

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 13

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2013

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Caroline Da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 13 (Julho/Dezembro de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E ATIVISMO JUDICIAL: BREVES NOTAS SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA¹

MAINTENANCE OF THE FIRM AND JUDICIAL ACTIVISM: BRIEF NOTES ABOUT THE BRAZILIAN EXPERIENCE

Carlos Martins Neto

Resumo: Este trabalho tem como objetivo demonstrar o acentuado ativismo judicial presente em decisões de tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça que, muitas das vezes se distanciam de uma interpretação técnica do texto legal sob o fundamento do princípio da preservação da empresa. Para tanto, será analisada a origem do instituto da preservação da empresa, que decorre do princípio constitucional da função social da propriedade e os fundamentos que informaram o processo legislativo que resultou na Lei nº 11.101/2005. Na sequência, serão comentados julgados de matéria recuperacional que evidenciam ativismo judicial por parte dos julgadores. Por fim, serão apresentadas conclusões a respeito da análise implementada ao longo do trabalho.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Recuperação Judicial. Preservação da Empresa. Política Pública. Ativismo Judicial.

Abstract: The aim of this paper is expose the accentuated judicial activism implemented, present in decisions pronounced by the some Brazilian State Courts and also the “Superior Tribunal de Justiça” (the Supreme Court that judges cases that involves federal law non related to constitutional issues) often distances themselves from the technical interpretation of the legal text when based on the principle of “maintenance of the firm”. Thus, this work shall also analyze the origin of this principle, which derives from the

¹ Artigo recebido em 21.02.2015 e aceito em 04.03.2015.

constitutional principle of the social function of property. The foundation of this principle also encounters grounds on which have informed the legislative process that resulted in the Law no. 11.101 of 2005. Furthermore, the decisions in the field of judicial reorganization, which frequently account as the substantiation of judicial activism, will be examined. At last, the closure will be in respect to the analysis developed throughout this work.

Keywords: Business Law. Judicial Reorganization. Maintenance of the firm. Public Policy. Judicial Activism.

Sumário: I. Introdução. II. Da função social da propriedade ao princípio da preservação da empresa. III. Preservação da empresa e ativismo judicial. III.1. Prorrogação do prazo (improrrogável!) de 180 dias de suspensão das ações e execuções do devedor cujo processamento da recuperação judicial foi deferido. III.2. Dispensa da apresentação das certidões exigidas pelo art. 57 da Lei nº 11.101/2005. IV. Conclusão.

I. Introdução.

No cenário brasileiro, desde o período da dominação portuguesa até a entrada em vigor da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, os institutos jurídicos destinados a solucionar a crise financeira do empresário não alcançaram seu objetivo da maneira desejada. Seja em razão de não cumprir o seu papel adequadamente (solucionar a crise, de forma que o empresário retornasse ao mercado),

seja em razão das fraudes que possibilitavam, o instituto da concordata era visto com descrédito e até mesmo com preconceito².

O último normativo a disciplinar a falência anteriormente à lei atual (Lei nº 11.101/2005) foi o Decreto-Lei nº 7.662/45, cuja concordata nele prevista consistia em verdadeiro favor legal concedido pelo Estado aos devedores, o que desgastou demasiadamente o instituto.

Da edição do Decreto-Lei nº 7.662/45 à Lei nº 11.101/2005, muitos fatos importantes ocorreram na história do Brasil. Saiu-se do regime de exceção do Estado Novo (1937-1945) e, após breve período democrático (1945-1964), caiu-se uma vez mais no autoritarismo, dessa vez da Ditadura Militar (1964-1985). No processo de redemocratização, foi convocada a assembleia nacional constituinte que aprovou o texto da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, que possui pleno vigor nos dias atuais, tendo sido pontualmente reformada por 77 (setenta e sete) emendas até 11 de fevereiro de 2014.

A nova carta política estabeleceu que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da livre concorrência.

No âmbito das relações patrimoniais privadas, a empresa, como atividade organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, ocupa lugar destaque, sobretudo no que respeita às relações econômicas, tendo a teoria da empresa sido consagrada pelo Código Civil de 2002. Assim, em leitura à luz de valores constitucionais, o princípio da função social da propriedade acaba derivando o princípio

² Importante esclarecer que no direito brasileiro propriamente dito, desde o Código Comercial de 1850 até o Decreto nº 5.746/1929, a concordata possuía um caráter contratual, na medida em que o devedor e seus credores transigiam a respeito do montante e da forma de pagamento dos créditos. A partir do Decreto-Lei nº 7.661/1945, a concordata ganhou a feição de “favor estatal” concedido por sentença judicial: ao se enquadrar nos critérios estabelecidos pela lei, o devedor fazia jus à concordata, que obrigava a todos seus credores quirografários.

da função social da empresa. E é justamente do princípio da função social da empresa que decorre o princípio que norteia a Lei nº 11.101: o da preservação da empresa³.

Não há dúvidas que a nova lei, que substituiu o então sexagenário Decreto Lei nº 7.661/45, avançou ao abolir o instituto da concordata (preventiva e suspensiva) e introduzir no ordenamento jurídico pátrio as novas figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, tendo por eixo central a preservação das empresas economicamente viáveis⁴.

Com efeito, a Lei nº 11.101/2005 logrou sistematizar comandos de direito processual e de direito material que visam, primordialmente, viabilizar a recuperação das empresas economicamente viáveis que estejam passando por uma crise e, caso tal recuperação não seja economicamente viável, colocar a falência como “último recurso”⁵, para fins de promover a liquidação de forma célere e eficiente dessa empresa⁶.

³ PEREZ, Viviane. Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 206.

⁴ O processo legislativo que resultou na Lei nº 11.101/2005 teve início na Câmara dos Deputados em 22.12.1993, com a apresentação do anteprojeto de lei pelo Poder Executivo (PL nº 4.371/1993). Após a tramitação e aprovação pela Câmara, o projeto de lei seguiu para o Senado em 23.10.2003 (PLC nº 71/2003), que o aprovou com substitutivo, devolvendo-o à Câmara em 12.07.2004. Em 14.12.2004 a Câmara dos Deputados aprovou a versão final do texto da nova lei e o enviou para a Sanção Presidencial em 17.12.2004, o que ocorreu em 09.02.2005, pouco mais de 11 (onze) anos após o início do processo legislativo, e com veto de 3 (três) dispositivos constantes do projeto aprovado pelo Poder Legislativo.

