

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

SEBASTIÃO LUIZ SIMÕES

**A INEFICIÊNCIA DA LEI 11.101/05 NO QUE TANGE O INSTITUTO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

GUARAPARI - ES

2019

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

SEBASTIÃO LUIZ SIMÕES

**A INEFICIÊNCIA DA LEI 11.101/05 NO QUE TANGE O INSTITUTO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Guarapari,
como requisito parcial para à obtenção
do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. M.e. Antônio Ricardo
Zany.**

GUARAPARI - ES

2019

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A ineficiência da Lei 11.101/05 no que tange o Instituto da Recuperação Judicial, elaborado pelo aluno Sebastião Luiz Simões foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de:

BACHAREL EM DIREITO

Guarapari, 04 de julho de 2019

Prof. M.e. Antônio Ricardo Zany
Faculdades Doctum de Guarapari
Orientador

Prof^a. Esp. Wanessa Mota Freitas Fortes
Faculdades Doctum de Guarapari

Prof. Esp. Rubens Santos Filho
Faculdades Doctum de Guarapari

A vida se enfrenta de frente, sem desvios,
sem desculpas (NOBRE, 1941).

A INEFICIÊNCIA DA LEI 11.101/05 NO QUE TANGE O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Sebastião Luiz Simões¹

M.e. Antônio Ricardo Zany²

RESUMO

A importância da atividade empresarial para o desenvolvimento da sociedade brasileira é de extrema relevância e por todos, reconhecida. Os benefícios socioeconômicos possibilitados pelas empresas impactam de maneira profunda a qualidade de vida das pessoas, já que, geram empregos, renda, consumo, bem estar e desenvolvimento da população. Contudo, as adversidades mercadológicas e econômicas têm gerado o empobrecimento de muitas empresas, que sem perspectivas fecham as portas. Objetivando possibilitar uma nova oportunidade a essas empresas, o Direito tem buscado construir metodologias e ferramentas jurídicas para a recuperação de organizações que se encontrem em situação de crise. Nesse contexto, a Lei 11.101 de 2005 foi proposta com uma série de mecanismos com o objetivo central de proporcionar às empresas em dificuldades uma saída digna para sua continuidade operacional de forma competitiva. Entretanto, passados anos, desde sua vigência, tem se observado na prática um resultado distante do desejado pelo legislador. O desenvolvimento deste artigo tem o propósito de ilustrar como essa legislação não possui elevada eficiência no que tange à recuperação deste perfil de empresas. Para seu desenvolvimento foi realizada uma revisão bibliográfica, cujo resultado, foi à constatação de um cenário negativo, em que apenas um percentual reduzido de empresas que tem acesso ao Instituto de Recuperação Judicial consegue de fato se recuperar e dar continuidade as suas atividades nos mercados onde atuam.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Ineficiência. Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O segmento empresarial brasileiro está alicerçado sobre um dos mais complexos conjuntos de adversidades econômicas, tributárias, políticas e burocráticas do planeta. O Brasil, como se sabe, enfrenta uma série de melhorias internas, que somada ao competitivo ambiente externo mundial, propicia um cenário fértil para crises, que por consequência limitam o fortalecimento das empresas e o desenvolvimento da própria sociedade. Neste sentido, e até com elevada frequência,

¹ Graduando em Direito. E-mail: simoesprogestao@gmail.com

² Mestre em Ciências Navais pela Escola de Guerra Naval. E-mail: comandantezany@yahoo.com

observa-se organizações dos mais diversos setores e portes tendo que amargar dissabores, chegando muitas, a encerrar suas atividades em razão deste agressivo contexto carregado de desafios.

O Direito não desatento a estas condições adversas enfrentadas por empresários e empresas tem se empenhado em construir metodologias e ferramentas para auxiliar organizações desde o seu nascimento, bem como, por meio de mecanismos específicos busca reestabelecer empresas que estejam passando por situações de dificuldade. Um dos muitos resultados desse empenho jurídico foi a edição da Lei 11.101 de 2005 conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falências, que trata da recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresaria.

Prestes a completar 15 anos de aplicação prática junto ao mercado, muito se comenta a respeito de seus resultados e eficiência, principalmente por ter sido projetada com o objetivo preventivo de proporcionar mecanismos às empresas em situações de crise, evitando assim, ao máximo, que viessem a encerrar suas atividades. Desta forma, tendo como fonte, o objetivo relado acima, buscar-se-á, por meio deste trabalho demonstrar os principais pontos em que o Instituto da Recuperação Judicial tem se mostrado pouco eficiente, não colaborando de forma quantitativa - como projetado - para a efetiva recuperação das inúmeras organizações que buscam com grande expectativa os caminhos e benefícios de sua aplicação.

Assim, com base no cenário acima descrito, nasceu o seguinte questionamento: Em quais pontos a Lei 11.101 de 2005 tem se mostrada ineficiente diante a aplicação do Instituto da Recuperação Judicial?

Para tanto, em busca de respostas a esta questão, foi estabelecido um objetivo central com o propósito de demonstrar a ineficiência da Lei 11.101/05 no que tange ao Instituto da Recuperação Judicial, para se atingir este objetivo principal, foram estabelecidos objetivos menores, específicos, que se seguem: Conceituar a Recuperação Judicial; Apresentar dados de mercado a respeito da Recuperação Judicial; E, apresentar aspectos que sinalizam a ineficiência da Lei 11.101 quanto ao Instituto da Recuperação Judicial no Brasil.

