função social. Não se pode mais conceber a propriedade privada, que tem como um de seus expoentes a empresa privada, como instrumento a serviço exclusivo de seus titulares. O Estado concretiza sua missão principal, consistente na promoção do desenvolvimento humano com dignidade, através dos dispositivos constitucionais inseridos no capítulo Da Ordem Econômica. O instituto da recuperação judicial da empresa vem a atender a preservação das empresas economicamente viáveis, não podendo ser utilizado para impor sacrifícios injusticáveis aos trabalhadores, ao Estado e demais credores.

Palavras-chave: Direito; fundamentos; recuperação judicial.

Sumário: Introdução. 1.Aspectos constitucionais. 2.Dos aspectos processuais da recuperação judicial. 3. O pedido de recuperação judicial, a função social da empresa e a comprovação do exercício da atividade empresário no momento do pedido de recuperação. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente trabalho objetiva a análise dos requisitos para a concessão do pedido de processamento da recuperação de empresa, da sentença proferida na Ação de Recuperação Judicial, processo nº 0105323-98.2014.8.19.0001, e do acórdão que a reformou.

A repercussão social do fato que envolveu duas grandes e tradicionais instituições de ensino superior da Cidade do Rio de Janeiro, justifica o desenvolvimento deste trabalho.

A sentença do juízo singular que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por indeferimento da peça inicial por falta dos pressupostos processuais formais, fundamentou-se basicamente no descumprimento do inciso I do artigo 51 da Lei n. 11.101/05, que trata da exposição detalhada dos motivos que levaram a empresa a situação de crise que possibilita sua recuperação judicial.

¹ A autoras são professoras da Universidade Castelo Branco onde lecionam as disciplinas Direito Processal Civil, Direito Constitucional e Direito Empresarial, respectivamente.

A decisão de segunda instância que reformou o indeferimento do pedido de Recuperação Judicial, criou a dúvida sobre a fundamentação legal e jurídica do juízo *ad quem* motivando o debate proposto neste artigo.

Nossa proposta é a releitura dessas decisões com fundamento nos princípios que norteiam o instituto da Recuperação de Empresa.

1 Aspectos Constitucionais

Um longo caminho histórico foi percorrido até que os valores do trabalho e a da livre iniciativa se tornassem, na Constituição da República Federativa do Brasil, um dos fundamentos da própria República. O desenvolvimento das atividades empresariais trouxe consigo a necessidade de proteger o trabalho humano contra práticas de abuso do poder econômico. A valorização do trabalho humano está interligada ao princípio da dignidade humana.

No entendimento de Maurício Godinho DELGADO, estudioso do Direito do Trabalho:

À medida que a Democracia consiste na atribuição de poder a quem é destituído de riqueza – ao contrário das sociedades estritamente excludentes antes do século XIX, na História –, o trabalho assume o caráter de ser o mais relevante meio garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de riqueza e de outros meios lícitos de que alcance. Percebeu desse modo, com sabedoria a Constituição a falácia de instituir a Democracia sem um correspondente sistema econômico-social valorizador do trabalho humano.²

Como muito bem deixou demonstrado o autor, o valor social deve ser observado sempre nas relações jurídicas que envolvam trabalho. Esse trabalho não deve ser visto como mercadoria, mas sim como fundamental para a organização do Estado.

Prevista no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa econômica e empresarial traz consigo uma visão menos arrogante do Estado sobre os cidadãos e caracteriza um Estado Democrático de Direito. Como bem leciona Eros GRAU:

O Brasil – República Federativa do Brasil – define-se como entidade política constitucionalmente organizada, tal como a constitui o seu texto de 1988, enquanto assegurada, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana. Por outro, significa que a ordem econômica mencionada no art. 170, caput do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna que todos devem gozar.³

² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr. 2004. p. 34.

³ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Mallheiros, 2000. p. 222.

Para o constitucionalista José Afonso da SILVA, a legitimidade da livre iniciativa se expressa se exercida no interesse do desenvolvimento da justiça social. O lucro deve ser uma das finalidades da atividade empresarial, porém não a única. Se assim for é ilegítima e se torna em mera afirmação do capitalismo.

(...) num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo no puro lucro e realização pessoal do empresário.⁴

Ora é de depreender da leitura acima que os fundamentos dos valores do trabalho e da livre iniciativa são limitadores da atuação desenfreada da ordem econômica onde um conjunto de normas jurídicas buscam garantir uma existência digna, condição essencial para a justiça social.