⁵ A partir da vigência da Lei nº 11.101/2005 deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro a figura jurídica da “concordata suspensiva”, de forma que uma vez decretada, em definitivo, a falência da empresa economicamente viável não há mais que se falar em sua recuperação.

⁶ A respeito do processo legislativo que resultou na edição da Lei nº 11.101/2005, vale lembrar os 12 (doze) princípios adotados na análise do Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003 e nas modificações propostas no substitutivo aprovado pelo Senado, conforme consignados no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, que teve a relatoria do Senador Ramez Tebet: (i) preservação da empresa; (ii) separação dos conceitos de empresa e empresário; (iii) recuperação das

Com o instituto da recuperação, seja ela judicial ou extrajudicial, a solução para a crise empresarial deixou de consistir em favor legal concedido pelo Estado, mas retomou o conceito de negociação entre o devedor e os seus credores, sob um espírito de sacrifício coletivo para recuperação da empresa economicamente viável. No regime atual, o devedor deve apresentar seu plano de recuperação em juízo, para que os credores deliberem sua aprovação ou modificação (esta última somente com a concordância do devedor). Deve-se destacar que a nova lei alargou o rol de credores abrangidos pela recuperação judicial: além dos credores quirografários (únicos que sofriam os efeitos das concordadas da lei anterior), passaram a sofrer os efeitos da recuperação também os credores com garantia real e os privilegiados, ressalvadas as exceções previstas no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101⁷. No caso da recuperação extrajudicial, também deixam de sofrer seus efeitos os credores trabalhistas. Tanto a recuperação judicial quanto a extrajudicial não produzem efeitos sobre os créditos tributários⁸.

sociedades e empresários recuperáveis; (iv) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (v) proteção aos trabalhadores; (vi) redução do custo do crédito no Brasil; (vii) celeridade e eficiência dos processos judiciais; (viii) segurança jurídica; (ix) participação ativa dos credores; (x) maximização do valor dos ativos do falido; (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e (xii) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação.

⁷ O referido dispositivo excepciona o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (inclusive em incorporações imobiliárias), ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, cujo crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva. A lei ressalva, no entanto, que durante o prazo de suspensão das ações e execuções (pelo período máximo de 180 dias – art. 6º, § 4º da mesma lei), não é permitida a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

⁸ O modelo brasileiro de recuperação judicial do empresário, a exemplo do que ocorreu com outros sistemas estrangeiros, teve forte influência do direito norte-americano, considerado avançado em matéria de saneamento empresarial. Nesse sentido, vige ainda hoje nos Estados Unidos o *Bankruptcy Code* de 1978, que tratou

A Lei nº 11.101 avançou, também, no sentido de projetar um processo célere e eficiente de recuperação judicial, visando possibilitar, assim, um ambiente adequado para que o devedor apresente seu plano de recuperação e os credores deliberem sobre sua aprovação (ou não) num curto espaço de tempo. Esse conceito de celeridade e eficiência foi endereçado por meio dos diversos prazos fixados de forma ordenada. Todavia, em razão da morosidade do Poder Judiciário que, excessivamente sobrecarregado, não consegue praticar os atos processuais em prazos razoáveis, a eficiência projetada pela lei acaba não se concretizando na prática⁹.

Passados já nove anos desde a edição da lei de 2005, tem-se notado um forte ativismo judicial por parte dos julgadores, no sentido de fazer valer a preservação da empresa quase que a qualquer custo. Nessa linha, começa a causar perplexidade o distanciamento do conteúdo de diversas decisões judiciais (inclusive de tribunais

igualmente de duas modalidades procedimentais, nomeadamente o *bankruptcy liquidation* (Capítulo VII) e *bankruptcy reorganization* ou *rehabilitation* (Capítulos XI, XII e XII). De acordo com as normas do *bankruptcy reorganization*, cabe ao devedor apresentar um plano mediante o qual propõe a seus credores o pagamento total ou parcial de suas dívidas durante um determinado período de tempo, que é geralmente de três anos. Caso o juízo da recuperação aprove o plano, os credores estarão a ele vinculados, independentemente de sua aprovação. O *Bankruptcy Reform Act* de 1994 trouxe medidas destinadas a agilizar os procedimentos referentes à recuperação empresarial, ao mesmo tempo em que estabelece medidas para resguardar determinados bens como a residência da família do devedor. O intuito de tais medidas foi incentivar o devedor a se valer do Capítulo XII do *Bankruptcy Code* para requerer a reorganização de suas dívidas, para tentar assim preservar a maioria de suas propriedades, caso isto fosse permitido pelas leis do Estado em que residisse o devedor. No ano de 2005, foi aprovado o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* que, ao tratar dos devedores pessoas físicas, incentiva que estes se valham dos procedimentos de reorganização do Capítulo XI do *Bankruptcy Act* a fim de renegociarem, ao menos, o pagamento parcial de suas dívidas.

⁹ A respeito da concatenação dos prazos do processo de recuperação judicial e dos problemas decorrentes da morosidade do Poder Judiciário, v. MARTINS NETO, Carlos; BASTOS FILHO, Claudio Luiz de Miranda. O prazo de suspensão das ações e execuções no âmbito do processo de recuperação judicial: evolução da jurisprudência. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 10, p. 67-103, jan./jun., 2012.

superiores) do que se esperaria de uma decisão técnica baseada no texto da lei. Não havendo viabilidade econômico-financeira para empresa em crise, impõe-se a imediata liquidação do patrimônio do devedor, para, com o seu resultado, promover a satisfação dos credores, segundo a ordem de pagamentos constante do artigo 83 da Lei.