Para a construção deste trabalho a metodologia proposta foi a de revisão bibliográfica, sendo, diante de uma infinidade de materiais disponíveis, pinçados

alguns importantes artigos, matérias jornalísticas, entrevistas, posições literárias, bem como, a legislação específica, Lei 11.101 de 2015, relacionada ao objeto em estudo. Realizada uma análise formal de todos os documentos selecionados, buscou-se trabalhar os mais relevantes, que serviram de base para a construção de um raciocínio lógico, possibilitando desta forma, a articulação dos dados e informações que mais contribuíram para a concretização deste artigo. Para a pesquisa realizada na web utilizou-se as seguintes palavras-chave: Recuperação Judicial; Ineficiência; Brasil.

O primeiro capítulo teve o propósito de estudar as principais características do Instituto da Recuperação Judicial, sendo apresentada, para tanto, a condensação de alguns dos mais sólidos posicionamentos doutrinários sobre o tema, além da exposição da Lei que dá diretrizes sobre o assunto.

Já o capítulo seguinte, por sua vez, apresentou o contexto da Recuperação Judicial no competitivo cenário empresarial brasileiro, trazendo uma série de dados estatísticos relativos à sua aplicação prática, com a finalidade de demonstrar em números a atual conjuntura em que vivem nossas empresas no que tange a Recuperação Judicial.

Por fim, o último capítulo, buscou abordar os pontos mais expressivos no que tange à ineficiência da Lei 11.101 de 2005, quanto ao Instituto de Recuperação Judicial, sendo então, apresentados múltiplos pontos que influenciaram para esse cenário pouco positivo e produtivo.

2 LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS - (LREF)

No ano de 2005 a Lei 11.101 entrou em vigor, prevendo como bem dispõe seu artigo 1º, os procedimentos relacionados à recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário, bem como, da sociedade empresária, doravante simplesmente, referidos como “devedor”. Um dos mais relevantes propósitos da legislação quando de sua criação foi atuar de forma preventiva, ou seja, atuar antes do momento do não cumprimento das obrigações financeiras de determinado devedor (estado de insolvência), assegurando a este, uma série de prerrogativas para melhor gerir o possível não cumprimento destas obrigações, de modo a não lesar o patrimônio até então constituído pelo esforço de anos de

trabalho, tão pouco, causar danos sociais significativos a terceiros em razão da crise vivenciada, possibilitando desta forma, o desenvolvimento de um plano para a recuperação da capacidade de honrar compromissos da organização diante as partes interessadas, garantindo assim, o retorno à sua normalidade e competitividade futura.

De acordo com o que está disposto no artigo 47 da presente Lei, percebe-se que o objetivo maior do legislador com a implantação da Norma em casos concretos é o de 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, desta forma, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Importante também se faz acentuar que a Lei deixa claramente expressos por meio de rol exemplificativo, os meios de recuperação judicial, desde que observada à legislação pertinente, conforme sinaliza seu artigo 50:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II - cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III - alteração do controle societário;

IV - substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V - concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI - aumento de capital social;

VII - trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII - redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX - dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X - constituição de sociedade de credores;

XI - venda parcial dos bens;

XII - equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII - usufruto da empresa;

XIV - administração compartilhada;

XV - emissão de valores mobiliários;

XVI - constituição de sociedade de propósito específica para adjudicar, em pagamentos dos créditos, os ativos do devedor.

No entanto, se faz necessário destacar que, não sendo verificada mais a possibilidade de recuperação, a única alternativa, ou seja, o passo seguinte a ser constituído é a indicação do regime falimentar, que tem por finalidade impedir a continuidade da atividade empresarial, evitando assim, maiores danos às partes interessadas.

2.1 A Recuperação Judicial

O conceito de recuperação judicial está imediatamente relacionado, como já comentado, às empresas que se encontram em situação de crise econômico-financeira, e, possivelmente próximas à falência. Desta forma, havendo uma empresa em situação de elevada dificuldade financeira ao ponto de prejudicar sua solvência, poderá esta, recorrer judicialmente à recuperação, buscando, por efeito cascata se reerguer no mercado em que atua, melhor definindo um plano de ações estratégicas que vise seu fortalecimento estrutural, comercial e financeiro, bem como, sua longevidade competitiva.

Desta forma, pode-se acentuar que, a recuperação judicial é uma medida utilizada para buscar preventivamente, evitar a falência de uma empresa. Ou seja, quando uma empresa enfrenta maiores dificuldades para honrar seus compromissos, pode esta, recorrer ao pedido de recuperação judicial junto à Justiça, objetivando desta forma, viabilizar caminhos e mecanismos mais seguros para garantir sua desejada e possível reestruturação.

Neste contexto é de grande valia o conceito trazido por Eneias e Dias (2017, apud, MELO, p.9), que salienta a crise vivenciada pelas empresas que demandam a recuperação judicial: “a recuperação judicial é uma ação judicial que tem como escopo resolver a situação de crise econômico-financeira da empresa. Nela, o devedor pede um tratamento diferenciado, justificável, para extrair a crise na qual a empresa padece”.

Na oportunidade, a Lei 11.101/05 nasceu como uma resposta mais apropriada às demandas empresariais e sociais, e foi construída, especificamente, para substituir o Instituto da Concordata, estabelecendo assim, procedimentos mais amplos e flexíveis, com o claro propósito de possibilitar de forma mais eficiente à resolução das crises vividas por inúmeros empresários e empresas. Neste contexto,

a de se destacar dentre seus procedimentos, o objeto deste estudo, o Instituto da Recuperação Judicial. Embora o nome acabe vinculando o termo “recuperação judicial” ao sistema e Poder Judiciário, a Lei busca, dentre muitos benefícios, permitir uma negociação mais ampla e direta entre a empresa e seus credores, ressaltando desta forma, que não ficaria restrita tão somente ao prolongamento dos prazos, ou a busca estratégica do “perdão” das dívidas.