Muito se fala da finalidade da Constituição. Certo é que esta tem por fundamento basilar a garantia de uma existência humana digna onde os direitos e deveres são distribuídos de maneira equânime.

Quando esse sistema protetivo da pessoa humana se desvirtua gerando acúmulo de riqueza e poder econômico para uma minoria, origina uma lacuna social de difícil solução.

O bem comum é a razão de o próprio Estado existir. Não poderia ser de outra forma. Qual o sentido de uma organização administrativa-política-juridicamente organizada que não fosse a dignidade da pessoa humana que é o eixo axiológico do limite ao exercício do poder.

Dalmo de Abreu DALLARI⁵ pondera que a dignidade da pessoa humana deve se apresentar de maneira igualitária em que pese todas as diferenças que o crescimento econômico e o progresso social geram, sendo muito difícil mesmo impossível se definir tal fundamento com precisão. No entanto, esta é bem identificável em situações concretas.

A Ordem Econômica Brasileira prevista na Constituição da República Federativa do Brasil tem como finalidade a justiça social e, por conseguinte a garantia da dignidade humana, segundo o princípio da solidariedade que é indissociável da manutenção da paz social.

Não teve escolha o legislador constituinte senão trazer para a proteção constitucional as relações sociais, econômicas e políticas já que a história é farta de elementos que demonstram que o afastamento do Estado na regulação dessas relações é desastroso. Com a finalidade de ponderar interesses antagônicos, o Estado busca uma convivência pacífica entre o fim econômico da atividade mercantil e a justiça social.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 774-775.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

Neste sentido, Farracha de CASTRO expôs:

O uso adequado e responsável da técnica da ponderação, portanto, pode contribuir para a convivência harmônica entre o lucro e a dignidade da pessoa humana. Os pilares do Código Civil (eticidade, socialidade e operabilidade) e o princípio da preservação da empresa auxiliam nesse desiderato, inclusive caso venham a ser interpretados de modo a incentivar que o lucro seja visualizado não só como causa para a constituição das sociedades empresariais, mas também como incentivo da concretização da função social da empresa, caso parcela dele venha a ser destinada ou repartida a sujeitos não-proprietários envolvidos naquela relação empresarial. Em assim sendo, a busca do lucro deixaria de se constituir objeto de rejeição por parcela da sociedade, tornando-se elemento que agrega os interesses dos empresários, trabalhadores e consumidores, propiciando aumento da produtividade daquela atividade empresarial, gerando, pois, benefícios coletivos, o que contribui para a redução das desigualdades de nossa sociedade.⁶

Mostra-se assim ser o instituto da preservação da empresa uma das estratégias para assegurar a dignidade da pessoa humana sendo a atividade empresarial vértice da justiça social e sua função principal e não mero instrumento de aferição de lucro para o empresário

Juarez de FREITAS leciona que a Constituição da República Federativa do Brasil enquanto “rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim se encontram consubstanciados, expressas ou implicitamente, na Constituição”.⁷

Ressalta Paulo BONAVIDES, que “as regras vigem, os princípios valem; o valor neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não é apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”⁸.

No que diz respeito à ordem econômica, é imprescindível a proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que não se constitui um mero dever privativo do Estado, mas também dever de toda a sociedade, dos empresários e demais sujeitos atuantes no mercado.

A preservação da empresa é princípio não escrito, não positivado no texto constitucional, porém essa ausência não é sinônimo de inexistência. Esse princípio está implícito no que trata da ordem econômica a Constituição da República. Sua aplicação fática é elemento indispensável a construção de uma sociedade livre e justa.

O Professor Carlos Alberto Farracha de CASTRO, nos diz que nem todos os princípios constitucionais estão escritos, como é o caso da segurança jurídica, que assim expôs:

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da Empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 155

⁷ FREITAS, Juarez de. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 260.