Feitos esses esclarecimentos preliminares, o presente trabalho discorrerá sobre a origem do instituto da preservação da empresa e os fundamentos que informaram o processo legislativo que resultou na Lei nº 11.101/2005. Na sequência, serão apresentados e comentados julgados que evidenciam o ativismo judicial que vem sendo implementado em processos de natureza recuperacional. Por fim, serão apresentadas conclusões a respeito da análise implementada ao longo do trabalho.

II. Da função social da propriedade ao princípio da preservação da empresa.

A Constituição Federal, ao dispor sobre a ordem econômica, estabelece uma estrutura principiológica que deve ser observada no âmbito das relações públicas e privadas de natureza econômica. Assim, a ordem econômica, embasada em direitos sociais como o direito ao trabalho e à livre iniciativa visa, em última instância, proporcionar um funcionamento adequado da economia, que atenda aos valores protegidos pela Carta Política. O art. 170 da Constituição enumera os princípios que informam a ordem econômica. Veja-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O Art.5º da Constituição Federal, inserido na seção intitulada “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, reitera a função social da propriedade da seguinte forma:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

Nessa linha, a ordem econômica, conforme prevista na Constituição, atende ao modelo do sistema capitalista de produção¹⁰ ao prestigiar a propriedade privada, a livre iniciativa e a livre concorrência. Todavia, no intuito de compatibilizar o pleno gozo da propriedade com outros valores por ela protegidos, a Constituição contemplou, dentre os princípios norteadores da ordem econômica, a função social da propriedade, que atua como um limitador do direito de propriedade, tendo em vista a ordem social.

Assim, nota-se uma evolução do conceito de propriedade em relação àquele defendido imediatamente após a Revolução Francesa. Para fins de demonstrar esse conceito antigo, sem limite, FABIO

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição* de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 64.

KONDER COMPARATO transcreveu o art. XVIII do Projeto de Constituição Francesa elaborado em 1793 por Condorcet. Veja-se:

*Le droit de propriété consiste en ce que tout homme est le maître de disposer à son gré de ses biens, de ses capitaux, de ses revenus et de son industrie*¹¹.

No regime jurídico de direito privado estabelecido pelo Código Civil de 2002, foi prestigiada a teoria da empresa, segundo a qual a empresa, enquanto abstração, consiste em atividade econômica profissional, voltada à produção ou circulação de bens ou serviços. O exercício da empresa, no entanto, não deve atender unicamente ao interesse de seus titulares, mas deve observar, também, o interesse coletivo da sociedade na qual está inserida.

Esse entendimento decorre de uma leitura do princípio da função social da propriedade aplicada à empresa, resultando, portanto, no princípio da função social da empresa.

Com efeito, a propriedade da unidade produtiva deixa de ser um direito fundamental para ser tornar um “direito-meio”, por meio do qual os titulares da empresa perseguem seus objetivos. Entretanto, como o uso da propriedade erradia do âmbito privado, seu emprego deve atender não tão somente ao interesse privado, mas também à comunidade.

Como a função social da propriedade impõe a efetivação da finalidade produtiva da propriedade de forma racional, no contexto empresarial, são reflexos desse princípio a produção e circulação de bens e serviços, geração de empregos, recolhimento de tributos e melhorias para a comunidade no qual a empresa exerce suas atividades.

Na esfera institucional, a empresa, erguida sobre uma estrutura social, que evidencia uma organização interna e lhe assegura estabilidade, reflete o interesse privado ao perquirir uma atividade

¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 63, jul./set., 1986, p. 74.

lucrativa¹². Ainda sob a dimensão institucional, a empresa contribui para a manutenção da subsistência da população ativa por meio da oferta de trabalho assalariado, além de servir como uma fonte de renda para o Estado via receitas fiscais¹³. As duas dimensões da empresa – a institucional e social – por um lado, e a dimensão privada por outro, devem co-existir, atendendo, simultaneamente, aos interesses privados de seus titulares e aos interesses sociais por meio da geração de benefícios para a coletividade e para o Estado¹⁴.

O adjetivo “social”, incorporado na expressão função social da empresa, indica justamente que o fim da empresa deve também atender ao interesse coletivo e não tão somente ao interesse próprio daquele que obtém o controle do exercício da empresa, embora não exista interdição para que estes possam convergir¹⁵. Segundo FABIANE LOPES BUENO NETTO, “pensar a função social da empresa implica, assim, posicionar a empresa em face da função social da propriedade, da livre-iniciativa (autonomia privada para empreender) e da proporcionalidade (equilíbrio na consecução de interesses privados diante das necessidades sociais)”¹⁶.

No que diz respeito às sociedades anônimas, a Lei nº 6.404/76 é expressa ao estabelecer que o acionista controlador deverá pautar sua conduta tendo como norte a função social da companhia. Veja-se o que determina o art. 116 da referida lei:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir sua função social**, e **tem deveres** e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela

¹² LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. I, p. 86.

¹³ JUNIOR, Ecio Perin. *Preservação da Empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

¹⁴ *Ibid.* p. 19.

¹⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Op. cit.* p. 75.

¹⁶ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social das Empresas: Práticas Sociais e Regulação Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102.

trabalham e **para com a comunidade em que atua**, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (grifos acrescentados)

O bem-estar social é maximizado quando os indivíduos de uma sociedade, ao exercerem o direito à livre iniciativa, contribuem de forma positiva para o bem comum. As ciências econômicas aplicam o termo “externalidade” à repercussão que o processo de produção pode causar na esfera externa à empresa. Esse reflexo é tido como negativo, quando há uma socialização das perdas e apropriação privada de lucro desmesurado¹⁷. Contrariamente, sob uma ótica de cuidado com a coletividade, o custo social deve ser internalizado pela empresa. ECIO PERIN JUNIOR apresenta a finalidade da sociedade de forma ímpar, ao encontrar uma harmonização entre a finalidade e o ambiente em que a sociedade empresária está inserida, conforme se transcreve a seguir:

O escopo finalístico da sociedade, como vimos defendendo com a presente obra, não é a simples satisfação dos bens individuais de cada uma das pessoas que a constituem; o verdadeiro fim da sociedade é o seu *bem comum*, o bem comum do *corpo social*, das *pessoas humanas*.¹⁸

A associação direta entre o âmbito interno e externo da sociedade empresária requer a tutela dos direitos fundamentais da coletividade, a fim de que não sejam prejudicados, em razão do exercício da empresa. Visto isso, caberá a incidência das normas e princípios de direitos humanos sobre as relações privadas. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser utilizado como um critério balizador para mediar os conflitos de interesses e de direitos.