O artigo 47, aqui já mencionado, tem como premissa básica a recuperação e manutenção da empresa, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, além de apontar o compromisso em preservar sua função social e o estímulo à atividade econômica. Segundo o que determina o texto da Lei, a recuperação poderá ocorrer tanto por via judicial como extrajudicial, ocorrendo por via judicial, após análises, o Poder Judiciário poderá decretar a recuperação, que antes deverá ser aprovada, via plano de recuperação, pela Assembleia Geral de Credores. Já em se tratando da recuperação que tramite pela via extrajudicial, o papel do Judiciário será apenas o de reconhecer de forma oficial o acordo firmado extrajudicialmente entre as partes.

Importante ainda que se destaque que parte da doutrina entende que as intenções expostas no artigo 47, foram constituídas em um sistema hierárquico, onde se sobressai a seguinte percepção: Em primeiro lugar, a manutenção da fonte produtora, ou seja, a preservação da empresa, seguida pela manutenção do emprego dos trabalhadores, e por último, a busca da preservação dos interesses dos credores.

Por meio da premissa da hierarquia, acima mencionada, de acordo com o que aponta Fazzio (2010, p.116), pode se constatar de forma clara que a recuperação judicial tem por objetivo, a seguinte ordem:

- (i) reorganizar a empresa em crise financeira;
- (ii) preservar as oportunidades de emprego;
- (iii) implementar a valorização da massa próxima da insolvência;
- (iv) dilatar as possibilidades de negociação para a solução de passivo;
- (v) envolver a maior parcela possível de credores e empregados do devedor;
- (vi) fixar os efeitos da desaprovação ou descumprimento do plano;
- (vii) regular a conversão da recuperação judicial em falência;
- (viii) especificar o conteúdo mínimo e a justificativa do plano;
- (ix) fixar mecanismos de alteração do plano.

Assim, pode-se afirmar que a recuperação judicial, dita de uma forma prática, consiste em uma “ação judicial” que tem por meta, como projetada, promover a

solução para crises vivenciadas por empresas com elevados níveis de insolvência. De acordo com Eneias e Dias (2017, apud MELO, p. 9), “o objeto mediato é a salvação da atividade empresarial em risco, e, seu objeto imediato é a satisfação, ainda que atípica, dos empregados e credores”.

Ambos, Eneias e Dias, (2017, apud MELO, p. 10), ainda destacam que o Instituto em estudo aponta para o princípio da função social da empresa, e argumentam:

O princípio da função social da empresa está intensamente ligado com o princípio da preservação da empresa. É preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social. Há a existência de um interesse público na preservação da estrutura e da atividade empresarial, isto é, na continuidade das atividades de produção de riquezas pela circulação de bens ou prestação de serviços, certo que a empresa atende não apenas aos interesses de seu titular, de seus sócios (se sociedade) e de seus parceiros negociais.

Seguindo nesta direção coletiva, fica evidenciada a intenção que passa a conceber a empresa não apenas como um ente meramente capitalista, que visa pura e tão somente o máximo lucro, mas, também como uma fonte propulsora de atividade e renda social, além, óbvio, de financiar atividades básicas de responsabilidade do Estado junto à sociedade, por meio de pagamento de tributos, sendo então, desta forma, a atividade empresarial, reconhecida como elemento de extrema importância para o equilíbrio da economia, e assim, determinante para o fortalecimento e evolução da própria sociedade e do país como um todo.

A de se destacar, que mesmo difundida ao longo destes anos, a intenção da Norma não atinge seu máximo potencial, pois, percebe-se a existência de inúmeras empresas, que por motivos diversos, não preenchem os requisitos necessários para usufruírem de suas prerrogativas legais, não podendo desta forma, serem assim recuperadas. Destacam-se aqui, como limitadores, percebidos no exercício do dia a dia, os esforços para a correta reorganização relacionada aos custos e demais questões financeiras, bem como, a implantação e execução eficiente do plano de recuperação exigido. Ao analisarmos a questão dos custos envolvidos, é importante apontar que ao final, todo o financiamento relativo ao processo de recuperação será de responsabilidade da própria sociedade, ou seja, de terceiros, cabendo assim, ao Poder Judiciário o relevante exercício objetivo de filtrar então, quais empresas realmente farão jus ao consentimento do processo de recuperação.

Todavia, fracassada a possibilidade do exercício da recuperação judicial, resta como única saída, a decretação da falência, garantindo desta forma, que os credores possam ter acesso ao recebimento dos créditos devidos, mesmo que parcialmente, por meio de recursos ou patrimônio do empresário e/ou sociedade empresária.

É importante reforçar, como já dito, que compete ao Poder Judiciário autorizar a viabilidade da recuperação, devendo este, seguir uma série de critérios legais. Cabe acentuar que esses critérios - objetivos e subjetivos - não são estabelecidos somente por Lei, mas sim, também pela doutrina, dentre alguns critérios que podem aqui serem mencionados, observa-se: “A relevância social da empresa no local em que é inserida; A mão de obra e tecnologias que utiliza; A parcela de ativos vs o passivo; O tempo de existência da empresa; E a relação do faturamento vs endividamento” (FAZZIO, 2010).

