NILVA MARIA LEONARDI ANTONIO

**AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA NOVA LEI DE
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS. PRINCIPAIS
PROBLEMAS ENFRENTADOS E SOLUÇÕES PASSÍVEIS DE
ADOÇÃO. BREVE ESTUDO SOBRE A INDÚSTRIA CALÇADISTA.**

Dissertação de Mestrado em Direito Comercial sob
orientação do Professor Titular Newton De Lucca.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2011

NILVA MARIA LEONARDI ANTONIO

**AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA NOVA LEI DE
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS. PRINCIPAIS
PROBLEMAS ENFRENTADOS E SOLUÇÕES PASSÍVEIS DE
ADOÇÃO. BREVE ESTUDO SOBRE A INDÚSTRIA CALÇADISTA.**

Dissertação de Mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Comercial, sob orientação do Professor Titular Newton De Lucca.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2011

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, presença onipotente, força nas horas de desesperança e fonte de confiança na realização deste trabalho. A Jocimar, meu esposo e companheiro de todas as horas, amor da minha vida, obrigada por acreditar, incentivar e investir, independente da crítica de tantos; a meus filhos, Ciro e Marianna, razões da minha vida e origem de minha caminhada, pela compreensão e sacrifício nas longas ausências. Ao meu querido mestre e orientador, Prof. Dr. Newton De Lucca, pela nobreza de caráter, ética, generosidade, pelo educador que jamais cessa sua busca pelo saber mais profundo e, principalmente, pelo poeta. Agradeço ao Professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, pelo encorajamento, incentivo e lições. Aos Professores Paulo Salvador Frontini e Ada Pellegrini Grinover, que compuseram minha banca de qualificação, pelas críticas, comentários e sugestões, que ajudaram no aperfeiçoamento de meu trabalho. Aos colegas de mestrado, pela cooperação e incentivo. Aos professores da USP, Juízes, Promotores, Desembargadores e Advogados que militam na área de Recuperação de Empresas, pelas informações e troca de experiência. Aos amigos Renata Gignon, Wilson Campos, Luciana Éboli, Eduardo Lemos, I. Patrícia, pela ajuda e colaboração na reta final desta empreitada. E a tantos outros amigos queridos que, apesar de não nomeados, foram meu incentivo: obrigada por acreditarem quando nem eu mais acreditava. Dedicação especial ao meu pai, Nestor Leonardi, que embora não esteja mais presente entre nós, continua sendo meu maior exemplo de persistência e dedicação aos estudos, mesmo na adversidade.

"Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".
(Artº 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil)

"Se se quiser uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. A massa salarial já equivale, no Brasil, a 60% da renda nacional. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais."

(Fábio Konder Comparato)

"A Lei nº 11.101/2005, que "regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária", impulsiona à modernidade e exige a inovação judiciária, sem as quais não poderá produzir o desejado efeito de melhoria nas relações econômico-sociais que envolvem os momentos de crise da atividade empresarial. (...) A nova lei grita por socorro de nova mentalidade de todos os figurantes da atividade jurídica, magistrados, promotores, advogados, auxiliares da Justiça e mesmo, credores e devedores, agora obrigatoriamente participantes do objetivo fundamental, determinado pela lei, que é a superação da crise da atividade empresarial."

(Sidnei Agostinho Beneti – Ministro do STJ)

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa, antes de tudo, fazer um estudo empírico das micro e pequenas empresas perante a Lei n. 11.101/2005. A pesquisa empírica mostra quais os aspectos da Lei que podem ser alterados e quais as ferramentas que podem ser usadas para enfrentar crises que frequentemente afetam um segmento tão frágil, mas de grande importância para a economia de qualquer país, como é o das micro e pequenas empresas.

A escolha de escopo na indústria calçadista levou em conta ser este um dos setores de destaque para o Brasil com sua relevante projeção mundial. Outro fator determinante para essa escolha foram soluções especialíssimas que a indústria calçadista encontrou para contornar crises e o impacto destas nas regiões onde está inserida.

Não há no país dados estatísticos suficientes para que se tenha um mapa exato da utilização da recuperação especial pelas micro e pequenas empresas como dispõe o artigo 70 e seguintes, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF). Para verificar se a Lei n. 11.101/2005 está de fato atendendo esse segmento tão importante para a economia brasileira e mundial, foram levantados e analisados dados: dos principais problemas enfrentados, como a recuperação especial está atendendo as expectativas do segmento, e se sua aplicabilidade é realmente aquela visada pelo legislador.

Por meio desse estudo, foram consideradas algumas soluções passíveis de adoção, seja por meio de políticas públicas, iniciativa privada ou mesmo por mudanças legislativas. Por ser legislação nova, foi necessário buscar, junto à experiência amadurecida nas legislações estrangeiras, alternativas para sanar os problemas apresentados em nossa ordenação concursal.

Palavras chave: micro e pequena empresa; recuperação judicial especial; lei de recuperação e falência; indústria calçadista.

RIASSUNTO

Il lavoro di tesi ora presentato si propone far luce sulle piccole e microimprese nell'ambito della legge fallimentare brasiliana (legge n. 11.101/2005). La ricerca empirica rende evidenti sia quali aspetti da modificare nel codice legale sia con quali strumenti fronteggiare le crisi che spesso infrangono un segmento così fragile ma di grande rilievo nell'economia di un paese, come lo è quello delle piccole e microimprese.

La scelta di scopo che ricade sul settore delle calzature ha tenuto conto del suo ruolo chiave ed espressiva proiezione mondiale per il Brasile. Un altro motivo decisivo si associa al fatto dell'industria calzaturiera aver già trovato particolari soluzioni per sottrarsi dalle crisi e dal relativo impatto sulla regione in cui operano.

In Brasile non ci sono dati statistici a sufficienza da consentire una visualizzazione accurata sull'adozione del "recupero speciale" com'è definito negli articoli 70 e successivi del codice brasiliano riguardanti la procedura riservata alle piccole e microimprese. Per verificare se la legge n. 11.101/2005 risponde in realtà alle esigenze di questo importante segmento dell'economia brasiliana e mondiale, sono state eseguite raccolta e analisi empirica di dati: dei principali problemi affrontati, come il segmento è corrisposto con il "recupero speciale", e se la sua applicabilità sia davvero quella desiderata dal legislatore.

Il lavoro ora esposto ha reso possibile la considerazione di alcune soluzioni che possono essere adottate, sia tramite politiche pubbliche, sia nell'ambito del settore privato, sia pure per modifiche legislative. Trattandosi di una legge recente, è stato necessario appoggiarsi sull'esperienza maturata nelle legislazioni di altri paesi per aiutare identificare soluzioni alternative per sanare i problemi presentati nel ordinamento concorsuale brasiliano.

Parole chiave: piccole e microimprese, legge fallimentare, recupero speciale, industria calzaturiera.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
1.1. Delimitação do objeto e justificativa do tema.....	11
2. A MICRO E PEQUENA EMPRESA NO BRASIL.....	14
2.1. Evolução da pessoa jurídica – breve explanação.....	14
2.2. Seu desenvolvimento e importância na economia.....	16
2.2.1. No Brasil.....	17
2.2.1.1. Critérios de enquadramento.....	22
2.2.2. No Estado do Rio Grande do Sul.....	25
2.2.3. No Estado de São Paulo.....	25
2.3. Breve estudo da indústria calçadista.....	27
2.3.1. Vale dos Sinos – RS.....	28
2.3.2. Birigüi – SP.....	29
3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONCURSAL.....	33
3.1. A Evolução da Falência e da Recuperação na História	33
3.2. O Papel do Banco Mundial e os Princípios e Diretrizes Norteadoras das Mudanças Legislativas Modernas em Matéria Concursal.....	41
3.3. A Recuperação de Empresas.....	43
3.3.1. Na Legislação Estrangeira.....	43
3.3.1.1 Evolução Histórica.....	44
3.3.1.1.1. Alemanha.....	44
3.3.1.1.2. Argentina.....	45
3.3.1.1.3. Espanha.....	46
3.3.1.1.4. Estados Unidos da América – EUA.....	47
3.3.1.1.5. França.....	48
3.3.1.1.6. Portugal.....	52
3.3.1.2. A Legislação Estrangeira e as Empresas de Pequeno Porte.....	54
3.3.1.2.1 A Comunidade Europeia.....	54
3.3.1.2.2. Espanha.....	56
3.3.1.2.3. França.....	57
3.3.1.2.1.4. Portugal.....	63

3.3.2. A Recuperação de Empresas no Brasil.....	68
3.3.2.1. Breve digressão histórica.....	68
3.3.2.2. A necessidade de especialização.....	72
3.3.2.3. A Lei n. 11.101/2005 e os diversos tipos de recuperação.....	74
3.3.2.3.1. A Recuperação Judicial – Aspectos Materiais e Processuais.....	74
3.3.2.3.1.1. Condições para a Recuperação Judicial.....	77
3.3.2.3.2 A Recuperação Especial – Aspectos Materiais e Processuais.....	81
4 A MICRO E PEQUENA EMPRESA NO BRASIL E A LEI Nº 11.101/2005.....	85
4.1 A Problemática Brasileira.....	92
4.1.1. Tipos de Credores.....	93
4.1.2. Informalidade.....	94
4.1.3. Investimentos e Força na Negociação.....	95
4.2. Principais Problemas Enfrentados pelas Micro e Pequenas Empresas no Brasil, perante a Lei nº 11.101/2005.....	95
4.2.1. São Paulo.....	96
4.2.1.1. A Capital de São Paulo.....	96
4.2.1.2. O Interior.....	96
4.2.2. Rio Grande do Sul.....	97
4.2.2.1. Porto Alegre – RS.....	97
4.2.2.2. O Interior (Vale dos Sinos).....	97
5 SOLUÇÕES PASSÍVEIS DE ADOÇÃO PARA A PROBLEMÁTICA ENCONTRADA.....	99
5.1. Soluções Passíveis de Adoção para a Problemática Brasileira.....	99
5.1.1. Aplicabilidade do Art. 47 na Recuperação Especial.....	99
5.1.2. Incentivo Governamental.....	100
5.1.3. Mudanças Legislativas.....	100
NOTAS CONCLUSIVAS.....	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho expõe, sucintamente, a enorme relevância do estudo da micro e pequena empresa face à Lei n. 11.101/2005, iniciando pelo estudo da indústria calçadista do Vale dos Sinos e Birigüi, a evolução da falência e recuperação na história, envolvendo-se na modernização da legislação concursal no direito comparado.

Foi objeto de pesquisa a importância do papel das micro e pequenas empresas na economia mundial e brasileira, os principais problemas enfrentados, principalmente frente à Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Por se tratar de uma legislação recente, ainda em fase de adaptação, sem material doutrinário e jurisprudencial à disposição, necessária também a pesquisa empírica, para visão mais ampla das dificuldades encontradas pelo setor quando da aplicação da Lei e busca de soluções passíveis de adoção para a problemática encontrada.

O primeiro capítulo é um breve resumo do trabalho e a justificativa da escolha do tema.

O segundo capítulo apresenta a micro e pequena empresa no contexto nacional, analisando sua importância para a economia e trazendo um breve estudo da indústria calçadista na cidade de Birigüi (SP) e no Vale dos Sinos (RS).

O terceiro capítulo apresenta a evolução do direito concursal, no Brasil e exterior e uma síntese de como alguns países europeus trata a recuperação de pequenas empresas.

O quarto capítulo trata da micro e pequena empresa face à nova Lei de Recuperação de Empresas, com uma análise dos principais problemas enfrentados.

No quinto capítulo, houve a busca por soluções para a problemática enfrentada pelas MPE's nesses primeiros cinco anos de vigência da Lei.

Ao final, são apresentadas notas conclusivas do estudo e a bibliografia utilizada na elaboração do presente trabalho.

1.2. A Justificativa

A falência sempre foi tratada como desonra; por longo período o devedor foi marginalizado e sofreu discriminação social e Paes de Almeida¹ resume:

A expressão *bancarrota*, *banco rotto*, utilizada pelos franceses significava falência criminosa, denominação vinda dos antigos costumes onde os credores quebravam o banco em que o falido apresentava suas mercadorias.

William Shakespeare², em sua obra “O Mercador de Veneza”, já era mencionado o repúdio ao falido, principalmente quando abordado por Shylock, onde dizia:

(...) Eis aí mais um mau companheiro de negócios, um falido, um sujeito pálido, esbanjador, que mal ousa mostrar a cabeça no Rialto; um mendigo que diariamente vinha todo casquilho para o mercado. Ele que tome cuidado com aquela letra! Tinha o costume de chamar-me de usurário. Ele que tome cuidado com aquela letra! Sempre emprestou dinheiro por cortesia cristã(...) Ele que tome cuidado com aquela letra!

Os regramentos jurídicos surgidos pela própria evolução do homem foram sendo adaptados às necessidades do cotidiano do homem e, aos poucos, toda rispidez foi paulatinamente substituída, até que a palavra falência não mais representasse necessariamente um crime, pagando o devedor com a própria vida.

A questão da insolvência, atualmente está muito mais direcionada aos problemas sociais, bem como às dificuldades sofridas pelos empresários e sociedades empresárias em se manterem no mercado. Não se pode descartar a possibilidade de uma manobra fraudulenta onde o resultado levaria à quebra. É evidente que isso realmente ocorre e não são raros os casos.

¹ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei nº 11.101/05*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16.

² SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. ATO III. Cena I. *Veneza. Uma rua. Entram Salânio e Salarino*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/mercador.pdf>. Acesso em 23/04/2008.

O próprio negócio por si mesmo já é um risco, o objetivo não é a perda e sim o sucesso, o lucro, mas não raras vezes, isso não ocorre. O novel diploma (Lei nº 11.101/2.005) tem como principal objetivo oferecer os meios jurídicos necessários - recuperação judicial/recuperação extrajudicial - para que o devedor possa viabilizar sua situação de crise econômico-financeira e patrimonial, além da preservação da atividade econômica, mantendo o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores³. Fato inclusive que se encontra amparado e pode ser perfeitamente observado no artigo 47.

Justifica-se a apresentação deste trabalho de pesquisa na própria realidade brasileira, na qual é verificado, com base em dados estatísticos, que as micro e pequenas empresas respondem por mais de 98% das empresas registradas nas Juntas Comerciais, 67% dos empregos e cerca de 20% do PIB, e seu alto índice de mortalidade, que chega a atingir índices superiores a 56% antes do quinto ano de vida, como podemos depreender do gráfico abaixo:

A metodologia utilizada no presente trabalho foi análise, comparação e tentativa de sistematização dos textos legais e doutrinários que tratam da recuperação das pequenas empresas, além de investigação sobre os fatos concretos que podem levar as empresas a uma situação de crise.

Pela pesquisa empírica desenvolvida, verificou-se o tratamento que a legislação brasileira dá ao tema à solução adotada pelas ordenações⁴ de outros países. Também foi desenvolvido um estudo de um pequeno segmento da indústria, para efeito de delimitação de casos, focado na indústria calçadista do Vale dos Sinos (RS) e de Birigüi (SP).

O objetivo do estudo, entre outros, é detectar os problemas enfrentados pelas MPE's⁵ e analisar as hipóteses de ocorrência da recuperação utilizada pelas mesmas,

³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresas: (Lei n. 11.101, de 09-02-2005)*. 4ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2007. p. 114.

⁴ Não obstante a posição da maioria dos doutrinadores vale ressaltar a justificativa da escolha da expressão ordenação, nas palavras de Newton De Lucca: "*À palavra ordenamento jurídico, absolutamente corrente na doutrina brasileira, tenho preferido, para fugir ao injustificável italianismo, ordenação jurídica, mais consentânea com o idioma Português, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida, tendo sido colocada em itálico, no texto principal, de forma deliberada, a fim de propiciar o presente esclarecimento.*" DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto. (Coordenação). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 34, nota rodapé 46.

⁵ Como denominaremos, a partir de agora, as Micro e Pequenas Empresas.

no intuito de orientar o jurista na condução do processo como um todo, buscando soluções que melhor se adéquem à realidade pátria.

2. A MICRO E PEQUENA EMPRESA NO BRASIL

2.1. Evolução da Pessoa Jurídica – Breve explicação

Segundo Clóvis Beviláqua⁶, pessoa é o sujeito titular de direitos e obrigações. Mas esse é um conceito atual, antes não existia. Podemos buscá-lo na Antiguidade, mais precisamente na Roma antiga: existiam rituais em que se carregava uma máscara (*phersu*) - os cultos etruscos da deusa *Perséfone* - daí se originando a adoção da palavra *persona*⁷, como indicação da máscara que os atores habitualmente utilizavam e que designava o papel interpretado. Posteriormente é que foi utilizada a palavra no sentido de “pessoa jurídica”, enquanto fonte de direito. No início da era cristã, o mesmo homem podia ter diferentes *personae*, ou seja, diferentes papéis sociais ou “jurídicos”, pois a personalidade era não era algo essencial e sim algo mutável.

Na Grécia o termo *prosopon* (rosto) também foi utilizado para indicar a máscara de teatro. Já o direito romano clássico ignorou o conceito de pessoa jurídica; na concepção de sujeito de direito somente aplicava-se ao cidadão comum, privado, com reconhecimento pelo Estado e alguns outros entes coletivos de possuir algum poder jurídico, não sendo sujeito privado.

Foi no direito germânico que começou a se distinguir o indivíduo como instituição, com a consideração da pessoa de maneira autônoma, com vontades individuais diversas das vontades enquanto integrante de um grupo.

A ideia da pessoa jurídica teve desenvolvimento mais efetivo no direito canônico⁸, pela necessidade de definição das instituições oficiais, unidades patrimoniais e corporativas que existiam na estrutura do catolicismo, tendo influência decisiva na

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil - comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1993. v. 1. p. 167.

⁷ De *per-sonare*, quer dizer, “falar através”.

⁸ “*Todos os institutos da Igreja foram reputados entes ideais, fundados por uma vontade superior. Assim, qualquer ofício eclesiástico, dotado de um patrimônio, é tratado como uma entidade autônoma, e a cada novos ofícios criados correspondem outras tantas entidades independentes. Desse conceito surge o de fundação também autônoma, como o *pium corpus*, o *hospitális* e a *sancta domus*. A *universitas* passa a representar um *corpus mysticum*, um *nomem iuris*.” SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 8. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996. vol. 1, p. 35).*

codificação dos institutos⁹. Na origem, o patrimônio era único, empregado de acordo com as necessidades da diocese, o que paulatinamente se desenvolveu de modo que aos entes eclesiásticos, fundações e ofícios passou a ser atribuída autonomia, verdadeira personalidade própria, independente da coletividade de pessoas.

Francesco Ferrara¹⁰ tão bem sintetiza a questão em seus ensinamentos:

*La moderna teoria delle persone giuridiche risulta dalla compenetrazione di tre fattori: il diritto romano, il diritto germanico, il diritto canonico - ognuno di questi ha elaborato una concezione autonoma più o meno sviluppata delle corporazioni o istituzioni - questi elementi si mescolano nel Medio Evo, ed è dal contatto e dal fermento intellettuale di questi diversi pensieri, che sorge una nuova concezione delle persone giuridiche.*¹¹

Conforme o direito reconheceu a personalidade às diversas formas associativas ou pessoas jurídicas, foram surgindo teorias diferentes a respeito de sua natureza, dando origem a vasta literatura e posicionamentos diversos, como o de Silvio Rodrigues: “*a esses seres, que se distinguem das pessoas que os compõem, que atuam na vida jurídica ao lado dos indivíduos humanos e aos quais a lei atribui personalidade, ou seja, a prerrogativa de serem titulares do direito, dá-se o nome de pessoas jurídicas, ou pessoas morais.*”¹².

E Eduardo Secchi Munhoz¹³ também explica:

Os sistemas jurídicos clássicos tinham como preocupação central os comportamentos humanos e as relações entre os indivíduos,

⁹ FRONTINI, Paulo Salvador. *Pessoas jurídicas no código civil de 2002 - elenco, remissão histórica e disposições gerais*. In: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 137, 2005. pp. 94-95.

¹⁰ FERRARA, Francesco. *Teoria delle persone giuridiche*. 2ª ed. Riveduta. Torino: UTET, 1923. p. 21.

¹¹ A moderna teoria das pessoas jurídicas é a interpenetração de três fatores: o direito romano, o direito germânico, direito canônico - cada um deles elaborou um conceito autônomo mais ou menos desenvolvidos das empresas ou instituições - esses elementos são mesclados na Idade Média, e é o contato e o fermento intelectual desses pensamentos diferentes, que fica a uma nova concepção das pessoas jurídicas. (livre tradução)

¹² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

¹³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e o direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 64.

considerando apenas marginalmente os fenômenos associativos. Contudo, com a profusão do desenvolvimento de entidades coletivas, especialmente aquelas voltadas para o exercício da atividade empresarial, foi inevitável o desenvolvimento do instituto da personalidade jurídica, pelo qual essas coletividades se transformaram em centros autônomos de imputação de direitos e obrigações. Assim, o século XIX viveu o fenômeno da generalização da personificação societária, pelo qual o instituto da pessoa jurídica, anteriormente reservado à Igreja, à Comuna e às demais entidades havidas como transcendentais ao indivíduo, tanto no tocante à duração como aos fins perseguidos, passou a ser adotado em relação às entidades privadas, organizadas para o exercício da atividade empresarial.

Após breve explanação da origem da pessoa jurídica, procurar-se-á fazer uma digressão sobre a importância da micro e pequena empresa.

2.2. Seu desenvolvimento e importância na economia

Após o término da Segunda Guerra Mundial houve um crescimento acentuado no desenvolvimento das micro e pequenas empresas com a absorção de toda a mão-de-obra oriunda da guerra e, mais recentemente, com eventos como a crise do petróleo no início dos anos 70, bem como a queda do muro de Berlim em 1989, que contribuíram para o desenvolvimento do segmento, embora ainda com alto índice de informalização.

Nos anos 80 também ocorreu uma forte redução do crescimento da economia, com altos índices de desemprego, sendo os pequenos negócios uma alternativa para ocupação da mão-de-obra que não encontrava empregos com carteira assinada, levando o Governo a implantar uma política de desburocratização, adotando medidas de incentivo à abertura de pequenas empresas¹⁴.

¹⁴ É a formalização das ditas “empresas de fundo de quintal”, composta principalmente por mão-de-obra de baixa qualificação, que não conseguiu colocação no mercado formal.

Uma das primeiras medidas implantadas foi a promulgação da Lei n. 7.256, de 27 de novembro de 1984 (Estatuto da Microempresa), bem como posterior inclusão da garantia de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas na Constituição Federal de 1988¹⁵. A Lei n. 48, de 10 de dezembro de 1984 veio complementar a Lei de 1984 e, posteriormente, foi regulamentada pelo Decreto n. 90.888, de 30 de janeiro de 1985.

A chamada Lei do Simples (Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996), dispondo sobre o regime tributário dessas empresas, instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES. Em 5 de outubro de 1999 foi promulgada a Lei n. 9.841, criando um novo estatuto das MPE's, devido a alterações na realidade jurídica e econômica, não abolindo a Lei do Simples, apenas prevendo tratamento diferenciado às MPE's e, campos não abrangidos por essa. Com conceitos de receita bruta e exigências de enquadramento próprias e diversas, conviveram concomitantemente até a promulgação da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que inseriu o novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, derogando as duas leis anteriores.

Desde então houve um crescimento extraordinário das MPE's, hoje respondendo por mais de 98% do total das empresas formais do país. O fato se repete em âmbito mundial, sendo estas as responsáveis pela maior fonte de geração de renda e ocupação, como peça essencial para o desenvolvimento da economia global.

2.2.1. No Brasil

Discorrendo sobre a importância das micro e pequenas empresas no sistema econômico brasileiro, propõe-se demonstrar porque nossa legislação deveria dar mais ênfase à sua proteção.

¹⁵ Art. 179: “A União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Que as MPE's respondam por mais de 98% das empresas existentes no Brasil não é nenhuma novidade, nem que sejam responsáveis por mais de 60% da mão-de-obra contratada, mas é interessante verificar alguns dados coletados pelo SEBRAE-SP¹⁶:

Principais características das MPE's:

- Produtos e serviços de baixo preço unitário;
- Predominam e priorizam as vendas ao consumidor final;
- Atendem necessidades básicas da população:
 - Alimentos e bebidas;
 - Vestuário, calçados e móveis;
 - Moradia (construção e reforma).
- Escalas de produção muito baixas:
 - Capital, insumos, materiais, mão-de-obra etc.
- Tecnologia de domínio público;
- Alguns segmentos “mais sofisticados” vêm ganhando participação.

As MPE's, pela capacidade de geração de empregos, distribuição de renda e giro da economia são consideradas fator de estabilidade social de qualquer país, na medida em que trazem para a sociedade um grande considerável de pessoas que, ou atuam na informalidade ou continuam desempregadas e, no Brasil, isso contribui para o agravamento dos sérios problemas sociais aqui existentes.

Baluartes da livre iniciativa, da democracia, responsável pela esmagadora maioria dos postos de trabalho (67%) e do total de empresas do país (98%), esse segmento absorve a maior parte da mão de obra oriunda das demissões em massa de empresas de grande porte, que são assoladas pela desestatização, globalização e políticas governamentais recessivas.

Através de estudos promovidos pelo SEBRAE-SP, no ano de 2004 existiam no Brasil cerca de 5,1 milhões de empresas, sendo que desse total 98% são micro e pequenas empresas (MPE's), respondendo por mais de dois terços (67%) das ocupações do setor privado, entre os trabalhadores com e sem carteira assinada.

¹⁶ Observatório da MPE's – Observatório SEBRAE 2007. Disponível em: <http://mpesaopaulo.sp.sebrae.com.br/> Acessado em 13.11.2009.

Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira, segundo fontes mais recentes¹⁷:

VARIÁVEL	PARTICIPAÇÃO (%)	FONTE / ANO
Número de estabelecimentos	98%	Sebrae-SP (2006)
Empregados "com carteira"	53%	RAIS / MTE (2004)
Faturamento	28%	Sebrae-NA (2000)
Produto Interno Bruto (PIB)	20%	Sebrae-NA (1991)
Valor das exportações	2,7%	Sebrae-NA / Funcex (2006)

Importante consignar que, segundo a RAIS (2004), entre 2000 e 2004, no Brasil, foram criados 924.117 novos estabelecimentos, dos quais, cerca de 99% foram criados por MPE's¹⁸ - o número total de MPE's cresceu cerca de 22%, passando de 4.117.602 estabelecimentos para 5.028.318 (acrécimo de 910.716 novos estabelecimentos).

MPE (Micro e Pequena Empresa)	MGE (Média e Grande Empresa)	TOTAL
5.028.318	81.967	5.110.285
98%	2%	100,00%

*Brasil em números - 2004*¹⁹

¹⁷ Fontes: *SEBRAE-SP (2006)*: MPE's Brasil. As estatísticas são referentes a dezembro de 2004. *RAIS/MTE (2004)*: Fonte: Elaborado pelo SEBRAE-SP a partir da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS)/ Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). A estatística é referente a dezembro de 2004. *SEBRAE-NA (2000)*: Fonte: Coletânea Estatística da Micro e Pequena Empresa II. SEBRAE-NA. A estatística é referente a 1994. *SEBRAE-NA (1991)*: Fonte: As Empresas de Menor Porte na Economia Nacional: Alguns Indicadores Seleccionados. A estatística é referente a 1985. *SEBRAE-NA/Funcex (2006)*: Fonte: As Micro e Pequenas Empresas na Exportação Brasileira. A estatística é referente ao ano de 2005.

¹⁸ SEBRAE-SP. *Op. Cit.*

¹⁹ Tabela elaborada com base em dados encontrados em: SEBRAE-SP. *Onde estão as micro e pequenas empresas no Brasil*. BEDÊ, Marco Aurélio (coord.). São Paulo, 2006, p. 16.

**Brasil em números - 2004 - Número de estabelecimentos por porte
(5.110.285 estabelecimentos de todos os portes)**

Podemos verificar, pelo gráfico a seguir, que em regiões mais carentes a evolução no número de micro e pequenas empresas abertas é maior, se equiparada às demais regiões do país.

