

# Novos paradigmas do direito concursal brasileiro

**JEAN CARLOS FERNANDES**

**Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais.  
Professor Titular de Direito Empresarial dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do  
Centro Universitário Newton Paiva.  
Professor de Direito Empresarial dos cursos de pós-graduação e preparatórios às carreiras jurídicas da  
Associação Nacional dos Magistrados Estaduais.  
Professor do curso de pós-graduação em Direito Empresarial das Faculdades Promove.  
Professor do Centro Universitário UNA (licenciado).  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial.  
Advogado em Belo Horizonte, sócio do escritório Jason Albergaria Advogados Associados.**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Pontos essenciais da nova ordem jurídica recuperacional - 2.1 A adoção da recuperação extrajudicial - 2.2 O principal efeito da homologação do plano de recuperação extrajudicial - 2.3 A contextualização prática do tema – 3. Conclusão – 4. Bibliografia

**RESUMO:** A Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 instaurou uma nova ordem jurídica no direito concursal brasileiro. A busca da preservação da empresa em crise econômico-financeira contribuiu para a mudança de paradigma, focado no regime anterior apenas na liquidação do acervo patrimonial do devedor em estado de insolvência e pagamento de seus credores. A atual evolução do direito falimentar brasileiro supera a fase de uma legislação orientada pelo modelo pró-credor, voltada apenas ao incentivo da liquidação dos ativos do devedor e sua partilha entre os credores.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito concursal; empresa; recuperação; extrajudicial.

## 1. Introdução

A Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005<sup>1</sup> instaurou uma nova ordem jurídica no direito concursal brasileiro. A busca da preservação da empresa em crise econômico-financeira contribuiu para a mudança de paradigma, focado no regime anterior apenas na liquidação do acervo patrimonial do devedor em estado de insolvência e pagamento de seus credores.

---

<sup>1</sup> Nas menções subseqüentes, a Lei n. 11.101/2005 será designada pela abreviatura LRFE.

A atual evolução do direito falimentar brasileiro supera a fase de uma legislação orientada pelo modelo pró-credor, voltada apenas ao incentivo da liquidação dos ativos do devedor e sua partilha entre os credores.

A Inglaterra é um exemplo típico de regime de insolvência pró-credor, com uma legislação que acelera a liquidação dos ativos e pagamento dos credores. O incentivo ao encerramento das atividades das empresas é traço marcante no direito inglês.

O modelo pró-credor, contudo, não atende aos interesses sociais que gravitam em torno da empresa em crise, devendo, em muitas situações, sopesá-los na busca da recuperação do devedor e manutenção da fonte produtora. Surge, assim, uma visão do regime de insolvência voltado para o modelo pró-devedor, detectável nos países com sistemas jurídicos derivados do direito romano, apresentando incentivos ao devedor e possibilidades amplas de recuperação<sup>2</sup>.

O impacto da falência não se restringe apenas às empresas que se tornem insolventes ou aos seus credores particulares, mas afeta diretamente a economia, que sofre os efeitos das crises econômicas, fatores conjunturais, problemas de liquidez, acirramento da concorrência, desenvolvimento de novas tecnologias e até mesmo insolvência de fornecedores ou clientes.

Os nefastos efeitos sócio-econômicos da falência impunham uma ordem jurídica mais coerente e adequada, visando diminuir os impactos causados pela insolvência na economia, voltando-se, principalmente, para função social da empresa.

## **2. Pontos essenciais da nova ordem jurídica recuperacional**

---

<sup>2</sup> PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 37-40.

A necessidade de conciliação dos interesses dos credores e da preservação da empresa fez com que o regime de insolvência abandonasse os modelos exclusivamente pró-credor ou pró-devedor e buscasse equilibrá-los, como o fez o regime falimentar norte-americano, que serviu de marco para a nova fase do direito concursal.

Confiante nessa orientação caminhou o legislador brasileiro. A recente edição da Lei de Recuperação e Falência de Empresas trouxe uma verdadeira declaração de princípios em seu artigo 47, estipulando ainda a ordem de prioridades no regime de insolvência, onde se observa o prestígio à continuidade da empresa, como atividade organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

Na dicção do referido dispositivo, objetiva-se viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Enuncia explicitamente a nova lei o princípio da preservação da empresa.

Bandeira de Mello define o princípio jurídico como sendo

“o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”<sup>3</sup>.