Scalzilli, Tellechea e Spinelli (2017, apud MELO, p. 11) afirmam que para as empresas que economicamente sejam consideradas inviáveis o Instituto da Recuperação não pode ser aplicado, já que sob a ótica jurídica e mercadológica a recuperação não gerará benefícios relevantes. Sobre esse aspecto os autores destacam o seguinte:

Não obstante, é importante ressaltar que nem toda empresa merece ser preservada. Não existe, no Direito brasileiro, ou em qualquer outro dos que temos notícia, um princípio da “preservação da empresa a todo custo”. Na verdade, a LFRE consagra, no sentido exatamente oposto, um princípio complementar ao da preservação da empresa que é o da retirada do mercado da empresa inviável. Isso porque não é possível querer que se mantenha uma empresa a qualquer custo, pois quando os agentes econômicos que exploram a atividade não estão aptos a criar riqueza e podem prejudicar a oferta de crédito, a segurança e a confiabilidade do tráfico mercantil, devem ser retirados do mercado o mais rápido possível para o bem da economia como um todo, sempre com a finalidade de evitar a criação de maiores problemas.

Notadamente nesta altura, com um olhar mais criterioso, passa-se a analisar a coerência da legislação, onde o principal questionamento a este respeito, e à avaliação “subjetiva” do potencial de recuperação da empresa. Sobre esse aspecto, acentua Souza (2017, apud MELO, p. 12):

Mas a quem compete dizer se a empresa está ou não cumprindo adequadamente sua função social, ou se devem ou não ser adotadas medidas próprias para que se mantenha como eixo produtor de riquezas, mesmo ao enfrentar dificuldades críticas? No caso da Lei 11.101/2005

parece que tão importante decisão caberá apenas aos credores, e esse é um aspecto sobre o qual cabem considerações mais detalhadas.

Observados os pontos expostos, evidencia-se como reflexão final deste tópico que, o propósito maior do referido Instituto é o de proteger e manter a existência das organizações eficientes, e por consequência, de suas muitas funções internas e externas, contudo, para uma maior compreensão deste estudo é importante avaliar que o cenário empresarial no Brasil possui inúmeras particularidades e desafios, e que estes, devem ser considerados pelo Judiciário, como instigado e aclarado no capítulo a seguir.

2.2 A Recuperação Judicial frente à realidade de Mercado

O desenvolvimento da atividade empresarial consiste na utilização de importantes metodologias, mecanismos e ferramentas para o fortalecimento e preservação das organizações frente um cenário cada vez mais competitivo. Além do mais, como já demonstrado, os dispositivos Normativos que contribuem nesta direção, e que visam romper com essa agressiva realidade mercadológica em favor do fortalecimento das empresas e de suas relevantes funções, devem estar alinhados aos interesses e expectativas da própria sociedade, contribuindo desta forma para o equilíbrio econômico e social do país, que depende das empresas para a geração de empregos, renda, arrecadação de tributos e constituição do bem estar social comum.

No entanto, mesmo diante este fomento empresarial, tem-se observado que uma significativa quantidade de empresas tem solicitado a recuperação judicial. Todavia, de acordo com indicadores, a quantidade de empresas capazes de continuar suas atividades, após darem início ao processo de recuperação judicial, é bem reduzida. Beadle (2017, apud MELO, p.14), destaca que os motivos mais relevantes para a percepção deste fenômeno são os seguintes:

[...] é que muitos dos empresários percebem a deficiência do fluxo de caixa de suas empresas tarde demais, e só recorrem à recuperação judicial quando há pouco ou nada mais a fazer. É uma ação derradeira, cujo direito é concedido por lei, para tentar a venda da empresa ou de seus ativos, enquanto o empresário procura proteger seu patrimônio e a si próprio como pessoa física.

Com o objetivo de fortalecer a questão acima, seguem, dados compartilhados pela Serasa Experian - líder na América Latina em serviços de informações estratégicas para tomada de decisões das empresas - No Brasil no ano 2018 houve solicitação de 1.408 empresários para abertura de processo de recuperação judicial, número que é 17% maior do que o verificado no ano de 2017. Nesse contexto, as pequenas e micro empresas são as que mais demandaram o sistema, com cerca de 871 requerimentos, já as médias empresas demandaram 327 vezes, frente às grandes que demandaram a sistemática por apenas 210 vezes (SCHWINGEL, 2019, online).

Segundo informações levantadas junto ao judiciário e ao mercado, pela revista Exame, “apenas 6% das empresas que pediram recuperação judicial no Brasil conseguiram sair dela formalmente”. Números extremamente baixos aos olhos de qualquer gestor. Outro importante indicador apontado foi referente à taxa de recuperação da dívida - um indicador que mede quanto foi recuperado de cada milhão de dólares em débitos - que no Brasil é de 16%. Já no Chile esta mesma taxa corresponde a 33%, enquanto nos Estados Unidos ela chega a impressionantes 78% de cada milhão de dólares em débitos recuperados (BERTÃO, 2017, online).

É importante acentuar que diversas situações, no bojo da ineficiência, podem ser observadas no sistema judicial de recuperação de empresas. Essa constatação se dá - a olhos nus - quando se observa os elevados custos e a evidente morosidade dos processos, mas, sobretudo, ao se observar a reduzida taxa de recuperação dos credores, que resulta do fato de a maioria das empresas que iniciam o processo de recuperação judicial não consegue sair dele operando normalmente.