Gráficos acima baseados em tabela elaborada pelo Observatório das MPE's/ SEBRAE-SP²⁰

Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira

Número de Empresas	98%
Pessoal Ocupado (formalmente)	59%
Pessoal Ocupado (total)	67%
Faturamento	28%
Participação no PIB	20%
Valor das Exportações	2,7%

Fonte: SEBRAE-SP, RAIS/MTE, SEBRAE-NA e FUNCEX

²⁰ Gráficos elaborados com base na tabela e dados encontrados em: SEBRAE-SP. *Onde estão as micro e pequenas empresas no Brasil*. BEDÊ, Marco Aurélio (coord.). São Paulo, 2006, p. 23.

Houve uma expansão de 22,1% no número total de micro e pequenas empresas no país equiparativamente ao crescimento de 19,5% das médias e grandes empresas, entre 2000 e 2004²¹.

Além de sua função social, ressalte-se, servem como laboratórios para inovações tecnológicas, estimulam o empreendedorismo, criando empregos e promovendo o desenvolvimento regionalizado, pois se amoldam mais rápida e facilmente às novas situações econômicas.

Devemos lembrar ainda que, no Brasil, as micro e pequenas empresas constituem um universo de aproximadamente 5 (cinco) milhões de estabelecimentos, com um contingente estimado de 60 (sessenta) milhões de pessoas, constituído principalmente de empreendedores, famílias e funcionários, o que corresponde a 98% dos estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços, e cerca de 60% de todos os empregos urbanos, formais ou não.

2.2.1.1. Critérios de Classificação das MPE's

Sem unanimidade, a classificação das empresas é uma questão problemática para os pesquisadores, principalmente pela diversidade de critérios ditados por diferentes regras de definição e classificação, o tamanho das empresas e as suas condições econômicas e produtivas. Os critérios são aplicados de modo diverso pela legislação, órgãos representativos do setor, instituições financeiras e institutos de pesquisa, sendo esses critérios baseados no faturamento, número de pessoas ocupadas ou características organizacionais da empresa, sem uma definição clara, tornando difícil verificar qual o critério exato para seu enquadramento.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) segue o critério, para fins creditícios, adotado pelos países do MERCOSUL, em que considerada Microempresas (ME's) aquelas com receita anual de até US\$ 400,000.00 (quatrocentos mil dólares) e Empresas de Pequeno Porte (EPP's) aquelas que apresentam receita anual entre

²² BEDÊ, Marco Aurélio (coord.). *Onde estão as micro e pequenas empresas no Brasil*. SEBRAE-SP. São Paulo: 2006, p. 23.

US\$ 400,000.00 (quatrocentos mil dólares) e US\$ 3,500,000.00 (três milhões e quinhentos mil dólares).

Já pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006), são enquadradas como ME's as empresas com receita bruta anual de até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e EPP's as empresas com receita bruta anual entre R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)²².

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), considera-se Microempresas (ME's) aquelas que empregam até 9 pessoas, no setor de comércio e serviços e até 19 pessoas no setor industrial. Aquelas que empregam entre 10 e 49 empregados no setor de comércio e serviços e entre 20 e 99 empregados no setor industrial são consideradas Empresas de Pequeno Porte (EPP's). A tabela a seguir define o critério utilizado para as pesquisas do SEBRAE e tem como referência a classificação criada pelo IBGE, que considerada no cômputo não só os empregados, como também os proprietários das empresas pesquisadas:

Porte / Setor	Indústria	Comércio/Serviços
Micro Empresa	1 até 19 pessoas	1 até 9 pessoas
Pequena Empresa	20 até 99 pessoas	10 até 49 pessoas
Média Empresa	100 até 499 pessoas	50 até 99 pessoas
Grande Empresa	500 ou mais pessoas	100 ou mais pessoas

²² “A Câmara dos Deputados aprovou na quarta-feira (01) urgência na votação do Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 591/10 que aperfeiçoa e propõe alterações na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa. Uma das mudanças é a correção dos valores de enquadramento: para a microempresa, o faturamento limite passa de R\$ 240 mil para R\$ 360 mil por ano; para a empresa de pequeno porte, de R\$ 2,4 milhões para R\$ 3,6 milhões anuais. Além do aumento dos tetos, congelados desde 2005, estão sendo propostas a inclusão de todas as atividades no Simples Nacional, a extinção da cobrança de ICMS nas fronteiras dos estados, a não aplicação da substituição tributária para os micro empresários, aplicação de multas diferenciadas para as micro e pequenas empresas, parcelamentos das dívidas para as empresas optantes pelo Simples Nacional e o aumento do limite de faturamento do Empreendedor Individual e criação do Simples Rural, entre outros pontos.” Autor: Fenacon.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2493458/supersimples-mudancas-devem-sair-ainda-este-ano> Acesso em: 4/12/2010.

Outro critério, esse mais didático, como o mencionado por Fernanda Kellner de Oliveira Palermo²³, seria o que considera estrutura da organização da ME's e EPP's, em que o proprietário centraliza quase todas as atividades. Também de acordo com pesquisa efetuada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), são algumas das características das micro e pequenas empresas comerciais e de serviços²⁴:

- a. Baixa injeção de capital;
- b. Taxas de natalidade e de mortalidade muito altas;
- c. Forte concentração de membros da família sócios e proprietários na mão de obra ocupada;
- d. Utilização de mão de obra não qualificada;
- e. Centralização do poder decisório;
- f. Clara confusão patrimonial, com estreito vínculo entre as empresas e os proprietários, sem distinção em termos financeiros e contábeis da pessoa física e jurídica;
- g. Registros contábeis não adequados;
- h. Baixo ou nenhum investimento em inovação tecnológica, pela baixa capitalização;
- i. Grande dificuldade de acesso ao financiamento de capital de giro;
- j. Poder de barganha reduzido nas negociações de custos das compras e de transportes, por conta das diminutas escalas de produção;
- k. Relação de subordinação e complementaridade com as empresas de grande porte;
- l. Falta de pensamento estratégico;
- m. Limitada flexibilidade financeira para institucionalizar departamentos de pesquisa e desenvolvimento ou estabelecer convênios com universidades com o objetivo de gerar inovações.
- n. Baixa margem de lucratividade, devido à concorrência em setores onde imperam as micro e pequenas empresas.

Embora pareçam critérios relevantes, não considero sejam os mais adequados, visto algumas das características elencadas também serem verificadas junto a empresas de médio porte.

²¹ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. "As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social – contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do MERCOSUL". In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 124, 2001, p. 184

²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *As micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil em 2001*. Rio de Janeiro, 2003.

2.2.2. No Estado do Rio Grande do Sul

Apesar de se verificar nos últimos anos uma tendência à desconcentração da atividade econômica no Brasil, ainda assim vemos que, segundo dados do SEBRAE, os dez maiores Estados ainda detêm 85% da MPE's, respondendo o Estado de São Paulo por 30,7% (1º colocado) e o do Rio Grande do Sul por 10,7% (3º colocado).

Pelos dados levantados em relação ao Estado do Rio Grande do Sul, há três setores dentro da indústria com maior número de MPE's: construção (21,6%), destacando-se o segmento de edificações; alimentos e bebidas (11,8%), destacando-se a fabricação de produtos de padaria e, finalmente, a indústria de couros e calçados (9,4%), destacando-se a fabricação de calçados de couro. Já a maior taxa de crescimento, em número de estabelecimentos, está a indústrias de máquinas e equipamentos (36,9%); de couros e calçados (21,4%) e edição e gráfica (21,2%)²⁵.

Vale ressaltar a evolução da indústria de couros e calçados, que subiu de 6.997 estabelecimentos para 8.494, ou seja, um aumento de 21,4%²⁶, somente no período de 2000 a 2004²⁷.

Por todos os elementos levantados, a conclusão é sempre a mesma, a micro e pequena empresa é fator preponderante na economia de uma região.

2.2.3. No Estado de São Paulo

Segundo dados do próprio SEBRAE levantados no ano de 2004, as empresas de micro e pequeno porte correspondiam a 98% das formalmente instaladas, o equivalente a mais de 1,5 (um milhão e meio) delas, sendo as mesmas responsáveis por cerca de 67% da mão de obra formalmente empregada e 28% do PIB (Produto Interno Bruto) do Estado de São Paulo.

²⁵ SEBRAE-SP. *Onde estão as micro e pequenas empresas no Brasil*. BEDÊ, Marco Aurélio (coord.). São Paulo, 2006, p. 117.

²⁶ Levou-se em conta apenas as MPE's.

²⁷ Não foram encontrados dados recentes disponibilizados.

Necessário ressaltar que ao contrário da retração verificada junto às médias e grandes empresas, houve um aumento no número de pessoas ocupadas, sendo as micros e pequenas empresas paulistas as maiores geradoras de empregos.

São Paulo sempre foi considerado o Estado que mais proporcionava empregos no país, levando a um êxodo sem precedentes durante todo o século passado, situação que começou a se reverter desde a década de 90, devido principalmente à mudança de grandes empresas para outros Estados, em busca com mão-de-obra mais barata ou mesmo incentivos fiscais, fato que podemos constatar facilmente pelos dados levantados.

Mas, embora tenha ocorrido desconcentração de grandes empresas da região metropolitana de São Paulo, ainda temos o maior número de micro e pequenas empresas estabelecidas, formal ou informalmente, pois a maior parte dos migrantes não retornou às suas terras, preferindo fixar família aqui, sendo responsáveis por grande parte da constituição das empresas familiares ou pequenos comércios.

Ainda segundo fonte do SEBRAE, verificamos que apenas o município de São Paulo responde por cerca de 35% do total de micro e pequenas empresas instaladas no Estado, conforme se depreende da tabela abaixo:

Setor de Atividade	MPE's (números absolutos)		%
	Município de São Paulo (A)	Estado de São Paulo (B)	
Indústria	58.572	160.756	36%
Comércio	170.137	562.929	30%
Serviços	170.000	405.040	42%
Total	398.709	1.128.725	35%

Fonte: SEBRAE, a partir de dados do CEE/TEM (dez/99)

2.3. Breve estudo da indústria calçadista

Para delimitação do tema, escolhemos o setor industrial²⁸, mais precisamente o segmento de couro e calçados. Foi importante tal delimitação, pois foi observado, preliminarmente, que dentre os diversos setores das micro e pequenas empresas, aquele que mais tem a possibilidade de se utilizar do instituto da recuperação é o industrial.

Verificamos especialmente os problemas e as soluções encontradas pela indústria calçadista do Estado de São Paulo (Birigüi) e Rio Grande do Sul (Vale dos Sinos), em pesquisa empírica, através de investigação realizada *in loco* nas regiões do interior do Estado de São Paulo e Rio Grande do Sul.

A região do Vale dos Sinos é considerada o maior polo da indústria calçadista do país, mas o Estado de São Paulo não fica atrás, estando com a segunda (Franca) e a terceira (Birigüi) colocação, ressaltando-se que Birigüi é o maior polo calçadista infantil.

Em recente investigação, foi observado que a indústria calçadista, principalmente no Estado de São Paulo, desenvolveu métodos de contornar as crises, contribuindo para o desenvolvimento da região onde estão alojadas:

O Estado de São Paulo é o terceiro pólo exportador de calçados e concentra três clusters calçadistas localizados nas cidades de Franca, Birigüi e Jaú (ABICALÇADOS, 2004). Embora localizados no mesmo Estado, esses clusters apresentam características específicas. O pólo calçadista de Franca é especializado na produção e comercialização de calçados masculinos, enquanto os pólos de Birigüi e Jaú são especialistas em produzir calçados infantis e femininos, respectivamente.

O segundo maior pólo calçadista do Brasil em capacidade instalada e o terceiro maior exportador, com um volume de 19.251.607 pares, o Estado de São Paulo teve, em 2003, um faturamento em torno de US\$ 146 milhões (ABICALÇADOS, 2004).

²⁸ Segundo informes da própria FIESP, nos últimos 10 anos ocorreu no Estado de São Paulo uma acentuada diminuição no setor industrial, exceção apenas para as indústrias de equipamentos médicos e de couro e calçados.

Na busca de equilíbrio, os pólos calçadistas de Franca, **Birigüi** e Jaú estão adotando estratégias de clusters que, segundo Porter (1998), representam uma nova maneira de pensar a localização, desafiando o conhecimento convencional sobre como as empresas devem ser configuradas, como as instituições (universidades, por exemplo) podem contribuir para o sucesso competitivo e como os governantes podem promover o desenvolvimento e a prosperidade econômica do local.²⁹(grifamos)

2.3.1. Vale dos Sinos – RS

É no Vale dos Sinos³⁰ que se localiza o maior polo calçadista do Brasil, com indústrias distribuídas em diversas cidades da região. Essa região foi formada a partir de colonização de origem alemã, na região antes chamada de *Feitoria do Linho Cânhamo*³¹.

No final dos anos 60, com a abertura do setor calçadista ao mercado externo, houve um acentuado crescimento, mas em meados da década de 90 começaram as dificuldades no setor, principalmente com a rápida trajetória dos chamados “Tigres Asiáticos”, que contavam – e contam até hoje – com mão-de-obra extremamente barata e abundante. Sem levar em conta a concorrência de outras regiões do país, como o Norte e o

²⁹ MILANEZE, Kleber Luiz Nardoto e BATALHA, Mário Otávio. Análise da Competitividade do Setor Calçadista do Estado de São Paulo. In R.Adm., São Paulo, v.43, n.2, p.162-175, abr./maio/jun. 2008. Disponível em: www.rausp.usp.br. Acessado em 17.12.2009. Pág. 164.

³⁰ Integram o Pólo das Indústrias de Calçados e Artefatos dos Vales dos Sinos e do Paranhana, cerca de duzentas micro e pequenas empresas da indústria de calçados.

³¹ COSTA, Achyles Barcelos da. *A Trajetória competitiva da indústria de calçados do Vale dos Sinos*. In: COSTA, Achyles Barcelos da e PASSOS, Maria Cristina. Orgs. *A Indústria Calçadista no Rio Grande do Sul. São Leopoldo: Editora UNISINOS. 2004. p. 12*: Em 1824 passou a ser denominada Colônia Alemã de São Leopoldo (Moehlecke, 1978): “O desenvolvimento da manufatura do calçado na região teve como fatores estimulantes a presença, entre os recém-chegados, de sapateiros, curtidores e outros artesãos ligados ao trabalho em couro e também a existência em solo gaúcho das atividades de criação de gado e produção de charque, origem da matéria-prima para a confecção do calçado.

Ao longo do tempo, a instalação de atividades subsidiárias à produção de calçados e uma maior divisão social do trabalho configuraram um aglomerado produtivo bastante desenvolvido. O pólo de calçados do Vale dos Sinos apresenta, sem dúvidas, um dos ambientes produtivos mais estruturado para a manufatura desse bem de consumo. Encontram-se ali as mais variadas atividades e materiais necessários à confecção do calçado, as importações limitam-se a alguns equipamentos, tipos de couro e itens particulares, ditados por razões de especificações e qualidade.

Na região acham-se instalados ramos auxiliares a essa ocupação, como curtumes, máquinas e equipamentos para calçados, componentes, prestadores de serviços e instituições de apoio, formando um complexo produtivo complexo e integrado.”

Nordeste, com as mesmas características desses países asiáticos (mão-de-obra abundante e barata, sem qualificação), com o agravante que à época também houve uma verdadeira guerra fiscal pelo país, com o oferecimento de incentivos fiscais e doação de terras aos industriais que quisessem mudar o seu plantel industrial para essas regiões³².

Outro fator determinante para a queda da exportação do setor foi o cambial, quando o setor passou então a enfrentar muitos obstáculos à sua venda externa³³. E Achyles Barcelos da Costa ainda ressalta que “*o Brasil possui uma das maiores indústrias de calçados do mundo, e seu segmento localizado no Vale dos Sinos, no Rio Grande do Sul, constitui-se no principal pólo nacional de exportação dessa mercadoria*”.

2.3.2. Birigüi - SP

A cidade tem grande importância para a região onde está situada, sendo objeto constante de estudos, notadamente no que se refere à busca de soluções para o problema da preservação da empresa.

Birigüi, assim como o Vale dos Sinos, está localizada em uma região dominada pela pecuária, o que facilita o crescimento do setor. Além do que, segundo dados históricos coletados, foi a informalidade e o desemprego que deram início ao desenvolvimento do setor calçadista na região.

A indústria calçadista em Birigüi teve origem, no início da década de 40, nas antigas selarias, originalmente a Selaria e Sapataria Noroeste, fabricante de selas, botinas, sapatos e botas, que eram vendidos diretamente ao consumidor³⁴.

³² Tinha início a uma verdadeira guerra fiscal, que perdurou por alguns anos, mas foi graças a isso que hoje o Norte e Nordeste contam com uma gama de indústrias que ajudaram o desenvolvimento da região, contendo a migração de mão-de-obra para outras regiões do país.

³³ COSTA, Achyles Barcelos da. Op. Cit. p. 19: “É interessante notar que a crise atingiu as empresas a partir do mesmo ano e na mesma direção, tanto para as empresas localizadas no *cluster* do Vale dos Sinos quanto para as demais regiões brasileiras. O fator comum, como já citado, foram a valorização cambial e outros aspectos da política de estabilização.”

³⁴ No final dos anos 50 os irmãos Assumpção criam a primeira fábrica infantil (Ramos & Assumpção) e depois, com a necessidade de aporte de capital, passam a integrar a sociedade dois novos sócios: Fiorotto, pai e filho. No início da década de 60, desfaz-se a sociedade, criando-se duas novas (POPI, de propriedade dos

Segundo o coletado na tese de doutoramento de C. N. Reis, houve um desdobramento da produção de calçados, em meados dos anos 70, em dois segmentos distintos: produção de calçados de couro, cuja maior parte da produção era destinada para a exportação e a produção de calçados alternativos - borracha, plástico, sintético e tecido -, destinada a atender o mercado interno.

E a ocorrência desse duplo impacto sobre a indústria calçadista foi altamente favorável ao crescimento do setor: de um lado o aumento das exportações de calçados de couro incentivadas pelas políticas do governo e do outro a expansão da fabricação de calçados com material alternativo, destinados a suprir a demanda interna, que buscava mercadoria com preços mais acessíveis. E esse duplo impacto refletiu na indústria de calçados de Birigüi, que durante os anos 80 se consolidou com o surgimento de mais de 200 fábricas de calçados^{35 e 36}.

Podemos verificar, ainda, que na década de 90 houve uma média de 30 a 45 indústrias abertas, por ano, na cidade. Com a abertura das importações, Birigüi também sofreu o impacto, principalmente das provenientes dos países compostos pelos “Tigres Asiáticos”³⁷. O fato gerou a busca por melhorias na produção e especialização do segmento, como forma de proteção contra a concorrência, contando com a participação ativa do Sindicato da Indústria de Calçados e Vestuário de Birigüi (Sindicato Patronal), através de duas iniciativas: constituição de uma central de compras e a criação de um polo de modernização tecnológica³⁸.

Fiorotto e a RASSUM, integrada por Assumpção e Rahal). Cabe salientar que a POPI ainda está em atividade, bem como a RASSUM, embora essa segunda empresa com outra composição e denominação social.

³⁵ REIS, C. N. *A indústria Brasileira de calçados: inserção internacional e dinâmica interna dos anos 80*. Campinas, 2001. Tese de doutoramento, UNICAMP-IE.

³⁶ Na mesma época, o crescimento nos polos de Franca e Vale dos Sinos apresentou menos da metade dos índices apresentados em Birigüi, o que se deve, principalmente, à decisão dos empresários da região de diversificar a produção para outros segmentos que não o de couro.

³⁷ Coreia, Tailândia, China e Indonésia.

³⁸ VEDOVOTTO, Nalberto M. *Birigüi: a revolução que começou pelos pés*. Saga Editora. 1996.

“A central de compras reuniu 15 pequenas e médias empresas com o objetivo de adquirirem insumos e matérias-primas em conjunto, conseguindo com isso um preço melhor devido ao volume da encomenda, mas a iniciativa não deu certo, devido ao individualismo de alguns participantes, que insistiam em negociar individualmente. O pólo de modernização tecnológica, em parceria com o SEBRAE, também não deu certo, devido à baixa adesão de interessados do setor.”

O Sindicato então assume a frente das iniciativas e promove o “Programa Qualidade Total”, que proporcionaria um melhor gerenciamento da qualidade total de produção, contando, na palestra inicial, com a participação de 94 empresários do setor. O programa consistia na *“apresentação do histórico das empresas, discussão de metas executadas e a executar, visita a fábrica, realização de mesa-redonda e sugestões a serem aplicadas na unidade visitada”*³⁹ e ⁴⁰.

Kleber Luiz Nardoto Milaneze e Mário Otávio Batalha⁴¹ fizeram um estudo minucioso do segmento calçadista do Estado de São Paulo, principalmente aquele ao qual pertence Birigüi, uma das áreas delimitadas, verificando ser esse o *cluster* mais completo e engajado pelas ações de cooperação de vários setores da sociedade^{42e 43}.

Com a crise dos anos 90, diversas empresas pequenas, na esperança de se manterem no mercado, passam a prestar serviços terceirizados às maiores, criando-se aí um círculo produtivo importante para o desenvolvimento da região.

É interessante destacar uma pequena parte de um gráfico demonstrativo⁴⁴ da região pesquisada⁴⁵:

³⁹ VEDOVOTTO, Nalberto. M. Op. Cit.

⁴⁰ Esses grupos tiveram papel crucial para o futuro do polo calçadista, pois houve uma aproximação entre essas empresas, concretizada por visitas, troca de informações, que gerou uma atmosfera adequada para o desenvolvimento de uma cooperação entre as mesmas, que se concretizou pelo empréstimo de equipamentos, matéria-prima, maquinário, visitas e troca de informações. Esse tipo de cooperação foi importante para a competitividade dessas empresas aglomeradas face a outras regiões do país.

⁴¹ MILANEZE, Kleber Luiz Nardoto e BATALHA, Mário Otávio. Op. Cit. pág. 166.: *“(...) as indústrias calçadistas da cidade de Birigüi vêm se desenvolvendo pela organização coletiva. As empresas estão buscando informações do mercado por meio de pesquisas de produto, que apontam tendências de moda e lançamentos de produtos no exterior, disponibilizando tais informações a um custo acessível às empresas interessadas. Com isso, Birigüi tornou-se o terceiro pólo calçadista do Brasil, com um volume de exportação de 6,4 milhões de pares por ano (ABICALÇADOS, 2003; GUIACAL, 2004).”*

⁴² MILANEZE, Kleber Luiz Nardoto e BATALHA, Mário Otávio. Op. Cit. pág. 173: *“(...) Birigüi foi o cluster que apresentou maior grau de engajamento dos agentes, foi percebido que as ações de cooperação para o desenvolvimento do setor calçadista envolvem os governos municipal e federal, as indústrias, as entidades de classe, o Senai, o Sebrae etc.”*(grifo nosso)

⁴³ A assertiva mereceu destaque, pois vai ao encontro de uma tendência verificada ao longo das pesquisas: percebe-se que nos setores onde há um maior envolvimento de agentes governamentais, com boas políticas públicas, em conjunto com os agentes privados e de classe, o desenvolvimento da região é maior e as empresas apresentam melhor competitividade e menor índice de insolvência.

⁴⁴ BEDÊ, Marco Aurélio. (coordenador) Onde estão as Micro e Pequenas Empresas em São Paulo. São Paulo: SEBRAE, 2006. Disponível em www.sebraesp.com.br. Acessado em 13.11.2009.

⁴⁵ Birigüi, atualmente, conta com pouco mais de 100 mil habitantes e cerca de 400 indústrias de calçados, formalmente constituídas – isto se não levarmos em conta as chamadas “indústrias de fundo de quintal” –,

SEGMENTOS DE ATIVIDADES ARAÇATUBA/BIRIGUI - SP	2000		2004		Variação 2004/2000
	M PE's	%	M PE's	%	
INDÚSTRIA DE COUROS E CALÇADOS	387	14,9%	458	5,0%	18,3%
<i>Fabricação de calçados de fibras e borracha e madeira</i>			210		
<i>Fabricação de calçados de couro</i>			127		
<i>Fabricação de calçados de plástico</i>			70		
Fabricação de artefatos diversos de couro			17		
Fabricação de malas, bolsas e valises			1 5		

Outro fator que levou à escolha da cidade de Birigüi foi os dados coletados sobre o número de pessoas empregadas nos diversos setores do município, no ano de 1986:

Indústria	12.604
Construção Civil	422
Comércio	1.905
Serviços	3.422
Agropecuária	93
Outros/ignorados	23
Total	18.469

Atualmente Birigüi é integrante de um consórcio composto por micro e pequenos empresários, voltado à exportação da produção.

montadas por ex-empregados do setor, que são responsáveis por um bom número de mão-de-obra da região, embora não legalmente contratados. Também verificamos, como ocorre no Vale dos Sinos, a subcontratação de mão-de-obra informal, constituída principalmente de mulheres, que levam o trabalho para casa e o realizam juntamente com seus familiares. Em pouco mais de 20 anos, a população da cidade ultrapassou o índice dos 100% de crescimento (em 1980, segundo fonte do IBGE, a população era de 50.503 habitantes). Importante ressaltar que à época da coleta dos dados, a cidade contava com pouco mais de 90.000 habitantes, respondendo o setor industrial por mais de 12% da população.

3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONCURSAL

3.1. A Evolução da Falência e da Recuperação na História

O comércio, desde o início da civilização, esteve presente na vida do homem, principalmente pela formação de pequenos grupos sociais que viviam basicamente pela troca de mercadorias, fazendo surgir posteriormente a moeda e os comerciantes.

A atividade da mercancia proporcionava o aumento da circulação de riquezas e, conseqüentemente, despertou o interesse do Estado, o que, por muitas vezes, até se demonstrava preocupado pelo equilíbrio social, mas também via por de trás das atividades do comércio uma fonte arrecadadora de taxas e impostos, onde garantia a manutenção dos cofres públicos.

Com instituto da falência não foi muito diferente, pois de início as formas encontradas para se punir o devedor não eram das mais justas, como veremos a seguir.

3.1.1 Direito Romano e Idade Média

No Direito Romano, a falência e o conceito de obrigação andavam juntos. Mesmo antes do surgimento da Lei das XII Tábuas o homem já adotava formas bastante severas de punir seus devedores.

Encontramos precedentes de nossa recuperação, principalmente a extrajudicial, na Idade Média, mas para muitos doutrinadores, precedentes da recuperação remontam o tempo do direito romano. Se analisarmos as Institutas do Jurisconsulto Gaio (Gaio 4, 116-122), encontramos o *pactum de non petendo*, que era um tipo de acordo para a remissão de dívidas.

Alessandra de Azevedo Domingues⁴⁶, em obra recentemente editada, relembra que o pacto “*era uma espécie de acordo entre o devedor e os credores que extinguiu a obrigação originária, a qual podia ser uma obrigação de pagamento de uma determinada quantia ou uma obrigação de qualquer outra natureza*”. E continua:

Tal pacto gerava para os credores aderentes a obrigação de não pleitear a dívida no tempo da dilação concedida ou na parte perdoada, sob pena de responderem por dolo mau, desde que provado que firmaram *pactum de non petenda pecunia* (pacto de não reclamar o dinheiro), por exemplo. Em relação ao devedor, obrigava apenas aquele que subscrevesse o pacto, não se estendendo aos devedores solidários, servindo como matéria de exceção a ser por ele oposta em face de eventual pleito judicial pelo credor da obrigação em termos diversos do pactuado.

O *pactum de non petendo*, então, era, em face do direito contratual, uma forma de extinção, mas, como meio de defesa do réu em uma contenda, consistia uma exceção⁴⁷.

Na obra *Institutas do Jurisconsulto Gaio*⁴⁸, podemos verificar que o *pactum de non petendo* comportava a espécie peremptória e dilatória:

119. (...) E, reciprocamente, somente condena o autor se tiver sido convencionado um pacto, de não reclamação por dinheiro *pactum de non petenda pecunia*. 120. Classificam-se as exceções em peremptórias ou dilatórias. 121. As peremptórias podem ser opostas perpetuamente e não podem ser evitadas, como a exceção *quod metus causa*, a exceção *dolo malo*, a exceção de contravenção de lei ou *senatusconsulto*, a de coisa julgada ou a de deduzida em juízo, ou ainda a de pacto convencionado, ressaltando que de modo algum seria reclamado (ne omnino pecunia peteretur). 122. As exceções dilatórias são oponíveis

⁴⁶ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. *Da Concordata à Recuperação: investigando a recuperação extrajudicial*. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; (Coords.). *Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 90.

⁴⁷ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit.