De outro lado, a referência feita pelo artigo 47 da Lei 11.101/2005 à função social não se constitui, em termos legislativos, em uma novidade, pois a Lei 6.404/76 já o fazia em seus artigos 116, parágrafo único e 154, orientando a atuação do acionista controlador e dos administradores das companhias.

---

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Malheiros Editores, São Paulo: 2000, pp. 450 e 451.

## 2.1 A adoção da recuperação extrajudicial

A nova lei gerou também outro mecanismo jurídico: Recuperação Extrajudicial, em seus artigos 161 a 167. Criou-se, assim, um espaço, até então inexistente, para a negociação entre as partes.

Num primeiro momento, a vantagem da recuperação extrajudicial pode ser resumida na possibilidade de os credores aprovarem uma forma de reestruturação do passivo da empresa insolvente pelos votos dos credores que representem mais de três quintos de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, com a sujeição da solução ao Poder Judiciário apenas para homologação.

A necessidade de submissão de um acordo privado para homologação judicial no âmbito da recuperação extrajudicial prende-se à circunstância prevista pelo legislador de sua imposição aos credores que com ele não tenham concordado.

Destaca-se que, na hipótese de o plano de recuperação extrajudicial contar com a aquiescência de todos os credores, a sua homologação judicial, num primeiro momento e contando apenas com uma interpretação literal da lei, não traria maiores vantagens a não ser a formação de título executivo judicial (LRFE, art. 161, § 6º).

Contudo, além da constituição de título executivo judicial, o plano homologado por sentença gera ainda os seguintes efeitos imediatos (LRFE, art. 165), independentemente da interposição de recursos (LRFE, art. 164, § 7º):

a) impede a alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou a sua substituição sem a expressa aprovação do credor titular da respectiva garantia (LRFE, art. 163, § 4º);

b) mantém a variação cambial dos créditos em moeda estrangeira, salvo se o credor titular aprovar mudança, inserindo-a no plano de recuperação extrajudicial (LRF, art. 163, § 5º);

c) se houver previsão, o plano pode alcançar efeitos anteriores à sua homologação, limitadamente à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários (LRF, art. 165, § 1º);

d) se o plano estabelecer a alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor, a forma obedecerá ao que dispõe o artigo 142, que é a regra para a mesma ocorrência em todas as modalidades de recuperação em juízo e no processo de falência (LRF, art. 166).

## **2.2 O principal efeito da homologação do plano de recuperação extrajudicial**

O principal efeito, porém, do plano extrajudicial homologado por sentença foi extirpado do texto do Projeto da nova Lei por emenda apresentada no plenário do Senado Federal, **que consistia na proteção contra eventuais ações revocatórias ou declarações de ineficácia de atos contemplados no plano privado, salvo nas hipóteses de fraude.**

Com efeito, artigo 129 da LRF elenca as hipóteses declarativas de ineficácia relativamente à massa (ineficácia objetiva). Os atos jurídicos consistentes no pagamento de dívidas vencidas e vincendas, constituição de direito real de garantia, prática de atos a título gratuito, renúncia à herança, venda de estabelecimento e registro de direitos reais não atingem a massa falida, podendo a ineficácia ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

Diversamente é a hipótese do artigo 130 (ineficácia subjetiva) do mesmo diploma legal, onde, de fundamental importância que se prove, cabalmente, a intenção de causar prejuízos aos credores, fraude do terceiro contratante e do próprio devedor.

Nesse contexto, o artigo 131 do texto aprovado, e agora vigente, estabelece que “Nenhum dos atos referidos nos incisos I a III e IV do art. 129 desta lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial será declarado ineficaz ou revogado.” O dispositivo legal, portanto, fez referência apenas à recuperação judicial, porém, se o acordo privado é homologado por sentença também se torna judicial.

Tal proteção, certamente, vem conferir maior segurança aos negócios jurídicos celebrados com devedores em dificuldades financeiras, estimulando a celebração de acordos que evitassem demorados e custosos processos de recuperação judicial ou falência.

Todavia, a falta de menção expressa à recuperação extrajudicial no artigo 131 da LRFE não constitui óbice à extensão dos efeitos da blindagem jurídica em face de eventuais ações revocatórias ou declarações de ineficácia quando o acordo houver sido homologado judicialmente.

O próprio artigo 166 da nova legislação impõe a ingerência do Poder Judiciário se o plano de recuperação extrajudicial envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, devendo ser procedida por meio de leilão, propostas fechadas ou pregão. É certo que o juiz só deve homologar o plano se entender que não implica prática de atos com a intenção de prejudicial credores (LRFE, art. 164, § 5º).