Empresas dos mais diversos setores e portes estão buscando no Instituto da Recuperação Judicial a superação de crises que arruínam suas estruturas, objetivando assim, uma nova oportunidade de voltarem ao mercado. Os dados deixam claro que as micros e as empresas de pequeno porte possuem maiores dificuldades para se reerguerem, sobretudo, em razão da carência de recursos de pessoal, tecnológicos e financeiros para se manterem competitivas frente a um mercado cada vez mais exigente e agressivo.

De acordo com estudos realizados pode se verificar que o desempenho relativamente fraco no que diz respeito à recuperação está relacionado à falta de

liquidez, aos altos e baixos do mercado, ao elevado grau de investimentos sem retorno e aos inúmeros problemas de gestão. Costa (2017, após MELO, p. 18) salienta que:

O ponto básico nesse sentido é que a maioria dos planos aprovados não se direcionaa reestruturação da empresa em si, não passando, muitas vezes de uma renegociação de dívidas. Tal fator explica em parte o motivo da taxa de recuperação ser tão baixa.

Segundo informações compartilhadas pela Ordem dos Advogados do Brasil / Rio de Janeiro, em seus primeiros anos de vida, a Lei 11.1001/05 contabilizava cerca de 4 (quatro) mil empresas que entraram com pedido de Recuperação Judicial, sendo que, dessas, somente 45 conseguiram retornar à operação normalmente como empresas regulares. Nesse período, de acordo com a pesquisa realizada pela consultoria Corporate Consulting e o escritório de advocacia Moraes Salles feita a pedido do Estado (RJ), somente 23% delas tiveram seus planos de recuperação aprovados pelos credores, 398 caminharam para a falência, sendo a maioria, arrastada com seus devidos processos para dentro do Poder Judiciário sem ainda uma definição final (OAB/RJ, 2013, online).

Costa (2017, apud MELO, p. 19) destaca que uma das grandes motivações para essa baixa taxa de recuperação está imediatamente relacionada ao foco quase que integral na renegociação das dívidas, deixando de lado a efetiva estruturação de um plano focado no real desenvolvimento estratégico da empresa:

Entretanto, o problema é o desvio evidenciado em tais planos, vez que o instituto da recuperação judicial prevê a possibilidade de a empresa reorganizar seus negócios e continuar realizando suas atividades normalmente, para que, posteriormente, venha a quitar suas dívidas. Porém, mais que um plano de reestruturação do negócio, a recuperação judicial tem se tornado um meio restrito de renegociação as dívidas, pondo em segundo plano a real efetivação do instituto, qual seja, a recuperação da empresa, já que “apenas recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social”.

Não há que se questionar que um número limitado de empresas brasileiras tem conseguido obter sucesso por meio da utilização do Instituto da Recuperação Judicial, que tem sua legitimidade na Lei 11.101 de 2005. Entretanto, mesmo com alarmados sinais de eficiência questionada, chama a atenção, conforme apontam indicadores, um elevado aumento da quantidade de solicitações ao Judiciário para o emprego do Instituto da Recuperação. Assim sendo, cabe a apreciação de pontos

específicos relacionados a este importante mecanismo, e notadamente frente à realidade exposta, cabe, sobretudo, uma ampla análise crítica, bem como, cirúrgica revisão da referida Lei.

2.3 A Ineficiência da Lei 11.101 no que tange a Recuperação Judicial

De acordo com Barbosa (2015), independente do fato de ser ampla a legislação relacionada à recuperação, é de extrema importância que esta seja atualizada de tempos em tempos, segundo a autora no máximo de quatro em quatro anos. Em diversos países essa é uma prática comum, porém, no Brasil, não se verifica até o momento, melhorias relevantes na legislação considerada nesse trabalho. Muito embora muitos chamem a Lei de Recuperação de Empresas de “nova”, ela já está próxima de completar 15 anos de aplicação efetiva.

Essa percepção está atrelada ao conceito de que a teoria se distancia da prática, e, nesse sentido, se faz urgente à necessidade que haja uma análise do conteúdo desta Lei, de maneira que se possa verificar sua maior eficiência dentro do Ordenamento Jurídico, bem como, seu máximo impacto social. Em não se verificando que os objetivos traçados em sua elaboração estão sendo alcançados, que fique então, evidenciada a necessidade de reforma e ampliação de seus dispositivos.

Sobre a Lei 11.101, de maneira específica Barbosa (2015) destaca que diversos ajustes são necessários, principalmente em razão do fato de o empresário brasileiro ter muitas dificuldades para se reerguer após fechar as portas (estado de falência). Neste caso, analisando o que dispõe a Lei, o empresário poderia reiniciar suas atividades após cinco anos, que seriam contados a partir do fim do processo que decretasse sua insolvência. Contudo, o problema maior reside no fato de que as ações de execução são excessivamente longas, ferindo assim, o descrito em Lei. Desta forma, como bem pode ser verificado no artigo 48 da referida Norma, o conjunto cumulativo dos requisitos necessários à concessão de uma segunda chance ao empresário devedor em restabelecer seus negócios, tornam ainda mais difícil o possível acesso ao processo de recuperação.

COSTA (2014) destaca que fica explícito na Norma que o legislador tem dificuldades em crer na boa-fé daquele empresário que tenha enfrentado o processo

de recuperação judicial. Segundo o autor no artigo 48 da Lei de Recuperação de Empresas existe a obrigatoriedade de, para que haja o acesso ao processo de recuperação, o empresário não tenha falido, ou, em sendo, que tenha sido o processo declarado extinto em sentença transitado em julgado. Esse é um fato, como já citado, incoerente com a duração dos processos falimentares no Brasil, que em muitos e muitos casos levam décadas para serem encerrados.