⁴⁸ *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Tradução: CRETELLA JR., J. e CRETELLA, Agnes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, RT – textos fundamentais; 9. p. 213.

dentro de certo prazo, como a do pacto, segundo o qual o dinheiro não deve ser reclamado durante cinco anos, porque, *expirado esse prazo, o direito à exceção se extingue. (...).*”

Inicialmente, o devedor era submetido ao estado de servidão e se mesmo assim este não conseguisse honrar com suas dívidas, era morto e seu corpo partido em tantos pedaços fosse o número de seus credores, como bem demonstra Alessandra de Azevedo Domingues⁴⁹ ao dizer que podemos encontrar, remotamente, no Direito Romano, o *pacta de non petendo*, considerado foi considerado o embrião da concordata. O herdeiro, em casos de herança ruinosa, tinha duas alternativas: aceitava a herança, procedendo daí à *aditio*, respondendo pelos débitos da herança, com seu patrimônio pessoal, se necessário, pela responsabilidade ilimitada do herdeiro imposta como consequência obrigatória do evento sucessório ou, alternativamente, sabendo renunciava à herança sabidamente ruinosa, mas, como consequência, dava início à *bonorum venditio*, que são atos de execução patrimonial do espólio, com consequente pena de infâmia à memória do *de cuius* (termo ainda utilizado nos tempos atuais).

Com base no exposto acima, podemos resumir:

- *Pactum ut minus solvatur* – remédio para herdeiro de herança gravosa, através do qual o herdeiro negociava o pagamento parcial das dívidas, salvando o de cujus da pena de infâmia e evitando o comprometimento do patrimônio do herdeiro, consequências naturais da renúncia e da *aditio*, respectivamente. O pacto firmava-se por maioria dos credores hereditários e a eficácia e a força coativa eram conseguidas por meio do *decretum pretoris*. Por seu caráter judicial, é apontado, por grande parte da doutrina, como precedente da concordata preventiva.

⁴⁹ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. Cit.: “Mais remotamente, no Direito romano, encontramos aquilo que pode ser considerado o embrião do atual instituto: o Como vimos quando da análise dos precedentes históricos da concordata, o *pacta de non petendo* consistia em um pacto remissivo, por intermédio do qual quaisquer devedores – exceto hereditários para os quais reserva-se o remédio do *pactum ut minus solvatur* –, declarando a impossibilidade de pagar seus débitos integralmente, negociavam suas dívidas com todos os seus credores, para pagamento parcial das mesmas, ficando o devedor, que dele se socorresse, sujeito à pena da infâmia.”

- Posição de Guarino (Direito Clássico) – (a) presença judicial de todos os credores; (b) unanimidade dos credores quanto à adesão ao ofertado pelo herdeiro; (c) homologação do pacto pelo pretor.
- Posição de Solazzi (Direito Clássico) – (a) adesão unânime dos credores; (b) caráter amigável - não obrigatória a presença em juízo, nem homologação pelo pretor.
- Justinianeu (Direito Pós-clássico) – (a) adesão da maioria dos credores; (b) caráter judicial, com obrigatória homologação por *decretum*.

Ainda, para Alessandra, Nelson Abrão⁵⁰, Rocco e Requião se filiam a uma corrente que não admite que a concordata tenha se originado na era Romana, mas sim na Idade Média:

Para essa corrente que nega as raízes romanas do instituto da concordata, defende que o verdadeiro precedente encontra-se na Idade Média, como resultado dos usos e costumes das corporações de mercadores e dos estatutos das cidades italianas. Rubens Requião, apoiando-se nos ensinamentos de Rocco, explica que o instituto se delineou no século XIII, quando as sanções pessoais à pessoa do devedor foram substituídas pelo processo coletivo de liquidação dos bens do devedor, evitando a fuga do devedor sob a mácula da infâmia e a insatisfação dos credores que, com a fuga, viam-se ainda mais prejudicados e mesmo impedidos de receber seus créditos.

Os credores enxergavam, nessa negociação coletiva com o devedor, uma forma hábil de receberem seus créditos, ainda que apenas em parte ou de forma dilatada no tempo. Por essa razão, tal processo foi facilitado e favorecido, concedendo-se salvo conduto ao falido para que, na administração de seus bens, pudesse compor-se com os credores. Os

⁵⁰ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. Cit.: “Nelson Abrão, no tocante à falência, lembra que a regra contida no estatuto de Verona, de 1228, prescreveu-a com seus elementos essenciais. Explica que os bens do devedor insolvente eram vendidos por uma autoridade, ao melhor ofertante, com renúncia por aqueles que tivessem direitos e privilégios sobre as coisas vendidas. O resultado da venda era destinado ao pagamento dos credores *pro rata debiti*.” Ainda segundo Nelson Abrão, buscando apoio na doutrina de Santarelli, Vivante e Ferrara, ensina que a falência, quando de seu surgimento na Idade Média, não se restringiu aos comerciantes, aproveitando também aos artesãos, revelando-se como instituto do Direito comum. Ressalta que com o passar do tempo, a falência foi se tornando exclusivamente dos comerciantes.

credores eram convocados a comparecer perante o juiz e deviam votar sobre a concessão da concordata. Sendo favorável a maioria, o juiz homologava o acordo que, só então produzia efeitos e obrigava a minoria dissidente ou omissa. Essa maioria às vezes representava a maioria simples dos credores, maioria por conta do valor dos créditos, ou, ainda, maioria dupla, pela combinação entre maioria em número de credores e de valores dos créditos. Nelson Abrão leciona que, no geral, as legislações estatutárias da concordata reconheciam-na como solução negocial, na qual a vontade de uma maioria bastante qualificada da massa passiva prevalecia sobre a da maioria, mas lembra que o mesmo não ocorria no estatuto de Veneza, onde a própria autoridade devia procurar *tot suo posse* para atingir a estipulação do acordo.

A forma da autotutela perdurou até 728 a.C., sendo extinta pelo pretor Rutilio Rufo que promulgou a *Lex Poetelia Papiria*, consagrando a execução patrimonial e afastando o fato de que a dívida recairia sobre a pessoa do devedor. A partir daí o devedor perdia a posse de seus bens, sendo nomeado um curador para administrá-los, por determinação do pretor.

Não se chegando a um acordo, o devedor deixava seus bens aos síndicos (nomeados pelos credores) e se considerava falido desde o dia em que se apresentou para concordata judicial. A falência só tinha efeitos patrimoniais, não mais pessoais-penais, para o devedor que apresentasse comportamento incensurável sob o aspecto da boa-fé.

Resta evidente que também nessa figura se faziam presentes, como traços característicos, a necessidade de uma declaração judicial homologatória do pacto firmado entre credores e devedor, a vinculação coativa da vontade da maioria e o caráter judicial do procedimento. Portanto, a nosso ver, seja a figura do Direito Romano, seja aquela surgida na Idade Média, ambas possuíam requisitos que as identificam com a concordata moderna. Obviamente que a especialidade do *pactum ut minus solvatur* (destinar-se apenas à remissão de créditos hereditários) o deixa mais distante da concordata moderna do que o procedimento coletivo da Idade Média que cuidava de créditos de natureza comercial, por exemplo.

De qualquer forma, inegável a importância do *pactum ut minus solvatur* para a composição e a disciplina da concordata do direito moderno, tanto que, para alguns, representa um precedente da concordata. Mesmo para a corrente que assim não o considera, aceita como embrião da concordata preventiva, como figura análoga na estrutura externa. Para estes doutrinadores, o real precedente encontra-se no processo coletivo surgido em decorrência dos usos e costumes das corporações de mercadores e dos estatutos das cidades italianas.

Na Idade Média, a atuação do Estado se fez ainda mais presente, os credores foram obrigados a passar pela apreciação do judiciário, habilitando-se em Juízo, local onde se processava a arrecadação dos bens do devedor⁵¹; em decorrência disso o concurso de credores se transformava na falência, mas ainda não se fazia a distinção entre os devedores e a falência era estendida a todos.

Apesar das mudanças, os devedores ainda continuavam a sofrer com as penas; ao invés da morte, sofriam mutilações e outros eram simplesmente banidos. Prática esta inclusive adotada por Portugal, onde os devedores eram banidos e assim enviados ao Brasil através dos navios negreiros.

Foi então no ano de 1807 que o Código Napoleônico apresentou a primeira grande divisão, mostrando a distinção entre o devedor civil, mercador e o devedor comerciante. Uma vez identificado a pessoa do comerciante, somente este iria incorrer na falência. Desta forma, seriam detectados o inadimplemento e o desequilíbrio no seu patrimônio e suas dívidas, quais eram o passivo em proporção ao patrimônio, se entraria ou não na inadimplência e insolvência.

A busca pelo conhecimento fez com que o homem agisse com menos rigor na aplicação das penas e a legislação foi tomando novas formas. Com isso, o instituto da falência ganhou um caráter econômico-social, evoluindo com o Código Comercial e, posteriormente, com o Novo Código Civil (Lei nº 10.206/2.002), trazendo em seu Livro II, tratamento especial ao Direito de Empresa e, mais recentemente, com a Lei nº 11.101/2.005.

⁵¹ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei nº 11.101/2005*. São Paulo. Saraiva. 2006. p. 12.

Carvalho de Mendonça⁵², já à época da primeira versão da obra sobre o assunto, faz referência ao *pactum de non petendo*, firmando a base para a teoria aventada, dizendo que “... não iremos às Doze Taboas, nem mesmo ao antigo Direito Romano, surpreender a moratória. Basta lembrar que CONSTANTINO se arrogara a faculdade de conceder literas, indutice quinquennales ou respirationes aos devedores infelizes de boa fé, a fim de evitarem a perseguição dos credores”⁵³. Comenta o Dec. 917 de 1890, que previa a concordata (que assumia a forma suspensiva) e a moratória – que, podemos ver, tem a formatação da concordata preventiva do Dec.-Lei de 1945 e discorre com maestria sobre o assunto⁵⁴. Em seus ensinamentos, Carvalho de Mendonça também

⁵² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Das Fallencias e dos Meios Preventivos de sua Declaração: Decr. n. 917, de 24 de outubro de 1890: estudo theorico-practico*. São Paulo: Typographia Brasil de Carlos Gerke & Cia., 1899, Vol. I. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br> . Acessado em 13 de novembro de 2009, versão em pdf. :

⁵³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Op. Cit.: (...) 3. Existiam também diversos meios de evitar a abertura real do concurso e afastar as suas consequências. Taes eram, segundo expõem MACKELDEY e VAINBERG:

1.º a intervenção de terceiro pagando ou dando fiança pelo devedor;
2.º a espera ou o *moratorium* concedido pelo Imperador ao devedor de boa fé;
3.º a espera concedida pelos próprios credores — *moratorium conventionale*, que era um *pactum de non petendo intra tempus*, isto é, limitado a certo tempo; a maioria dos credits vencia e forçava a minoria a acceital-o;
4.º a concordata, isto é, o *pactum remissorium*, ou o pactum de parte debiti non petenda, pelo qual os credores declaravam perder uma parte do seu credito, contentando-se com um dividendo.

4. Os romanos não tinham em sua legislação regras especiaes para as relações de character mercantil. O conceito da *missio in bona* era amplo, abrangia os devedores de qualquer classe ou categoria. (...)

⁵⁴ 894. Não iremos às Doze Taboas, nem mesmo ao antigo Direito Romano, surpreender a moratória. Basta lembrar que CONSTANTINO se arrogara a faculdade de conceder literas, indutice quinquennales ou respirationes aos devedores infelizes de boa fé, a fim de evitarem a perseguição dos credores. Mais tarde GRACIANO, VALENTINIANO e THEODOSIO prestaram maior atenção ao direito dos credores e impuseram como condições, para a obtenção desse favor, a prova de ser momentanea a impossibilidade de pagar, e a prestação de fiança idonea.⁵⁴ Finalmente JUSTINIANO deu aos credores a liberdade de, pelo voto da maioria, concederem a moratoria por prazo não superior a cinco annos.

Do Direito Romano passou a moratoria para as leis de alguns estados italianos, que floresceram na idade media e onde teve berço o Direito Commercial, applicada com o fira de subtrahir o devedor ás penas severas e infamantes da fallencia.

Na França, sob o nome de lettres de répit, defenses générales, con cedida indistinctamente pelos Soberanos e pelos Tribunaes, tem uma historia própria e cheia de interessantes incidentes. Chegou ao extremo de apresentar o espectáculo “do insolvel audaz insultar a miseria dos credores com a impunidade e o luxo.” A Ordenança de 1669 trouxe profundas modificações ao que então havia, mas os abusos não poderam ser corrigidos. O Cod. Com. de 1807 achou prudente cortar o mal pela raiz repellindo esse instituto.

Não foi tambem desconhecida a moratoria nas antigas leis da Hespanha, de Portugal, da Hollanda, da Prussia e da Austria, e neste século appareceu em diversas legislações, existindo actualmente na Hollanda, na Bélgica, na Itália, na Kouniania, em Luxemburgo e em Portugal, e nas Republicas Argentina e do Uruguay.

explica a origem do vocábulo *moratória*, proveniente do latim *moratorium*⁵⁵, que significa prazo concedido aos comerciantes. E continua, discorrendo sobre o tema:

897. No regimen do Decr. n. 917, a *moratorio* é dilação pelos credores concedida ao commerciante com firma registrada, em determinadas condições de facto, cujo concurso deve ser verificado pela auctoridade judiciaria, para que elle realise o integral pagamento de suas obrigações. Essa dilação ou espera não poderá exceder de um anno que será contado da data da concessão⁵⁶ salvo o direito de prorrogação era condições especiaes (n. 933).

A *moratoria*, em nosso direito, depende pois:

1.º da existencia de certas condições legaes (ns. 900 e segs.);

2.º do voto ou deliberação dos credores (n. 914).

Ainda em sua obra de 1899, verificamos uma minuciosa discrição de como a concordata, já àquela época, era vista como uma coisa perniciosa, uma verdadeira “indústria de fraudes”⁵⁷.

⁵⁵ 895. O vocabulo *moratoria* procede do latim *moratorium*, que commentadores tiraram da expressão que so encontra na L 2, Cod. 1, 19 “*moratoria prascriptio*”, significando excepção dilatoria in genere.

896. Em nosso antigo direito a espera, respiro, prazo ou espaço que o devedor obtinha da maioria dos credores em numero e quantidade de divida, chamavam-se *Inducias Creditorias* para distingui-las daquellas que eram concedidas por immediata graça do Soberano, e que eram propeiramente chamadas *moratoria*.

Conquanto fossem reguladas pelo Codigo Commercial as *moratorias*, tivemos exemplo, na Monarchia, de uma *moratoria* por sessenta dias concedida pelo Governo Imperial aos commerciantes das pragas da Corte e da provincia do Rio de Janeiro, pelo Decr. n. 3308 de 17 de Setembro de 1864.

⁵⁶ O Cod. Com. art. 901 marcava o prazo maximo de 3 annos. No Direito Romano era de 5 annos; d'ahi dizer-se *indutice quinquennalles*, ou simplesmente *quinquennalles*.

Marcam um anno os Cods. Coms. Belga, art. 600; o Cod. Port., art. 73 § 1; a Lei Argentina de 1.º de Setembro de 1892. O Cod. Com. Italiano, artj 822 n. 1, e a Lei Roumaica, art. 837, marcam seis mezes. Idem. Op. Cit.

⁵⁷ **898.** O instituto da *moratoria* tem sido alvo de incessantes ataques.

Se o credor tem o seu titulo exigivel e o devedor possui bens suficientes para o pagamento, é incomprehensivel que a lei auctorisze a paralysação do exercicio de um direito que ella mesmo garantiu: o direito de o credor demandar perante os tribunaes o que lhe é devido.

Não se pode, em bom direito, justificar qualquer modificação nos prazos e effeitos juridicos dos contractos, os quaes têm força de lei entre as partes, sem que essa modificação seja o resultado espontaneo e livre da vontade dos contractantes. Merecendo a confiança dos credores, o devedor obtem com facilidade a renovação dos titulos ou alcança esperas naturalmente concedidas. Se recorre ao juiz afim de movimentar o apparelho da *moratoria* legal, é que teme a falta dessa confiança e precisa forçar a vontade livre dos credores exigentes, que reclamam o que é seu.

3.2. O Papel do Banco Mundial e os Princípios e Diretrizes Norteadoras das Mudanças Legislativas Modernas em Matéria Concursal

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, como já mencionado em trabalho desenvolvido anteriormente⁵⁸, ressaltou a importância da contribuição do Banco Mundial no aprimoramento dos sistemas jurídicos nacionais em matéria de insolvência, refletidos na redação dos Princípios e Diretrizes (*principles and guidelines*⁵⁹), e que são utilizados como fios condutores da reforma legal dos países em desenvolvimento.

Esses princípios foram desenvolvidos pelo Banco Mundial, em parceria com outras organizações, com intuito de integrar um roteiro, a fim de colaborar na sistematização de reforma em legislações concursais. Os princípios nada mais são do que uma avaliação das boas práticas observadas em diversos sistemas.

Por esses princípios, verificamos que não sendo viável a empresa, sua liquidação deve ser promovida de forma rápida e eficiente. Valoriza-se a preservação do negócio, ou sua venda, para que outra sociedade o explore, mediante maximização do valor dos ativos, com o intuito de atender o passivo.

Quando integralmente sejam pagos os credores durante a dilação concedida, sempre há prejuízo: qui serò solvit, minus solvit. Exagerados são os defensores da moratoria quando afirmam que o sacrifício do credor é compensado pelo completo e integral pagamento.

Eis o primeiro defeito do nosso instituto: destrói a lei do contrato e viola o direito de propriedade.

Na prática têm sido desastrosíssimas as consequências das moratorias. Raríssima a que é seguida de bom e feliz êxito. Em vez de configurar a falência, simplesmente a retarda, e não passa de uma ilusão para o comerciante de boa fé e um malogro para os credores que, podendo ter encontrado um ativo suficiente para integral pagamento, posteriormente verá a recebê-lo depauperado, gasto, arruinado, senão fraudado.

Na moratoria, que a lei reservou para os comerciantes infelizes e de boa fé, é fácil aninhar-se a fraude. A demonstração da solvabilidade é difícilíssima, e quem conhece o segredo comercial sabe como que pode bem organizar um balanço rico de cifras e pobre de verdade. Não é, pois, sem razão que a maioria das legislações estrangeiras condena esse instituto, e que escriptores de nota o não aplaudem.⁵⁷

No Código Commercial Italiano de 1882, um dos mais reputados, figura a moratoria, porém a comissão a propoz “*senza dissimularsene la gravita, ma confidando che nell attuazione possa riuscire utile in specie se, com'è avvertito, il potere giudiziario ne userà con stretta parsimonia; sui risultati non è agevole fare previsioni tutto dovendosi misurare da quanto potrà insegnare la esperienza.*” Nos estudos de revisão desse Código, procedidos em 1895, e ainda hoje entregues ao juízo dos competentes, se propoz substituir a moratoria pela concordata preventiva.

A moratoria na actualidade, não podia ser compreendida senão como um acordo entre os credores, que se constituem ocasionalmente em massa, e o devedor, em vésperas de falência.

⁵⁸ LEONARDI ANTONIO, Nilva M. *A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: A Necessidade de Especialização do Judiciário e a Aplicação da Lei nº 11.101/2005 por Nossos Tribunais*. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; (Coords.). *Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 464.

⁵⁹ Guia de Insolvência – Banco Mundial – PDF – 462 fls. Disponível em:

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook_s.pdf> Acessado em: 28.05.2008.

Caso a empresa for viável e puder ser reabilitada, essa é a solução preferida pelo sistema, pois preserva os empregos e potencializa a garantia de que os credores tenham um resultado melhor do que obteriam na liquidação.

Totalizando trinta e cinco, esses princípios estão agrupados em cinco conjuntos⁶⁰:

Os princípios 1 a 5 referem-se à estrutura legal relativa aos direitos dos credores. Busca-se a harmonia dos sistemas de insolvência e de execução de créditos, com ou sem garantias reais. Os mecanismos de cobrança devem propiciar eficiência, transparência, confiabilidade e previsibilidade.

Os princípios 6 a 16 dizem respeito diretamente à estrutura relativa à insolvência das empresas. Entre os objetivos expressos está o de maximizar o valor dos ativos, possibilitando a reorganização da empresa. Também se pretende atingir um equilíbrio cuidadoso entre liquidação e reorganização. Igualmente se preconiza a responsabilidade dos dirigentes por decisões prejudiciais aos credores tomadas quando a empresa já se encontrava insolvente. Consta, mais, que os processos de insolvência devem estender-se a todas as empresas, inclusive as estatais, excetuadas tão-somente as instituições financeiras e as companhias de seguros. Quanto à gestão das empresas, são duas as alternativas propostas: ou o dirigente é afastado e substituído por um administrador independente, ou é mantido à testa dos negócios e, nesse caso, sua atuação é fiscalizada por um supervisor. Os credores terão seus interesses defendidos por um comitê de credores, e a lei poderá ainda prever, para as maiores decisões, a assembléia-geral de credores. (grifo nosso)

Os dois principais conjuntos - 17 a 26 - são os que realmente interessam ao assunto; os princípios 17 a 24 encontramos as características próprias da recuperação de

⁶⁰ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. In *Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE*. Revista do Advogado. Ano XXV. Setembro de 2005. nº 83. AASP. p. 98/106.

empresas e os princípios 25 e 26 trazem os acordos informais de reestruturação a serem previstos em lei.

Os princípios de 17 a 24 referem-se às características próprias da recuperação de empresas. Nesse ponto, consigna-se que, para garantir a eficácia do processo, é preciso que o plano possa ser objeto de negociações, aprovado pela maioria dos credores e obrigatório para aqueles que o tiverem rejeitado. Quanto a isso, para que o plano prevaleça, impõe-se o oferecimento aos dissidentes de uma quantia igual ou superior à que receberiam em caso de falência.

Os princípios 25 e 26 tratam de acordos informais de reestruturação a serem previstos pela lei. Recomenda-se, ainda, que as instituições financeiras (se possível com o apoio informal do Banco Central ou do Ministério da Fazenda) estabeleçam um código de conduta a ser por elas observado nas reestruturações extrajudiciais. (grifo nosso)

Mesmo que superficialmente abordados, notamos os princípios de 17 a 24, norteiam nossa legislação falimentar, atualmente em vigor, no que se refere à parte recuperacional.

Os capítulos de 27 a 35 tratam da sistematização do sistema de insolvência, ou seja, a especialização da matéria, transparência, integridade do sistema a ser implantado.

E, finalmente, **os princípios 27 a 35 reportam-se à implementação do sistema de insolvência.** Prevê-se a criação de juízos especializados em matéria falimentar e o treinamento e a educação continuada de juízes. Tem-se em vista ainda a existência de normas que assegurem a integridade dos juízes, dos participantes do processo e dos administradores da insolvência. (grifo nosso)

3.3. A Recuperação de Empresas

3.3.1. Na Legislação Estrangeira

Como já citado em obra recente, podemos notar que a ordenação jurídica de um país deixa de ser um sistema fechado e livre de influências externas. Ao estudarmos os mecanismos legais existentes, verificamos que “*os interesses econômicos vêm impondo uma aproximação dos institutos jurídicos existentes nos diversos países, surgindo a necessidade de se recorrer à experiência estrangeira, para maior eficácia do processo de recuperação judicial das empresas em crise*”.⁶¹

3.3.1.1. Evolução histórica

Aspectos históricos da legislação alienígena servirão como base para entendimento da evolução da matéria e seus reflexos em nossa legislação, pois em um mundo globalizado, não se pode mais falar em legislação específica de um país como uma própria dele, sem consequências diretas nos demais países.

3.3.1.1.1. Alemanha

Dora Berger⁶², em seus estudos, verificou que o sistema que esteve vigente na Alemanha por mais de um século foi tendencioso à liquidação da empresa insolvente; a falência significava a exclusão do devedor, sendo ele pessoa física ou jurídica, da sociedade. Era o foco central para o entendimento da antiga lei de insolvência alemã, *Konkursordnung*, que foi promulgada em 1878, também chamada “*Pérola das leis do Império*”, por seu caráter inovador, perdurando cerca de 120 anos. Em 1935, entra em vigor a *Vergleichsordnung*, com vigência paralela à *Konkursordnung* e permitia a composição amigável do devedor que comprovasse capacidade de pagamento mínimo de 35% dos créditos⁶³; semelhante à concordata. A atual *Insolvenzordnung (InsO)*, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1999, e objetiva a liquidação de todos os ativos do devedor e sua distribuição entre os credores. A necessidade da reforma da antiga legislação se deu,

⁶¹ LEONARDI ANTONIO, Nilva M. Op. Cit. O assunto foi tema de estudo em artigo recentemente publicado.

⁶² BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre. Sérgio A. Fabris. 2001.

⁶³ COROTTO, Susana, *Modelos de Reorganização Empresarial Brasileiro e Alemão*, Fabris: Porto Alegre, 2009, p. 58.

principalmente, a partir da unificação da Alemanha, das crises econômicas globais e a importância da empresa no contexto socioeconômico.

O principal objetivo da reforma foi a preservação da empresa, desde que viável, pois não o sendo, o melhor caminho é a liquidação, cabendo ao juiz ponderar, em sua decisão, todos os fatores, além do porte da empresa, valor do capital e o número de empregados, a efetiva viabilidade dessa empresa, para não voltar ao estado de insolvência, pois do contrário não se justificaria salvá-la em um primeiro momento e, logo após, essa causar prejuízos, tanto aos credores como também à coletividade.

A Lei alemã, como a Lei brasileira, também se encontra norteada por princípios, que têm como objetivo aperfeiçoar e adiantar a abertura do procedimento de insolvência, evitando assim que a empresa em crise se aproxime tanto da falência, que possa ser considerada falida, para só então ingressar com pedido de recuperação. Ela também visa reduzir o número de credores privilegiados, especialmente o fisco, unir o Direito concursal, os procedimentos de falência e da organização judiciária com a “reconstituição” da Alemanha - após a queda do muro de Berlim - e tornar o regime jurídico-falimentar mais brando, proporcionando, no âmbito de um plano de recuperação (*Insolvenzplan*), a continuação da empresa em dificuldades. Para Dora Berger, “os objetivos principais da lei de insolvência alemã são combater a inexistência e/ou insuficiência da massa falida (*massearmut*), que os casos de insolvência sejam ajuizados e decididos de acordo com um processamento judicial ordenado, assim como oferecer possibilidades legais que permitam uma melhor opção entre o reequilíbrio patrimonial e a liquidação do patrimônio penhorável do devedor⁶⁴”.

3.3.1.1.2. Argentina

Como já estudado anteriormente, a Argentina não apenas implementou uma Lei eficiente para uma determinada época; mas também é um exemplo de busca para melhor adequação do direito, pois para esse país trata-se, na verdade, de uma busca constante pelo aperfeiçoamento, atendendo à dinâmica social e assim procedendo às devidas adequações.

⁶⁴ BERGER, Dora. *Op. Cit.*, p. 25.

Efetivamente, foi através da Lei nº 19.551/72 que o direito concursal argentino iniciou seu caminho no sentido de adotar a teoria da empresa, bem como a sua preservação, pois até a entrada em vigor, inúmeras outras e projetos de lei que a antecederam tentaram prosperar na Argentina, mas infelizmente não obtiveram sucesso⁶⁵. Somente após longos onze anos um novo diploma introduziu algumas modificações na Lei de 1972 - Lei 22.917, de 15 de setembro de 1983-, principalmente no que se refere à conservação da atividade empresária e à administração concursal.

Pelo antigo diploma, a conservação da atividade empresária encontrava-se direcionada a, de um lado a continuação provisória e do outro a definitiva. O que se pode concluir, em primeiro momento, é que tanto pela Lei de 1972, como pela de 1983, houve o cuidado em querer preservar a empresa.

3.3.1.1.3. Espanha

A Espanha conseguiu fazer a distinção entre a empresa que simplesmente deixa de pagar, agindo de má-fé daquela que não paga por dificuldades financeiras momentânea, perfeitamente contornáveis, através da "*Ley Concursal*" e "*Ley Orgánica para la reforma concursal*", de 09 de julho de 2003, que entrou em vigor em 1º de setembro de 2004, e que objetiva a reforma concursal⁶⁶.