As possibilidades de o devedor se reerguer são justamente a dação em pagamento; novação de dívida do passivo com ou sem constituição de garantia real própria ou apresentada por terceiros; concessão de prazos e condições especiais para pagamento

das obrigações vencidas e vincendas; pagamentos a credores; venda ou transferência de estabelecimento, com o consentimento dos demais credores.

Isso implica em dizer que, praticados esses atos ao tempo do processo de recuperação judicial ou recuperação extrajudicial homologada em juízo, e desde que previstos nos respectivos planos para reerguimento do devedor, com anuência direta ou indireta dos credores, nada poderá ser feito, caso a falência venha a ocorrer, no tocante à declaração de ineficácia ou revogação.

### **2.3 A contextualização prática do tema**

Para ilustrar a questão, consideremos a seguinte hipótese: um devedor empresário, que passa por dificuldades financeiras, convocada seus credores propondo-lhes um acordo extrajudicial, o qual comporta a alienação do estabelecimento empresarial como a única solução para a reorganização e continuidade do empreendimento. Por imposição do referido artigo 166 da LRF, leva-se o acordo à homologação judicial, transferindo o fundo de empresa ao terceiro interessado. Todavia, um credor, não signatário ou não sujeito ao plano, propõe pedido de falência contra o devedor empresário e, após a sua decretação, requer a declaração de ineficácia do ato de alienação do estabelecimento empresarial, com base no artigo 129, VI da nova lei.

Consideremos ainda a hipótese de que o devedor empresário é uma microempresa ou uma empresa de pequeno porte, assim definidas pela Lei n. 9.841/99, com tratamento favorecido e diferenciado ditado pela Constituição Federal de 1988, necessitando, portanto, de um procedimento de reorganização mais simples, menos oneroso e ao mesmo tempo seguro e eficaz, como a recuperação extrajudicial homologada em juízo.

Daí surge a seguinte indagação: o fato de a alienação do estabelecimento empresarial ter sido contemplada em plano de recuperação extrajudicial homologado por sentença também está protegida pela blindagem jurídica prevista no artigo 131 da LFRE?

A resposta deve ser positiva, principalmente ao considerarmos a possibilidade de facilitação para as microempresas e empresas de pequeno porte, para as quais o legislador apenas previu um plano especial de recuperação judicial, similar à antiga concordata, na medida em que abrange somente créditos quirografários, que poderão ser parcelados em 36 meses, mas corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de 12% ao ano. Embora não seja obrigatória a opção por tal plano especial pelas microempresas e empresas de pequeno porte, caso pretendam adotar outros meios para reestruturação de suas atividades deverão fazê-lo em sede de recuperação judicial ordinária, cujo procedimento é mais oneroso e burocratizado.

Devemos acreditar que a intenção do legislador não foi dificultar a possibilidade de recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte. Sabe-se que o desenvolvimento das micro e pequenas empresas tem sido uma preocupação mundial, pois estas exercem importante papel na economia moderna, sendo responsáveis, dentre outros fatores, pela crescente geração de empregos e aumento da arrecadação tributária, contribuindo, sobremaneira, para a elevação do produto interno bruto dos países.

No Brasil, a Constituição da República de 1988, em seus artigos 170, inciso IX e 179, estabelece tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, utilizando o critério da receita bruta anual para classificá-las. O favorecimento ao crédito para tais empresas, o tratamento tributário diferenciado e uma política de desburocratização



para agilizar e facilitar o seu funcionamento são os focos de atuação do legislador brasileiro.

Infelizmente, nos três primeiros anos de funcionamento, 50% das micro e 30% das pequenas empresas fecham as portas (Fonte: Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, 2003); 3,7 milhões estão inativas há mais de cinco anos (Fonte: Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, 2003); 2,8 milhões são registradas, contra 12 milhões de pequenos empresários na informalidade (Fonte: Receita Federal); correspondem a 98% das empresas brasileiras, mas só representam 4% das exportações (Fonte: Ministério da Fazenda).

### **3. Conclusão**

A aplicação dos princípios da equidade e da proporcionalidade na nova legislação recuperacional sugere igual sacrifício para todos os credores com o fim precípuo de beneficiar o devedor comum e permitir a sua reestruturação, saneamento e recuperação.