Outro importante ponto a ser considerado é que, conforme dispõe o inciso IV do artigo 48 da referida Lei, somente poderá ser requerida a recuperação se não tiver sido o devedor condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, indivíduo condenado por qualquer dos crimes previstos na Lei de Recuperação de Empresas.

Sobre esse aspecto Negrão salienta o seguinte:

De fato, o texto do art. 48, IV, exige reflexão sobre a razão legislativa que impôs impedimento de cunho pessoal em ação que tutela a empresa e não seus titulares, ademais, parece existir uma certa incoerência na opção do legislador ao exigir prova de idoneidade do titular da empresa, ao mesmo tempo em que proclama a separação dos conceitos de empresa e de empresário, Negrão (2016, apud COSTA, p. 224).

Em se considerando que o princípio da preservação da empresa deve se sobrepor ao interesse do devedor, fica nítido o contrassenso e o manifesto retrocesso provocado pela Lei, já que, há que se presumir que exista uma inovação legislativa no que tange a concessão da recuperação a empresa, e não ao empresário, contudo, observa-se clara a presença de resíduos desvantajosos vinculados à Norma anterior. Essa situação se relaciona ao que previa o Decreto Lei 7.661 de 1945 (Lei de Falências) que além de alcançar os crimes falimentares também abarcava qualquer outro crime de natureza patrimonial.

A conclusão a que se chega é que o dispositivo, aqui mencionado, afeta as empresas quando o confunde aos seus empresários ou administradores, renegando então o caráter autônomo e independente que as empresas possuem e que é manifestado em outros dispositivos da própria Lei aqui em análise.

Por outro ponto, destaca-se que para além de um plano de reorganização dos negócios, a Recuperação Judicial no Brasil tem sido utilizada tão somente como um mecanismo para se renegociar dívidas, o que coloca sobre uma ótica menos importante o real objetivo da Lei, que é a recuperação da empresa em sua plenitude,

tendo em vista que, “apenas recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social”, Campinho (2016, apud COSTA, p. 225).

Assim, o que tem de fato acontecido, é que diversas empresas solicitam a abertura do processo de recuperação judicial tão somente para quitar os seus débitos pendentes, o que acaba por mantendo a empresa funcionando, gerando por consequência outras problemáticas, já que a empresa “em recuperação” não opera com o propósito central de desenvolvimento.

Sobre esse aspecto Fábio Ulhôa destaca a dificuldade dessas empresas de conquistarem a confiança dos credores, o que reforça ainda mais a necessidade da implantação de um plano de recuperação judicial adequado:

A peça mais importante do processo de recuperação judicial é, com certeza, o plano de recuperação judicial; ele é que norteará a recuperação econômica financeira da empresa em crise. Se o plano de recuperação for consistente, os credores terão segurança para entrarem com espírito de ajudar a empresa em dificuldade de sair da crise, para que o bem maior que é a preservação da empresa e sua função social sejam atingidos, se o plano for inconsistente será muito difícil a recuperação da mesma [...] Ulhôa (2016, apud Costa, p 225).

Cabe acentuar que nos casos de efetiva recuperação judicial existe a necessidade de que algum ente financie o processo. Portanto, a continuidade do funcionamento da organização depende evidentemente de sua operacionalidade, contudo, muitas vezes, a empresa acaba cessando suas atividades em razão de não mais possuir capacidade de gerir suas próprias demandas financeiras, e assim, realizar a manutenção de suas obrigações mais básicas.

É por isso que no plano de recuperação da empresa deve estar clara a origem e administração do recurso que financiará a sua reestruturação. Em razão da ausência de um planejamento coerente e consistente, observa-se que diversas empresas se tornam inoperantes, perdendo clientes e mercado, além, de verem seus ativos utilizados na produção de seus negócios, deteriorados e/ou consumidos. É importante destacar que o empreendimento que não se encontra operante, normalmente dificulta ainda mais o processo de reestruturação, sendo, o caminho natural para estes casos, a decretação da falência.

Acentua-se ainda que a recuperação judicial estabelecida na legislação brasileira teve clara inspiração no denominado *chapter 11* da legislação americana, que trata do sistema de recuperação praticado nos Estados Unidos. Nesse sentido,

o legislador no Brasil acabou por importar alguns relevantes pontos relacionados ao conceito norte-americano para a recuperação das empresas brasileiras. Como bem acentua Costa (2016, p. 226) “o *chapter 11* americano é um capítulo inserido no Código de Falência dos Estados Unidos, o qual permite que uma empresa se recupere e pague seus credores, sendo todo o processo acompanhado e supervisionado por um tribunal de falência”.

De acordo com posicionamento do ministro Ricardo Lewandowski, a referida Lei tem por objetivo maior defender a função social da empresa, ponto em que se relaciona ao mesmo propósito do *chapter 11*, e destaca, em importante julgado do Supremo Tribunal Federal, o seguinte:

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades - não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada - autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exerceu, a teor do disposto no artigo 170, III, da Lei Maior (STF, 2009).