Na opinião de alguns autores, entre eles Javier Valle, a legislação sobre direito concursal vigente na Espanha até a reforma de 2003, era dispersa, obsoleta, confusa, tecnicamente deficiente e eficácia escassa⁶⁷. Essa legislação era composta por cinco normativos diferentes, sendo que quatro deles foram publicados ainda no século XIX, tais como os Códigos de Comércio (1829 e 1885), o Código Civil (1889), a Lei de Suspensão de Pagamentos (1922) e a Lei de Ajuizamento Civil (1881) – e declarada vigente, em matéria concursal, pela atual Lei de Ajuizamento Civil de 2000⁶⁸.

⁶⁵ Leis nº 20.312, 20.315, 20.595, 21.488, 22.985, 23.470, 24.050, 24.241 e 24.432.

⁶⁶ O tema será abordado com maior detalhamento do Capítulo V.

⁶⁷ VALLE, Javier. *Una experiencia comparada reciente: La ley concursal española*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM, v. 134, São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 96.

⁶⁸ VALLE, Javier. Op cit. pp. 96.

Nota-se que a alteração do direito concursal espanhol ocorrida em 2003 acompanhou o momento histórico de evolução legislativa a respeito do tema ocorrida em vários países, em especial na Europa. Diferentemente do que ocorria anteriormente, quando diversas leis esparsas regulavam toda a matéria concursal, cada uma, diversos aspectos da matéria, agora uma única legislação a lei regula. Com essa alteração, foi dado tratamento único à matéria, com regulação dos aspectos materiais e processuais, no que se refere à unidade legal, como também unidade de disciplina, na medida em que a Lei Concursal é aplicável para os devedores comerciais e civis⁶⁹.

José Silva Pacheco⁷⁰ demonstra, de maneira clara, que assim como a Espanha, *“todos os demais países movimentaram-se os círculos jurídicos a perscrutar e projetar instrumentos mais adequados, aos novos tempos, para propiciar a recuperação da empresa em dificuldade”*.

3.3.1.1.4. Estados Unidos da América - EUA

Como na Inglaterra, os Estados Unidos são regidos pelo sistema do *Common Law*, porém com significativas diferenças, principalmente no que concerne à primazia da Constituição Federal sobre as Estaduais, conferindo à União a organização política federativa dos Estados. No artigo 8º da Constituição, é atribuído ao Congresso estabelecer leis uniformes para o país em algumas matérias, entre elas a própria questão da falência, onde disciplina o processo de insolvência nos Estados Unidos - *Artigo 8º in verbis*: *“Section 8. The Congress shall have Power To (...) establish an uniform Rule of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States”*⁷¹.

A lei em vigor atualmente, assim como o Bankruptcy Reform Act, de 1978, modificou o United States Codes e nos anos de 1986, 1988, 1990, 1994, 2000 e 2005

⁶⁹ PONT, Manuel Broseta. MARTÍNEZ SANZ, Fernando. Manual de Derecho Mercantil. 11 ed. Madrid: Tecnos, 2003 (com adenda de actualización octubre 2004), v. II, pp. 543.

⁷⁰ PACHECO, José Silva. *Processo de Recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

⁷¹ UNITED STATES OF AMERICA. US CODE: Title 11 Bankruptcy. Legal Information Institute. Disponível em : <http://straylight.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc_sup_01_11.html> Acesso em: 10 de março de 2008.

foram realizadas diversas mudanças legislativas, visando à correção de abusos de devedores ou mesmo para beneficiamento de algumas indústrias - mudanças estas ligadas à questão da *reorganization*, ou simplesmente reorganização da empresa (*business reorganization*), permitindo ao devedor a gestão e representação da empresa, pessoas físicas ou jurídicas. Afirma-se que a reorganização é voltada ao interesse dos credores.

O Código prevê dois mecanismos de intervenção que assegura os pagamentos aos credores: a reorganização e a liquidação. A liquidação apresenta aspectos e conseqüências jurídicas diversas. Enquanto que o mecanismo previsto no Capítulo 7 as liquidações ocorrem com prejuízo aos credores, com mínima chance de recuperação da empresa, no Capítulo 13 ocorre exatamente o inverso, pois a demonstração da probabilidade de recuperação da empresa é requisito essencial para que possa ser autorizada.

Pelo Capítulo 13, é necessária a aprovação judicial de um plano de recuperação ou programa de pagamentos que incluam pagamentos a todos os credores que se habilitarem cujos créditos sejam reconhecidos como legítimos. É facultativo ao devedor, mas sua utilização dependerá do atendimento a determinados requisitos.

Por esse mecanismo, o devedor permanecerá na posse de seus bens, alienando somente o que for estritamente necessário ao cumprimento do plano, supervisionado pelo síndico (ou trustee) – que também fará a distribuição dos valores aos credores. O prazo para cumprimento é geralmente de três meses e nesse período todas as ações interpostas por credores ficam suspensas.

3.3.1.1.5. França

Não é de agora que a França vem despertando interesse dos estudiosos da matéria, pois sua compreensão sobre a insolvabilidade da empresa e sua preservação não é recente.

Objetiva e claramente, seus legisladores conseguiram enxergar o óbvio - que a liquidação de empresa – não importando o seu porte, pode vir a desencadear uma série de

prejuízos, não só para aqueles que diretamente estão ligados à empresa, mas a toda uma coletividade, como já dito em estudo recente. Na vanguarda em matéria concursal, a França sempre visou à preservação da empresa, a manutenção do emprego e das atividades empresariais:

O sistema francês passou por diversas leis: a de nº 67-563, de 13 de julho de 1967, que versava sobre o *reglement judiciaire*, a liquidação de bens, a falência pessoal e as bancarrotas; dois meses após a Ordenança 67-820, de 23 de setembro de 1967, com o propósito de facilitar o reerguimento econômico e financeiro de certas empresas. A Lei nº 84-148, de 1º de março de 1984 foi complementada pelo Decreto nº 85-295, de 1º de março de 1985, após a Lei nº 85-98, de 25 de janeiro de 1985, complementada pelos Decretos nº 85-1387 e nº 85-1388, ambos de 27 de dezembro de 1985, sendo os mesmos favorecidos, após as atualizações da edição da Lei nº 94-475, de 10 de junho de 1994, que também foi complementada, agora pelo Decreto de 21 de outubro de 1994, trazendo grandes reformas à matéria de prevenção e tratamento das empresas em dificuldades financeiras.⁷²

Interessante verificar, nas notas introdutórias dos estudos de Elisabeth Roucolle, doutora em Ciência de Gestão da Université Montpellier I⁷³, o início dessas reformas:

O domínio dos procedimentos de liquidação e reorganização judiciária ao longo do tempo restou reservado aos juristas (Lucas Marco, 1989). Falta de interesse dos economistas pelas empresas em dificuldade devido à sua preferência pela investigação das causas do sucesso, ignorando deliberadamente as regras do fracasso do capitalismo. O aumento simultâneo das dificuldades enfrentadas pelas empresas emergentes, e os escândalos ligados à resolução destas dificuldades, mostra a necessidade de substituir o centro das discussões tanto jurídicas quanto econômicas. Parece que o problema hoje não é o

⁷² LEONARDI ANTONIO, Nilva M. Op. Cit.

⁷³ ROUCOLLE, Elisabeth. Tese apresentada na Xième Conférence de l'Association Internationale de Management Stratégique - 13-14-15 juin 2001 - Faculté des Sciences de l'administration - Université Laval – Québec. Disponível em <roucolle@infonie.fr> Acessado em 05/01/2010.

de explicar as razões para o aumento das falências no ponto de vista da macroeconomia ou à manutenção de uma abordagem microeconômica, mas sim de compreender o fracasso um sistema jurídico-econômico organizado em um objetivo de recuperação de empresas.⁷⁴(livre tradução)

E continua sua análise discorrendo sobre a crise que antecedeu a grande reforma de 1967, com o reconhecimento da empresa e a melhoria da organização dos procedimentos, o fim da confusão entre dirigente-empresa:

Com o advento da teoria da empresa, os economistas anglo-saxões, especialmente Berle e Means (1933), ligado ao estudo dos conflitos resultantes da separação entre propriedade e de tomada de decisão em grandes empresas americanas. Isto lhes permite determinar a analogia biológica de uma população de empresas individuais constituídas em sociedade, como empresários que as dirige. No entanto, muitos outros continuam a argumentar contra um contratante independente. François Perroux denuncia a inércia de pensamento. O conceito econômico de falência deve afetar a empresa e não o indivíduo a superar um argumento que corresponde a um mundo obsoleto. A principal crítica dirigida às reformas legais de 1955 é que eles são muito mais interessados na pessoa do devedor, que na empresa que ele dirige. Assim, desaparecem as empresas que têm alguma chance de se recuperar sob o pretexto de que seu líder não é digno. Esta dicotomia conduz a uma aberração processual: o desaparecimento de viabilidade e de "tratamento agressivo" para permanecer no negócio. Uma profunda reforma é desejável. A lei deverá integrar a economia.

(...) A lei de 13 de Julho de 1967 pôs fim a esta confusão empresário e empresa. Pela primeira vez na história da falência, o conceito de viabilidade da empresa. Ou a empresa é viável e o regramento judiciário

⁷⁴ *Le domaine des procédures de liquidation et de redressement judiciaires est longtemps reste réservé aux juristes (Luc Marco 1989). Le manque d'intérêt des économistes pour les entreprises en difficulté tient à leur préférence pour la recherche des causes de réussite, ignorant volontairement les modalités d'échec du capitalisme. La progression simultanée des difficultés que connaissent les «start up», et des scandales attachés à la résolution de ces difficultés, replace la défaillance au centre des débats tant juridiques qu'économiques. Il apparaît que le problème n'est plus aujourd'hui d'expliquer les raisons de l'essor des faillites d'un point de vue macro-économique, ou ses causes en retenant une approche micro économique, mais plutôt de comprendre l'échec d'un système économique-juridique organisé dans un objectif de sauvegarde des entreprises.* ROUCOLLE, Elisabeth. Op. Cit.

será aplicado a ela ou a empresa não é viável e, portanto, a liquidação dos ativos será fatal levando ao seu desaparecimento.⁷⁵ (livre tradução da autora)

Através de um decreto, em 1967, foi criada uma segunda reforma, que organizou a suspensão provisória do processo, que interessa tão-somente à empresa solvente. Reservou-se essa prevenção às empresas cujo desaparecimento fosse prejudicial ao desenvolvimento regional e provou ser um fracasso total, principalmente pela falta de análise das macro e microeconomias, com total falta de estratégia pela saída de setores industriais pelo fator político. Pelo exposto, se verificou a que a lei ficou inadequada e desatualizada em pouquíssimo tempo⁷⁶.

No ano de 1985, o Direito francês passou a reconhecer a prevenção quanto ao tratamento das empresas em crise, com o instituto da recuperação judicial (*redressement*

⁷⁵ **ROUCOLLE, Elisabeth.** Op. Cit. : « Avec l'apparition de la théorie de la firme, les économistes anglo-saxons, en particulier Berle et Means (1933), s'attachent à l'étude des conflits résultant de la séparation des fonctions de propriété et de décision dans les grandes entreprises américaines. Ceci leur permet de dénoncer l'analogie biologique naïve d'une démographie des entreprises individuelles assimilables aux entrepreneurs qui les dirigent. Néanmoins, beaucoup d'autres continuent à raisonner par rapport à un entrepreneur autonome. François Perroux dénonce cette inertie de pensée. Le concept économique de faillite doit concerner la firme et non l'individu pour dépasser un raisonnement qui correspond à un monde obsolète. La critique essentielle adressée aux réformes juridiques de 1955 est qu'elles s'intéressent beaucoup plus à la personne du débiteur qu'à l'entreprise qu'il dirige. C'est ainsi que disparaissent des entreprises qui auraient eu quelques chances de se redresser sous prétexte que leur dirigeant n'est pas digne. Cette dichotomie procédurale conduit à une aberration: la disparition d'entreprises viables et «l'acharnement thérapeutique» sur des entreprises en sursis. Une réforme profonde est donc souhaitable. Le juridique doit intégrer l'économie.

(...) La loi du 13 juillet 1967 met fin à cette confusion du dirigeant et de l'entreprise. Pour la première fois dans l'histoire de la faillite apparaît la notion de viabilité de l'entreprise. Soit l'entreprise est viable et le règlement judiciaire lui sera applicable, soit l'entreprise est non viable et dès lors la liquidation des biens sera l'issue fatale entraînant sa disparition. **ROUCOLLE, Elisabeth.** Op. Cit.

⁷⁶ «Parallèlement le législateur met en place une seconde réforme par l'ordonnance du 23 septembre 1967 qui organise la suspension provisoire des poursuites. Cette ordonnance s'intéresse à l'entreprise qui n'est pas encore en cessation des paiements. Amorce de la prévention, elle vise à aménager une période de répit à la firme en difficulté dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise. Cette forme de prévention surtout réservée aux entreprises d'intérêt national dont la disparition pouvait être préjudiciable à l'économie régionale se révéla être un échec total. Les causes profondes se trouvant dans un manque d'analyse micro et macro-économique et surtout dans les stratégies d'abandon pour des raisons politiques de certaines filières industrielles (J. F. Daigne 1990).

Cette loi de 1967 s'avère rapidement désuète et inadaptée à la réalité économique. Le taux de croissance de l'économie, «Trente Glorieuses» obligeant, devait permettre d'atteindre la finalité des textes et sauver les entreprises viables. Cependant, les événements de mai 1968, les accords de Grenelle, l'accroissement du pouvoir syndical, fragilisent les entreprises dont la rentabilité commence à diminuer. Tout un pan du secteur industriel traditionnel commence à s'effondrer, la lourdeur des charges de toutes natures vient compromettre le succès attendu du nouveau règlement judiciaire.»

judiciaire) e, a partir daí, o Direito francês sofre evolução constante, no intuito de se adequar à realidade empresarial.

3.3.1.1.6. Portugal

Portugal rege-se pelo Decreto-lei nº 315 - Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresas e Falências - o CIRE -, aprovado em 20 de outubro de 1998. Mas anteriormente a esse se operava pelo Decreto-Lei nº 132, de 25 de abril de 1993, que tratava o assunto, revogando os artigos 1.135 a 1.325 do Código de Processo Civil. Atualmente, em Portugal, há atualização de alguns aspectos da Lei.

Paulo Penalva Santos explica:

No artigo 1º, com a redação introduzida pelo Decreto-Lei nº 315/98: “1 Toda empresa em situação econômica difícil ou em situação de insolvência pode ser objeto de uma medida ou de uma ou mais providências de recuperação ou ser declarada em regime de falência. 2 - Só deve ser decretada a falência de empresa insolvente quando ela se mostre economicamente inviável ou se não considere possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação financeira. 3 - Sem prejuízo dos efeitos patrimoniais da existência, de personalidade jurídica distinta; é permitida a coligação ativa ou passiva de sociedades que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, nos termos do código das sociedades comerciais, ou que tenham os seus balanços e contas aprovados consolidadamente”.

Nos termos do artigo 3º, com a redação do Decreto-Lei nº 315/98, “1 - é considerada em situação de insolvência a empresa que se encontre impossibilitada de cumprir pontualmente as obrigações em virtude de seu activo disponível ser insuficiente para satisfazer o seu passivo exigível; 2 - é considerada em situação econômica difícil a empresa que, não devendo considerar-se em situação de insolvência, indiciue dificuldades econômicas e financeiras, designadamente por incumprimento de suas obrigações”. Além da insolvência e falência, admite-se insolvente ou em situação econômica difícil que se considere

economicamente viável e julgue superável a situação em que se encontra pode requerer ao juízo a providência de recuperação adequada (artigo 5º) ⁷⁷.

Em síntese, podemos dizer que a legislação concursal portuguesa possui as seguintes características:

1. Inspirou-se na legislação concursal alemã de (1994, § 1º);
2. Críticas à nomenclatura;
3. Possui procedimento único para os casos de insolvência: ou seja, não faz distinção entre falência e recuperação do devedor;
4. Dissonâncias diretrizes da Comissão Europeia ⁷⁸;
5. O plano de insolvência poderá ter ou não finalidade recuperacional;
6. Amplos poderes aos credores ⁷⁹;
7. Há uma qualificação da insolvência como fortuita ou culposa (art. 185).
8. Disciplina processo judicial de insolvência;
9. O decreto-lei trata do procedimento extrajudicial de conciliação que permite a viabilização de empresas;
10. Processo de desjudicialização, conforme o item 10 do Preâmbulo do CIRE ⁸⁰;

⁷⁷ PENALVA SANTOS, Paulo (coordenador). *A nova Lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2007. p. 3.

⁷⁸ SERRA, Catarina, *O novo regime português da insolvência – uma introdução*. 3ª. Ed. Coimbra: Almedina. p. 17: “a medida está, aliás, em dissonância com as últimas directrizes da Comissão Europeia, que, após uma avaliação às diversas legislações europeias, aconselha, em relatório recentemente divulgado, que seja dada prioridade à recuperação”.

⁷⁹ Item 3 do Preâmbulo do CIRE: “(...) Ao direito da insolvência compete a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa segundo uma lógica de mercado, devolvendo o papel central aos credores, convertidos, por força da insolvência, em proprietários econômicos da empresa”.

3.3.1.2. A Legislação Estrangeira e as Empresas de Pequeno Porte

Importante constatar que a micro e pequena empresa estão merecendo destaque nas legislações estrangeiras, o que vem corroborar a importância das mesmas no contexto econômico e social das comunidades inseridas.

3.3.1.2.1. A Comunidade Europeia

A Comunidade europeia recentemente elaborou e divulgou orientações relativas aos auxílios estatais de emergência para a reestruturação de empresas em crise⁸¹, transcrita em parte:

Comunicação da Comissão Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (2004/C 244/02)(Texto relevante para efeitos do EEE)
1. INTRODUÇÃO
1. A Comissão adoptou as suas primeiras orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade (1) em 1994. Em 1997, a Comissão acrescentou às referidas orientações determinações específicas para o sector da agricultura (2). Em 1999 (3), foi adoptada uma nova versão das orientações que caduca em 9 de Outubro de 2004.
2. Através das presentes orientações, cujo texto se inspira nas versões anteriores, a Comissão pretende introduzir certas alterações e clarificações motivadas por diversos factores.
3. Em primeiro lugar, à luz das conclusões dos Conselhos Europeus de Estocolmo, de 23 e 24 de Março de 2001, e de Barcelona, de 15 e 16 de Março de 2002, que instaram os Estados-Membros a continuarem a reduzir os auxílios estatais em percentagem do produto interno bruto e a reorientarem esses auxílios para objectivos de carácter mais horizontal de interesse comum, designadamente objectivos de coesão, parece justificar-se uma análise mais rigorosa dos efeitos de distorção provocados pela concessão de auxílios de emergência e à reestruturação. Esta abordagem está igualmente em consonância com as conclusões do Conselho Europeu de Lisboa, de 23 e 24 de Março de 2000, que visavam um aumento da competitividade da economia europeia.
4. O desaparecimento das empresas ineficientes constitui uma circunstância normal do funcionamento do mercado. Não pode constituir a regra o facto de uma empresa em dificuldade ser salva pelo Estado. Os auxílios de emergência e à reestruturação deram origem no passado a alguns dos casos de auxílios estatais mais controversos e constituem um dos tipos de auxílios que maiores distorções provocam. Assim, o princípio geral da proibição dos auxílios estatais, tal como estabelecido no Tratado, deverá continuar a ser a regra e as derrogações a tal princípio deverão ser limitadas.

⁸⁰ “ao juiz cabe apenas declarar ou não a insolvência, sem que para tal tenha de se pronunciar quanto a recuperabilidade financeira da empresa (como actualmente sucede para efeitos do despacho de prosseguimento da acção).”

⁸¹ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu> . Acessado em 8.1.2010. O texto está originalmente nos idiomas francês e português.

5. O princípio do auxílio único é reforçado, a fim de evitar que a concessão repetida de auxílios de emergência ou à reestruturação seja utilizada para manter artificialmente empresas em funcionamento.
6. As orientações de 1999 distinguem entre auxílios de emergência e auxílios à reestruturação, definindo os primeiros como uma assistência temporária destinada a manter uma empresa em dificuldade em funcionamento durante um período necessário para a elaboração de um plano de reestruturação e/ou de liquidação. Em princípio, durante esta fase não podem ser tomadas medidas de reestruturação financiadas através de auxílios estatais. Todavia, esta distinção tão estrita entre emergência e reestruturação deu origem a algumas dificuldades. As empresas em dificuldade podem já ser obrigadas a tomar determinadas medidas estruturais urgentes, a fim de impedir ou reduzir a degradação da sua situação financeira na fase de recuperação. Consequentemente, estas orientações alargam o conceito de «auxílio de emergência», a fim de permitir igualmente ao beneficiário tomar medidas urgentes, inclusivamente de carácter estrutural, tal como o encerramento imediato de uma sucursal ou qualquer outra forma de cessação de actividades deficitárias. Dado o carácter urgente destes auxílios, os Estados-Membros devem ter a oportunidade de optar por um procedimento simplificado para obterem a sua autorização.
7. No que se refere aos auxílios à reestruturação, as orientações de 1999, baseadas nas de 1994, continuavam a exigir uma contribuição substancial para a reestruturação por parte do beneficiário. No âmbito desta revisão, convém reafirmar com maior clareza o princípio de que essa contribuição deve ser real e isenta de auxílios. A contribuição do beneficiário tem um duplo objectivo: por um lado, demonstrar que os mercados (proprietários e credores) acreditam na possibilidade de um regresso a uma situação de viabilidade num período de tempo razoável; por outro, garantir que o auxílio à reestruturação é limitado ao mínimo necessário para restaurar a viabilidade, limitando ao mesmo tempo as distorções da concorrência. A este respeito, a Comissão exigirá também contrapartidas destinadas a minimizar o impacto sobre os concorrentes.
8. A concessão de auxílios estatais de emergência ou à reestruturação a empresas em dificuldade só pode ser considerada legítima em determinadas condições. Pode justificar-se, por exemplo, por razões de política social ou regional, pela necessidade de tomar em consideração o papel benéfico das pequenas e médias empresas (PME) na economia ou ainda, excepcionalmente, porque se afigura desejável manter uma estrutura de mercado concorrencial, quando o desaparecimento de empresas possa dar origem a uma situação de monopólio ou de oligopólio restrito. Por outro lado, não se justificaria manter artificialmente em funcionamento uma empresa num sector com capacidade excedentária estrutural a longo prazo ou quando esta só poderá sobreviver graças a intervenções repetidas do Estado. (Grifo nosso)

As diretrizes europeias estabelecem regras para ajuda às MPE's, porém deixam a cargo de cada país a concessão desses auxílios.

3.3.1.2.2. Espanha

Na Espanha, o Direito Falimentar sofreu profunda transformação com a aprovação da Lei n. 22/2003. Ao implementar uma solução para os problemas de insolvência, a legislação espanhola estabeleceu uma distinção entre o devedor comerciante e o não comerciante. As normas concursais estão contidas, principalmente, no Código Comercial de 1829 e 1885, bem como na Lei de Suspensão de Pagamentos de 1922, que regulamenta o processo de insolvência e falência.

No Código Comercial de 1829, a quebra era o único procedimento concursal regulado, enquanto que a suspensão de pagamentos não era mais que um tipo específico de falência. Não o era até 1885, quando o Código de suspensão de pagamentos se generalizou como um processo independente, mas também permitiu a sua aplicação em casos de insuficiência de ativo, dando origem a uma série de abusos, que se pretendeu corrigir com a reforma do Código de 1897. Nessa situação, a crise do Banco de Barcelona em 1920 exerceu uma grande influência sobre a Lei de Suspensão de Pagamentos de 1922, que tramitava no momento.

Naquele país, o procedimento que geralmente se ocupa da liquidação de empresas é a falência, enquanto que a suspensão de pagamentos é mais orientada para a sobrevivência mesma, embora os dois mecanismos possam levar ao desaparecimento da empresa como a uma continuidade, uma vez que o acordo aprovado em processo de suspensão de pagamentos pode levar à falência, enquanto em processo de falência pode chegar a um acordo que permita a continuidade da empresa.

Portanto, a suspensão de pagamentos reflete uma diversidade de situações; para serem elegíveis a ele, as empresas precisam buscar uma reestruturação financeira, ao contrário deveriam ir direto para um processo de liquidação. Isso pode facilitar que, sobretudo as empresas maiores, o procedimento de quebra seja substituído pelo da suspensão de pagamento, pelo que a quebra seria um mecanismo que, de maneira geral, somente era utilizado pelas pequenas empresas. O devedor tem a possibilidade de chegar a acordos com seus credores a fim de evitar o procedimento legal, embora não exista nenhum mecanismo legal que regule essa situação – de maneira análoga, o acordo ora negociado toma como base a legislação francesa.

A suspensão de pagamentos nada mais é do que uma proposta de negociação, através de um procedimento judicial, para facilitar a concretização de um acordo com os credores que permitam a preservação da empresa, ou analogicamente, em nossa legislação, uma recuperação judicial. A proposta pode conter uma redução de pagamentos ou um alargamento na data de vencimento. A priori, a empresa deve estar em uma situação de insolvência provisória para poder recorrer a esse procedimento, com um ativo superior ao passivo, mesmo que a lei espanhola permita o ingresso de empresas que

apresentem uma situação de insolvência definitiva, porque na prática se converte em um mecanismo que poderá ser utilizado com propósitos distintos. Aplica-se tanto para permitir a reestruturação de empresas como para a sua liquidação, evitando-se assim o ingresso direto na falência.

O início da suspensão de pagamentos só poderá ser realizado por iniciativa do devedor, enquanto aos credores só é permitido solicitar a falência – que também pode ser requerida pelo devedor. Durante o desenvolvimento da suspensão de pagamentos os credores não poderão requerer a falência, na esteira do que ocorre no Brasil, evitando-se, assim, a quebra de empresas que tenham condições de recuperação, se conseguir algum tipo de acordo com seus credores.

3.3.1.2.3. França

Em França, a negociação de acordos é um mecanismo sem semelhanças com nenhum existente nos países analisados, pois apresenta certas peculiaridades que o tornam único. Está projetado para facilitar a renegociação de contratos e exclui de forma expressa seus benefícios às empresas que se encontram em situação de efetiva suspensão de pagamentos.

O direito de requerer o mecanismo está reservado exclusivamente ao devedor, que mantém o controle da gestão de sua empresa. Os credores não poderão requerer a falência, mas também não têm a obrigatoriedade de participar do procedimento, pois a lei francesa estabelece claramente que nenhum credor é obrigado a responder à convocação do processo pelo devedor. O objetivo do acordo a ser negociado é facilitar para o devedor a participação de um conciliador nomeado por um Tribunal, que tenha capacidade para resolver conflitos e reduza os problemas na conciliação entre devedor e credor. As partes têm total liberdade de negociação, pois o conciliador não tem o poder de impor soluções aos conflitos. Contrariamente aos outros procedimentos concursais, o acordo negociado tem caráter confidencial. A empresa pode ocultar o acordo das partes que dele não participe, com exceção de seus participantes diretos. O Tribunal também

pode ordenar a suspensão das execuções, ainda que unicamente pelo período de duração da ação do conciliador, cujo procedimento geralmente dura cerca de três meses.

Essa nova mudança legislativa, agora está mais atual e notadamente voltada à preservação da unidade negocial:

O espírito e o texto da Lei de Salvaguarda de Empresas de 26 de julho de 2005 (em vigor desde 1º de janeiro de 2006) e seu decreto de aplicação de 28 de Dezembro de 2005, são de promoção de uma nova cultura de antecipação de dificuldades.