Pessoas dignas são aquelas que possuem acesso aos bens e serviços que a sociedade produz, o que torna, portanto, essencial a oferta de trabalho assalariado. Antes de conceder definição legal sobre o exercício do trabalho, que é examinar o trabalho como um meio de

¹⁷ Ibid. p. 121.

¹⁸ JUNIOR, Ecio Perin. Op. cit. p. 107.

subsistência, é necessário observá-lo sob um enfoque ainda mais fundamental, que é o trabalho como a capacidade do ser humano de atuar e alterar a realidade que o cerca. Portanto, além de servir como uma fonte de renda, o trabalho permite que o indivíduo possua um “saber prático”, que o auxilia em seu desenvolvimento pessoal e social¹⁹.

Importante destacar que os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal²⁰ deverão ser garantidos pelo Estado por intermédio da atividade legislativa e executiva, sendo a fonte das receitas necessárias para sua efetivação a arrecadação de tributos, que, em sua grande maioria, decorrem das atividades econômicas (leia-se empresárias) desenvolvidas no território nacional.

Dessa forma, os recursos financeiros arrecadados pelo Estado deverão ser direcionados para o melhor atendimento dos interesses coletivos, norteados pelo dispositivo constitucional mencionado acima. Entretanto, o tributo não pode colocar em risco a estabilidade econômica e tão pouco inibir investimentos²¹. À vista disso, a preservação da sociedade empresária é de extrema valia e encontra sua máxima exteriorização no âmbito do direito falimentar.

Ao comentar a abrangência do princípio da função social da empresa, VIVIANE PEREZ registrou que:

Visto o conceito de função social da empresa, é possível identificar-lhe ao menos dois distintos raios de sua aplicação, quais seja, como: (i) incentivadora do exercício da empresa e (ii) condicionadora de tal exercício.

Na sua primeira aplicação, **o conceito de função social da empresa dá origem ao chamado princípio da preservação da empresa**. Tal princípio advoga uma

¹⁹ JUNIOR, Ecio Perin. Op. cit. p. 35.

²⁰ CRFB, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

²¹ JUNIOR, Ecio Perin. Op. cit. p. 39.

primazia do interesse da empresa, como centro de interesses autônomos e distinto de cada um dos grupos de interesses nela catalisados. A manutenção da empresa atenderia, assim, ao interesse coletivo na medida em que essa ‘unidade organizada de produção é fonte geradora de empregos, tributos e da produção ou mediação de bens e serviços para o mercado, sendo, assim, propulsora de desenvolvimento.’²² (grifos acrescentados)

Com o advento da Lei nº 11.101/2005, a preservação da empresa – antes resultante de um esforço interpretativo como sendo decorrência da função social da propriedade – foi alçada a princípio previsto de forma expressa em lei. Com efeito, o eixo central da atual lei de recuperação de empresas e falências é a recuperação das empresas economicamente viáveis e a célere liquidação das entidades inviáveis. Assim, busca-se a efetivação do princípio da preservação da empresa, conforme mencionado no âmbito do objetivo da recuperação judicial:

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

Entende-se que, ao expressar tais princípios, a Lei nº 11.101/2005 está em plena harmonia com a regulação constitucional da ordem econômica.

A Lei nº 11.101/2005, além de viabilizar a preservação da empresa, também tem por escopo garantir a segurança jurídica e, com isso, reduzir do custo do crédito no Brasil e proporcionar celeridade e eficiência dos processos judiciais (conforme indicado no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado elaborado durante o seu processo legislativo). Todavia, em contrariedade a tais finalidades,

²² PEREZ, Viviane. Loc. cit.

tem-se notado que o Poder Judiciário tem proferido decisões judiciais que, sob o fundamento do princípio da preservação da empresa, distanciam-se sobremaneira do texto da lei.

Nas linhas que se seguem, serão tecidos sucintos comentários sobre o fenômeno do ativismo judicial e apresentados exemplos de tal ativismo no âmbito de processos judiciais de natureza recuperacional, nos quais são proferidas decisões em contrariedade com o que preceitua a própria Lei nº 11.101/2005, com a justificativa de se estar viabilizando a preservação da empresa.

III. Preservação da Empresa e Ativismo Judicial.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, o sistema jurídico-político é pautado pela Constituição Federal, que além de insculpir os fundamentos e valores da nação, contempla a organização do Estado, a divisão de competência entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, além de estabelecer normas de caráter impositivo e programático.

Dentro de suas respectivas competências, cumpre aos três poderes, por meio de suas ações diretas, empregar efetividade²³ aos preceitos contidos na Constituição Federal, principalmente aos direitos fundamentais, sempre de forma coerente com a Lei Maior.

Como se sabe, o Estado não tem se mostrado capaz de implementar todos os direitos fundamentais previstos na Constituição em tempo satisfatório, de forma que a formulação e aplicação de políticas públicas necessárias para implementação de tais direitos, muitas das vezes, depende da intervenção do Poder Judiciário.

²³ Segundo Luís Roberto Barroso, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 77).

Assim, o conceito original de *ativismo judicial* relaciona-se com a ideia de uma atuação proativa do Judiciário que extrapola a prestação jurisdicional pura e simples e acaba repercutindo no ambiente de atuação dos demais poderes (executivo e legislativo), com o objetivo de dar concretude aos valores e fins constitucionais.

De acordo com o PROF. LUÍS ROBERTO BARROSO, são exemplos da postura ativista:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas²⁴.

Embora o termo *ativismo judicial* tenha sido criado nos Estados Unidos para qualificar a atuação da Suprema Corte daquele país entre meados da década de 1950 até o final dos anos 60, cujas decisões, consideradas progressistas, influenciaram uma profunda mudança nas práticas políticas, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais²⁵.