Embora tal princípio não esteja expresso no Texto Constitucional, podemos extrair sua formulação a partir dos princípios explícitos, como, v.g., o princípio da legalidade (art. 5º, II), a irretroatividade das leis e a proteção à coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI), o princípio do Juiz Natural (art. 5º, inc. XXXVII), o livre acesso ao Poder Judiciário (5º, inc. XXXV), o princípio da anterioridade tributária (art. 150, inc. III, “b”), entre outros. Da análise sistêmica dos dispositivos citados podemos sentir a preocupação do constituinte em garantir a estabilidade e seguranças jurídicas. Assim, o indivíduo somente estará submetido ao comando da lei, preexistente ao tempo da conduta. Caso este direito seja violado, poderá pleitear junto ao Poder Judiciário a resolução da lide, tendo certeza de que será julgado por um magistrado imparcial e que a sentença, após adquirir os tributos da definitividade e imutabilidade, nos termos da lei processual, terá posto fim à controvérsia que o afligiu. Nota-se, pois, que todo o sistema jurídico-constitucional será voltado para a realização desse princípio que, embora implícito, se reveste de capital importância para a estrutura do Estado de Direito.⁹

O princípio constitucional não-escrito, não é nenhuma fantasia de algum pensador desavisado. A própria Constituição da República, no rol dos direitos fundamentais, demonstrado professor Farracha de CASTRO, em seu art. 5º, §§ 1º e 2º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e que os direitos e garantias expressas na Constituição não excluem os outros, decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”.¹⁰ Depreendemos ter a Constituição da República aberto lacuna para princípios que nela já estavam implícitos, como é o caso da preservação da empresa.

Mesmo não reconhecido expressamente na Constituição, o princípio da preservação da empresa, ao ser analisado o texto constitucional verifica-se o seu reconhecimento material, através da análise da finalidade da própria ordem econômica.

Não se contesta ser a sociedade a que sofre as consequências de uma empresa em crise. O desdobramento dessa situação fática-social é conhecida e facilmente identificável, como exemplo, a perda de postos de trabalho, desabastecimento, diminuição de arrecadação de impostos e paralização de atividades subsidiárias gerando um efeito dominó de consequências muitas vezes imprevisíveis.

Os princípios elencados no art. 170, I-IX da Constituição da República, nos mostram os princípios da função social da propriedade, princípio da livre concorrência e busca do pleno emprego. Para Carlos Farracha de CASTRO, “não se pode falar em busca do pleno emprego, sem propiciar a preservação da empresa (...). Afinal, o exercício da atividade empresarial é a fonte de tributos e empregos. Ou seja, sem a preservação da atividade empresarial inexistente emprego, razão pela qual não há como valorizar o trabalho, motivo por que a pretensão do legislador constituinte ficaria reservada ao seu emprego”.¹¹

⁹ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Op. cit. p. 170.

¹⁰ Idem

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Op. cit., p. 22.

O instituto da preservação não se aplica a toda e qualquer empresa. Não poderia ser de outra forma, pois só devem ser preservadas as que atendem sua função social cuja sua extinção geraria efeitos danosos graves e de difícil reparação. Nesse contexto, com a aplicação imediata do princípio constitucional implícito da preservação da empresa, os artigos 1º e 47 da Lei n. 11.101/05, dispõem:

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referida simplesmente como devedora. (...)

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

2 Dos aspectos processuais da recuperação judicial

Diante da decisão de primeira instância que julgou extinto o feito sem resolução de mérito, do processo nº 0105323-98.2014.8.19.0001 que envolve duas instituições de ensino superior de grande porte sediadas na Cidade do Rio de Janeiro, com base no art. 267, IV do CPC, ao pedido de recuperação judicial da sociedade empresária gestora, publicada em 15 de setembro de 2014, sob a fundamentação de que não foram atendidos todos os requisitos formais exigidos no art. 51, I da Lei 11.101/2005, faz-se, necessário, o entendimento de algumas questões processuais nesse tipo de ação.

Antes que o descumprimento do dever de pagar gere a presunção e a certeza da insolvência do empresário devedor, a norma jurídica lhe concede a chance de pedir sua recuperação e de provar que pode sair da má situação em que, temporariamente, se encontra.