A tabela abaixo apresenta uma análise comparativa das principais disposições dos procedimentos amigáveis e coletivos, para facilitar o diálogo dos empresários com seus conselhos sobre o prazo adequado para a sua situação.⁸²

⁸² «*L'esprit et le texte de la Loi de Sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (applicable depuis le 1er janvier 2006) et de son décret d'application du 28 décembre 2005 sont de promouvoir: une nouvelle culture d'anticipation des difficultés.*

Le tableau ci-dessous permet une approche comparative des principales dispositions des procédures amiables et collectives, de nature à faciliter le dialogue du chef d'entreprise avec ses conseils sur la période adaptée à sa situation. » (livre tradução)

O quadro referido na presente citação está inserido no idioma original: *Comparaison des principales dispositions des procédures amiables & collectives ouvertes par le Tribunal de Commerce.*

Deux procédures amiables			Trois procédures collectives		
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Les procédures amiables et collectives	MANDAT AD HOC Pratique prétorienne, consacrée par la Loi du 10/06/1994	CONCILIATION Lois de 1984 et 1994	PROCEDURE DE SAUVEGARDE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE Lois de 1967 (règlement judiciaire), 1985 et 19	LIQUIDATION JUDICIAIRE Lois de 1967 (liquidation de biens) 1985 et 1994
Textes légaux	Loi du 26/07/2005	Loi du 26/07/2005	Innovation de la loi du 26/07/2007	Loi du 26/07/2005	Loi du 26/07/2005
1. Initiative de l'ouverture de la procédure	Dirigeant	Dirigeant	Dirigeant	Dirigeant, créanciers, saisine d'office du tribunal ou sur requête du ministère public	Dirigeant, créanciers, saisine d'office du tribunal ou sur requête du ministère public
2. Situation de l'entreprise à l'ouverture de cette procédure au regard de la cessation de paiements	Absence de cessation de paiements	Absence de cessation de paiements ou cessation des paiements depuis moins de 45 jours	Absence de cessation de paiements	Cessation des paiements Déclaration de la cessation de paiement dans les 45 jours de sa survenance	Cessation des paiements Déclaration de la cessation de paiement dans les 45 jours de sa survenance
3. Confidentialité	OUI	OUI si accord non homologué NON si accord homologué par jugement du tribunal, mais termes de l'accord non repris dans le jugement, qui mentionne les montants garantis par le privilège de la "new money" et les garanties et privilèges constitués	NON mention sur extrait Kbis	NON mention sur extrait Kbis	NON mention sur extrait Kbis
4. Effets de l'ouverture de la procédure sur l'exigibilité des dettes	Néant (sauf accord des tiers)	Néant (sauf accord des tiers)	Gel du passif né au jour du jugement	Gel du passif né au jour du jugement	Gel du passif né au jour du jugement
5. Durée en mois de la procédure (période d'observation ou de maintien de l'activité pour les procédures collectives)	Précisée par l'ordonnance de nomination du mandataire ad hoc, de quelques semaines à plusieurs mois Peut-être renouvelée à plusieurs reprises	4 mois renouvelable 1 fois pour 1 mois, soit 5 mois maximum	6 mois renouvelable 1 fois pour 6 mois et prorogable à la demande du Procureur de la République pour 6 mois, soit 18 mois maximum	6 mois renouvelable 1 fois pour 6 mois et prorogable à la demande du Procureur de la République pour 6 mois, soit 18 mois maximum	3 mois renouvelable pour 3 mois au maximum à la demande du ministère public en cas de cession totale ou partielle de l'entreprise envisageable, nécessitant le maintien de l'activité

Deux procédures amiables		Trois procédures collectives			
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Les procédures amiables et collectives	MANDAT AD HOC Pratique prétorienne, consacrée par la Loi du 10/06/1994	CONCILIATION Lois de 1984 et 1994	PROCEDURE DE SAUVEGARDE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE Lois de 1967 (règlement judiciaire), 1985 et 19	LIQUIDATION JUDICIAIRE Lois de 1967 (liquidation de biens) 1985 et 1994
Textes légaux	Loi du 26/07/2005	Loi du 26/07/2005	Innovation de la loi du 26/07/2007	Loi du 26/07/2005	Loi du 26/07/2005
6. Pouvoirs du débiteur	Le dirigeant continue à exercer tous ses pouvoirs	Le dirigeant continue à exercer tous ses pouvoirs, et le conciliateur formule toutes observations au président du tribunal sur les diligences du dirigeant	Surveillance ou assistance	Assistance ou représentation totale ou partielle	Le débiteur est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, sauf s'il s'agit d'une personne morale dont les dirigeants restent en fonction
7. Rémunération du dirigeant	Libre	Libre	Libre	Fixation par le juge-commissaire	Non applicable
8. Financement des salaires arriérés par l'AGS	NON	NON	NON	OUI sur demande justifiée du mandataire judiciaire	OUI
9. Procédure spéciale de licenciement	NON	NON	NON	OUI procédure simplifiée, mais avec autorisation du juge-commissaire	OUI procédure simplifiée
10. Financement des licenciements par l'AGS	NON	NON	OUI sur demande justifiée du mandataire judiciaire	OUI sur demande justifiée du mandataire judiciaire	OUI
11. Sort des intérêts bancaires	A négocier avec les banquiers	A négocier avec les banquiers	Gelés si les concours ont été consentis à l'origine pour moins d'un an. Sinon les intérêts courent selon le contrat initial	Gelés si les concours ont été consentis à l'origine pour moins d'un an. Sinon les intérêts courent selon le contrat initial	Gelés si les concours ont été consentis à l'origine pour moins d'un an. Sinon les intérêts courent selon le contrat initial

Deux procédures amiables		Trois procédures collectives			
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Les procédures amiables et collectives	MANDAT AD HOC Pratique prétorienne, consacrée par la Loi du 10/06/1994	CONCILIATION Lois de 1984 et 1994	PROCEDURE DE SAUVEGARDE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE Lois de 1967 (règlement judiciaire), 1985 et 19	LIQUIDATION JUDICIAIRE Lois de 1967 (liquidation de biens) 1985 et 1994
Textes légaux	Loi du 26/07/2005	Loi du 26/07/2005	Innovation de la loi du 26/07/2007	Loi du 26/07/2005	Loi du 26/07/2005
12. Constitution de comité de créanciers	NON	NON	Deux comités (établissements de crédit et fournisseurs de biens et de services) pour les entreprises de grande taille, de plus de 150 salariés ou réalisant plus de 20M€ de chiffre d'affaires Facultatif en deçà de ces seuils	Deux comités (établissements de crédit et fournisseurs de biens et de services) pour les entreprises de grande taille, de plus de 150 salariés ou réalisant plus de 20M€ de chiffre d'affaires Facultatif en deçà de ces seuils	NON
13. Possibilité d'offre de reprise formulée par les tiers dès l'ouverture de la procédure	NON	NON	NON sauf accord du débiteur	OUI	OUI
14. Issue de la procédure accords (procédures amiables) et plans (procédures collectives)	Par les créanciers concernés	Par les créanciers concernés	Le tribunal arrête le plan de sauvegarde, qui est obligatoirement un plan de continuation, qui peut toutefois comporter l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités Il donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers, ou du projet de plan adopté par les comités, à la majorité des créanciers représentant 2/3 de leurs créances	Le tribunal arrête le plan de continuation dans les mêmes conditions que le plan de sauvegarde Si le débiteur est dans l'impossibilité d'assurer le redressement de l'entreprise, le tribunal peut ordonner sa cession totale ou partielle	Cession totale ou partielle de l'activité après maintien de l'exploitation Cession globale ou séparée des biens et droits de l'entreprise après cessation de l'activité
15. Sort des cautions des personnes physiques	Pas d'incidence (sauf accord entre les parties)	Pas d'incidence (sauf accord entre les parties)	Suspension durant toute la durée du plan de sauvegarde	Suspension pendant la seule période d'observation mais pas pendant le plan de continuation: mise en jeu possible dès l'arrêt du plan	Mise en jeu

Deux procédures amiables		Trois procédures collectives			
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Les procédures amiables et collectives	MANDAT AD HOC Pratique prétorienne, consacrée par la Loi du 10/06/1994	CONCILIATION Lois de 1984 et 1994	PROCEDURE DE SAUVEGARDE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE Lois de 1967 (règlement judiciaire), 1985 et 19	LIQUIDATION JUDICIAIRE Lois de 1967 (liquidation de biens) 1985 et 1994
Textes légaux	Loi du 26/07/2005	Loi du 26/07/2005	Innovation de la loi du 26/07/2007	Loi du 26/07/2005	Loi du 26/07/2005
16. Responsabilité pour insuffisance d'actif	NON	NON	NON	OUI en cas d'insuffisance d'actif et de faute de gestion des dirigeants de droit ou de fait	OUI en cas d'insuffisance d'actif et de faute de gestion des dirigeants de droit ou de fait
17. Obligation aux dettes sociales	NON	NON	NON	NON	OUI si l'établissement d'une faute à l'encontre du dirigeant de droit ou de fait ayant contribué à la cessation des paiements. La loi prévoit 5 fautes
18. Faillite personnelle	NON	NON	NON	OUI si établissement à l'encontre du dirigeant de droit ou de fait d'une des 5 fautes du 17, ou de 7 autres fautes prévues par la loi	OUI si établissement à l'encontre du dirigeant de droit ou de fait d'une des 5 fautes du 17, ou de 7 autres fautes prévues par la loi
19. Banqueroute (délit pénal)	NON	NON	NON	OUI à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait contre lesquels a été relevé 1 des 5 faits prévus par la loi Complicité possible	OUI à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait contre lesquels a été relevé 1 des 5 faits prévus par la loi Complicité possible

3.3.1.2.4. Portugal

Portugal, nos últimos anos, vem fazendo mudanças significativas em sua legislação falimentar, tecendo inclusive algumas linhas orientadoras para a execução dessas reformas⁸³:

1. Consenso no diagnóstico da situação actual

Parece estar reunido consenso quanto à falta de adequação da actual legislação falimentar ao dinamismo da economia. Na verdade, os dados estatísticos revelam:

- Menor iniciativa por parte do devedor no desencadeamento do processo, o que significa que os processos chegam demasiado tarde aos tribunais (em 1995: 50% dos processos eram iniciados pelo próprio devedor, em 2002: apenas 21%);
- Cada vez menor sucesso na recuperação de empresas (em 1995 eram aprovadas medidas de recuperação em 19,2% dos processos, em 2002, apenas em 2,5%);
- Pouca eficácia da falência – os credores recebem pouco e tarde.

Pelos dados disponibilizados, é possível verificar que o insucesso nos processos de recuperação tem a sua principal causa o ingresso tardio dos pedidos no judiciário, com consequências graves para todos os envolvidos, sejam eles empresários ou credores.

2. Necessidade de mudança

A necessidade de alteração deste panorama surge evidenciada no Programa do XV Governo Constitucional, onde se refere, no

⁸³ Disponível em:

<<http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/insolvencia-e4939/linhas-orientadoras-da/>>
Acessado em 29.3.2008.

Capítulo II – Ponto 4: “Será efectuado um esforço especial na área do direito comercial, na sua vertente processual, com vista a proceder à revisão do processo de recuperação de empresas e de falência, com especial ênfase na sua agilização, bem como dos modos e procedimentos da liquidação de bens e pagamentos aos credores; pretende-se, com este objectivo, garantir a menor perda possível de valor dos activos das empresas falidas e dos direitos de todos os intervenientes na vida da empresa (accionistas, trabalhadores, credores e gestores). (...) Preconiza-se, ainda, a consolidação e desenvolvimento da experiência dos tribunais de comércio, de molde a torná-los gradualmente no foro especializado para as questões de natureza económica.”

É possível vislumbrar a preocupação governamental com o direito comercial, principalmente quanto ao aspecto processuais, com a finalidade de agilizar todo o procedimento, objetivando tornar os tribunais do país foros especializados no assunto.

Os objetivos dessa reformulação do regime falimentar procurou atingir cinco objetivos essenciais para a legislação concursal:

a) Contribuição para o aprimoramento da preparação técnica de todos os intervenientes nos processos falência ou de recuperação, proporcionando maior celeridade e consequente qualidade das decisões tomadas;

b) Criação de condições para que o processo de recuperação possa de fato promover a efetiva recuperação das empresas viáveis, mas impedindo que o processo sirva como forma de manutenção situações na qual ocorra concorrência desleal ou mesmo perpetuando uma gestão perniciosa nas respectivas unidades produtivas;

c) Adequação do Direito nacional às exigências comunitárias, promovendo a harmonização da legislação concursal com as disposições do novo Código do Trabalho português;

d) Diminuição do tempo de pendência dos processos, tornando-os mais céleres, permitindo a rápida satisfação dos credores e, sempre que possível, uma maior agilidade na mudança da titularidade das unidades produtivas envolvidas;

e) Assegurar que os processos se iniciem tempranamente, fazendo com que ocorra em momento adequado a apresentação da empresa à falência ou à recuperação, tutelando assim os interesses dos credores, permitindo uma eventual viabilização econômica.

Nas linhas orientadoras da reforma, foram elencadas inúmeras medidas a serem adotadas, posteriormente atualizadas⁸⁴.

⁸⁴ Disponível em:

<<http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/insolvencia-e4939/linhas-orientadoras-da/>>

Acessado em 29.3.2009.

4. Medidas a adoptar

4.1. Reserva do foro dos tribunais de comércio apenas para os processos de insolvência relativos a empresas, assim conferindo maior eficácia aos processos com mais importantes consequências sociais e económicas. Os processos relativos a pessoas singulares não titulares de empresas serão remetidos para os tribunais comuns.

4.2. Agilização da actuação judicial, retirando ao juiz qualquer intervenção na decisão concreta quanto ao destino da empresa, reservando a sua intervenção para domínios verdadeiramente jurisdicionais. O juiz deixa de tomar qualquer decisão no que respeita à viabilização da empresa, cabendo tal decisão aos credores. Este objectivo é também evidenciado na reclamação de créditos, que passa a ser dirigida ao administrador da insolvência, só tendo o juiz intervenção na medida em que haja impugnações.

4.3. Reforço dos deveres de apresentação atempada das empresas, dever esse que não recai sobre as pessoas singulares.

4.4. Consagração de uma única forma de processo, o processo especial de insolvência, no âmbito do qual cabe aos credores, em assembleia realizada no prazo de 45 a 75 dias, decidir quanto à recuperação ou liquidação da empresa incluída na massa insolvente.

4.5 Eliminação de actos inúteis, como o da duplicação justificação/reclamação de créditos, assim como de outros actos com efeitos gravosos para a credibilidade das empresas: fim dos anúncios para convocação de credores quando a insolvência é requerida por um credor, de forma a preservar a imagem da empresa no mercado até efectiva decisão judicial de reconhecimento da situação de insolvência.

4.6. Imediato reconhecimento da situação de insolvência, quando o processo é requerido pelo devedor, e restrição dos recursos, de modo geral, a apenas uma instância.

4.7. Reforço do regime de encerramento imediato de processos sem bens, poupando o sistema judicial à prática de actos inúteis, assim reservando os recursos existentes para os processos com efectivas perspectivas de obtenção de resultados para os credores.

4.8. Carácter facultativo da comissão de credores em processos de menor dimensão, podendo a mesma ser dispensada quando os credores assim o entenderem, ao mesmo tempo que se impõe a representação obrigatória de um representante dos trabalhadores, sempre que existam créditos laborais.

4.9. Atribuição de carácter urgente a todo o processo, que goza assim de prioridade sobre os restantes e igual carácter aos registos (civil, comercial, predial ou outro) requeridos no âmbito destes processos. O despacho liminar deve ser proferido num prazo não superior a três dias úteis.

4.10. Concessão aos credores de papel relevante na nomeação do administrador da insolvência, não só através da obrigação de o juiz ponderar as indicações dos mesmos aquando da nomeação, como ainda pela possibilidade de estes procederem à substituição daquele nomeado pelo juiz, por outrem que entendam mais qualificado. (...)

Carlos Souto Junior⁸⁵ sintetiza muito bem as principais mudanças ocorridas na legislação concursal portuguesa, elencando os objetivos essenciais que a mesma procurou atingir, tais como:

- reserva do foro dos tribunais apenas para os processos de insolvências relativos a empresas, assim conferindo maior eficácia aos processos com mais importantes consequências sociais e econômicas. Os processos relativos à pessoas singulares não titulares de empresas serão remetidos aos tribunais comuns;

No Brasil existem Comarcas que criaram foros especiais para tramitação dos processos de insolvência e recuperação de empresas, visando essa eficácia.

- agilização da atuação judicial, retirando ao juiz qualquer intervenção na decisão concreta quanto ao destino da empresa, reservando a sua intervenção para domínios efetivamente jurisdicionais. O juiz deixa de tomar qualquer decisão no que respeita à viabilização da empresa, cabendo tal decisão aos credores. Este objetivo é também evidenciado na reclamação de créditos, que passa a ser dirigida ao administrador da insolvência, só tendo o juiz intervenção na medida em que haja impugnações;

Novamente encontramos convergências com nossa legislação falimentar, exceto pelo fato da previsão do *cram down* na Lei n. 11.101/2005, onde o juiz pode ter uma atuação um pouco mais efetiva.

Houve também um reforço dos deveres do empresário de apresentar o pedido de recuperação com maior antecedência, com a finalidade de promover a recuperação das empresas que de fato tenham condições de se manterem no mercado, além da consagração de uma única forma de processo, em que credores reunidos em assembleia, que tem o

⁸⁵ **SOUTO JÚNIOR, Carlos.** *Nova lei de recuperação de empresas (Lei nº 11.101/2005). Alguns aspectos.* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1096, 2 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8587>>. Acesso em: 06 maio 2008.

prazo de realização de 45 a 75 dias, decidem pela recuperação ou liquidação da empresa devedora.

Procurou-se, também, eliminação de atos inúteis, como o da duplicação habilitação de créditos, assim como outros atos que geram efeitos graves para a credibilidade das empresas. Com isso, colocou-se um fim aos anúncios de convocação de credores quando a falência é requerida por um credor, preservando-se a imagem da empresa no mercado, até que ocorra a efetiva decisão judicial de reconhecimento da situação de insolvência.

Carlos Souto Júnior elenca diversas outras mudanças na legislação portuguesa⁸⁶ e, recentemente, o Governo Português criou um fundo de Recuperação de Empresas direcionado às MPE's.

⁸⁶ - imediato reconhecimento da situação de insolvência, quando o processo é requerido pelo devedor, e restrição dos recursos, de modo geral, a apenas uma instância. Reforço do regime de encerramento imediato de processos sem bens, poupando o sistema judicial à prática de atos inúteis, assim reservando os recursos existentes para os processos com efetivas perspectivas de obtenção de resultados para os credores;

- caráter facultativo da comissão de credores em processos de menor dimensão, podendo ser dispensada quando os credores assim o entenderem, ao mesmo tempo em que impõe a representação obrigatória de um representante dos trabalhadores sempre que houverem créditos laborais;
- atribuição de caráter urgente a todo processo de insolvência, que goza assim de prioridade sobre os restantes e igual caráter aos registros (civil, comercial, predial ou outro) requeridos no âmbito destes processos. O despacho liminar deve ser proferido no prazo máximo de três dias úteis;
- concessão aos credores de papel relevante na nomeação do administrador da insolvência, não só através da obrigação de o juiz ponderar as indicações deles quando da nomeação, como ainda pela possibilidade de estes procederem à substituição daquele nomeado pelo juiz, por outrem que entendam mais qualificado;
- reforço dos incentivos ao bom desempenho do administrador, através de sistema remuneratório adequado, garantido, em primeira instância, pela massa insolvente e não pelo Cofre Geral dos Tribunais. Definição mais precisa do tipo de atos que necessitam de autorização da comissão de credores, por forma a libertar de tal formalismo os atos menos relevantes;
- manutenção dos privilégios creditórios do Estado relativos as dívidas aos 12 meses anteriores à declaração de insolvência, assim conjugando de maneira mais justa os interesses do Estado com os interesses dos restantes credores, pois os privilégios não se extinguem totalmente como atualmente sucede no processo de falência. Mas, por outro lado, a inércia do Estado na cobrança dos seus créditos não penalizará os demais credores;
- prevê-se a manutenção das hipotecas legais, desde que registradas, pelo menos, 2 meses antes do início do processo;
- concessão de privilégio creditório ao credor requerente da insolvência, correspondente a ¼ do seu crédito (Max: 40.000 euros), por forma a compensar os custos incorridos por este em sua instrução;
- criação de uma nova categoria de créditos: créditos subordinados, por forma a relegar para segundo plano os créditos detidos por pessoas especialmente relacionados com o insolvente, designadamente pessoas com estreitas relações familiares ou, no caso de sociedades comerciais, sociedades do mesmo grupo. Este regime permite afastar boa parte das suspeições que hoje surgem relativamente à efetiva existência de determinados créditos em sede de falência.
- facilita-se a resolução de negócios prejudiciais à massa insolvente, procurando evitar os que visam dilapidar o património em prejuízo dos credores;

3.3.2. *A Recuperação de Empresas no Brasil*

3.3.2.1. Breve digressão histórica

No Brasil o instituto da falência foi dividido em três grandes fases: Brasil Colônia, Brasil Império e o Brasil República.

Na primeira fase, o Brasil ainda vivia sob as regras jurídicas editadas por Portugal, vigoravam as Ordenações Afonsinas e somente em 1541 foram revistas por D. Manuel, sendo então publicadas, em 1521, as Ordenações Manuelinas.

As antigas Ordenações Afonsinas não davam tratamento específico ao processo de quebra do comerciante; na verdade este ganhou forma a partir da entrada em vigor da Lei de 08 de março de 1.595, promulgada por Felipe II, servindo, inclusive, oito anos após a sua promulgação, como inspiração para o título LXVI, do Livro V, das Ordenações Filipinas (1603).

Nesta época, passaram a disciplinar o concurso de credores, dando prioridade ao credor que tivesse a iniciativa da execução e, no caso do devedor que não possuísse bens, era submetido à prisão.

Os consagrados princípios que norteavam a Lei de 08 de março de 1.595 e as Ordenações Filipinas de 1.603, além de deixarem fortes influências na Espanha e Portugal, trouxeram ao Brasil Colônia o início da quebra dos comerciantes.

Nesse período o Brasil passou a fazer a distinção entre os mercadores que, de certa forma, agiam desonestamente e os que, sem culpa, acabavam caindo na pobreza, impossibilitando-os de honrar com seus compromissos.

Foi através do Marques de Pombal, em 1.756, pelo do Alvará 13/11, que se organizou e disciplinou no Brasil, as funções das Juntas do Comércio e, conseqüentemente, o processo falimentar no direito brasileiro. Aquele que se encontrava falido era obrigado a

-
- atipicidade das medidas de recuperação, podendo os credores escolher livremente, o melhor modo de viabilização da empresa;
 - maior facilidade dos rateios parciais;
 - maior responsabilização do devedor e seus administradores, através da instituição de um incidente obrigatório de apreciação de conduta.

comparecer e declarar sua situação de insolvência na Junta, bem como a obrigatoriedade da entrega dos livros comerciais e o fornecimento da relação de todo o seu patrimônio.

Após a entrega dos livros e declarada situação de insolvência, a Junta do Comércio era responsável por reunir e convocar os credores através de publicações feitas por editais, bem como a tarefa da apreciação da quebra do comerciante. Apurada a documentação e constatados atos fraudulentos para a decretação da falência, o comerciante tinha sua prisão decretada e respondia na esfera penal.

Sem dúvida, foi o reinado de D. Pedro II que deu ensejo à criação do Tribunal Real da Junta do Comércio, Agricultura, Fábrica do Estado do Brasil e Domínios Ultramarinos, que possuía o Registro Público dos Comerciantes (Alvará 23-08-1.908) e o surgimento da ideia de organizar um Código de Comércio, sendo presidido, inicialmente, por Antonio Limpo de Abreu e, posteriormente, por José Clemente Pereira.

O projeto foi enviado à Câmara em 1834, sendo aprovado somente em 25 de junho de 1.850, dando origem à Lei nº 556 e à promulgação do Código Comercial Brasileiro, que previa a concessão de moratória por até 3 (três) anos ao comerciante que provasse que estava impossibilitado de cumprir pontualmente as obrigações contraídas, por conta de acidentes extraordinários imprevistos, ou força maior; e possuía patrimônio suficiente para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante alguma espera (arts. 898 e 901).

Ao juiz cabia decidir sobre o pedido de moratória, mas esta só poderia ser concedida se houvesse a concordância da maioria dos credores em número, representantes de pelo menos dois terços da totalidade das dívidas sujeitas aos efeitos da moratória (apenas créditos quirografários) – arts. 900 e 903.

No mesmo ano de 1.850 ainda surgiram os Regulamentos nº 737, que tratava do processo comercial e o Regulamento nº 738, que cuidava do processo de quebras, em sua Parte Terceira nos Artigos 797 a 911.

Mesmo após a Proclamação da Independência do Brasil, por longos anos o Brasil ainda viveu sob as leis de Portugal, o que acarretou a falta de adequação às legislações adotadas pelo comércio brasileiro; o próprio Regulamento nº 738 foi

substituído pelo Decreto nº 917, em 24 de novembro de 1.890, que previa concessão de moratória, aplicável somente às dívidas quirografárias, mediante o cumprimento de exigências parecidas com as do Código Comercial de 1850 (arts. 107 e 116).

Por esse decreto, o prazo máximo da moratória era de apenas um ano, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período, caso o credor tivesse pago pelo menos 50% do principal (arts. 112 e 119). Também era previsto outras formas de prevenir a falência, como o acordo extrajudicial com os credores (art. 120), a concordata preventiva (art. 130) e a cessão de bens (art. 131). Exceto a concordata preventiva, todas as demais - inclusive a moratória - ficavam sujeitas à aprovação dos credores, competindo ao juiz apenas homologar a decisão que tomassem em assembleia. Cabia ao juiz poder propriamente decisório, somente no tocante à cessão de bens, devendo rejeitá-la se verificasse má-fé do devedor (art. 135).

A Lei nº 859, de 16 de agosto de 1.902 - que criava a função de síndicos, nomeados pelas Juntas Comerciais e visto como um equívoco, previa apenas a concordata preventiva como forma de obstar a falência (art. 114) e sua concessão dependia da aceitação dos credores quirografários, o quórum de aprovação variando conforme fossem as condições do acordo oferecido pelo devedor (art. 54). Caso aprovado por três quartos dos credores, representantes de três quartos do valor somado dos créditos, o prazo para pagamento das dívidas poderia ser superior a 2 (dois) anos.

Duramente criticada por ensejar fraudes, nas palavras de Carvalho de Mendonça: “a Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, aboliu a moratória e a cessão de bens, conservando a concordata preventiva, mas regulamentou-a de modo a dar entrada à mais deslavada fraude. Não houve melhora ao estado de coisas, estabelecido no Dec. n. 917; ao contrário, talvez se tornasse mais fácil a obtenção de indecorosos conchavos, sob o nome de concordata preventiva.”⁸⁷

Substituída pela Lei nº 2.024, de 1.908 que, como inovação, introduziu a figura do Ministério Público na Curadoria de Massas Falidas e o critério de impontualidade, também facultava ao devedor pleitear concordata preventiva (art. 149), desde que feita por

⁸⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 488.

requerimento motivado do qual constassem a exposição do seu estado econômico, as cláusulas e condições em que pretendia cumprir, bem como suas obrigações as garantias oferecidas para o pagamento de mais de 20% dos créditos quirografários.

Em assembleia presidida pelo juiz, os credores deliberavam sobre a proposta de concordata (art. 154, § 2º) e se obtida aprovação unânime, o juiz homologava a concordata na própria assembleia. Porém, se houvesse credores dissidentes, a concessão da concordata era condicionada à obtenção de certos quóruns de aprovação, que variavam conforme fossem as condições de pagamento oferecidas pelo devedor (art. 106), mas em nenhum caso o prazo para pagamento dos credores podia superar 2 (dois) anos (art. 106, § 1º). Como nos sistemas anteriores, a concordata preventiva produzia efeitos apenas em relação às dívidas quirografárias (art. 113).

Revogada pelo Decreto nº 5.746, que pouco alterou a sistemática da concordata preventiva tal como regulada pela Lei nº 2.024/1908, destacando-se as modificações nos quóruns de aprovação pelos credores, conforme as condições de pagamento propostas pelo devedor (art. 106), e a exigência de garantias correspondentes a pelo menos 50% dos créditos sujeitos à concordata (art. 149).

O Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, promoveu profundas alterações no regime falimentar brasileiro, promovendo o rompimento da tradição, de cometer-se aos credores a decisão sobre a concessão da concordata preventiva⁸⁸, que passou a ficar condicionada apenas ao cumprimento de certos requisitos objetivos (de ordem econômica, formal e ética) previstos na lei (arts. 140 e 156 a 160): “se o pedido estiver em termos, corretamente instruído como deve ser, o juiz determinará seja processada a concordata, proferindo despacho ordenatório”.