O ativismo judicial acabou recebendo duras críticas nos Estados Unidos, tornando-se uma expressão pejorativa que tinha o significado de “exercício impróprio do poder judicial”²⁶. Dentre os argumentos dos críticos do ativismo judicial, destacam-se: (i) legislação pelo judiciário; (ii) distanciamento das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas; e (iii) julgamentos em função dos resultados.

²⁴ Id. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n° 13, jan./mar., 2009, p. 75.

²⁵ Id. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n° 21, jan./dez., 2011, p. 90.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Loc. cit.

No cenário nacional, o Supremo Tribunal Federal já decidiu de forma ativista aplicando diretamente a norma constitucional a situações não previstas de forma expressa na Constituição e sem a existência de lei ordinária sobre a matéria, como no caso de vedação ao nepotismo²⁷. Outra forma de atuação ativista verificada no âmbito do STF, dentre outras, é a determinação de condutas ou abstenções por parte do Estado, como ocorreu nos casos do direito de greve dos servidores públicos²⁸ e em hipóteses de políticas públicas inexistentes ou insuficientes²⁹.

Embora a expressão *ativismo judicial* tenha sido criada e se desenvolvido no ambiente de direito público, mais precisamente nos

²⁷ A esse respeito, veja-se a ementa do Recurso Extraordinário 579.951/RN: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951/RN. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de agosto de 2008).

²⁸ Sobre esse particular, v. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670/ES. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007.

²⁹ Nesse sentido, veja-se a ementa de acórdão recente julgado do STF em matéria de direito à saúde: “PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº RE 716.777/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 09 de abril de 2013).

tribunais constitucionais, pode-se admitir sua aplicação também naquelas situações em que o Poder Judiciário decide processos de natureza privada, aplicando princípios constitucionais ou preceitos derivados de princípios constitucionais, nos moldes acima referidos.

Sendo assim, inserem-se no conceito de ativismo judicial as decisões proferidas no âmbito de processos de recuperação judicial ou de falências que, sob o fundamento do princípio da preservação da empresa – o qual, conforme já se demonstrou acima, deriva do princípio da função social da propriedade – acabam se distanciando do que seria uma aplicação técnica do texto legal, quando não contrariam expressa disposição de lei.

A esse respeito, apresentam-se nos tópicos a seguir exemplos concretos de ativismo judicial em matéria recuperacional.

III.1. Prorrogação do prazo (improrrogável!) de 180 dias de suspensão das ações e execuções do devedor cujo processamento da recuperação judicial foi deferido.

A Lei nº 11.101/2005 fixa, em seu art. 6º, § 4º³⁰, o prazo no qual ficarão suspensas as ações e execuções contra o devedor: improrrogáveis 180 dias. Tal prazo está diretamente relacionado com o prazo de 150 dias para a realização da assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, estabelecido no art. 56, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

O racional por trás da fixação de tais prazos é o de que não devem prosseguir as execuções contra o devedor até que o plano de

³⁰ Lei nº 11.101/2005: “Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. (...) § 4º. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo **em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação**, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

recuperação seja apreciado pela assembleia geral de credores. Conforme observado pelo Prof. Sérgio Campinho, a suspensão das ações e execuções permite ao empresário “lidar de forma mais aliviada com o estado de crise econômico-financeira em que se vê inserido, pois estará, ainda que momentaneamente, livre de novas penhoras de seus bens e do fantasma da falência. (...) Terá o devedor um período de tranquilidade no qual buscará recompor sua atividade e recuperar a sua empresa”³¹.

A esse respeito, cumpre esclarecer que, uma vez ajuizado o pedido de recuperação, o devedor deve concentrar seus esforços em solucionar a crise, estruturando seu plano de recuperação, para apresentá-lo ao juízo em até 60 dias contados do deferimento do processamento de sua recuperação.

A lei é taxativa quanto à impossibilidade de extensão do referido prazo de suspensão, ao estabelecer que “na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo [6º] em hipótese nenhuma (SIC) excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias”.

A *ratio legis* é a de que, não obstante o reconhecimento da necessidade de conceder ao devedor condições de negociar sua recuperação (mediante a suspensão das ações e execuções por 180 dias), a maior preocupação foi vedar a possibilidade de prorrogação judicial do prazo de suspensão, a fim de garantir um mínimo de segurança jurídica aos credores e aos demais *stakeholders* envolvidos com o procedimento de recuperação e, assim, não influenciar negativamente a avaliação de risco das empresas brasileiras³².

³¹ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

³² No relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, quando da tramitação do projeto de lei que veio a se tornar a Lei nº 11.101/2005, o Senador Ramez Tebet registrou que: “Modificamos, ainda, a redação do § 5º do art. 7º do PLC nº 71, de 2003, não só para torná-lo mais objetivo, mas também e principalmente para dar-lhe redação que deixe claro que o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial é absolutamente improrrogável, mesmo que o atraso na aprovação do plano não se dê por responsabilidade do devedor. A suspensão das ações é medida gravíssima em

Ressalte-se que a caracterização como “improrrogável” do prazo de 180 dias tem por objetivo tutelar os interesses dos credores diretamente envolvidos com o processo de recuperação judicial do devedor (que poderão retomar suas ações e execuções contra o devedor), bem como resguardar a segurança jurídica no âmbito do mercado, reduzindo, por conseguinte, os riscos para a recuperação de créditos (parte relevante do chamado “custo Brasil”).