Preceitua o art. 47 da Lei 11.101, “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Esse pedido de oportunidade de recuperação que poderá ser, judicial ou extrajudicial, deve preencher os mesmos requisitos, salvo raras exceções, conforme examina José da Silva Pacheco (2009, p.428), *in litteris*:

(...) estabeleceu, inicialmente, os requisitos que devem ser preenchidos pelo devedor para propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial a ser submetido à homologação do juízo do lugar do principal estabelecimento. De um modo geral, são os mesmos requisitos exigidos para o devedor requerer a recuperação judicial, visto que o art. 161 faz referência ao art.48 da nova lei, com exceção dos previstos nos incisos II e III do art. 48, em face do disposto no art. 161, parágrafo 3º. Assim, para o devedor, seja ele empresário individual ou sociedade empresária, poder após negociar com seus credores, requerer a sua homologação, deve preencher os seguintes requisitos: 1º) exercer atividade empresarial há mais de

dois anos; 2º) não ser falido nem sociedade empresária falida; 3º) se o devedor já tiver sido declarado falido, é preciso que, por sentença, com trânsito em julgado, já tenham sido declaradas extintas as suas obrigações; 4º) não ter pendente, em juízo, pedido de recuperação judicial; 5º) não tenha obtido, há menos de dois anos, recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial; 6º) não ter havido condenação do empresário ou dos administradores ou sócio controlador da sociedade empresária, em crime falimentar.

Na recuperação extrajudicial, haverá participação ativa dos credores, pois o concurso de observação decorre de um convênio entre empresário devedor e seus credores, sob mediação judicial.¹²

Trata-se, portanto, de uma ação proposta pelo devedor empresário (parte legítima) com a pretensão de que superada sua crise econômico-financeira, tornar-se-á, novamente, competitivo e produtivo no mercado e suscitando uma negociação coletiva através de um plano de recuperação empresarial, que, sendo aprovado pelos credores, será homologado pelo juiz.

O plano de recuperação, diferente do que ocorria no Instituto da Concordata, que oferecia ao credor, unicamente, a faculdade de prorrogar os prazos de vencimento das obrigações ou reduzir seus valores, prevê, também, outras formas de solução, tais como: a cisão, a incorporação, a fusão ou transformação da sociedade, substituição dos administradores, redução salarial dos empregados mediante acordo ou convenção coletiva, dentre outras.¹³

É preciso observar a natureza jurídica bipartida do presente instituto, que possui um aspecto processual, caracterizado pela ação judicial encetada pelo devedor, assim como um aspecto material, denotado pelo favor legal concedido ao devedor e que obriga todos os credores concorrentes que aprovam o plano devedor, à uma obrigação *ex lege*.¹⁴

Observa-se que a principal finalidade da recuperação judicial é, em síntese, recuperar as empresas economicamente viáveis ou retirar do mercado as inviáveis, com a consequente decretação de falência.

Logo, apenas aquelas viáveis, com potencial para reorganizar-se devem ter a crise sanada, havendo de se analisar criteriosamente o plano de recuperação, para que se verifique sua plausibilidade funcional, econômica e financeira, como também se os custos com a conservação da empresa serão inferiores aos custos de sua liquidação.¹⁵

Imperioso, ressaltar, que os credores constituídos em assembleia geral, bem como os juízes, deverão sopesar os princípios de Preservação da Empresa, da Efetividade, Da Segurança Jurídica, Das Relações de Trabalho e, sobretudo, o Da Dignidade Humana.

¹² É a lição de Waldo Fazzio Júnior, *Nova Lei*, cit., p. 97-113.

¹³ PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito comercial**: teoria e questões. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 283.

¹⁴ SOUZA, Daniel Adensohn de. A recuperação judicial: disposições gerais, pedido e processamento. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 147, p. 169.

¹⁵ SOUZA, *op. cit.*, p. 169.

Dentre outros aspectos processuais, o primeiro a ser observado é a identificação de quem é legítimo para requerer a recuperação, e, conforme preceitua o artigo 48 da Lei 11.101/05, a legitimidade ativa para requerer a recuperação judicial é exclusiva do devedor, salientando-se que, nos termos do art. 1º da referida lei, entende-se por devedor o empresário ou a sociedade empresária.

Salienta-se que o legislador brasileiro limitou-se a autorizar o devedor como parte legítima para requerer sua recuperação judicial, diferente da legislação norte americana e espanhola, que permite, inclusive, os credores como partes legítimas para requererem a recuperação empresarial, visto que, como o devedor, possuem interesse na manutenção da empresa.¹⁶

Para propor recuperação extrajudicial, o empresário devedor deverá preencher alguns requisitos legais (LRE, art. 161 c/c o art. 48): a) exercício regular de atividade econômica há mais de dois anos; b) não sujeição à falência; c) não obtenção de concessão de recuperação judicial há menos de cinco anos ou há menos de oito anos com base no plano especial alusivo às microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 70 e 72); d) não condenação por crime falimentar e inexistência de administrador ou sócio controlador condenado por tal delito.