Igualmente, a nova ordem determina a incidência da teoria do esforço compartilhado<sup>4</sup> para salvar a empresa em estado de crise econômico-financeira, na medida em que permite e impõe a revisão das obrigações pecuniárias em pleno vigor, decorrentes de atos jurídicos perfeitos e acabados, em virtude de finalidades que determinam a intervenção do Estado no domínio dos contratos privados (dirigismo contratual), por razões de ordem política, social e econômica.

---

<sup>4</sup> LOGO, Jorge. **O princípio da equidade na Lei de Recuperação de Empresa**. Acesso em: 01/03/2005. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br>>.

Nesse contexto, a adoção de planos de recuperação extrajudiciais amplos que não apenas constituam dilação de prazo, devidamente homologados por sentença, com proteção contra futuras ações revocatórias ou declarações de ineficácia (inclusive *ex officio*, a teor do art. 129, parágrafo único da nova lei), certamente promoverão vantagens, principalmente, para as micro e pequenas empresas, impulsionando a sua reestruturação e o desenvolvimento de suas atividades, levando-se em conta, principalmente, a relevante função social que desempenham.

Ancorando-se nas lições sempre balizadas de Maximiliano<sup>5</sup>, “o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita.” Prudente, então, é a interpretação sob os enfoques sistemático e teleológico da nova legislação recuperacional, cujo objetivo primordial é a preservação da empresa. Assim, se o plano extrajudicial é homologado por sentença, a recuperação é judicial e, como tal, a ela se aplica o disposto o artigo 131 da LRFE.

A razoabilidade, portanto, quando da interpretação da nova lei deve estar sempre presente, “sob pena de não se obter o objetivo almejado, que é a tentativa real de recuperação da entidade empresarial”<sup>6</sup>.

#### 4. Bibliografia

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997.

\_\_\_\_\_. **Da ação revocatória**. 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

---

<sup>5</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 152.

<sup>6</sup> CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória falimentar**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 141.

\_\_\_\_\_. **Os credores na falência.** 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1998.

\_\_\_\_\_. **O novo direito falimentar – nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, e o livro II “Do direito de empresa”. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 803, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito comercial. Falências e concordata.** 2. ed. São Paulo: LED – Editora de Direito, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 12. ed. Malheiros Editores, São Paulo: 2000.

BATALHA, Wilson de Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **Falências e concordatas.** 3. ed., São Paulo: LTr, 1999.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Exame crítico do projeto da lei de falências – “recuperação de empresas” ou “recuperação do crédito bancário”. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 822, 2004, pp. 128-138.

BULGARELLI, Waldírio. A atividade negocial no projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 56, out-dez. 1984.

\_\_\_\_\_. **Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito das empresas).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **A teoria jurídica da empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CAHALI, Yussef Sayd. **Fraude contra credores.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Atos de concentração econômica: lei de recuperação de empresa x lei do CADE**. Acesso em: 29/06/2005. Disponível em: [http://www.tesslaw.com/\\_artigos.php?id=201](http://www.tesslaw.com/_artigos.php?id=201).

CASTRO, Carlos A. **Fundamentos do direito falimentar**. Curitiba: Juruá, 2002.

CLARO, Carlos Roberto. **Revocatória falimentar**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito empresarial moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. **Questões atuais de direito empresarial**. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. V. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FATORELLI, Maria Lúcia. **A nova lei de falências**. Acesso em: 12/08/2005. <http://www.consciencia.net/2003/08/02/fatorelli.html>.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação judicial de empresas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEONEL, Jayme. **Da ação revocatória no direito de falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1951.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 91, n. 795, 2002.

\_\_\_\_\_. A crise da empresa: busca de soluções. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 668, 1991, pp. 35-46.

\_\_\_\_\_. **Da recuperação da empresa – no direito comparado.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito concursal.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva; LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Lei de falência – a lei nos tribunais.** São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

MACHADO, Rubens Aprobato (coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo. **Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa.** Rio de Janeiro: Forense, 1960.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências.** São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências.** São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Empresa – Ordem econômica – Constituição. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 758, 1998.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Reflexos tributários da nova lei de falência.** São Paulo: MP Editora, 2005.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial.** São Paulo: LZN, 2003.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, 2000, n. 119, pp. 94-108.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRENTINI, Flávia. O novo conceito de empresa. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 92, v. 813, 2003.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. 3. ed. São Paulo: LZN, 2003.

ZANETTI, Robson. **Direito falimentar. A prevenção de dificuldades e a recuperação de empresas**. Curitiba: Juruá, 2001.