Com o intuito de se empregar uma coerência sistemática à Lei nº 11.101/2005 quanto à questão do prazo de suspensão das ações e execuções no âmbito da recuperação judicial, poder-se ia cogitar, como elementos de ponderação, os princípios da função social da propriedade (do qual deriva o princípio da preservação da empresa) e a busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII, Constituição Federal, que sustenta o princípio da preservação da empresa sob o prisma da manutenção da fonte produtiva e, conseqüentemente, dos postos de trabalho), num contexto em que a Constituição Federal assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), todos em contraposição ao princípio geral da segurança jurídica.

relação aos direitos dos credores, que só se justifica excepcionalmente, pela necessidade de se conceder ao devedor alguma tranquilidade para negociar sua recuperação. Abrir a mínima possibilidade de que uma decisão judicial, dessintonizada dos objetivos de eficiência econômica da lei, prorogue a suspensão – em um processo que seja – significa prejudicar a credibilidade e a avaliação do risco de todas as empresas brasileiras, pois jamais se saberia com certeza por quanto tempo essa suspensão de cunho legal poderia arrastar-se. A melhor solução é o estabelecimento de um prazo único, de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, findo o qual as ações e execuções voltam a correr normalmente, independentemente de pronunciamento judicial. Dessa maneira, a lei estimula a conduta diligente do devedor, que deverá apresentar a seus credores um plano viável e envidar seus melhores esforços para que seja aprovado em 180 dias, já que, se não o for, as ações e execuções iniciarão ou continuarão seu curso, reabrindo-se a possibilidade de decretação da falência por inadimplemento de obrigações anteriores ao pedido de recuperação” (Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o PLC nº 71, que resultou na Lei nº 11.101/2005, tendo sido relator o Senador Ramez Tebet. Brasília, 04 mai. 2004, p. 23. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2014).

Considerando tais princípios, não seria absurdo sustentar que, a despeito da redação do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, o juízo da recuperação prorogue o prazo de suspensão das ações e execuções para além do prazo de 180 previsto na lei até a efetiva realização da assembleia geral de credores convocada para deliberar sobre o plano, naqueles casos em que o devedor foi diligente e não contribuiu para o atraso na realização de tal assembleia (sendo tal circunstância absolutamente involuntária para o devedor). Sobre esse particular, vale transcrever as reflexões dos Profs. LUIZ ROBERTO AYOUB e CÁSSIO CAVALLI:

Com efeito, não ocorrerá a retomada das execuções após o decurso de 180 dias caso o plano não tenha ainda sido apreciado pela assembleia-geral de credores em razão de fatos relacionados à administração da justiça, isto é, em razão de fatos não imputáveis à empresa devedora, sob pena de violarem-se os princípios da razoabilidade e da preservação da empresa. Vale lembrar que não é a empresa devedora quem convocará a assembleia-geral de credores. À empresa devedora incumbe o dever de apresentar o plano em até 60 dias após o deferimento do processamento da recuperação. Por isso mesmo, atrasos na convocação da assembleia não são, de regra, imputáveis à empresa devedora e, portanto, não deve ela ser penalizada caso não haja apreciação no prazo de 180 dias. Nesse sentido, aliás, é o Enunciado 42, lavrado por ocasião da I Jornada de Direito Comercial do CJF, de teor seguinte: “O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

A prorrogação do período de suspensão não se dá automaticamente. A empresa devedora necessita postular a prorrogação, que ficará a depender de pronunciamento do juízo da recuperação judicial.³³

³³ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 154-156. No mesmo sentido, v. CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 164; e BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. *A suspensão das execuções pelo processamento de*

Quando de suas primeiras manifestações sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça prestigiou a tese de que o prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor seria improrrogável, implementando verdadeira interpretação literal do artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005³⁴.

Posteriormente, o STJ flexibilizou tal entendimento, passando a manifestar-se no sentido de que a prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções seria possível em situações excepcionais, desde que o devedor comprovasse que praticou os atos que lhe cabiam para fins de aprovação do plano de recuperação judicial dentro do prazo legal. Nessa linha, veja-se o acórdão de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi no âmbito de julgamento realizado em 19.11.2010, pouco mais de dois meses após a primeira decisão por ela proferida, em sentido diverso:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO DO TRABALHO E JUÍZO DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS. PRAZO DE 180 DIAS PARA A SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES AJUIZADAS EM FACE DA EMPRESA EM DIFICULDADES. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADJUDICAÇÃO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, POSTERIOR AO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1 - O prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05, pode ser prorrogado conforme as peculiaridades de cada caso concreto, se a sociedade comprovar que

recuperação judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 35, nº 184, junho, 2010, p. 102.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 111.614/DF. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Brasília, 11 de outubro de 2010. Nesse sentido, v. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 110.250/DF. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Brasília, 08 de setembro de 2010 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração na MC nº 17.719. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 14 de abril de 2011.

diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano de recuperação que apresentou.

2 - Na hipótese dos autos, a constrição efetuada pelo Juízo do Trabalho ocorreu antes da aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pela suscitante e após o prazo de 180 dias de suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face da devedora.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.³⁵ (grifou-se).

Assim, o Superior Tribunal de Justiça passou interpretar o disposto no artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005 de modo a permitir a prorrogação do prazo em tela, nas hipóteses em que o devedor for capaz de comprovar que agiu de forma diligente e que eventual atraso no processo não pode lhe ser atribuível.

Mais adiante, o Superior Tribunal de Justiça modificou mais uma vez seu entendimento sobre o tema, passando a implementar um arrojado ativismo judicial ao estabelecer, como regra, a prorrogabilidade do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor, independentemente do exame da diligência do devedor, fundamentando seu entendimento com base no princípio da preservação da empresa.

Segundo a argumentação do Superior Tribunal de Justiça, o mero decurso de 180 dias do deferimento do processamento da recuperação não seria suficiente para que as ações e execuções contra o devedor fossem retomadas automaticamente, caso o plano de recuperação ainda não tivesse sido objeto de deliberação por parte dos credores.

A esse respeito, veja-se o seguinte acórdão, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, que expressa o atual posicionamento do STJ sobre a matéria:

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 111.614. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 10 de novembro de 2010.

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEI N. 11.101/2006, ART. 6º, § 4º. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO DE 180 DIAS. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. PROVA DO RETARDAMENTO. AUSÊNCIA. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

I. O deferimento da recuperação judicial carrega ao Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa falida aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar.

II. A extrapolação do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 não causa o automático prosseguimento das ações e das execuções contra a empresa recuperanda, senão quando comprovado que sua desídia causou o retardamento da homologação do plano de recuperação. III. Agravo regimental improvido.³⁶ (grifou-se).