O plano, devidamente justificado e documentado, aprovado, será apresentado judicialmente para ser homologado, desde que haja anuência de credores que representem mais de 3/5 de todos os créditos de cada espécie. Com a homologação, o plano de recuperação extrajudicial produzirá efeitos (art. 165), mas poderá retroagir *ex tunc* em relação à modificação do valor ou de forma de pagamento dos credores signatários (art. 165, parágrafos 1º e 2º).

A recuperação judicial é a possibilidade de superação da crise econômico-financeira do empresário, permitindo-lhe a continuidade de seu empreendimento, por meio de uma ação judicial, observando-se, que, para que o empresário devedor possa requerer em juízo sua recuperação, deverá, além de comprovar documentalmente sua condição de empresário, atender aos requisitos legais do art. 48.

A petição inicial de recuperação judicial deve conter os requisitos de validade comum a todos os processos previstos no art. 282 do Código de Processo Civil, tais como: o direcionamento ao juízo competente; o autor do pedido (sujeito ativo: empresário ou sociedade empresária); qualificação; o fato (alegação da situação de crise econômico-financeira); pedido de concessão da recuperação financeira e o valor da causa, além da exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira, impostos no art. 51 da Lei 11.101/05, em especial o inciso I que é citado na sentença em apreço:

I - a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira [...]

¹⁶ SOUZA, *op. cit.*, p. 170.

Ao receber o pedido de recuperação judicial da sociedade mencionada, o juízo que proferiu a tal decisão, em seu relatório, assim descreve:

(...) Ouvido, o Parquet manifestou-se no sentido de que fosse atendido integralmente o inciso I, do art. 51 da Lei 11.101/2005, em especial para que fossem apresentadas as causas concretas da situação patrimonial do devedor, bem como que fossem juntados os documentos faltantes indicados no ckeck list de fls. 125. Novos documentos trazidos às fls. 135/496. Novo parecer Ministerial pugnando agora pelo indeferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, uma vez que não foram apresentadas as causas concretas da situação patrimonial da requerente (...).

Fundamenta o douto magistrado:

(...) As normas que regem o procedimento de Recuperação Judicial devem ser analisadas de forma sistemática, valendo-se sempre que possível o julgador de uma interpretação sociológica, para tentar alcançar aos fins sociais e as exigências do bem comum, que a nova lei quis introduzir. Nesse sentido, a legislação inovadora trouxe ao mundo jurídico o princípio da preservação da empresa, calcado no fim social desenvolvido pelas sociedades empresárias dentro de um plano macroeconômico, afastando a ideia única e exclusiva do exercício de uma atividade econômica meramente com fins lucrativo, passando a enxergar a atividade empresarial como fonte de manutenção de empregos e desenvolvimento social. A regra é buscar o soerguimento das sociedades empresárias viáveis, sendo a falência medida extrema e excepcional, que somente deve ser tomada quando verificada a inviabilidade da preservação da unidade produtiva, segundo jurisprudência unificada do STJ. A Lei, portanto, concebeu mecanismos ao empresário, ou sociedade empresária, capazes de viabilizar o soerguimento de sua atividade empresarial. Contudo não a todo custo. Isso porque, somente deve ser conferida a recuperação judicial aos empresários ou sociedades empresárias, segundo Fábio Ulhoa Coelho, viáveis e dignas do benefício, justificando assim o sacrifício empenhado pela sociedade como um todo, em maior ou menor extensão, envolvida neste processo. In causa, após inúmeras idas e vindas a requerente comprovou o cumprimento dos requisitos processuais formais exigidos do inciso II a IX do art. 51 da Lei 11.101/2005. Porém, com relação ao atendimento dos requisitos previstos no inciso I do mencionado artigo, o postulante não logrou êxito em demonstrar o exigido (...).