⁸⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948, v. 2, p. 212: “Desde o Código de 1850 até a lei vigente, exclusive, as seguintes regras se mantinham firmes: a) não pode haver concordata quando o falido ou devedor agiu com culpa ou fraude; b) para a validade da concordata é necessário que a proposta tenha sido apoiada por determinada maioria de credores e de créditos; c) é reconhecido aos dissidentes o direito de se oporem à homologação da concordata; d) a sua eficácia em relação a todos os interessados depende da sentença homologatória do juiz; e) com a homologação forma-se a concordata, que se torna obrigatória para todos os credores, salvo os privilegiados e os que têm garantia real; f) a concordata pode ser rescindida em determinados casos. Essas regras, certamente que nem sempre com a mesma amplitude através da nossa legislação, constituíam as colunas mestras nas quais se apoiava a construção jurídica da concordata, quer preventiva, quer suspensiva da falência. A lei vigente, porém, tomou outro rumo, cancelando a regra sob a letra b, pois que prescinde do consentimento dos credores para a concessão da concordata.”

Um dos motivos que conduziram à modificação do modelo foi a observação de que os credores, premidos por seus interesses particulares, não tinham isenção suficiente para decidir se a empresa era recuperável ou não⁸⁹. Com isso, a negociação entre devedor e credores não foi apenas desestimulada, mas passou a ser expressamente vedada: o só fato de o devedor convocar os seus credores para discutir a sua situação de crise podia configurar indício de insolvência e justificar a decretação da falência (art. 2º, III).

O Decreto-lei nº 7.661/45 previa apenas a remissão e a moratória (art. 156) como medidas preventivas à falência. Se atendidos os requisitos da lei, o devedor podia liberar-se das suas obrigações para com os credores quirografários pagando apenas 50% dos seus créditos à vista, ou então, se quisesse, protelando o pagamento de toda a sua dívida por até 2 (dois) anos, período em que ficavam suspensas as ações e execuções movidas pelos credores quirografários. Não se sujeitavam à concordata os créditos privilegiados, nem os dotados de garantia real (art. 147).

Permanecendo em vigor por sessenta anos o Decreto-Lei nº 7.661/45, que tecnicamente até se mostrava parcialmente eficiente, segundo alguns defensores, acabou se tornando desatualizado frente às transformações socioeconômicas mundiais do período pós-guerra e às alterações na legislação brasileira. Dentre elas a própria entrada em vigor do Código Civil a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002, revogando a parte primeira da Lei nº 556, de 25 de junho de 1.850 e, mais atualmente, a Lei nº 10.406/2.002, reforçando a ideia da necessidade de uma nova legislação que cuidasse do regime falimentar.

3.3.2.2. A necessidade de especialização

Rubens Requião⁹⁰ já asseverava que *“a falência, na realidade, propõe uma solução para a empresa comercial arruinada: ou a liquida, ou proporciona a sua*

⁸⁹ “É peculiar ao instituto, no direito vigente, a imposição da deliberação da maioria sobre a vontade dos dissidentes. O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar. A preponderância da maioria, nas deliberações coletivas, somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestem, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob a pressão do seu interesse individual, deturpando o interesse coletivo da deliberação e tornando ilegítima a sujeição da minoria” (Exposição de motivos do Decreto-lei nº 7.661/45, subscrita pelo Min. Alexandre Marcondes Machado).

⁹⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. vol. 01. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 5.

recuperação”, sendo que a assertiva vai ao encontro do que preconiza a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei nº 11.101/2005, que objetiva a preservação da empresa em crise por meio de da sua recuperação ou, mais precisamente, como dispõe a sua norma-objetivo: “*Artigo 47 - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, sua função social e o estímulo à atividade econômica.*” E o relator do Projeto, Deputado Oswaldo Biolchi⁹¹, complementa os contornos da nova Lei, dizendo que:

A nova Lei moderniza o relacionamento entre as empresas e credores, trazendo entre as principais inovações a substituição do processo de concordata banido por novos mecanismos: a recuperação judicial e extrajudicial. Bem relevante destacar o espírito dessa nova Lei que tem o objetivo primacial voltado para a recuperação da empresa, possibilitando a sua continuidade, mantendo e gerando empregos e ainda pagando os tributos devidos. Dessa forma, a nova Lei contribuirá – e o tempo mostrará – para o desenvolvimento econômico e social do País.

Já em estudo anterior⁹², ressaltou-se que esta Lei de Recuperação de Empresas e Falências possui um espírito notadamente social, mas será necessária uma convergência de ideias, uma mudança de paradigmas, como bem expôs o Ministro do STJ, Sidnei Agostinho Beneti ao falar que não são necessários apenas novos juízes, advogados e operadores do direito, mas também novos credores e devedores, com uma nova mentalidade.

O Poder Judiciário, pelo menos no Estado de São Paulo, já não atendia à crescente demanda, e diante da demora na tramitação dos feitos, já não se encontrava na vanguarda das decisões. Urgia a criação de mecanismos eficientes para que os julgados seguissem mais céleres às Instâncias Superiores e um desses mecanismos, pelo menos

⁹¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (coordenação) - *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Apresentação p. XXXVI.

⁹² LEONARDI ANTONIO, Nilva M. Op. Cit. p. 479/482.

aqui, foi a criação de Varas Especializadas, que processassem apenas ações regradas pela Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências; para concretizar essa celeridade, criou-se também a Câmara Especializada, hoje Câmara Reservada às Falências e Recuperação de Empresas, evitando-se assim a dispersão jurisprudencial⁹³.

3.3.2.3. A Lei n. 11.101/2005 e os diversos tipos de recuperação

Aqui se pretende analisar os aspectos materiais e processuais das modalidades de recuperação previstas na Lei nº 11.101/2005.

Na esfera judicial, a legislação propõe dois tipos de procedimentos: o destinado às médias e grandes empresas, conforme o previsto no artigo 51 e seguintes, bem mais sofisticado e oneroso, e outro destinado às MPE's, conforme artigos 70 a 72. A novel legislação também prevê um tipo de recuperação menos formal, a extrajudicial, conforme dispõe o artigo 161 e seguintes, e esta se apresenta em duas formas: com ou sem a obrigatoriedade de homologação judicial, o que a torna menos processualista, menos onerosa e, com toda certeza, mais salutar às empresas, pois a exposição junto ao empresariado não envolvido na crise é menor.

3.3.2.3.1. A Recuperação Judicial – Aspectos Materiais e Processuais

A recuperação judicial prevista no artigo 51 e seguintes, destina-se às empresas de médio e grande porte, sem prejuízo daquelas micro e pequenas empresas que também queiram se utilizar desse instituto.

Fábio Ulhoa Coelho classifica a recuperação em três fases distintas: postulatória, deliberativa e executiva.

A primeira, postulatória, ocorre com a petição inicial, onde é formulado o pedido de recuperação e encerra-se com o despacho judicial que determina o processamento do pedido, de acordo com as regras do artigo 52.

⁹³ LEONARDI ANTONIO, Nilva M. Op. Cit. p. 477

A segunda fase é a chamada fase “*deliberativa*”, é o momento onde se aprova ou se determina a alteração do plano de recuperação judicial apresentado, encerrando-se com a decisão de concessão da recuperação, nos moldes do artigo 58.

A terceira fase é a da “execução”, onde é realizada a afetiva fiscalização do cumprimento do plano aprovado e se conclui com a sentença de encerramento da recuperação judicial, determinando ainda que seja realizado: a) o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial e somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias; b) aprovação do relatório do administrador judicial; c) a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; d) a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; e) a dissolução do Comitê de Credores; f) e a exoneração do administrador judicial; g) a comunicação ao órgão competente do Registro Público de Empresas (Junta Comercial)⁹⁴.

Em estudo anterior já foi possível constatar que a falta de comprometimento na elaboração do plano de recuperação judicial apenas servirá para cumprir mera formalidade processual e atravancará ainda mais o Poder Judiciário, além prejudicar o futuro do instituto, levando-o à completa desmoralização.

Importante destacar que, além da própria possibilidade jurídica do pedido de recuperação judicial de empresa, a figura da *legitimatio ad causam*, ou seja, quem tem a legitimidade ativa para a propositura do pedido; nesse caso temos o sujeito ativo da recuperação judicial, o empresário individual ou a sociedade empresária.

A legitimidade ativa da sociedade empresária, para o pedido de recuperação judicial da empresa será feito em nome da pessoa jurídica, por intermédio do seu órgão de administração.

⁹⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo. Saraiva. 2007. p. 144.

A Lei ainda nos remete à legitimidade ativa extraordinária, conforme dispõe o artigo 48, em seu parágrafo único, como é o caso do sócio remanescente: “*o cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente*”.

Sérgio Campinho⁹⁵ acredita que o sócio remanescente deve ser compreendido nas situações na qual ocorre a unipessoalidade temporária das sociedades contratuais⁹⁶, e cita como exemplo, “o caso em que o sócio único, pelo contrato social, não integra a administração da sociedade, que ficava exclusiva nas mãos de sócio que dela se retirou ou faleceu”.

Fábio Ulhoa Coelho⁹⁷ assevera que a expressão “remanescente” se apresenta na Lei com imprecisão, podendo ser interpretada como se sociedade tivesse sido abandonada por todos os demais, quando que o correto seria:

Mencionar os adjetivos “dissidente” ou “minoritário” na identificação daquele que discordou, em reunião ou assembléia, da rejeição da proposta de pleito da recuperação judicial.

É importante ter em mente que mesmo ocorrendo esse espaço de tempo, o pedido de recuperação judicial continuará sendo feito em nome da sociedade empresária, uma vez que esta em momento nenhum perdeu a sua legitimidade jurídica.

Da mesma forma em que a Lei nº 11.101/2005 apresenta expressamente quem são os legitimados a requerer o pedido de recuperação judicial, ela também trata aqueles que não se enquadram nesse processo.

É o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, as instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas, devido a sua natureza de sociedade simples, independentemente do seu objeto, consórcio, entidade de previdência complementar,

⁹⁵ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 126.

⁹⁶ CÓDIGO CIVIL (2005). Artigo 1.033, inciso IV.

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 125.

sociedade operadora de plano de assistência à saúde ou seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores (artigo 2º).

Portanto, nem todo aquele que exerce atividade econômica empresarial está legitimado a se beneficiar da Lei nº 11.101/2005.

3.3.2.3.1.1 Condições para a Recuperação Judicial

O artigo 48 da Lei nº 11.101./2005⁹⁸ elenca condições para que a sociedade empresária ou empresário individual tenha seu pedido apreciado pelo judiciário e, consequentemente, por seus credores, torna-se necessário o cumprimento, cumulativamente, das determinações impostas pela Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 179, dispensa às microempresas e empresas de pequeno porte, tratamento jurídico diferenciado, incentivando a sua continuidade.

Além das determinações impostas pelo artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, tanto a sociedade empresária, quanto o empresário individual devem atender aos requisitos do artigo 51, do mesmo diploma e os artigos 282 e 283, do Código de Processo Civil, especificando claramente as causas concretas que levaram a sociedade à crise econômico-financeira, expondo também sua situação patrimonial, devidamente acompanhada dos documentos probatórios que sustentem as alegações apresentadas.

⁹⁸ i) Exercer regularmente a atividade empresária há mais de dois anos, independentemente de se manter ou não no mesmo ramo de atividade. Como prova no momento do ajuizamento do pedido será obrigatório fazer prova do tempo de atividade, isso inclui a apresentação de certidão, registro do contrato social ou estatuto, além da apresentação da escrituração regular dos livros, todos com as devidas autenticações produzidas pelo Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial).

ii) Não ser falido e, caso já tenha sido, obrigatoriamente deve ter declarado extinta, por sentença transitada em julgado, qualquer responsabilidade que decorra desse feito.

iii) Não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial. Se foi concedido uma recuperação judicial a sociedade empresária nesse tempo e novamente se socorre novamente do Poder Judiciário para se reorganizar, entende-se não mais seja viável a sua continuidade, pois deixou de atender a exploração da atividade econômica a sua função social da empresa.

iv) O sócio e nenhum dos administradores poderão ter sido condenados por qualquer dos crimes previstos na Lei 11.101/2005.

v) não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial para microempresas e empresas de pequeno porte.

Trata-se de um momento delicado para o devedor, pois se esse realmente se propõe ao plano de recuperação judicial, deverá então abrir mão temporariamente do direito à inviolabilidade e do sigilo de seus registros fiscais e contábeis, demonstrando assim a transparência da intenção de reorganizar suas atividades e superar a crise econômico-financeira.

Uma vez cumpridas as exigências legais, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial nos moldes do artigo 52 da Lei nº 11.101/2005⁹⁹.

Essas exigências refletem a preocupação do legislador em prover a recuperação judicial daqueles que realmente apresentam condições econômico-financeiras para o sucesso, do contrário, estariam apenas prorrogando o inevitável, ou seja, a falência.

Deferido o pedido de recuperação, chega o momento da apresentação do plano de recuperação judicial, e é nele que estarão concentradas as oportunidades de manter viva e preservar a atividade econômica da empresa. Terá então o devedor o prazo de 60 (sessenta) dias para apresentar o plano de recuperação, a partir da data da publicação da decisão judicial que deferiu o processamento da recuperação, lembrando que o prazo

⁹⁹ Artigo 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do caput deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

determinado é improrrogável e que o seu descumprimento acarretará na convolação em falência.

Para alguns doutrinadores, uma minoria, entre eles Sérgio Campinho, entende que o prazo de apresentação do plano deverá ser contado a partir da data da publicação do edital previsto no artigo 52, V, § 1º, porém tal constatação é equivocada, pois o artigo 53¹⁰⁰ é taxativo. Exceto quando o pedido de recuperação vem através de uma contestação em ação de pedido de falência, o prazo parece ser razoável, pois a empresa, quando do pedido de processamento da recuperação, deverá ter o plano pronto, excetuando alguns casos de empresas de grande porte, complexas. Os operadores do direito, atuantes no campo recuperacional, devem olvidar os vícios da extinta concordata, em que se procurava prorrogar ao máximo o andamento do processo, pois agora é imprescindível uma mudança de mentalidade e postura.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁰¹ destaca a importância de um bom plano de recuperação judicial afirmando que:

(...) a mais importante peça do processo de recuperação judicial, é sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de “reorganização da empresa”). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que

¹⁰⁰ Artigo 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter: Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

¹⁰¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 158.

mergulhara. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente, a toda a sociedade brasileira.

A falta de comprometimento na elaboração do plano de recuperação judicial apenas servirá para cumprir mera formalidade processual e atravancará ainda mais o Poder Judiciário, prejudicando o futuro do instituto, levando-o à completa desmoralização.

Ronaldo Vasconcelos¹⁰², em obra recente, afirmou que “*o processo visa à pacificação social e a garantia das liberdades. Para que seus objetivos sejam alcançados, necessário que os atos sejam praticados validamente, sem causar gravame às partes*”.

Nota-se que o legislador deu especial atenção ao plano de recuperação judicial, quando o assunto envolve o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, concedendo prazos curtos devido à natureza alimentar desses créditos.

Com a apresentação do plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá apresentar objeções ao plano, no prazo de trinta dias contados da publicação do edital previsto no artigo 53 ou da relação de credores apresentada pelo administrador judicial (artigo 7º, § 2º)¹⁰³, o que ocorrer por último.

Sendo ofertada objeção por parte de qualquer credor, o juiz determinará que seja designada uma data para a realização da Assembleia Geral de Credores, para deliberar sobre o plano de recuperação (artigo 56, §§ 1º, 2º, e 3º). Se o plano for rejeitado em assembleia e não ocorrer hipótese prevista no artigo 58, §§ 1º e 2º, caracterizando-se o

¹⁰² VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito Processual Falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 147.

¹⁰³ Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do caput e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no artigo 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

cram down, poderá o juiz decretar a falência do devedor, conforme dispõe o § 4º do mesmo artigo.

Se o plano de recuperação atendeu a todas as exigências impostas, sem oferecimento de nenhuma objeção, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor e este permanecerá sob a égide do judiciário, fiscalizado pelo administrador judicial e pelo Comitê de Credores, se houver, pelo prazo de dois anos¹⁰⁴.

Obedecido ao prazo do artigo 61 da Lei, o juiz encerrará a recuperação judicial, por meio de sentença, bem como ordenará: a) o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial; b) a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; c) a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; d) a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; e) a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

3.3.2.3.2. A Recuperação Especial – Aspectos Materiais e Processuais

A legislação falencial¹⁰⁵ considera a classificação elencada no artigo 3º da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária¹⁰⁶, a sociedade simples e o empresário nos moldes do Art. 966 do Código Civil de 2002.

¹⁰⁴ Artigo. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

¹⁰⁵ LEONARDI ANTONIO, Nilva M. Op. Cit., p. 452-453. “A terminologia utilizada pela grande maioria dos doutrinadores e operadores do direito, ao referir-se à matéria falência, correta ou não, é falimentar, como, por exemplo, direito falimentar. Porém, para Arthur Migliari Junior, a melhor definição da nomenclatura seria: “**Falencial** – origem: cessação de pagamentos, quebra de um negociante, ato ou efeito de falir e advém do português. **Falimentar** – origem: erro, omissão, mingua, carência, falha e advém do italiano, *falimento*, *falimentare*”.”

¹⁰⁶ Lei Complementar 123/2006 - Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a

Como já abordado em capítulo próprio, a micro e a empresa de pequeno porte constituem um número bastante significativo no mundo empresarial, correspondendo a mais de 98% das empresas brasileiras, e até o mês de julho de 2007, a Junta Comercial do Estado de São recebeu a quantia de 46.209 enquadramentos de microempresas e 4.779 enquadramentos de empresas de pequeno porte¹⁰⁷. Esse tipo societário está subordinado a estatuto próprio (Lei nº 9.841/1999) - com isso ganham sistema simplificado na operacionalização da legislação previdenciária e trabalhista, além de estarem subordinadas a um sistema muito mais desburocratizado para se valerem da recuperação judicial.

Nesse sentido Amador Paes de Almeida¹⁰⁸ destaca a simplificação no tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte:

- i) independe de concordância dos credores, dispensando convocação de Assembleia Geral destes;
- si) o juiz pode, conceder a recuperação, se atendidas as exigências legais, ou, julgamento improcedente o pedido, na eventualidade de haver objeção de credores titulares de mais da metade dos créditos quirografários (artigo 72), decretar a falência;
- iii) só atinge os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, e aqueles descritos nos §§ 3º e 4º do artigo 49;
- iv) faculta o pagamento do débito em até trinta e seis parcelas mensais e sucessivas, corrigidas monetariamente com juros de 12% ao ano;

que se refere o [art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002](#), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

¹⁰⁷ Junta Comercial do Estado de São Paulo. Informativo Jucesp. Número 13. Ano II. p. 2.

¹⁰⁸ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. São Paulo, 2006. p. 339.

v) a contratação de empregados e aumento das despesas depende de autorização do juiz, ouvido, previamente, o administrador judicial.

Embora tenha sido a intenção do legislador beneficiar as micro e empresas de pequeno porte, segundo opinião de alguns juristas, dentre eles Carlos Henrique Abrão e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, não foi o que ocorreu, pois é fácil perceber que a Lei, ao contrário, destacou significativa atenção às empresas de médio e grande porte.

No caso do deferimento do pedido de recuperação judicial, seguirá as regras dos artigos 70 a 72 da Lei 11.101/2005¹⁰⁹:

O plano especial não corresponde à realidade, com índices baixíssimos de pedidos, com concentração na cidade de São Paulo, quase que exclusivamente¹¹⁰. Outros fatores que levam ao desestímulo dos devedores por esse tipo de recuperação é que só sujeitam os credores quirografários, possui juros elevados para o porte da empresa, sem margem para negociações e prazo fixo.

¹⁰⁹ Art. 70. As pessoas de que trata o art. 1º desta Lei e que se incluam nos conceitos de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação vigente, sujeitam-se às normas deste Capítulo.

§ 1º As microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme definidas em lei, poderão apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51 desta Lei.

§ 2º Os credores não atingidos pelo plano especial não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial.

Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se-á às seguintes condições:

I – abrangerá exclusivamente os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

II – preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano);

III – preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;

IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Parágrafo único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

Art. 72. Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei.

Parágrafo único. O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55 desta Lei, de credores titulares de mais da metade dos créditos descritos no inciso I do caput do art. 71 desta Lei.

¹¹⁰ Outro fato surpreendente foi a descoberta da justificativa para tão baixo índice de procura por esse tipo de recuperação: o **desconhecimento** – em informações levantadas junto à FIESP soube que **mais de 80% das indústrias paulistas (ME e EPP) não sabem que podem pedir a recuperação especial**, pois na égide do Decreto-Lei 7.661/45 tinham que apresentar balanço contábil para impetrarem concordata.

Apesar de todos esses esforços, as estatísticas indicam que a grande maioria das cerca de quinhentas mil novas empresas abertas no Brasil anualmente não sobrevive aos primeiros cinco anos de existência.

4. A MICRO E PEQUENA EMPRESA NO BRASIL E A LEI N. 11.101/2005

Tullio Ascarelli já dizia que “*as normas sobre a insolvência do empresário comercial constituem um dos capítulos mais importantes do direito comercial*”¹¹¹ e o instituto da falência é um dos mais importantes no âmbito do direito comercial, sendo mais exato dizer, nas palavras de Carvalho de Mendonça, que ele extrapola os limites do direito mercantil¹¹². É cediço que para o direito falimentar, uma das maiores preocupações dos juristas sempre foi direcionada aos meios para se evitar a quebra.

Tais formas preventivas testaram vários sistemas, mas sempre sob a ótica estreita dos interesses do devedor ou dos credores.¹¹³ Ficou, portanto, caracterizada a preocupação *liquidatória-solutória*, presente na doutrina processualista, quando estabelece a dissolução da empresa para assim saldar as dívidas. Com efeito, podemos afirmar que o danoso processualismo falimentar está consubstanciado na sua intenção *liquidatória-solutória*.

Nosso legislador, na tentativa de recuperar a empresa em dificuldade, procurou dar especial atenção à micro e pequena empresa, mas não logrou êxito, pois conforme o disposto nos artigos 70 e seguintes da Lei n. 11.101/2005, somente estão sujeitos ao plano especial os credores comuns, quirografários, que farão parte do projeto de soerguimento da empresa¹¹⁴, através do plano de recuperação, deixando de fora os credores trabalhistas e

¹¹¹ ASCARELLI, Túlio. Corso di diritto commerciale, Milão, Giuffrè, 1962, p. 308.

¹¹² - “Na verdade, o instituto da falência não se restringe aos domínios do direito comercial; penetra nos do direito público, do direito civil, do direito internacional público e privado, do direito criminal, do direito judiciário, em cada um dos quais vai buscar regras, preceitos e ensinamentos, tendo, muitas vezes, de modificá-los, a fim de adaptá-los ao grande meio de execução coletiva que trata de organizar. Inspira-se ainda, na ciência econômica, cujos fenômenos não lhe devem ser estranhos, na ciência financeira e na estatística, onde verifica a prova do resultado do seu funcionamento” (JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VII, 5ª ed, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, p. 60).

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder, Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 102.

¹¹⁴ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*. Rivista del Diritto Commerciale. Vol. 41, Parte I, Milão, Vallardi, 1943 e tradução de COMPARATO, Fábio Konder. *Os Perfis da Empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XXXV, nº 104, p. 109-126, São Paulo, out./dez. 1996 (o doutrinador italiano, concebeu o mais famoso conceito de empresa, com base no Código Civil Italiano de 1942, vislumbrou a empresa sob quatro perfis distintos: O perfil subjetivo, que vê a empresa como empresário (*il codice civile e le leggi speciali considerano spesso l'organizzazione economica de' ll impresa dal suo vertice, usando la parola in senso soggettivo come sinonimo di imprenditore. Alcune leggi usano*

tributários. Verificamos, no decorrer da investigação inicial, que a aplicabilidade da lei nestes primeiros anos de vigência, tem demonstrado inúmeras falhas.

Decorridos cinco anos desde o início da vigência da atual legislação, observamos ainda uma quase inexistência de doutrina sobre o assunto, tornando-se

come sinonimo di imprenditore anche la parola <azienda> sull'inquadramento delle aziende esercenti il credito e l'assicurazione. Si tratta di metonimie giustificate dalla considerazione che l'imprenditore, non solo sta nell'impresa (in senso economico), ma ne è il capo e l'anima. Ciò non toglie che nel linguaggio giuridico l'uso della parola <impresa> per <imprenditore> è un traslato che può essere evitato, anche se l'imprenditore è una persona giuridica (così anche il codice, art. 2221); perfil funcional, que vê a empresa como atividade empresarial (Poichè l'impresa economica è un'organizzazione produttiva che opera per definizione nel tempo, guidata dall'attività dell'imprenditore, dal punto di vista funzionale o dinamico l'impresa appare come quella particolare forza in movimento che è l'attività imprenditrice diretta a un determinato scopo produttivo. [...] Poichè il nostro vocabolario non dispone di un'altra parola semplice come la parola impresa per esprimere il concetto di attività imprenditrice, non è facile resistere contro l'uso della parola impresa in tale senso, purchè non sia un uso monopolistico.); o perfil patrimonial ou objetivo, que vê a empresa como patrimônio "aziendal" ou estabelecimento (Poichè l'esercizio dell'attività imprenditrice dà luogo al formarsi d'un complesso di rapporti giuridici che fanno capo all'imprenditore (diritto sui beni di cui l'imprenditore si serve, rapporti coi prestatori di lavoro, coi fornitori di merci e di capitali, con la clientela), il fenomeno economico dell'impresa, proiettato sul terreno patrimoniale, dà luogo ad un patrimonio speciale distinto per il suo scopo dal rimanente patrimonio dell'imprenditore (tranne se l'imprenditore è una persona giuridica, costituita per l'esercizio di una determinata attività imprenditrice, nel quale caso l'intero patrimonio della persona giuridica serve quello scopo). [...] Vale in proposito il principio generale per cui ciascuno risponde delle obbligazioni con tutti i propri beni presenti e futuri, salve le limitazioni della responsabilità ammesse dalla legge (art. 2740 cod. civ.); nè vi è alcuna norma generale che deroghi a tale principio per l'imprenditore. Anche nell'fallimento e nelle altre procedure concorsuali dell'imprenditore, concorrono tutti i suoi creditori, qualunque sia la causa del loro credito, inerente o non inerente all'esercizio delle attività professionali dell'imprenditore (nel fallimento vi è certo un fenomeno di separazione di patrimonio, ma secondo un diverso criterio).) e o perfil corporativo, que vê a empresa como instituição (... secondo i diversi profili sopra esaminati (impresa come imprenditore, impresa come attività imprenditrice, impresa come patrimonio aziendale e come azienda), l'impresa è considerata dal punto di vista individualistico dell'imprenditore, secondo il profilo corporativo l'impresa viene considerata come quella speciale organizzazione di persone che è formata dall'imprenditore e dai prestatori d'opera, suoi collaboratori. L'imprenditore e i suoi collaboratori – dirigenti, impiegati, operai – non sono infatti semplicemente una pluralità di persone legate fra di loro da una somma di rapporti individuali di lavoro, con fini individuali; ma formano un nucleo sociale organizzato, in funzione di un fine economico comune, in cui si fondano i fini individuali dell'imprenditore e dei singoli collaboratori: il raggiungimento del migliore risultato economico nella produzione. L'organizzazione si realizza attraverso la gerarchia dei rapporti tra l'imprenditore – dotato di un potere di comando - e i collaboratori, tenuti all'obbligo di fedeltà e di obbedienza nell'interesse comune).

Diante dos estudos acima expostos, podemos definir empresa, então, pela soma do conceito dos três elementos fundamentais trabalhados pelo autor italiano: empresário, estabelecimento e atividade empresarial. Importante ressaltar tal definição, pois a nova Lei Falencial segue a definição de empresa adotada pelo novo Código Civil, embora, conforme o entendimento de Newton De Lucca, haja quem entenda que a adoção da teoria da empresa no Brasil seja parcial, e faz o seguinte comentário: “O novo texto legal acolhe, em consonância com a melhor doutrina, a chamada Teoria da Empresa, fundamental para a evolução do direito comercial no século XX. **Não se trata, na verdade, de um acolhimento integral dessa teoria.** De toda a sorte, em cotejo com o velho Dec.-Lei 7.661/45, contudo, pode-se dizer que houve uma guinada de cento e oitenta graus. E conclui que: [...] Com estas singelas observações – indispensáveis para o adequado encaminhamento da análise de uma Lei que procurou adotar, primordialmente, a Teoria da Empresa -, parece possível concluir-se, a salvo de equívoco, que o moderno princípio da conservação da empresa foi efetivamente acolhido pelo texto em exame”. (DE LUCCA, Newton, e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. 1ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2005, pag. 26)

primordial maior aprofundamento sobre a matéria, trazendo a lume soluções para o ínfimo percentual de MPE's que se utilizaram do instituto da recuperação judicial no modo especial.