Embora a Lei 11.101 de 2005 tenha de fato objetivado imprimir dentro de sua proposta, os principais ideais do dispositivo norte-americano, observa-se que, não foi levado em consideração pelos legisladores brasileiros, ao inserir tais pontos, o contexto empresarial no Brasil, que em muito se difere do vivenciado nos Estados Unidos, em que o mercado é muito mais aberto e favorável ao desenvolvimento e recuperação das empresas. Além disso, a legislação americana é mais dinâmica, de modo que os processos são mais céleres, havendo uma maior maturidade do Ordenamento Jurídico no que tange a esses aspectos (COSTA, 2016).

É importante ainda que se ressalte que nos Estados Unidos o credor acaba participando mais ativamente do processo de recuperação, de maneira que não fica sua participação restrita apenas à aprovação do plano de recuperação. Já no Brasil ocorre exatamente o contrário, os credores não se envolvem com esta profundidade no processo de recuperação. Além disso, aqui, é muito mais difícil convencer as empresas do sistema bancário a realizarem investimentos, transformando, por exemplo, os empréstimos em ações, visando assim uma participação em uma venda futura. Há por parte dos investidores receios de acabarem sendo responsabilizados pelas dívidas da empresa, sobretudo, no que tange ao passivo tributário e trabalhista.

Um ponto que merece destaque é que a legislação americana não possibilita o desmembramento do processo, ou seja, nos EUA a recuperação judicial se procede em juízo único. Já no Brasil pode ocorrer em razão de dívidas trabalhistas, por haver uma penhora dos bens dos acionistas, ou ainda, por exemplo, por meio das empresas ligadas ao ente devedor. Nesse sentido, no Brasil, a incidência excessiva do sistema jurídico, no processo de recuperação, mais atrapalha que ajuda. Lobo (2016, apud, COSTA, p. 227), destaca que é um retrocesso o fato de que “alguns juízes da Justiça do Trabalho ainda não aceitam o fato de que o juízo empresarial (que está analisando a recuperação judicial) tem a competência para julgar medidas urgentes, e acabam assim, penhorando contas e bens da empresa”.

Outra melhoria da legislação, se comparada à aplicabilidade da Norma norte-americana, reside no fato de que no Brasil a participação do administrador judicial se resume a fiscalizar a condução do plano de reestruturação, enquanto que, nos Estados Unidos há uma participação mais efetiva deste indivíduo, de maneira que atue tanto no direcionamento, quanto, no desenvolvimento do projeto (plano) de recuperação.

A de se destacar que a Lei 11.101 de 2005 teve o relevante propósito de promover importantes mudanças no que tange a Norma anterior, Decreto Lei 7.661 de 1945 (antiga Lei de Falências). Ficou evidente o desejo do legislador em ofertar o Instituto da Recuperação Judicial como uma alternativa preventiva e eficiente à falência. Contudo, há ainda a necessidade de, avaliando com maior profundidade o contexto mercadológico e empresarial brasileiro, aperfeiçoar-se alguns mecanismos, de maneira a tornar a Lei mais célere, e, sobretudo, tornar mais eficiente o Instituto e processo de Recuperação Judicial no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão referente “a dinâmica de recuperação de empresas no Brasil” está longe de ser definida, conforme anunciou o legislador, na oportunidade da criação da Lei 11.101 de 2005. A Norma, que tem o intuito de facilitar o enfrentamento das crises que colocam a sustentabilidade das organizações em xeque, acaba encontrando no dia a dia, uma série de obstáculos que tornam difícil sua aplicabilidade de forma mais eficiente.

O presente trabalho, que teve o objetivo de apresentar alguns dos pontos mais relevantes quanto à ineficiência da Norma quando visa disciplinar o Instituto da Recuperação Judicial, apresentou inicialmente os conceitos centrais relacionados ao tema, bem como, destacou relevantes posicionamentos doutrinários sobre o referido assunto. Apresentou-se ainda uma conjuntura empresarial agressivamente diferenciada, bem como, dados estatísticos quanto à Recuperação Judicial no país. Por fim foram abordados elementos estruturais que tornam - em inúmeros casos concretos - a aplicabilidade da Lei 11.101 de 2005 no que tange à Recuperação Judicial, lenta e ineficiente.

Como agravante, vive-se no Brasil, nos últimos 8 (oito) anos, uma crise sem precedentes. O país carece de um posicionamento assertivo de toda a sociedade para o desenvolvimento de um cenário sócio, econômico, político e mercadológico mais favorável a todos. O reflexo de uma política demasiadamente voltada a interesses sombrios, que vigora a muito no país, tem impossibilitado seu desenvolvimento socioeconômico, que por sua vez em um efeito cascata, leva a ruína grande parte da sociedade, bem como, inúmeras empresas. Nesse sentido, pede-se uma atuação mais eficiente do Ordenamento Jurídico no tocante a ter suas Normas mais alinhadas à atual realidade vivida, de maneira a desburocratizar, bem como, dinamizar procedimentos e mecanismos com objetivos de darem melhores condições de organização, reorganização e sustentabilidade as empresas, sobretudo, as que passam por graves situações de crise.

Notadamente, a evidência concreta deste antagonismo normativo versus a realidade vivida, foi aqui exposta, quando se apresentou as muitas dificuldades enfrentadas por inúmeras empresas, não só para o acesso ao Instituto da Recuperação Judicial, mas, sobretudo, para após aplicação deste, alcançar-se a desejada reestruturação fruto da implantação do processo e plano de recuperação. Desse modo, com base no diagnóstico revelado, percebe-se urgente a necessidade de uma ampla releitura, ajustes e evolução da Lei 11.101 de 2015, sobretudo, em seus dispositivos que tornam o processo de recuperação complexo, moroso e pouco eficiente, melhor adequando assim, a estrutura do Instituto de Recuperação Judicial ao cenário empresarial e à realidade brasileira.