Diante do que foi explanado pelo r. magistrado, vislumbra-se que ao formular o pedido de recuperação judicial deve o empresário devedor expor de maneira fundamentada as razões pelas quais depende dos benefícios da recuperação judicial, apresentando de maneira pormenorizada o histórico da empresa, o negócio explorado, os motivos da crise instaurada e o ativo geral, atual e futuro dela. Essas são informações vitais para a valorização, por parte do juízo, da viabilidade da sociedade que busca a recuperação judicial. Ressaltando-se, ainda, que a recuperação judicial é prerrogativa que pode ser utilizada por empresas em verdadeira crise, já que implica em um sacrifício relevante de todos os envolvidos, em especial dos credores. É aconselhável, inclusive, a comunicação ao juízo da recuperação do montante dos créditos públicos apurados, pois ainda que esses créditos não estejam sujeitos ao certame, cuida-se de informação relevante ao plano de administração da empresa, pois este

tipo de procedimento, em especial, deve sempre buscar ao máximo cumprir as orientações insculpidas no princípio da transparência. No processo de recuperação judicial, portanto, é dever do empresário devedor juntar demonstrativo de seu conjunto econômico, de maneira a se verificar a plausibilidade da recuperação da empresa.

3 O pedido de recuperação judicial, a função social da empresa e a comprovação do exercício da atividade empresária no memento do pedido de recuperação

A crise econômica empresarial afeta não apenas a esfera do empresário em crise, mas também uma série de outros interesses correlacionados à atividade empresarial, especialmente os empregados, clientes, etc., para não falar dos que indiretamente sobrevivem dessa atividade. Afeta também interesses difusos e coletivos. A grande novidade trazida com a Lei 11.101/2005 foi justamente a preocupação com a recuperação da empresa, enquanto organismo produtores de bens ou serviços e, por conseguinte, distribuidor de riquezas.

Antes de entrar em vigor a Lei 11.101/2005, a falência no Brasil era regulada pelo Decreto-Lei 7.661/45, que disciplinava tanto a falência como o instituto da concordata. À luz do citado diploma, a concordata é um favor legal concedido ao empresário honesto. A pouca participação dos credores no decorrer do processo e as inúmeras possibilidades processuais utilizadas pelos devedores para se esquivarem do pagamento (inclusive com a alienação fraudulenta de bens), tornou o instituto da concordata um penoso fardo para os credores. Para o devedor honesto, a concordata também não era uma boa solução, já que as regras definidas em lei não traziam possibilidades para que ele ajustasse com seus credores uma fórmula criativa de pagamento de seus débitos para sair da crise. Para obter o favor da concordata, o devedor deveria atender as formalidades do art. 140 do referido decreto e as exigências do art. 158.

Em razão de tantas críticas, o congresso nacional editou a Lei 11.101/2005, revogando o vetusto Decr.-lei 7.661/45. A nova Lei - Lei de Recuperação e Falência – regula tanto a recuperação de empresas, judicial e extrajudicial, quanto a falência -, esta última utilizada para empresas irrecuperáveis. A nova Lei afinou-se aos novos rumos legislativos que põem em evidência a função social da empresa e visa promover o equilíbrio entre os interesses da empresa, enquanto elemento gerador de riquezas, interesses dos credores, empregados etc.

A Lei não objetiva manter abertas as empresas economicamente inviáveis. Estas deverão ter suas atividades encerradas por serem potencialmente danosas ao mercado. A LRF pretende fornecer meios de viabilizar empresas recuperáveis que momentaneamente estão em crise econômico-financeira. Esta constatação foi destacada por Fazzio Júnior:

A recuperação judicial não se restringe a satisfação dos credores nem ao mero saneamento da crise econômico-financeiro em que se encontra a empresa destinatária. Alimenta a pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o

emprego, ensejando a realização da função social da empresa, que, afinal de contas, e mandamento constitucional.¹⁷

A Lei n. 11.101/2005 veio para promover profundas mudanças no regime da falência e da recuperação das empresas e que guarda relação com o que a doutrina convencionou chamar constitucionalização, socialização e funcionalização do Direito Privado. A atual lei desmonta a característica liquidatária da lei anterior, atenta aos novos imperativos da função social da empresa para a preservação de suas atividades (para empresas viáveis economicamente), interesse dos trabalhadores, interesse dos credores, com a maximização dos ativos e modernização do processo.