Podemos verificar o exposto pelos gráficos sistematizados elaborados nos dois primeiros anos da legislação¹¹⁵, tomando como base dados fornecidos pela SERASA:

Ano	Falências		Recuperações		
	Pedidas	Decretadas	Pedidas	Deferidas	Concedidas
2005	9.548	2.876	110	53	1
2006	4.192	1.977	254 (2 E)	156	5
	(- 56%)	(- 31,3%)	+ 57%		

Ano	Falências		Recuperações		
	Pedidas	Decretadas	Pedidas	Deferidas	Concedidas
Jan					
2006	309/296 (d)	133 /111 (d)	20/22 (d)	5 / 7 (d)	0
2007	198	95	20 / 2 E	16	2 (+2 E)
	-35,9% -33,1% (d)	-28,6% -14,4% (d)	-9% dez/06		

Ainda na égide do antigo Decreto-Lei, Rubens Requião¹¹⁶ já ensinava em seu Curso de Direito Falimentar que “a falência, na realidade, propõe uma solução para a empresa comercial arruinada: ou a liquida, ou proporciona a sua recuperação”, tal afirmativa ajustando-se perfeitamente aos contornos da nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que objetiva a preservação da empresa através da sua recuperação. Oswaldo Biolchi complementa os contornos da nova Lei dizendo que:

¹¹⁵ Infelizmente não é possível encontrar dados disponibilizados e atualizados do número de empresas que ingressam no judiciário com pedido de recuperação na forma especial

¹¹⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, vol. 01, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 5.

(...) a nova Lei moderniza o relacionamento entre as empresas e credores, trazendo entre as principais inovações a substituição do processo de concordata banido por novos mecanismos: a recuperação judicial e extrajudicial. Bem relevante destacar o espírito dessa nova Lei que tem o objetivo primacial voltado para a recuperação da empresa, possibilitando a sua continuidade, mantendo e gerando empregos e ainda pagando os tributos devidos.¹¹⁷

O Senador Ramez Tebet, em Relatório apresentado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, adverte:

(...) as micro e pequenas empresas representam a esmagadora maioria dos empreendimentos no Brasil e excluí-las da nova recuperação judicial seria condenar o regime à aplicação meramente excepcional. Admite-se, todavia, que o processo de recuperação judicial pode tornar-se excessivamente oneroso para algumas empresas, principalmente no que tange aos custos para a convocação e realização de uma assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. Entendemos indispensável a previsão de um plano simplificado e preestabelecido na lei para a recuperação judicial de micro e pequenas empresas, que dispense a aprovação da assembléia geral de credores e, assim, reduza a onerosidade do processo.¹¹⁸

Embora a Lei n. 11.101/2005 tenha dedicado um capítulo especial às empresas de pequeno porte, a procura por tal remédio ainda é muito modesta.

Tal situação vem mudando, pois conforme dados levantados pela SERASA as MPE's estão se utilizando mais do instituto da recuperação judicial e até o mês de julho de 2009 já representavam por volta de 56% das 463 solicitações ajuizadas no primeiro semestre. Foi uma verdadeira inversão com relação aos anos anteriores, nos quais as MPE's respondiam por apenas 19% dos pedidos e as empresas de médio e grande porte por

¹¹⁷ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de, e ABRÃO, Carlos Henrique (coordenação) - *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. X.

¹¹⁸ Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, sobre o PLC n.71, de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de empresário e da sociedade empresarial – Relator Ramez Tebet.

81% das solicitações - hoje, são 44% do total - 27% de médias e 17% de grandes companhias.

Outro fator importante a justificar a escolha do tema é a análise do quadro abaixo, onde verificamos que o número de falências de MPE's requeridas e decretadas em 2005 era muito maior que os requerimentos das empresas de médio e grande porte. Também é possível verificar que proporcionalmente ao aumento de solicitações de recuperação, houve uma acentuada queda no número de falências decretadas.

Análise: Janeiro a Novembro			
Instrumento / Porte	jan-nov/07	jan-nov/08	jan-nov/09
Falência Requerida	2.517	2.070	2.207
Micro e Pequena Empresa	1.932	1.511	1.406
Média Empresa	416	378	508
Grande Empresa	169	181	293
Falências Decretada	1.399	924	810
Micro e Pequena Empresa	1.341	861	743
Média Empresa	49	46	50
Grande Empresa	9	17	17
Recuperações Jud. Requerida	249	266	647
Micro e Pequena Empresa	154	153	352
Média Empresa	65	72	190
Grande Empresa	30	41	105
Recuperações Jud. Concedida	100	85	228
Micro e Pequena Empresa	100	85	228
Média Empresa	58	70	153
Grande Empresa	23	41	90
Recuperações Jud. Concedida	11	29	88
Recup. Extrajudicial Requerida	9	12	10
Recup. Extrajudicial Homologada	5	5	4

Fonte: www.R7.com¹¹⁹

Publicado em 11/12/2009 às 09h04; atualizado em: 11/12/2009 às 09h24.

¹¹⁹ Disponível em < www.R7.com > Acessado em 5/1/2010.

Análise Mensal			
Instrumento / Porte	Dec-09	Nov-10	Dec-10
Falência Requerida	164	148	124
Micro e Pequena Empresa	106	92	88
Média Empresa	38	35	23
Grande Empresa	20	21	13
Falência Decretada	98	56	53
Micro e Pequena Empresa	88	52	44
Média Empresa	8	3	6
Grande Empresa	2	1	3
Recuperação Jud. Requerida	23	43	32
Micro e Pequena Empresa	13	26	23
Média Empresa	7	10	5
Grande Empresa	3	7	4
Recuperação Jud. Deferida	21	36	21
Micro e Pequena Empresa	9	19	13
Média Empresa	9	11	6
Grande Empresa	3	6	2
Recup. Jud. Concedida	17	14	8
Recup. Extrajud. Requerida	5	2	-
Recup. Extrajud. Homologada	1	1	-

Análise: JAN a DEZ			
Instrumento / Porte	jan-dez/08	jan-dez/09	jan-dez/10
Falência Requerida	2,243	2,371	1,939
Micro e Pequena Empresa	1,622	1,512	1,233
Média Empresa	427	546	435
Grande Empresa	194	313	271
Falência Decretada	969	908	732
Micro e Pequena Empresa	900	831	653
Média Empresa	52	58	64
Grande Empresa	17	19	15
Recuperação Jud. Requerida	312	670	475
Micro e Pequena Empresa	172	365	297
Média Empresa	87	197	106
Grande Empresa	53	108	72
Recuperações Jud. Deferida	222	492	361
Micro e Pequena Empresa	98	237	185
Média Empresa	74	162	107
Grande Empresa	50	93	69
Recup. Jud. Concedida	48	151	215
Recup. Extrajud. Requerida	14	15	7
Recup. Extrajud. Homologada	6	5	2

Fonte: Serasa Experian¹²⁰

¹²⁰Disponível em: <http://www.serasaexperianvision.com.br/images/stories/falrec06012011.jpg> Acessado em 7 de janeiro de 2011.

Pelos gráficos inseridos nas páginas anteriores, é possível observar que o inversamente proporcional ao número de falências decretadas no setor. É clara a diferença proporcional entre o número de MPE's e médias e grandes indústrias a pedir recuperação judicial, fato inimaginável até o ano 2008.

Hoje a Lei de Recuperação de Empresas consolida-se como instrumento fático de proteção da atividade empresarial. Ou seja, se o desenho da lei a mostrava como um texto cheio de promessas, hoje a jurisprudência sobre ele se aferra à necessidade quiçá política, de defender o interesse nacional cristalizado na proteção da iniciativa privada e de seu sistema de relações econômicas socialmente benéficas. Pode-se, dizer, assim, que se direciona objetivamente o direito concursal no sentido de proteger a unidade jurídica mínima da operação de tal sistema: a empresa.

Mas a suposta proteção dada pela Lei mostra-se até hoje radicalmente relegada a plano secundário. Colocado fora do meio comunicativo, tem se tornado contumaz, principalmente à questão da preservação da empresa, quase que pura e simplesmente relacionada à abstração - que blinda as empresas com poder econômico e que, infelizmente, ainda concentra-se a estas quando estabiliza sua abordagem.

Aqui, busca-se, sobretudo, um *aliud*. Uma correção de rota que deve ser não só voltada à reversão teórica do ponto central do debate atual, mas, sobretudo, à introdução da pequena e micro empresa do país em sua lógica. Ponto que, claramente, mostra-se relegado ao segundo plano denegando-se vigência ao art. 170, XI, parte estrutural da ordem econômica com proteção constitucional de destaque.

E pior, como até aqui se objetivou demonstrar, acontece o mesmo com sua sistemática desenhada na lei, a qual tende a denegar às MPE's a concreção fática de seu soerguimento.

Pelos aspectos históricos abordados da legislação concursal no mundo e no Brasil, a qual, como se viu, tendeu, até a LRE, a movimentar-se no já clássico pêndulo de Valverde, ou seja, ora o sentido garantir aferrada proteção ao credor, ora no sentido de beneficiar o malfadado devedor - sem, contudo, oferecer meios concretos à proteção da empresa.

No que tange à “empresa funcional”, asquiniana, todavia, caminhou-se de maneira sólida no sentido de grandes avanços. Ocorre que, em outro corte, quando se aborda a situação das micro e pequenas empresas, o reverso se demonstrou de forma no mínimo anômala. Entregou-se ao coração microeconômico da atividade empresarial brasileira mecanismo que se aferra à concepção formalista da antiga concordata varguista - sem flexibilidade, sem abrangência, sem capacidade de atribuir ao espaço do direito, ferramentas aptas a transformar o estado de crise das micro e pequenas empresas em situação fática de soerguimento lastreado em substanciais condições materiais de gestão do crédito.

Assim, se, por um lado, a novel legislação primou por dar tanta importância ao artigo 47, com relação às MPE's ocorreu o inverso, pois ao estabelecer regras rígidas de soerguimento, não às ajudou, tão-somente agravou uma situação já difícil à época do Dec.-Lei.

Ada Pellegrini Grinover já dizia em suas obras que um dos princípios fundamentais do processo é a celeridade, economia processual e acesso à justiça¹²¹.

E quanto ao questionamento principal, se a Lei nº 11.101/2005 atende realmente às Micro e Pequenas Empresas¹²², prevalecendo sua função social e sua proteção, observa-se que tal fato não ocorre. Por isso precisamos buscar alternativas para a superação da crise que garantam a sua preservação.

4.1. A Problemática Brasileira

¹²¹ O próprio Código Civil de 2002 demonstra o tratamento especial que deverá ser dado às MPE's, devido à sua grande importância: Art. 970 do CC.: “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos seus efeitos daí decorrentes”.

¹²² Em artigo publicado recentemente, questioneei: “Será que o julgador, no momento da aplicação da Lei nº 11.101/2005 ao caso concreto, verificará que o objetivo maior da Constituição Federal seja alcançado, ou seja, que a função social da empresa prevaleça?” Neste trabalho, questiono se a Lei n. 11.101/2005 efetivamente atende à função social e preservação das Micro e Pequenas Empresas, buscando alternativas que supram essa lacuna.

Aqui serão abordados os principais problemas verificados nas empresas, principalmente se levarmos em conta ser este um país de características continentais e realidades tão diversas.

Observou-se que as MPE's apresentam alguns pontos fracos em sua gestão, quais sejam:

a) Em empresas de constituição familiar, a influência das relações de parentesco nas atribuições de cargos e tarefas é patente, com membros da família não qualificados para desenvolver as atividades requeridas por suas funções, prejudicando assim o desempenho da mesma.

b) Confusão entre a pessoa física do empresário e a pessoa jurídica da empresa: tal característica foi observada algumas vezes nas empresas menos estruturadas, onde os empresários não mantinham um fluxo de caixa correto e estabeleciam seus limites de retiradas de maneira informal e desestruturada.

c) Falta de conhecimento do mercado ao qual está inserida.

d) Relação com os fornecedores deficiente.

e) Falta de planejamento estratégico.

f) Falta de uma política de recursos humanos, pela qual o empresário vê seus funcionários como colaboradores, envolvidos estreitamente no crescimento da empresa.

4.1.1. Tipo de Credores

Durante a investigação realizada, verificou-se que as MPE's, salvo algumas exceções, possuem os mesmos tipos de credores das empresas de grande porte, não se justificando que a LRE, na recuperação especial, abranja somente os credores quirografários.

Em um comércio globalizado, impossível conjecturar que os únicos credores da micro e pequena empresa são somente os quirografários. Esse setor possui funcionários (credores trabalhistas), pagam impostos (credores fiscais), exportam (créditos de ACC's) e efetuam negociações junto a Instituições Financeiras (invariavelmente créditos com garantia real ou alienação fiduciária).

4.1.2. Informalidade

Conforme informações do BNDES, no ano de 2003 foram identificadas 10.525.954 pequenas empresas não agrícola em atividade no Brasil, das quais 98% são consideradas unidades do setor informal, assim entendidas aquelas caracterizadas pelo baixo nível de organização, pela produção em pequena escala e pela quase inexistência de separação entre trabalho e capital enquanto fatores de produção, sem considerarmos a existência de registro formal, regularizadas ou não.

E dentre as “unidades do setor informal”, mais de 9 milhões não possuem registro, empresas comumente consideradas como integrantes da *economia informal*. E esse relevante setor informal, que não se regulariza principalmente em razão da burocracia atualmente existente e da elevada carga tributária¹²³.

¹²³ A Lei Complementar nº 128, de 19.12.2008, criou a figura do Microempreendedor Individual (MEI), implantando condições especiais para legalização de algumas classes de trabalhadores informais com renda bruta anual de até R\$ 36.000,00.

A formalização independe de registro no órgão registral próprio e é dispensada a manutenção de contabilidade, havendo apenas uma declaração anual de faturamento.

Demais disso, o microempreendedor registrado é enquadrado no Simples Nacional e fica isento dos impostos federais (Imposto de Renda, PIS, COFINS, IPI e CSLL), pagando apenas o valor fixo mensal de 11% do salário mínimo à Previdência Social, R\$ 1,00 a título de ICMS e R\$ 5,00 a título de ISS, conforme a atividade desenvolvida. Desse modo, o empreendedor tem acesso à cobertura previdenciária (auxílio-doença, aposentadoria por idade, salário-maternidade, pensão e auxílio reclusão) e pode registrar até um empregado, mediante recolhimento mensal de 3% do salário mínimo à Previdência Social e 8% ao FGTS.

Tal medida foi um grande passo rumo à redução da informalidade, mas ainda tímida, vez que limita a possibilidade de crescimento do negócio em razão do valor limite para adesão e não garante à empresa os benefícios da pessoa jurídica.

Até o final de 2009, mais de 100 mil empreendedores já haviam aderido ao programa (*Jornal da Tarde-Economia*, “São Paulo já tem 45 mil autônomos formalizados”, 01.01.2010), o que indica a intenção dos empresários brasileiros de se formalizarem quando presentes condições mais benéficas e menos burocráticas.

As empresas informais trazem enormes prejuízos quando se computa a falta de recolhimento de tributos e os danos causados aos demais empresários em razão da concorrência desigual.

A iniciativa dos micro e pequenos empresários são de grande relevância ao país, pois gera significativo aumento na arrecadação tributária, e traz à formalidade milhões de empregados, com todos os benefícios sociais daí decorrentes.

4.1.3. Investimentos e Força na Negociação

As micro e pequenas empresas têm extrema dificuldade em obter aporte de capital para projetos e crescimento, pois dificilmente atuam no mercado de capitais. Negociações junto ao setor financeiro também são extremamente problemáticas, pois não há interesse das Instituições nesse tipo de contratação.

Quando as MPE's entram em crise, dificilmente conseguirá negociar com seus credores melhores formas de pagamento, tampouco prazos que as beneficiem, razão pela qual provavelmente o legislador optou por dispor regras rígidas na recuperação especial.

4.2. Principais Problemas Enfrentados pelas Micro e Pequenas Empresas no Brasil, perante a Lei nº 11.101/2005

Neste capítulo serão analisados os aspectos processuais da recuperação especial, numa visão interna do judiciário, sua efetiva aplicabilidade e entraves. A problemática processual enfrentada nas diversas regiões do país.

Apesar de inúmeras tentativas de trazer ao leitor uma análise mais próxima à realidade, tal mister foi árduo e não profícuo. A procura por números reais foi infrutífera, à medida que as próprias instituições (Tribunais de todo o país) não têm dados estatísticos suficientes a embasar esse tipo de informação e quando o têm, encontramos outro entrave: a existência de empresas que atuam na coleta desses dados junto aos Tribunais (que

vendem a informação!) e instituições de classe (Juntas Comerciais, Associações Comerciais, Federações de Indústria).

A Serasa¹²⁴ detém grande parte dessas informações, porém o repasse custa caríssimo.

Para delimitação do tema, escolhemos o Estado de São Paulo e Rio Grande do Sul como fonte de pesquisa (São Paulo - Capital e Porto Alegre).

4.2.1. São Paulo

4.2.1.1. A Capital de São Paulo

A Capital paulista possui as duas únicas Varas especializadas em falências e recuperações de empresas, com processamento exclusivo na nova legislação, sendo uma fonte de pesquisa sem precedentes no Brasil.

Porém, nem mesmo esses cartórios especializados possuem dados estatísticos que poderiam servir como objetos de estudo.

A própria tabela de classes utilizada pelos Tribunais do país não tem uma classificação clara, pois somente do recebimento do pedido de recuperação pelo juiz é que se pode verificar se a empresa preferiu requerer a recuperação especial.

4.2.1.2. O Interior

¹²⁴ No sítio da SERASA consta a seguinte metodologia de pesquisa: **Metodologia**
O Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações é construído a partir do levantamento mensal das estatísticas de falências (requeridas e decretadas) e das recuperações judiciais e extrajudiciais registradas mensalmente na base de dados da Serasa Experian, provenientes dos fóruns, varas de falências e dos Diários Oficiais e da Justiça dos estados. O indicador é segmentado por porte.
http://www.serasaexperianvision.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=734:economia-aquecida-faz-2010-ter-o-menor-numero-de-falencias-em-cinco-anos-revela-serasa-experian&catid=47:tendencias-economicas&Itemid=89. Acessado em 7 de janeiro de 2011.

O interior Estado de São Paulo possui um número muito reduzido de recuperações judiciais, se comparado a outras ações judiciais e os pedidos são pulverizados pelas diversas Comarcas, mas observou-se a dificuldade enfrentada pelos operadores do direito quando do ingresso das ações.

O principal motivo apontado é o alto custo de uma recuperação, mesmo a especial. A falta de profissional especializado é um dos motivos, além dos custos do processo, se levar em conta que somente os honorários do administrador judicial são, em seu limite máximo, 5% sobre o valor do passivo da empresa em recuperação.

4.2.2. Rio Grande do Sul

4.2.2.1. Porto Alegre - RS

Nessa fase investigatória, foram levantados dados nas duas varas especializadas da Capital gaúcha - a estrutura encontrada foi a de um ofício que dá suporte a duas varas especializadas em matéria concursal. O interessante foi saber que apesar da vara especializada em falência existir há mais de 40 anos e ser o mais antigo cartório especializado na matéria do Brasil, somente há cerca de sete anos que se tornou um cartório oficializado.

Foi constatada a existência de cerca de treze procedimentos de recuperação judicial, sendo que seis deles são processados segundo os dispositivos dos artigos 70 e seguintes da Lei n. 11.101/2005. Apesar do número total de recuperações extremamente baixo, em termos percentuais, as recuperações requeridas pelo regime especial respondem por cerca de 40% do total das ações, o que se mostrou surpreendente.

4.2.2.2. O Interior (Vale dos Sinos)

O Rio Grande do Sul é um Estado com características diversificadas. Podemos verificar pontos fortes no setor turístico (serviços), industrial (notadamente calçadista), pecuarista e comércio.

Em pesquisa preliminar junto ao Poder Judiciário da região de Novo Hamburgo, pode ser verificado que o número de indústrias que requerem a recuperação é quase nulo, constatando-se que, o tipo de credores dessas empresas, mais o fator "poder de negociação" e onerosidade da recuperação judicial, levou o segmento a procurar meios alternativos de superação da crise.

São raros os casos de requerimento de processamento de recuperação judicial no interior do Rio Grande do Sul, porém os encontrados são bastante peculiares, como poderá ser observado no desenvolvimento dos trabalhos.

O credor mais comum às empresas da região são os não sujeitos à recuperação (créditos provenientes de ACC's¹²⁵), razão pela qual as empresas procuram a negociação na forma da recuperação extrajudicial¹²⁶, porém sem a homologação em juízo, pelo motivo principal da exposição da crise no meio empresarial.

¹²⁵ Adiantamento de Contrato de Câmbio – ou os chamados contratos de exportação.

¹²⁶ Para uma grande parte dos doutrinadores, entre eles Francisco Satiro de Sousa Junior e Mauro Rodrigues Penteado, se a recuperação extrajudicial não for homologada em juízo, nada mais é do que um simples acordo privado.

5. SOLUÇÕES PASSÍVEIS DE ADOÇÃO PARA A PROBLEMÁTICA ENCONTRADA

5.1. Soluções Possíveis para a Problemática Brasileira

Aqui serão analisadas possíveis soluções para a realidade brasileira, qual a melhor forma de recuperação a ser adotada pela micro e empresa de pequeno porte em crise, levando-se em conta o seu endividamento e características de seus credores.

5.1.1. Aplicabilidade do Artigo 47 na Recuperação Especial

Importante analisar a aplicabilidade do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, que trata da função social da empresa e quais os parâmetros que poderão ser utilizados pelo judiciário quando do processamento da recuperação especial.

O intuito do artigo 47 é “*viabilizar a superação de crise econômico-financeira do devedor*”, mas Paulo Fernando Campos Salles de Toledo vai mais além, ao comentar:

*... o legislador quer mais: fala em superação da crise 'a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, etc.', ou seja: busca-se, num primeiro momento, estancar a hemorragia para, mais adiante, vencida a moléstia, permitir que o paciente volte à vida normal.*¹²⁷

Para MAURO RODRIGUES PENTEADO¹²⁸, o artigo 47 constitui:

“regra basilar que deve orientar não apenas a recuperação judicial, mas também os processos de homologação da recuperação extrajudicial, e

¹²⁷ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. Artigo: *Recuperação Judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas - LRE*, São Paulo, Revista do Advogado nº 83, AASP, setembro de 2005, p. 102.

¹²⁸ PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (Coords.). São Paulo: RT, 2005. p. 103.

mesmo a decretação da falência, provimentos jurisdicionais que jamais podem perder de vista o que provém da Constituição e agora consta do dispositivo citado: a ‘empresa’ exerce função social e deve ser tanto quanto possível preservada...”

Princípios gerais e inovadores da nova legislação são, notadamente, a função social da empresa e a preservação da atividade econômica. E não obstante esses princípios já estivessem inseridos no nosso sistema, resguardados pela Constituição Federal (art. 1º, IV, 3º, II e 170, III), a Lei nº. 11.101/2005 (LREF) importou no reconhecimento expresso da relevância da empresa e da sua preservação, enquanto fonte produtora de riquezas, geradora de empregos e essencial para o desenvolvimento da atividade econômica.

E é nesse contexto que se insere o artigo 47 da LRE, o primeiro do capítulo destinado especificamente à “recuperação judicial”, que dá a tônica da novel legislação.

E RACHEL SZTAJN, assevera que:

(...) ao se referir ao estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador na economia¹²⁹.

Mas é necessário ir além do simples texto da Lei. As micro e pequenas empresas precisam ser vistas e respeitadas, pois são as grandes geradoras de empregos de qualquer país, com função social garantida pela Constituição.

5.1.2. Incentivo Governamental

¹²⁹ SZTAJN, RACHEL In: *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (Coords.). São Paulo: RT, 2005, p. 113).

A participação governamental nos processos de recuperação de empresas e falências é nula. Contrariamente aos ditames da Constituição Federal, não há qualquer iniciativa governamental para ajuda às empresas em crise.

É fato comprovado que quando uma empresa entra em crise, não consegue aporte de capital em nenhuma Instituição Financeira, sendo obrigada a negociar com as *Factorings*, que cobram juros muito acima dos aplicados pelo mercado e exigem garantias dobradas – muitas vezes o empresário é obrigado a garantir a operação de crédito com patrimônio pessoal.

Recentemente foi assinado o ex-governador de São Paulo assinou um programa de incentivo às micro e pequenas empresas, através do Banco do Brasil, onde o Governo suprimiria o avalista nas negociações entre o referido Banco e as empresas solicitantes do empréstimo. Porém, o item ressaltado quando da assinatura do programa é a obrigatoriedade da empresa solicitante estar em dia com seus débitos fiscais, o que é uma incongruência, pois o Fisco é o primeiro credor que uma empresa em crise deixa de pagar.

Isso sem levar em conta que o artigo 68 da Lei nº 11.101/2005 insere em seu conteúdo que serão criadas formas de parcelamento das dívidas fiscais:

Artigo 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei 5.172, de 25 de Outubro de 1966 - Código de Tributário Nacional.

E o artigo 155-A, §3º e §4º do Código Tributário Nacional, com redação incluída através da Lei Complementar nº 118 de 2005:

Artigo 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

[...]

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

Importante ressaltar que não há sequer Lei específica de parcelamento editada em quaisquer instâncias governamentais. E se uma empresa de pequeno porte não estiver adimplente com débitos fiscais, certamente não poderá participar de quaisquer negociações com órgãos governamentais, tampouco participar de licitações. Ou seja, quem mais deveria protegê-la não o faz.

5.1.3. Mudanças Legislativas

Pesquisa preliminar indicou a existência de propostas de mudanças legislativas recentes aos dispositivos da Lei n. 11.101/2005 que cuidam da recuperação judicial especial (artigos 70 a 72).

Atualmente há vários Projetos de Lei em tramitação no Congresso Brasileiro, visando mudanças na Lei n. 11.101/2005, entre eles o Projeto de Lei Complementar 591/2010¹³⁰, que eleva o limite do Simples Nacional de R\$ 2,4 milhões para R\$ 3,6

¹³⁰ CAPÍTULO XII
DO ACESSO À JUSTIÇA

Seção I

Do Acesso aos Juizados Especiais

Art. 74. Aplica-se às microempresas e às empresas de pequeno porte de que trata esta Lei Complementar o disposto no § 1º do art. 8º da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e no inciso I do caput do art. 6º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, as quais, assim como as pessoas físicas capazes, passam a ser admitidas como proponentes de ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

Seção II

Da Conciliação Prévia, Mediação e Arbitragem

Art. 75. As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos.

§ 1º Serão reconhecidos de pleno direito os acordos celebrados no âmbito das comissões de conciliação prévia.

§ 2º O estímulo a que se refere o caput deste artigo compreenderá campanhas de divulgação, serviços de esclarecimento e tratamento diferenciado, simplificado e favorecido no tocante aos custos administrativos e honorários cobrados.

CAPÍTULO XIII

milhões, alterando a Lei Complementar n. 63/90, a Lei Complementar n. 123/2006 e a Lei n. 11.101/2005, além de outras providências. Esse projeto foi retirado da pauta de votação da Câmara Federal em dezembro e talvez entre em pauta no início de fevereiro quando efetivamente começa a funcionar as sessões legislativas no Congresso Nacional.

Também em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei de autoria do Deputado Carlos Bezerra, propõe a supressão do inciso I do artigo 71 da Lei n. 11.101/2005, com consequente modificação nos termos do plano de recuperação judicial apresentado pelas micro e pequenas empresas, uma vez que a atual redação do abrange somente os credores quirografários.

No mesmo sentido o Projeto de Lei da Deputada Elcione Barbalho, que propões a simples modificação do inciso I para: “*I – abrangerá todos os créditos;*”.

A atual legislação falimentar urge ser modificada, principalmente no que tange às micro e pequenas empresas, pois dependendo dos tipos de credores, não poderá optar pela recuperação especial.

Um projeto de lei realmente eficaz teria que abranger todos os credores, possibilitar outras formas de pagamento, com juros mais acessíveis, bem como isenção ou deferimento do pagamento das custas do processo durante a recuperação ou mesmo ao final, pela função social que a micro e pequena empresa representa. Se uma empresa de pequeno porte ingressa no judiciário em busca de recuperação, certamente o custo de manutenção desse tipo de processo acabará por leva-la mais rapidamente à bancarrota.