Dessa forma, firmado o entendimento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de que o prosseguimento das ações e execuções contra o devedor após o decurso do mencionado prazo de 180 dias não deve ser automática caso a aprovação do plano ainda não tenha sido deliberada pelos credores, devendo os interessados comprovar efetiva culpa do devedor pelo não cumprimento dos prazos e/ou o não pagamento das custas processuais que lhe são atribuíveis.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 113.001/DF. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 14 de março de 2011. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 119.624/GO. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 de junho de 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 117.211/GO. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 08 de fevereiro de 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 101.628/SP. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 25 de maio de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC nº 112.799/DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 14 de março de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no CC nº 112.812/DF. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 14 de março de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC nº 111.614/DF. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 12 de junho de 2013.

Resta evidenciado, portanto, o acentuado ativismo do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à interpretação e aplicação do artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005.

Entende-se que a interpretação mais adequada para a questão, já levando em conta a ponderação do princípio da preservação da empresa, é a de que a prorrogação do prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções contra o devedor pelo Poder Judiciário somente pode ocorrer nos casos em que ficar comprovada a inexistência de culpa por parte do devedor para a não deliberação a respeito do plano de recuperação judicial no prazo legal. Esse é, inclusive, o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 42 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na 1ª Jornada de Direito Comercial (realizada de 22 a 24 outubro de 2012), segundo o qual “o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

III.2. Dispensa da apresentação das certidões exigidas pelo art. 57 da Lei nº 11.101/2005.

Uma vez aprovado o plano de recuperação pelos credores, o art. 57 da Lei nº 11.101/2005 determina que o devedor apresente ao juízo da recuperação as certidões negativas de débitos tributários, nos termos dos arts. 151, 205 e 206 do Código Tributário Nacional, como requisito para a concessão da recuperação judicial.

Como o sistema estabelecido pela Lei nº 11.101/2005 exclui os créditos tributários dos efeitos da recuperação judicial, o comando contido no art. 57 foi inserido pelo legislador como uma forma de se resguardar o interesse da Fazenda Pública, com vistas a impossibilitar a recuperação judicial dos devedores inadimplentes de suas obrigações tributárias.

Sendo assim, para que o devedor logre obter a concessão de recuperação judicial, ele deve, além de ter seu plano de recuperação aprovado pelos credores, comprovar, perante o juízo, que não possui

débitos em aberto perante o fisco. Para tanto, o devedor pode apresentar certidões negativas (que comprovam a inexistência de débito)³⁷ ou certidões positivas com efeitos de negativa (que indicam que, embora existam débitos, estes estão com sua exigibilidade suspensa)³⁸. Dentre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do débito tributário, o art. 151, VI, do CTN prevê o parcelamento de tais débitos por parte do contribuinte.

Na prática empresarial, como se sabe, nas hipóteses em que as dívidas exigíveis superam as disponibilidades financeiras, o empresário acaba optando por satisfazer aqueles créditos cujos titulares podem embaraçar a continuidade da sua empresa com maior facilidade, tais como os fornecedores de bens ou serviços essenciais às suas atividades, bem como aqueles credores titulares de garantias reais sobre bens igualmente necessários para o exercício da empresa. Nessa lógica, a Fazenda Pública acaba sendo relegada ao final da lista de prioridades do empresário, na medida em que a cobrança do crédito tributário é lenta (em razão da burocracia que envolve) e, em regra, não atrapalha o dia-a-dia da empresa. Por essas razões, geralmente o crédito tributário é o primeiro que deixa de ser pago nas situações de crise empresarial.

Por outro lado, o CTN prevê, em seu art. 155-A, § 3º, que “lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial”. Em razão de tal disposição, entende-se que o devedor em recuperação judicial possui direito subjetivo ao parcelamento tributário.

³⁷ Código Tributário Nacional, art. 205: “A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição”.

³⁸ Código Tributário Nacional, art. 206: “Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”.

Em 13 de novembro de 2014, foi editada a Lei nº 13.043 que, dentre outras disposições, incluiu o art. 10-A na Lei nº 10.522/2002 para disciplinar o parcelamento de débitos tributários federais do empresário ou sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento de sua recuperação judicial.

Na linha do referido art. 10-A, o devedor em recuperação judicial poderá parcelar seus débitos tributários federais em 84 parcelas mensais e sucessivas, com escalonamento do percentual mínimo sobre o valor da dívida consolidada, de acordo com a maturação do parcelamento.

Em tese, o devedor em recuperação que possui débitos tributários e que teve seu plano de recuperação aprovado pelos credores, para fins de cumprir o disposto no art. 57 da Lei nº 11.101/2005 poderia requerer o parcelamento de seu débito à autoridade fazendária e, dessa forma, obter uma certidão positiva com efeitos de negativa, suficiente para atender à exigência do referido art. 57 e viabilizar a concessão da recuperação judicial.

No mundo real, porém, tanto a obtenção de certidão de negativa (para o caso dos empresários em recuperação que não possuem débitos com fisco) quanto a obtenção de parcelamento podem demorar exageradamente devido à ineficiência da administração pública, o que pode atrasar demasiadamente a concessão da recuperação judicial e, por conseguinte, o cumprimento do plano e, em última análise, colocar a continuidade da empresa em risco.

Nessa linha, e à luz do princípio da preservação da empresa, o judiciário tem flexibilizado a aplicação do art. 57 da Lei nº 11.101/2005, no sentido de conceder a recuperação independentemente da apresentação das certidões negativas quando o devedor comprova que foi diligente (solicitou a certidão ou o parcelamento) mas a fazenda pública não examinou seu requerimento em prazo razoável.

Como a edição da lei específica que trata do parcelamento especial para o devedor em recuperação judicial ainda é muito recente,

ainda não há decisão judicial nesse novo cenário. Entretanto, em mais um exemplo de claro ativismo judicial, anteriormente à edição da Lei nº 13.043/2014, foram proferidas decisões que dispensam o devedor do cumprimento da exigência contida no referido art. 57 simplesmente pelo fato de a lei especial referida no § 3º do art. 155-A do CTN ainda não ter sido editada, ignorando, assim, a regra de transição endereçada no § 4º do mesmo dispositivo³⁹.