Fazzio Júnior, excelente comercialista destacou:

Sem embargo de conservar muitos resquícios do caráter infamante e draconiano do Decreto-lei n. 7.661/45, o regime especial da LRE evoluiu no sentido de ensejar tratamento mais benéfico do que o anterior, máxime em virtude de sua renitente preocupação com a função social da empresa e sem embargo da necessária proteção ao crédito público. A transposição da bipolaridade privada credor/devedor, para adentrar o espectro mais amplo da repercussão social da insolvência empresarial, por si só, já representa avanço significativo no direito protetivo do crédito e do mercado.¹⁸

O art. 47 da Lei 11.101/2005 condensa em grande parte os objetivos do Estatuto falencial, de maneira que a interpretação dos demais dispositivos esteja em consonância com o princípio ali expressado¹⁹ (princípio da função social da empresa), a saber:

Lei n. 11.101/2005, Art. 47. “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O instituto da recuperação de empresas está calcado na solidariedade social, na medida em que visa recuperar a empresa que se encontra momentaneamente em crise econômico-financeira, excluindo do mercado empresas descapitalizadas e ineficientes, as quais, mantidas em funcionamento, vão isto sim, desatender o princípio da função social da empresa. Neste mesmo entendimento, trazemos as lições de Fazzio Júnior:

Com a oportunidade da necessária reforma da legislação falimentar, vem a não menos necessária reformulação dos propósitos justificadores de soluções para as crises econômico-financeiras das empresas nacionais. Essas soluções não estão mais

¹⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova lei de falência e recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 5ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 113.

¹⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 28.

¹⁹ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 265

ancoradas, simplesmente, a proteção dos fornecedores do devedor, mas amarram-se a tutela de créditos sociais e públicos. Percebeu-se que de nada adianta a concessão de perdões e moratórias para a preservação da atividade empresarial, se a empresa endividada e descapitalizada não cumpre sua função social e acaba se constituindo num estorvo para o mercado²⁰.

A empresa ocupa o centro da economia.²¹ É fonte produtora de bens e serviços. Além disto, gera empregos diretos e indiretos e, muitíssimo importante, gera receitas para o Estado, vindas dos tributos, com os quais, basicamente, o Estado concretiza as políticas públicas que garantem o desenvolvimento econômico e social.

Neste sentido, trazemos novamente a lição do emérito professor Fazzio Júnior:

Com a oportunidade da necessária reforma da legislação falimentar, vem a não menos necessária reformulação dos propósitos justificadores de soluções para as crises econômico-financeiras das empresas nacionais. Essas soluções não estão mais ancoradas, simplesmente, a proteção dos fornecedores do devedor, mas amarram-se a tutela de créditos sociais e públicos. Percebeu-se que de nada adianta a concessão de perdões e moratórias para a preservação da atividade empresarial, se a empresa endividada e descapitalizada não cumpre sua função social e acaba se constituindo num estorvo para o mercado²².

Na atual Lei de Falências (Lei 11.101/2005) o princípio da função social da empresa foi ressaltado. O art. 47 da referida lei assim estabelece:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômica –financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. (grifos nossos)

O princípio da função social da empresa surge como um mecanismo de proteção dos interesses da sociedade frente aos possíveis danos que ela venha a causar, mas também como um mecanismo de proteção para ela mesma, anulando-se possíveis contratos que venham a por em risco sua própria sobrevivência, de que dependem a arrecadação tributária, os empregos diretos e indiretos, os consumidores etc.

Como se vê, o instituto atingirá sua finalidade se permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

O art. 48 da LRF assim dispõe: “*Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente sua atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos*

²⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 92

²¹ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coords). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121-122

²² Op. cit. p. 92.

seguintes requisitos:”. Conjugando-se os dois citados dispositivos, concluímos que a sociedade empresária ou o empresário individual tem que estar em atividade.

Observa-se que no caso concretamente analisado, o objeto social da recuperanda, segundo seus atos constitutivos, é a gestão de recursos vinculados as atividades educacionais, sejam eles próprios ou de terceiros inclusive a administração e a manutenção de atividades fins de educação superior, e seus sucedâneos (art. 2º de seus estatutos – fls. 30 do processo de n.0105323-98.2014.8.19.0001). Por outro lado, em sua petição inicial a requerente elucida que a crise financeira e a greve de professores por falta de salários foram os principais motivos que levaram ao descredenciamento pelo MEC, que teria ocorrido em janeiro de 2014. Após o descredenciamento os alunos foram transferidos para outras instituições de ensino e os professores todos demitidos. Assim, quando do pedido de recuperação judicial a recuperanda já estava desativada pela perda de objeto, já que todos os projetos em andamento estavam ligados às duas instituições de ensino por ela mantidas.