Alternativa para o problema da “força de negociação” seria a criação da figura do mediador na recuperação. Este seria profissional seria pessoa nomeada por um juiz, capacitado para esse tipo de negociação coletiva e tal negociação antecederia o ingresso do pedido de recuperação ao judiciário, com o acordo obtido homologado pelo juiz.

DO APOIO E DA REPRESENTAÇÃO

Art. 76. Para o cumprimento do disposto nesta Lei Complementar, bem como para desenvolver e acompanhar políticas públicas voltadas às microempresas e empresas de pequeno porte, o poder público, em consonância com o Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sob a coordenação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, deverá incentivar e apoiar a criação de fóruns com participação dos órgãos públicos competentes e das entidades vinculadas ao setor.

Parágrafo único. O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior coordenará com as entidades representativas das microempresas e empresas de pequeno porte a implementação dos fóruns regionais nas Unidades da Federação.

O Projeto de Lei Complementar 591/2010 prevê esse tipo de negociação para as empresas de pequeno porte:

CAPÍTULO XII

(...)

Seção II

Da Conciliação Prévia, Mediação e Arbitragem

Art. 75. As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos.

§ 1º Serão reconhecidos de pleno direito os acordos celebrados no âmbito das comissões de conciliação prévia.

§ 2º O estímulo a que se refere o caput deste artigo compreenderá campanhas de divulgação, serviços de esclarecimento e tratamento diferenciado, simplificado e favorecido no tocante aos custos administrativos e honorários cobrados.

Pelos fatores a discutidos, como bem explica Gilberto Giansante¹³¹ ao asseverar que o princípio da preservação da empresa é lastreado no artigo 47 da Lei 11.101/20005.

¹³¹ (b) O princípio da preservação da empresa é, sem dúvida, lastreado no art. 47, LRE, caput, e em claro desdobramento do art. 170, caput, CF. Sua participação na mecânica da RJE, acredita-se, é dar orientação teleológica ao “tratamento favorecido” constitucional. Contudo, vale um pequeno recuo analítico sobre esta questão. *Ab initio*, infere-se que já têm as MPE “tratamento favorecido” na LRE na medida em que a elas é facultado escolher entre duas opções de recuperação. Questiona-se aqui, entretanto, em que medida tal possibilidade é um ajuste formal de diferenciação ou a criação de um efetivo sistema que assegura às MPE acesso ao “*princípio da preservação da empresa*” norteador, inclusive, da nova Lei de Falências - Lei nº 11.101/05 -, que substituiu o Decreto-lei nº 7.661/45, então vigente”.

Resumidamente, pode-se dizer que, por imperativo da CF, deveria a RJE se ajustar a uma estrutura conceitual bastante precisa. Qual seja, deve constituir-se, cumulativamente, como mecanismo institucional que assegura às MPE em crise:

(a) O acesso a um processo de recuperação judicial garantidor de tratamento privilegiado – não somente com relação aos outros entes econômicos sem acesso a este privilégio, mas em convergência com as suas necessidades e especificidades concretas.

Que a empresa de pequeno porte tem realmente a faculdade de escolha da forma de recuperação que melhor se adéqua à sua realidade.

(b) Os meios de direito material e de direito processual aptos a viabilizar esforços concretos no sentido de preservar as sociedades comerciais assim diferenciadas, em suas condições específicas, sempre que estas se mostrarem viáveis. Precisamente, nos termos de Canotilho, uma ordem legal que garanta que exista “não apenas uma compatibilidade formal” “mas também uma verdadeira conformidade material”¹³¹ entre a RJE e a Constituição Federal (CF).

Deste modo, é importante uma leitura crítica da legislação que se direcione no sentido de conformar, tanto a teleologia do imperativo legal da Carta Política, como a ordem legal infraconstitucional à realidade material, onde, como fatos, são produzidos os efeitos do direito e os resultados que projetados pelos textos devem adentrar ao mundo real. Neste sentido, pelos motivos que seguem, acredita-se que o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” não encontra, de forma substancial, sua concretização a partir do desenho legal de RJE vigente a partir da LRE. Ao menos não no sentido e na amplitude que, acredita-se, sejam os adequados a uma estruturação legal de “tratamento favorecido” que proteja tais entes econômicos sólida, eficaz e concretamente. **GIANSANTE, Gilberto.** In *Recuperação Judicial Especial: Problemas e Perspectivas*. Revista do Advogado. Ano XXIX. Setembro de 2009. nº 105. AASP. p. 66/74.

NOTAS CONCLUSIVAS

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto, tão somente presta-se a demonstrar a riqueza e a importância do tema escolhido, pela importância que as micro e pequenas empresas têm na economia e na participação social de um país.

Completados cinco anos, a nova Lei de Recuperação de Empresas ainda enfrentará muitos problemas, longe está ainda de dizer de seu sucesso ou não, principalmente no que tange à recuperação especial, que ficou demonstrado sua inadequação com a realidade brasileira.

Não basta a busca por soluções pontuais. É necessária a compreensão e, por conseguinte, o desenvolvimento de soluções eficientes do sistema legal falencial só poderá ser realizado por meio de análises multidirecionais aptas a abarcar as realidades concretas do mercado e do sistema jurídico e de sua intrincada relação.

Nem sempre a solução é simplista, as micro e pequenas empresas são o elo fraco de uma relação negocial e a legislação precisa encontrar alternativas de proteção a tudo o que ela representa.

A Lei 11.101/2005 não dispõe que as MPE's terão obrigatoriamente que ingressar com a recuperação especial e na maioria dos casos, a melhor solução é a recuperação judicial elencada no artigo 51.

Pela pesquisa efetuada, as empresas de pequeno porte são mais sujeitas aos problemas que a publicidade de seu estado de crise acarreta, razão pela qual preferem a negociação fora do âmbito do judiciário.

Realizado em maio de 2001, o Seminário sobre o Insucesso Empresarial de Noordwijk, na Holanda, trouxe diversos exemplos de boas práticas a serem adotadas para o tratamento da insolvência. Consiste em diretrizes amplas, já adotadas por Estados-membros, que recomendam, desde a alteração de legislações ultrapassadas até mesmo o oferecimento de consultoria especializada aos empresários diante da crise.

Entre as boas práticas, estão:

- a) Equilibrar os interesses dos credores;
- b) Modificação de legislações para promover a reestruturação, a falência e o recomeço eficientes;
- c) Fazer com que os credores prefiram o salvamento à falência;
- d) Apresentação de planos eficazes;
- e) Busca de aconselhamento especializado;
- f) Auxiliar na obtenção de financiamento;
- g) Promoção do salvamento após o insucesso;
- h) Promover a união dos empresários.

Por todo o exposto, observa-se a necessidade de utilização de profissionais com sólida especialização em contabilidade, direito e finanças, à sintonia fina com as necessidades objetivas do empresário local, bem como com todos os fatores devem ser considerados para o desenvolvimento da recuperação de uma empresa em crise.

O objetivo do estudo, entre outros, foi detectar os problemas enfrentados pelas MPE's e analisar as hipóteses de ocorrência da recuperação utilizada pelas mesmas, no intuito de orientar o jurista na condução do processo como um todo, buscando soluções que melhor se adéquem à realidade pátria.

Diante da constatação empírica da importância da pequena empresa, não só no Brasil, como em vários outros países, atacar essas dificuldades através de políticas públicas é altamente relevante do ponto de vista econômico e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. Da Caracterização da Falência. São Paulo: Leud, 1970.

_____. O síndico na falência. 2^a ed. São Paulo: Leud, 1999.

_____. A continuação do negócio na falência. 2^a ed. São Paulo: Leud, 1998.

_____. Curso de direito falimentar. 5^a ed. São Paulo: Leud, 1997.

_____. O novo direito falimentar: Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: RT, 1985.

ALONSO, Manoel. Meios de Recuperação Judicial da Empresa em Crise Financeira no PLC nº 71/2003, que se transformou na Atual Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, in Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Luiz Fernando Valente de Paiva, coordenador, São Paulo: Quartier Latin, outono 2005.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 6^a ed. São Paulo: RT, 1997. v. 2.

ASCARELLI, Tullio. Panorama do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. Corso di diritto commerciale. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. Panorama do direito comercial. São Paulo: São Paulo, 1947.

_____. Problemi Giuridici. v. 2. Milano: Giuffrè, 1959.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Milano: Vallardi, 1943. v. 41. ano XLI.

_____. Nell'Anniversario Della Morte di Tullio Ascarelli. Rivista Delle Società, Milano: Giuffrè, 1960.

AVOLIO, Jeissa Ciardi; FAURY, Mára Lucia. Michaelis. Dicionário Escolar. Francês. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2002.

BAIRD, Douglas. The elements of bankruptcy. Westbury. New York: Foundation Press Inc., 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil - promulgada em 5 de outubro de 1988, 3^o vol. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992.

BAVETA, Giuseppe. Il diritto dell'impresa in crisi. Rivista "Il diritto fallimentare". Milano: v. LXIII.

BEDÊ, Marco Aurélio. (coordenador) Onde estão as Micro e Pequenas Empresas em São Paulo. São Paulo: SEBRAE, 2006. Disponível em www.sebraesp.com.br. Acessado em 13.11.2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária. In FUX, Luis. NERY JR., Nelson e ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Assunção de competência e fast-track recursal. In YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Márcio Z. de (org.). II Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora. 2005.

_____. Jurisdição Especializada de Falências e Recuperações – LRE. Revista do Advogado, ano XXV, nº 83, AASP, set./2005.

_____. O Processo da Recuperação Judicial, in Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Luiz Fernando Valente de Paiva, coordenador, São Paulo: Quartier Latin, outono 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Exame crítico do projeto da Lei de Falências: “recuperação de empresa” ou “recuperação do crédito bancário”. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 822, p. 128-138, abr. 2004.

_____. Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIOLCHI, Osvaldo Anicetto. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência – LRE. Revista do Advogado, ano XXV, nº 83, AASP, set./2005. p. 7.

BLACK, Henry Campbell. M. A. Black’s law dictionary. 6ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 1990.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico; trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Cláudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, ed. Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999.

_____. Teoria da Norma Jurídica, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apres. Alaôr Café Alves, Bauru, SP: 1ª ed., Edipro, 2001.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONELL, Michel Joachin. La crisi delle tradizionali procedure concorsuali. “Problemi attuali dell’impresa in crisi”. Estudos em homenagem a GIUSEPPE FERRI. Padova: Cedam, 1983.

BONFATI, Mário Alberto; GARRONE, José Alberto. Concursos y quiebras. 6º ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da liquidez suficiente para requerer falência. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, n. 7, 1972.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Obra Coletiva de Autoria da Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

BRASIL. Novo Código Civil, Lei 10.406/2002, em vigor a partir de 11/01/2003. Obra Coletiva de Autoria da Editora Revista dos Tribunais. Coordenação Giselle de Melo Braga Tapai. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 2003 (com adenda de actualización octubre 2004), v. II.

BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BULGARELLI, Waldirio. Sociedades comerciais. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Tratado de direito empresarial. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. Problemática do direito empresarial. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, n. 82, 1991.

BUZAID, ALFREDO. Do concurso de credores no processo de execução. São Paulo, 1952.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de direito comercial brasileiro. São Paulo: Freitas Bastos, v. I, 1957.

_____. São Paulo: Freitas Bastos, v. VI, 1ª parte, 1960.

_____. São Paulo: Freitas Bastos, v. VI, 2ª parte, 1960.

CÂMARA, Hector. El concurso preventivo y la quiebra. Buenos Aires, 1986.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Das Fallencias e dos Meios Preventivos de sua Declaração: Decr. n. 917, de 24 de outubro de 1890: estudo theorico-practico. São Paulo: Typographia Brasil de Carlos Gerke & Cia., 1899, Vol. I. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acessado em 13 de novembro de 2009, versão em pdf.

_____. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VII, 5ª ed, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, p. 60

CARVALHOSA, Modesto. (Coordenador: Azevedo, Antonio Junqueira de). Comentários ao Código Civil; Parte Especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195), Volume 13, São Paulo: Ed. Saraiva.

CIMINELLI, Juan Carlos. El síndico concursal em la quiebra. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

CHIOMENTI, Filippo. I soggetti passivi della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. “Problemi attuali dell’impresa in crisi”. Estudos em homenagem a Giuseppe Ferri. Padova: Cedam, 1983.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. I, trad. do original italiano, 2ª ed., Instituzioni di Diritto Processuale Civile por GUIMARÃES MENEGALE, Saraiva, São Paulo, 1969.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002.

_____. Curso de Direito Comercial, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

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

_____. Manual de Direito Comercial, 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 21. nº 50, abr./jun. 1983.

_____. Perfis da Empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XXXV, nº 104, p. 109-126, São Paulo, out./dez. 1996.

_____. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro, 1978.

_____. Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa. São Paulo: RT, 1970.

COROTTO, Susana, *Modelos de Reorganização Empresarial Brasileiro e Alemão*, Fabris: Porto Alegre, 2009.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. CRETELLA JR., J. e CRETELLA, Agnes (Tradução). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DE LUCCA, Newton, e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. 1ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2005.

_____. (coordenação). A Atividade Empresarial no Âmbito do Projeto de Código Civil – Direito Empresarial Contemporâneo. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

_____. Nova Lei de Falências. Separata da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. n. 40, 2005.

DESPAX, Michel. L’Entreprise et le droit. Paris, 1957.

DE SEMO, Giorgio. Diritto fallimentare. Pádua, 1968.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 8ª ed. atual. De acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10/01/2002) , São Paulo, Saraiva, 2002.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da Concordata à Recuperação: investigando a recuperação extrajudicial. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; (Coords.). Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo. Ed. Atlas. 2005.

FERRARA, Francesco. Il fallimento. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1959.

_____. *Teoria delle persone giuridiche*. 2ª ed. Riveduta. Torino: UTET, 1923.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução o Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. Coordenação de Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. 3ª ed. revista e ampliada, 2ª reimpressão, São Paulo, Nova Fronteira, dez. 1999.

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. 14º vol. Saraiva: São Paulo. 1965,

_____. Instituições de direito comercial. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 5.

FERRI, Giuseppe. Manuale di diritto commerciale. Turim, 1956.

FONTINHA, Fernando Elísio Rodrigues. Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência. Principais alterações e projecção nos registos comercial e predial. Lisboa: Edições Cosmos, 1993.

FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro: Produtos e Serviços, 15ª ed., Rio de Janeiro, Qualitymark, 2002.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise. Comparação com as Posições do Direito Europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRONTINI, Paulo Salvador. *O caso da falência da Sanderson e as tendências atuais do direito falimentar*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: RT, n. 15/16, 1974.

_____. *Pessoas jurídicas no código civil de 2002 - elenco, remissão histórica e disposições gerais*. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 137, 2005.

_____. Do Estado de Falido: Sua Configuração – Inovações da Nova Lei de Recuperação e Falência. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 138, São Paulo, Malheiros, abr./jun. 2005.

GAIUS. Institutas do Jurisconsulto Gaio. CRETELLA JR., J. e CRETELLA, Agnes (Tradução). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, RT – textos fundamentais; 9.

GALGANO, Francesco. Il diritto privato fra codice e costituzione. Bologna: Zanichelli, 1999.

_____. Diritto privato. Padova: Cedam, 1985.

_____. Diritto civile e diritto commerciale. Atlante di diritto privato comparato. Bologna: Zanichelli, 1997.

_____. L'acquisto della proprietà mediante il possesso. Atlante di diritto privato comparato. Bologna: Zanichelli, 1997.

_____. Diritto ed economie alle soglie del nuovo millennio. Contratto e Impresa. Padova: Cedam, v. 17, n. 1, gen./apr. 2000.

_____. Contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento. Bolonha: Zanichelli, 1980.

_____. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Padova: Cedam, 1978. v. II, L'Impresa.

GIANSANTE, Gilberto. In Recuperação Judicial Especial: Problemas e Perspectivas. Revista do Advogado. Ano XXIX. Setembro de 2009. nº 105. AASP.

_____. Gilberto. Um ensaio prático sobre a recuperação judicial especial: a visão do advogado e do administrador judicial. In DE LUCCA, Newton e DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coordenação). *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Apontamentos sobre o direito das empresas em dificuldade (droit des entreprises en difficulté) em França. Revista do Advogado. Ano XXIX. Setembro de 2009. nº 105. AASP.

GUSMÃO, Mônica. Nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) Estudo Comparado com o Decreto - Lei nº 7.661/1945, Série Jurídica, 1ª ed., Niterói, RJ, Impetus, 2005.

GUYÉNOT, Jean. Procédures collectives du droit commercial. Paris, 1968.

HILFERDING, Rudolf. O capital financeiro. MESTRINEL, REINALDO (trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1985.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. Dicionário de Direito Empresarial, 1ª ed., 2ª tiragem, Curitiba, Juruá, 2006.

HOUAISS, Antonio, FRANCO, Francisco Manoel de Mello e VILLAR, Mauro de Salles. Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Elaborado no Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia, 1ª ed., Objetiva, Rio de Janeiro, 2001.

HOUIN, Roger. Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire, Rapport de l'Inspection Générale des Finances, p. 138, Paris: Librairie Sirey, 1970.

JAEGER, Nicola. Il fallimento. Milão: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1964.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. / CRETELLA JR., J. e CRETELLA, Agnes (Tradução). 2. ed. ampl. e rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LACERDA, J. C. Sampaio de. Manual de direito falimentar. 14^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas, in DE LUCCA, Newton e DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coordenação). *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado.* Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito da Insolvência.* Coimbra: Almedina, 2009.

LEONARDI ANTONIO, Nilva M. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: A Necessidade de Especialização do Judiciário e a Aplicação da Lei nº 11.101/2005 por Nossos Tribunais. In: DE LUCCA, Newton e DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; (Coords.). *Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LIPPERT, Márcia Mallmann. A Empresa no Código Civil: elemento de unificação no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Jorge. Da Recuperação Judicial. Art. 47. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de, e ABRÃO, Carlos Henrique (coordenação) - *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* 1^a ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

_____. A crise da empresa: a busca de soluções. RT 668/35, jun. 1991.

_____. Pressupostos da quebra. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, n. 116, 1999.

_____. “Direito da Crise Econômica da Empresa”, in Revista de Direito Mercantil nº 109, janeiro/março de 1998.

_____. “A Recuperação da Empresa em Crise no Direito Francês”, in Revista de Direito Mercantil nº 113, janeiro/março de 1999.

_____. A empresa: Novo instituto jurídico. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, n 125, 2002.

MACHADO, Rubens Approbato. Alterações da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – LRE. Revista do Advogado, ano XXV, nº 83, AASP, set./2005.

_____. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa, in *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática* (_____ coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAGGIORE, Giuseppe Ragusa. Diritto Fallimentare. v.1. Nápoles, 1974.

_____. Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare. Milão, 1960.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas, vol. 4, São Paulo, Atlas, 2006.

MANDEL, Júlio Kahan. Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada. São Paulo. Ed. Saraiva. 2005.

_____. Das Disposições Comuns, in Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Luiz Fernando Valente de Paiva, coordenador, Quartier Latin, São Paulo, outono 2005.

MARCONDES, Sylvio. Problemas de Direito Mercantil. 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1970.

MENÉNDEZ, Aurélio. *Lecciones de Derecho Mercantil*. 2ª Ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2004.

MEZZAROBBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 3ª ed. revista, São Paulo, Saraiva, 2006.

MIGLIARDI, Francisco. Concursos y procedimiento concursal. Buenos Aires, 1972.

MILANEZE, Kleber Luiz Nardoto e BATALHA, Mário Otávio. Análise da Competitividade do Setor Calçadista do Estado de São Paulo. In R.Adm., São Paulo, v.43, n.2, p.162-175, abr./maio/jun. 2008. Disponível em: www.rausp.usp.br . Acessado em 17.12.2009.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito comercial e de empresa, Vol 3. Saraiva: São Paulo. 2004

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e legislação Constitucional. Atualizada até abril de 2006, com a Emenda nº 52, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de Sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.

PACHECO, José da Silva. Processo de Falência e Concordata. vol. II. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de falência e concordata. 10ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1991.

PAJARDI, Piero. Manuale di diritto fallimentare. Milão, 1969.

PENALVA SANTOS, J. A.; PENALVA SANTOS, Paulo. In VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências: decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. V. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Helena Bonito Couto. Michaelis. Dicionário Escolar. Espanhol. São Paulo, Editora Melhoramentos, 2002.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. Compilação Legislativa sobre Insolvências. Diplomas Legislativos. Compilação Organizada e Sistematizada. www.verbojuridico.net, 2ª ed., janeiro 2005.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, vol. 01, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

PERIN JUNIOR, Écio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009.

PÊSSOA, Eduardo. História do Direito Romano. São Paulo: Habeas Editora, 2001.

POLITO, André Guilherme. Michaelis. Dicionário Escolar. Italiano. São Paulo, Editora Melhoramentos, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. Tratado de Direito Privado. Tomo XXVII. 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

PROVINCIALI, RENZO. Manuale di Diritto Fallimentare. v. I. 5ª ed. Milão, 1969.

RAMOS, Tony Luiz. Plano Especial de Recuperação das Micro e Pequenas Empresas. São Paulo. Ed. Iglu 2005.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, vol. 01, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

_____. Curso de Direito Comercial, vol. 02, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985.

_____. Curso de Direito Falimentar, vol. 01, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

_____. Curso de Direito Falimentar, vol. 02, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

_____. A crise do direito falimentar brasileiro: Reforma da lei de falências. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: RT, n. 14, 1974.

_____. Aspectos modernos do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1995.

RICCI, Edoardo F. Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito, “Quaderni di giurisprudenza commerciale”, n. 24, Milão: Ed. Giuffrè, 1988.

_____. Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento. “Studi in memoria di pietro nuvolone”, v. II. Milão: Giuffrè, 1991.

_____. Lezioni sul fallimento. Milão: Ed. Giuffrè, 1992. v. 1.

_____. Procedure liquidatorie e procedure di recupero: possibili aspetti di disciplina unitaria, il fallimento e le altre procedure concorsuali. “Rivista bimestrale di giurisprudenza e dottrina” n. 3, maio/junho de 1982.

_____. Una svolta sulla tutela dei diritti soggettivi nel fallimento, “Giurisprudenza commerciale”, fasc. 5. Milão: Ed. Giuffrè, 1984.

RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Tome 2. 15^e édition. Paris: LGDJ, 1996.

RIVERA, Júlio César. VÍTOLO, Daniel Roque. *Comentario al proyecto de ley de concursos y quiebras*. Santa Fé, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

ROCCO, Alfredo. *Il fallimento*. Milão, 1962.

RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a Viabilidade Econômica da Empresa no Novo Regime Concursal Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 138, São Paulo, Malheiros, abr./jun. 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

ROSO, Jayme Vita. *Comentários sobre a Introdução do Projeto de Lei de Concorrência Brasileiro (Comments on the Introduction of the Brazilian Antitrust Bill)*. Belo Horizonte. Ed. Armazém de Idéias. 2006.

ROSSI, Guido. *Il fallimento nel diritto americano*. Pádua, 1956.

ROUCOLLE, Elisabeth. Tese apresentada na Xième Conférence de l’Association Internationale de Management Stratégique - 13-14-15 juin 2001 - Faculté des Sciences de l’administration - Université Laval – Québec. Disponível em roucolle@infonie.fr. Acessado em 05/01/2010.

ROUILLÓN, Adolfo. *Reformas al régimen de los concursos. Comentario a la ley 22.91*. Buenos Aires: Astrea, 1986.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. FRADERA, Véra Jacob de (tradução). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTARELLI, Umberto. *Per la Storia del Fallimento nelle Legislazioni Italiane dell’Età Intermedia*, Pádua, 1964.

SANTINI, Gerardo. La reforma del Derecho de Quiebra. Buenos Aires.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 8. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996. vol.

SATTA, Salvatore. Diritto Fallimentare. Padova: Cedam, 1974. passim.

SIMÃO FILHO, Adalberto. A Nova Sociedade Limitada. São Paulo: Manole, 2004.

_____. Fase Falencial e Pós falencial - Uma Visão Generalista. Obra coletiva organizada por Luiz Fernando Valente de Paiva denominada Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Quartier Latin: São Paulo, 2005.

_____. Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. Obra coordenada em conjunto com Newton De Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____; LUCCA, Newton De (coord.). Direito Empresarial contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SOLAL, Alfred, Les nouveaux concepts introduits dans le Droit de la Faillite par la loi du 13 juillet 1966, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, junho-setembro, 1969.

SOUTO JÚNIOR, Carlos. Nova lei de recuperação de empresas (Lei nº 11.101/2005). Alguns aspectos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1096, 2 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8587>>. Acesso em: 06 maio 2008.

SZTAJN, Rachel. Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 138, São Paulo, Malheiros, abr./jun. 2005.

_____. Da recuperação judicial, in *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Lei 11.101/2005* (Francisco Satiro de Souza Junior e Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo coords.). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. A Insolvência Civil. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TZIRULNIK, Luiz. Empresas & Empresários no novo Código Civil. 2. ed. rev, ampl. e atualizada de acordo com a Lei 11.101/2005 (nova Lei de Falências). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. A Função Social no Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TOFFOLETTO, A. Amministrazione e controlli. In *Diritto delle Società (Manuale breve)*, 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Da personificação da massa falida. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro. São Paulo: RT, n. 78, 1990.

_____. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, n. 122, 2001.

_____. A Empresa em Crise no Direito Francês e Americano. (Dissertação de mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.

_____, e ABRÃO, Carlos Henrique (coordenação) - Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

_____. Recuperação Judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. Revista do Advogado, ano XXV, nº 83, AASP, set./2005.

TREZZA, Luciana Di Marzo. Recuperação Judicial Especial para micros e pequenas empresas à luz da Lei 11.101/2005 – LRE. In DE LUCCA, Newton e DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coordenação). Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos.). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VALLADÃO, Erasmo A. E N. França. A Assembléia Geral de Credores na Nova Lei Falimentar. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 138, São Paulo, Malheiros, abr./jun. 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências: decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. v. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Novo código civil: texto comparado: Código Civil de 2002 - Código Civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2002.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, vol. 1, São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. Curso de Direito Comercial, vol. 2, São Paulo, Malheiros, 2006.

_____. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência, in Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Luiz Fernando Valente de Paiva, coordenador, Quartier Latin, São Paulo, outono 2005.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. In Revista de Processo 43, 1986.

VIVANTE, Cesare. Trattato di diritto commerciale. Milão, 1934, v. I e II.

WEINTRAUB, Benjamin-RESNICK, Alan N. Bankruptcy Law Manual. Nova Iorque: Boston, 1980.

Bibliografia Complementar:

www.verbojuridico.net. Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, Portugal, Março 2004.

Legge Federale 281.1 Sulla Esecuzione e Sul Fallimento, Costituzione Federale della Confederazione Svizzera, 2003.

Guia de Insolvência – Banco Mundial – PDF – 462 fls. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook_s.pdf. Acessado em: 28.05.2008.

www.R7.com. Acessado em 5.1.2009.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *As empresas de menor porte na economia nacional: alguns indicadores selecionados*. 1991.

_____. *Participação das MPE's no total de pessoas ocupadas nas empresas paulistas: 1995/1999 (Relatório de Pesquisa)*. São Paulo, 2000.

_____. *Coletânea estatística da micro e pequena empresa II*. 2000.

_____. *Guia básico sobre os pequenos negócios no Estado de São Paulo*. BEDÊ, Marco Aurélio (org.). 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo, 2006.

_____. *Onde estão as micro e pequenas empresas no Brasil*. BEDÊ, Marco Aurélio (coord.). São Paulo, 2006.

Observatório da MPE's – Observatório SEBRAE 2007. Disponível em: <http://MPE'saopaulo.sp.sebrae.com.br/>. Acessado em 13.11.2009.

As Micro e Pequenas Empresas Gaúchas e a Crise - Apresentação Completa. Disponível em: <http://www.sebrae-rs.com.br/produtos-servicos/publicacoes/as-micro-pequenas-empresas-gauchas-crise-apresentacao-completa/1376.aspx>. Acessado em 16.11.2010.

<http://eur-lex.europa.eu>. Acessado em 8.1.2010.

<http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/insolvencia-e4939/linhas-orientadoras-da/>. Acessado em 29.3.2008.