THE INEFFICIENCY OF LAW 11.101/05 ON WHAT THE JUDICIAL RECOVERY INSTITUTE

Sebastião Luiz Simões

M.e. Antônio Ricardo Zany

ABSTRACT

The importance of business activity for the development of society is extremely relevant and recognized by all. Socioeconomic benefits can be useful for tourism companies. However, the market and economic adversities have the beginning of companies, which without the prospects close as doors. Aiming to provide a new opportunity for companies, the legal right and legal tools for a recovery of organizations that are in crisis. In this context, Law 11,101 of 2005 was proposed with a series of information selection mechanisms for the main companies in the sector. However, past years, of its validity, have been observed in practice when producing a distinct term of the project by the legislator. The development of this article has the purpose of illustrating how this illustration does not present high efficiency regarding the increase of company profile. The report consisted of a bibliographic research, the result of which consisted of a negative organization, which only reduced the number of companies that have access to the Institute of Recovery. they act.

Keywords: Judicial Recovery. Inefficiency. Brazil

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Mariana. Advogado sugere rever lei da Recuperação Judicial. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 27 mar. 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1608832-advogado-sugere-rever-lei-da-recuperacao-judicial.shtml>>. Acesso em: 31 abr. 2019.

BEADLE, Eduardo. A falácia da Recuperação Judicial no Brasil. **B3 Gestão e Estratégia**. São Paulo, 15 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.b3gestao.com/artigos/a-falacia-da-recuperacao-judicial-no-brasil>>. Acesso em 02 mai. 2019

BRANT, Danielle. Só uma em cada quatro Empresas sobrevive após Recuperação Judicial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 07 out, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1820669-so-uma-em-cada>>

quatroempresas-sobrevive-apos-recuperacao-judicial.shtml>. Acesso em 02 mai. 2019

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças de São Paulo (IBESFSP). **Recuperação Judicial como Ferramenta de Turnaround**. 2014. Disponível em: <<https://ibefsp.com.br/recuperacao-judicial-como-ferramenta-de-turnaround/>>. Acesso em 18 maio 2019.

BERTÃO, Naiara. Recuperação judicial no Brasil: As lições de quem sobreviveu. **EXAME**, 22 dez. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/recuperacao-judicial-no-brasil-as-lico-es-de-quem-sobreviveu/>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-DF de 14 abr. 2009. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Publicada no **Diário de Justiça da União** em 22 abr. de 2009. Acesso em: 25 maio. 2019.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 543 p.

COSTA, Lumena Maria Nogueira Lopes. A ineficiência do instituto da Recuperação Judicial a partir de uma análise sobre as disposições contidas na lei 11.101/05. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - **Revista de Filosofia do Direito e da Sociedade**. Natal, v.8, n. 1, p. 218 – 231, jan/jun. 2016.

ENEIAS, Miria Soares. DIAS, Viviane Santos. A Recuperação Judicial à luz do Princípio da Preservação da Empresa. **Imepak**, 31 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.imepac.edu.br/opatriarca/v5/arquivos/trabalhos/artigo05miria.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Disponível em: <<https://florencerfsantos.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/579700325/a-viabilidade-economico-financeira-da-empresa-durante-o-processo-de-recuperacao>>. Acesso em 23 mai. 2019.

JUPETIPE, F. **Utilidade da informação contábil para eficiência dos processos de falência e de recuperação empresarial**. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-08082017-155317/publico/CorrigidaFernanda.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2019.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas e Falência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOBRE, Kesia. Recuperação Judicial da Empresa. **JusBrasil**, 02 jan. 2015. Disponível em: <<https://kezianobre.jusbrasil.com.br/artigos/240671017/recuperacao-judicial-e-extrajudicial-da-empresa>>. Acesso em 13 mai. 2019.

NOBRE, Maria da Penha Loureiro. **Valores**. 14 abr. 1941. Valores para uma vida digna, segundo minha sábia e amada mãe, até os dias de hoje, 04 jul. 2019.

OAB-RJ. Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil. **JusBrasil**, 02.01.2013. Disponível em: <<https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/111936478/so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

OLIVEIRA, R. A. Recuperação Judicial: uma análise empírica dos processos de Recuperação Judicial, distribuídos junto à Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Cível Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, com ênfase nas recuperações judiciais encerradas por cumprimento. Dissertação de mestrado. **Fundação Getúlio Vargas - Direito/SP**, 2015. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/recuperacao-judicial-analise-empirica-processos-de-recuperacao-judicial-distribuidos-j-0>>. Acesso em: 11 mai. 2019.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores Econômicos**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>>. Acesso em 19 abr. 2019.

SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. **Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo, 17 set, 2012. Disponível em <http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229>. Acesso em 19 abr. 2019.

SCHWINGEL, Samara. Cada vez mais empresas usam recuperação judicial para não quebrar. **Correio Brasiliense**, 31 mar. 2019. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/tf_carreira/2019/03/31/tf_carreira_interna,746508/recuperacao-judicial-pode-ser-uma-das-solucoes-para-fugir-da-falencia.shtml>. Acesso em: 08 mai. 2019.

SOUZA JUNIOR. Francisco Satiro, et al. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. 2.^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VIEIRA, Renato. **Recuperação Judicial nos EUA é mais ágil, diz especialista**. O GLOBO, 30 out. 2013. Disponível em: <<http://globo/15PRk4Q>>. Acesso em: 22 abr. 2019.