A esse respeito, veja-se o recente posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Crédito tributário. Direito da empresa em crise ao parcelamento do passivo tributário, conforme previsão do art. 68 da Lei nº 11.101/2005 e do art. 155-A, § 3º do CTN. Direito, no entanto, condicionado à edição de lei regulamentando o parcelamento do crédito tributário. Lei ainda não editada. **Exigência de certidões negativas de débitos tributários como requisito para a aprovação do plano de recuperação judicial (art. 57 da Lei nº 11.101/2005) suspensa até a regulamentação do parcelamento do crédito tributário** - AGRAVO PROVIDO.⁴⁰ (Grifos acrescidos)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também se manifestou nesse exato sentido. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. **EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS**

³⁹ Lei nº 5.172/66, art. 155-A: “(...) § 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.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI nº 2041909-37.2013.8.26.0000. Relator: Desembargador Alexandre Marcondes. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 06 de fevereiro de 2014. V. tb. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI nº 605.147-4/6-00. Relator: Desembargador José Roberto Lino Machado. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. São Paulo, 05 de maio de 2009.

TRIBUTÁRIOS. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. FUNÇÃO SOCIAL.

O art. 57, da Lei nº. 11.101/2005 condiciona o processamento da recuperação judicial à apresentação de certidões negativas de débitos tributários. Ocorre que a finalidade da Nova Lei de Falência e Recuperação Judicial é preservar a atividade empresarial e a sua função social, **devendo tal dispositivo ser interpretado sistematicamente aos princípios cernes da Lei nº. 11.101/2005, bem como aos princípios constitucionais da ordem econômica, o que nos faz concluir pela possibilidade de afastar a exigência do art. 57 e permitir o processamento da recuperação judicial, ainda que não apresentada as certidões.** A sociedade em dificuldades financeiras, ao buscar socorro estatal a fim de superar a crise econômica, certamente virá com dívidas, dentre elas, dívidas fiscais, sendo irrefutável que o art. 57 gera benefícios à Fazenda, que poderá ter seu débito quitado, em patente violação ao princípio da igualdade em relação aos demais credores, que não gozarão de tal benesse, seja a recuperação processada ou não. Decisão que se pautou numa correta interpretação sistemática, à luz dos princípios constitucionais e dos valores sociais e econômicos do Direito. Manutenção da decisão. Desprovimento do recurso.⁴¹ (Grifos acrescidos)

Tal posicionamento também foi adotado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do seguinte acórdão de lavra do Min. Luis Felipe Salomão:

DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). **INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS.**

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI nº 0019759-96.2010.8.19.0000. Relator: Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves. 23ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 11 de agosto de 2010.

INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

2. **O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.**

3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

4. Recurso especial não provido.⁴²

Tendo em vista o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, sintetizados nos acórdãos acima transcritos, pode-se afirmar que o judiciário vem decidindo de forma ativista processos nos quais é discutida a exigência contida no art. 57 da Lei n° 11.101/2005, mediante a utilização do princípio da preservação da

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1187404/MT. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Corte Especial. Brasília, 19 de junho 2013.

empresa como argumentação para afastar a aplicação técnica da Lei nº 11.101/2005.

No período anterior à edição da Lei nº 13.043/2014, tendo em vista o disposto no art. 155-A, § 4º, do Código Tributário, entende-se que o judiciário deveria, no mínimo, exigir a comprovação da diligência do devedor no sentido de obtenção do parcelamento ordinário de seus débitos e somente relativizar a aplicação do art. 57 da Lei nº 11.101/2005 nas hipóteses em que a razão da não apresentação das certidões negativas de débitos tributários não pudessem ser atribuídas à falta de diligência devedor.

IV. Conclusão.

De todo o exposto, pode-se chegar às seguintes conclusões:

(i) Dentre os princípios que informam a ordem econômica nacional (art. 170, CF), insere-se a função social da propriedade, do qual deriva a função social da empresa, que, por sua vez, resulta no princípio da preservação da empresa, que norteia a interpretação da Lei nº 11.101/2005;

(ii) O princípio da preservação da empresa visa proteger, dentre outros, o interesse coletivo mediante a manutenção de fontes produtivas que criam empregos, recolhem tributos e fomentam a economia de suas comunidades, catalisando, assim, o desenvolvimento econômico do país;

(iii) A partir da edição da Lei nº 11.101/2005, a preservação da empresa – antes resultante de um esforço interpretativo como sendo decorrência da função social da propriedade – foi alçada a princípio previsto de forma expressa em lei;

(iv) A Lei nº 11.101/2005 estabelece um sistema cujo eixo central é a recuperação das empresas economicamente viáveis e a célere liquidação das entidades inviáveis, buscando-se, dessa forma, a efetivação do princípio da preservação da empresa;

(v) O conceito original de *ativismo judicial* relaciona-se com a ideia de uma atuação proativa do Judiciário que extrapola a prestação jurisdicional pura e simples e acaba repercutindo no ambiente de atuação dos demais poderes (executivo e legislativo), com o objetivo de dar concretude aos valores e fins constitucionais;

(vi) O ativismo judicial foi bastante criticado com base, dentre outros, nos seguintes fundamentos: (a) legislação pelo judiciário; (b) distanciamento das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas; e (c) julgamentos em função dos resultados;

(vii) É facilmente verificável o ativismo implementado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, que têm proferido decisões em matéria de recuperação judicial que se afastam sobremaneira do que se esperaria de uma decisão técnica, com fundamento no princípio da preservação da empresa; e

(viii) Entende-se que não se deve condenar o ativismo, porém, não deve este ser praticado de forma tão arrojada como vem sendo pelas referidas cortes. É preciso ponderar o princípio da preservação da empresa com a segurança jurídica para se encontrar a medida certa da aplicação do princípio da preservação da empresa, sob pena de se criar um ambiente de instabilidade no plano econômico.