Pelo exame desses fatos, extraídos do processo mencionado acima, a requerente não preenchia um dos principais requisitos legais autorizadores do deferimento do processamento da recuperação, qual seja, o exercício da atividade empresarial. Seria imprescindível exigir da requerente a comprovação de estar no exercício de atividade sob o ponto de vista material (não apenas pelo exame do registro de seus atos constitutivos na Junta Comercial). Como dito, o art 48 da LRF é taxativo ao exigir o efetivo exercício da atividade empresarial no momento do pedido. Dir-se-ia que seu objeto social não se destinava à exploração, apenas, das duas conhecidas instituições de ensino e que, portanto, poderia estar desenvolvendo outras atividades educacionais naquele momento. Mas não. Este argumento não se sustenta. Pelo exame da peça vestibular apresentada nos autos do pedido de recuperação, fica bem claro que a atividade que vinha sendo desenvolvida estava toda vinculada às duas instituições. Não havia outra.

Pelo que se expôs, e retomando ao art. 47 da Lei 11.101/2005, conclui-se que o deferimento da recuperação, em tais casos, não atende ao interesse dos credores, do fisco nem dos trabalhadores. Os credores ficaram sem receber seus créditos, e sem perspectivas de recebimento. O fisco nada recebeu e não foi beneficiado pela concessão do deferimento, eis que não havendo atividade produtiva, não há receita tributária. Os empregados foram todos demitidos por telegrama, fato notório. A base para a recuperação da empresa se quebrou. Desde o descredenciamento a recuperanda deixou de atender à sua função social.

A sentença foi pelo indeferimento do pedido de processamento da recuperação judicial. Em que pese alguma crítica possa ser feita aos fundamentos, na essência, andou bem o i. julgado.

A reforma dessa decisão, ao nosso ver, não atendeu aos princípios insculpidos na LRF. Assim consta da ementa do acórdão proferido na apelação de número 0105323-98.2014.8.19.0001: “*O juiz não pode, porém, analisar a viabilidade econômica da empresa para deferir ou não o processamento da recuperação, na oportunidade mencionado no art. 52 da Lei 11.101/05*”. De fato, não pode analisar a viabilidade econômica da empresa, até porque esta função foi repassada, pela atual

Lei de Recuperações e Falência (Lei 11.101/2005) aos credores. Mas deve, isto sim, verificar e exigir o cumprimento dos requisitos legais, dentre eles, exigir a comprovação do efetivo exercício da atividade empresarial. Como dito, explicitado na petição inicial, sendo também fato notório, a requerente não detinha mais autorização do MEC para continuar ofertando os cursos. Todas as unidades de ensino estavam fechadas pelo descredenciamento.

Os julgadores devem atentar até onde o pedido de recuperação (que tem por escopo retirar a empresa da crise econômico-financeira) está sendo usado de forma legítima. Se assim não for, o instituto da recuperação judicial passa a dar atendimento de finalidades não contempladas na lei. A *ratio legis* é a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, justificando o sacrifício individual dos credores sujeitos à recuperação em prol do bem comum.

Conclusão

A empresa cumpre sua função social quando é capaz de continuar e permanecer no mercado. Obter através do fornecimento de bens ou serviços o suficiente para aumentar o valor econômico, manter o pleno emprego e fazer investimentos para garantir o desenvolvimento a longo prazo. Em outras palavras, a empresa cumpre a sua principal função social quando produz.

Dentro dessa perspectiva, o foco da função social da empresa é definido não só por sua ação com as partes diretamente interessadas, mas também a sua missão na sociedade. Ou seja, a empresa como uma instituição social, desempenha um papel de criação de riqueza, gerando empregos e produzindo bens e serviços.

A decisão de primeiro grau, em que pese tenha pecado em seus fundamentos, trilhou o caminho correto ao indeferir o pedido. Não se pode recuperar o que é irrecuperável em razão da total ausência de atividade empresária. No caso em exame, a nosso sentir a decisão do Tribunal que reformou a decisão e concedeu o processamento da recuperação, deixou de observar um dos maiores valores e fundamentos da Lei 11.101/2005, que é justamente a proteção da preservação da empresa e sua função social. Essa empresa há muito deixou de cumprir sua função social. Isto ocorreu antes do pedido de recuperação e a situação se perpetua no tempo.

Referências

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

ABRAO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da Empresa no Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr. 2004.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Mallheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de Falência e Recuperação de Empresas: lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 5ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juarez de. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de;
MOREIRA, Alberto Camiña. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito comercial: teoria e questões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Daniel Adensohn de. A recuperação judicial: disposições gerais, pedido e processamento. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo.