

Alienação de ativos na recuperação judicial

Ivanildo Figueiredo

Doutor e Mestre em Direito Privado (UFPE).
Professor de Direito Comercial da Faculdade de
Direito do Recife (UFPE). Tabelião.

1. Justificativas para a alienação de ativos nos processos de insolvência; **2.** Modalidades e estratégias de alienação de ativos na recuperação judicial; **3.** Alienação de unidades produtivas e trespasse do estabelecimento; **4.** Requisitos e procedimentos legais na alienação de ativos; **5.** Situação das garantias e penhoras sobre imóveis; **6.** Sucessão do alienante na recuperação judicial; **7.** Reflexões finais.

1. Justificativas para a alienação de ativos nos processos de insolvência

A alienação de ativos consiste em um dos meios e estratégia para que a empresa, em estado de crise financeira, obtenha recursos para pagamento dos seus credores. Na recuperação judicial, a alienação de ativos será, em princípio, parcial, e provocará uma redução no patrimônio e no tamanho da empresa devedora. Na falência, caracterizada pelo estado crônico de insolvência, a alienação de ativos será integral, de todo o patrimônio da massa falida.

A alienação de ativos tratada no presente ensaio é aquela realizada em caráter definitivo, com a transferência da propriedade de bens móveis e imóveis da empresa devedora para terceiros. Ela não abrange, pois, casos de cessão temporária de direitos de exploração, como no arrendamento ou usufruto do estabelecimento, nem de instrumentos de garantia, como o da alienação fiduciária.

A tendência natural, orgânica, de todo devedor, num primeiro momento, é aumentar seu patrimônio, mediante acumulação de bens e ativos adquiridos com os recursos provenientes dos resultados da empresa ou tomados emprestados de credores. No sentido reverso, o devedor, em crise de liquidez, não tendo dinheiro, mas dispondo de bens, geralmente poderá alienar esses ativos, ao menos daqueles que

não estejam diretamente vinculados à execução do objeto e ao normal funcionamento da empresa, ao estabelecimento em si.

O credor, em especial quando instituição financeira ou fornecedor comercial, diante do inadimplemento do devedor e da resistência deste em quitar suas obrigações, tem a opção de realizar a cobrança da dívida pela via executiva (CPC, art. 646) ou falimentar (Lei 11.101/2005, art. 94).¹ Tanto na cobrança amigável como na ação de execução, em sede de composição do conflito, o devedor, sem liquidez, pode oferecer bens em solução da dívida. Consentindo o credor, a dívida será extinta mediante dação em pagamento, que é a modalidade mais elementar de alienação de ativos nesses casos.² Todavia, nessa alienação, de caráter bilateral, o credor que recebe a propriedade do bem, assume o risco pela solvência do devedor perante os

¹ “Direito empresarial. Falência. Impontualidade injustificada. Art. 94, inciso I, da Lei nº 11.101/2005. Insolvência econômica. Demonstração. Desnecessidade. Parâmetro: insolvência jurídica. Depósito elisivo. Extinção do feito. Descabimento. Atalhamento das vias ordinárias pelo processo de falência. Não ocorrência. **1.** Os dois sistemas de execução por concurso universal existentes no direito pátrio - insolvência civil e falência -, entre outras diferenças, distanciam-se um do outro no tocante à concepção do que seja estado de insolvência, necessário em ambos. O sistema falimentar, ao contrário da insolvência civil (art. 748 do CPC), não tem alicerce na insolvência econômica. **2.** O pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e a prática de atos de falência (inciso III). **3.** Com efeito, para o propósito buscado no presente recurso - que é a extinção do feito sem resolução de mérito -, é de todo irrelevante a argumentação da recorrente, no sentido de ser uma das maiores empresas do ramo e de ter notória solidez financeira. Há uma presunção legal de insolvência que beneficia o credor, cabendo ao devedor elidir tal presunção no curso da ação, e não ao devedor fazer prova do estado de insolvência, que é caracterizado *ex lege*. **4.** O depósito elisivo da falência (art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005), por óbvio, não é fato que autoriza o fim do processo. Elide-se o estado de insolvência presumida, de modo que a decretação da falência fica afastada, mas o processo converte-se em verdadeiro rito de cobrança, pois remanescem as questões alusivas à existência e exigibilidade da dívida cobrada. **5.** No sistema inaugurado pela Lei 11.101/2005, os pedidos de falência por impontualidade de dívidas aquém do piso de 40 (quarenta) salários mínimos são legalmente considerados abusivos, e a própria lei encarrega-se de embaraçar o atalhamento processual, pois elevou tal requisito à condição de procedibilidade da falência (art. 94, inciso I). Porém, superando-se esse valor, a ponderação legal já foi realizada segundo a ótica e prudência do legislador. **6.** Assim, tendo o pedido de falência sido aparelhado em impontualidade injustificada de títulos que superam o piso previsto na lei (art. 94, I, Lei 11.101/2005), por absoluta presunção legal, fica afastada a alegação de atalhamento do processo de execução/cobrança pela via falimentar. Não cabe ao Judiciário, nesses casos, obstar pedidos de falência que observaram os critérios estabelecidos pela lei, a partir dos quais o legislador separou as situações já de longa data conhecidas, de uso controlado e abusivo da via falimentar. **7.** Recurso especial não provido.” (Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp 1.433.652/RJ; Recorrente: Lojas Americanas S.A.; Recorrida: Toka Indústria e Comércio de Móveis Ltda.; Relator Ministro Luis Felipe Salomão; DJe 29/10/2014).

² Quando o ativo objeto da alienação consistir em bem imóvel, a dação em pagamento deve ser promovida por instrumento público, geralmente através de Escritura Pública de Confissão de Dívida com Pacto de Dação em Pagamento (Código Civil, artigos 108 e 356). Esse negócio jurídico, no regime anterior à Lei 11.101/2005, era considerado ato de falência (Decreto-Lei 7.661/1945, “Art. 2º. Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: (...) III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens.”). Não obstante, na prática, era bastante utilizado e aceito pelo mercado como meio usual de solução de dívidas, desde que não implicasse em fraude aos demais credores.

demais credores (CC, art. 159), ficando o negócio jurídico sujeito a declaração de ineficácia ou revogação por fraude, se ocorrer a falência do devedor (Lei 11.101/2005, artigos 129, inciso II e 130).

No âmbito dos processos de recuperação judicial e de falência, a alienação de ativos pode ficar a salvo desse direito de seqüela. Por força do princípio da preservação da empresa,³ fundado no princípio maior da função social da atividade econômica (CF, art. 170, III), os ativos da empresa em crise, no atual regime legal (Lei 11.101/2005), tanto na recuperação judicial (art. 47), como na falência (art. 75), ficam subordinados a uma destinação produtiva.⁴ Desde que, no âmbito do processo de insolvência, os ativos transferidos para outra empresa continuem tendo finalidade produtiva, terá sido alcançado o objetivo da lei. Por essa razão, estarão protegidos contra possíveis questionamentos sobre a licitude e validade da alienação (art. 131).⁵

Em todo processo de recuperação judicial, o devedor irá propor aos credores, necessariamente, em seu plano, a “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas” (LRF, art. 50, inciso I).⁶ Esse meio

³ Para Alexandre Alves Lazzarini, “O princípio da preservação da empresa, acolhido na Lei 11.101/05, dá uma nova característica à empresa, deslocando-a de uma condição limitada ao interesse de seus sócios, para a elevar ao patamar de interesse público, ou seja, passa a ser considerada como uma instituição e não mais como uma relação de natureza contratual. Deixa de ter a dependência da vontade dos sócios para, no caso, passar a atender outros interesses (a função social, os empregados, credores, etc.) que se sobrepõem ao interesse dos sócios.” (**Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas**, em Newton De Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, Coordenadores, **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 124/125).

⁴ A importância da preservação da empresa e de seus ativos produtivos, bem como a própria finalidade da Lei 11.101/2005, assim é destacada por Rachel Sztajn: “Encontrar forma de, reconhecendo que o risco é inerente à atividade empresarial, permita, havendo viabilidade econômica, manter a atividade, mesmo que seja preciso transferir a organização produtiva a terceiros, dividir as operações e concentrar esforços em algumas áreas, sempre tendo presente que se trata de um patrimônio, na esteira do que fizeram outros países, como decisão de política legislativa, escolheu-se preservar, quando viável e possível, a atividade pelo que se introduziu no ordenamento o conceito de recuperação da organização, seja na sua inteireza, seja na sua divisão para alienar blocos, seja, ainda para alienar bens isolados, para tentar salvá-la. (...) Esse o espírito que preside a nova Lei com a recuperação, judicial ou extrajudicial; agora a organização empresária é repensada, remodelada e, sua continuidade, sob mesma ou outra administração, é entendida como resgate ou manutenção da atividade econômica que pode durar, exequível sem custos sociais acentuados. Manter empregos, estimular a atividade econômica, fomentar a produção de bens e serviços, devem ser destacados como elementos informadores da análise mediante a qual se proporá, ou não, a reorganização, ou seja, a recuperação de empresas em crise.” (**Da Recuperação Judicial**, Francisco Satiro de Souza Junior, e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Revista do Tribunais, 2005, p. 219).

⁵ Todas as remissões normativas subsequentes realizadas neste ensaio, em que não seja citada a fonte legal, referem-se à Lei 11.101/2005 ou abreviada como LRF (Lei de Recuperação e Falência).

⁶ De modo semelhante ao regulado e adotado na antiga concordata preventiva, o devedor poderia propor ao credor a estratégia remissória, com redução do valor da dívida e encargos, a estratégia dilatória, para ampliação do prazo de pagamento, ou a conjugação de ambas, a estratégia mista, como assim previsto

de recuperação possui natureza creditícia de recomposição do passivo, ou seja, a empresa devedora sempre irá propor a alteração do perfil da dívida, negociando a redução do seu valor, mediante remissão parcial do valor do principal e encargos, e a ampliação do prazo de pagamento das dívidas vencidas e vincendas. A proposta de pagamento da dívida deverá levar em consideração as projeções do fluxo de caixa da empresa devedora (LRF, art. 51, II, “d”), e essa projeção especificará, contabilmente, se a empresa irá dispor de recursos financeiros, provenientes do seu faturamento, para pagar os credores, nas condições propostas no plano, bem como os demais credores não sujeitos à recuperação.

A recuperação judicial, sem embargo, não instaura um concurso de credores na estrita acepção jurídica do termo. Concurso de credores somente existe na falência, quando o estado de insolvência pressupõe uma ordenação qualitativa dos credores na execução coletiva, de acordo com a natureza e privilégio dos respectivos créditos, necessária diante da insuficiência do ativo para responder pela totalidade do passivo. Na recuperação judicial, de natureza contratual,⁷ os credores privados são classificados em credores sujeitos aos efeitos do processo (LRF, art. 49), e credores não sujeitos

na lei, do seguinte modo: concordata remissória exclusiva - remissão de 50 % do valor dos créditos quirografários, se for para pagamento à vista; concordata dilatória exclusiva - pagamento da totalidade da dívida, em 24 meses; concordata mista: remissão de 40 % da dívida para pagamento em 6 meses; remissão de 25 % para pagamento em 12 meses; remissão de 10 % da dívida, se o pagamento for efetuado em 18 meses (Decreto-Lei 7.661/1945, art. 156, § 1º). A remissão é um modo jurídico de extinção da obrigação de pagar a dívida, pelo perdão do credor (CC 2002, art. 385), podendo ser total ou parcial (Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil, Teoria Geral de Obrigações**, vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, p. 243). Nos processos de recuperação judicial, vem sendo utilizada, de modo eufemístico e inapropriado, a expressão “deságio”, para referir-se ao percentual de redução no pagamento ou de perdão da dívida, ou seja, de remissão. Deságio significa diminuição do valor de ativo, e não de passivo ou dívida. Na análise do art. 50, inciso I, da Lei 11.101/2005, esclarece Rachel Sztajn que os “descontos referem-se a abatimento de juros; abatimento do valor do principal, são, tecnicamente, remissão de dívida”. (**Da Recuperação Judicial**, Francisco Satiro de Souza Junior, e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, cit., p. 231).

⁷ A natureza contratual da recuperação judicial, como processo de renegociação de dívidas entre o devedor e seus credores, é assim reconhecida pela jurisprudência. O Desembargador Ramon Mateo Junior, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afirma que “em relação à natureza do plano de recuperação, não há dúvida de que se trata de transação realizada entre devedora e credores, com a novação da dívida original e a concessão de novos prazos para pagamento”. (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 201623-23.2014.8.26.00, Comarca: Mogi das Cruzes; Agravante: Itaú Unibanco S.A.; Agravada: Granja Kunitomo Ltda., DJSP 12/12/2014). No mesmo sentido, assim entende o Desembargador Teixeira Leite: “Nesse contexto, há que se lembrar da natureza contratual que o legislador, por meio da nova Lei 11.101/05, pretendeu imprimir à recuperação judicial. Se a maioria dos credores parece preferir a manutenção das empresas em situação de recuperação judicial, essa expectativa deve ser levada em consideração pelo Poder Judiciário.” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Embargos de Declaração nº 0072267-53.2012.8.26.0000/50000; Comarca: São José do Rio Preto; Embargante: Companhia Brasileira de Açúcar e Alcool e outras; Embargada: Agrícola Santa Olga Ltda. e outra; julgado em 24/04/2014).

(art. 49, § 3º). E entre os credores sujeitos, são estes divididos, para fins, apenas, de eleição do comitê (art. 26) e para votação do plano de recuperação judicial na assembleia (art. 41), em quatro classes: quirografários, com garantia real, trabalhistas, e, recentemente, na quarta classe dos micro e pequenos empresários (Lei Complementar 147/2014). Ao contrário do concurso falimentar, não existem preferências ou privilégios em favor de qualquer das classes, pois todas exercem o mesmo poder de participação e de voto na apreciação do plano de recuperação (LRF, art. 45). Quem determina as preferências e a ordem de pagamento é o plano de recuperação, não a lei, com exceção, apenas, do prazo para quitação dos credores trabalhistas (LRF, art. 54).

Assim sendo, aos credores submetidos ao processo, divididos em classes na recuperação judicial, caberá analisar a projeção do fluxo de caixa da empresa devedora, avaliar e decidir se o giro do negócio será suficiente, ou não, para o pagamento das prestações assumidas no plano. Se o plano de recuperação judicial contemplar, basicamente ou apenas, a remissão e dilação no prazo de pagamento da dívida, como na antiga concordata, sem outras medidas de reestruturação organizacional e societária, a tendência dos credores será, ainda assim, aprovar o plano, mesmo que apresentado, como criticado por Fábio Ulhoa Coelho, em “qualquer rabisco malfeito”.⁸ Isto porque, caso contrário, rejeitado o plano pela assembleia de credores, o juiz deve, obrigatoriamente, decretar a falência da empresa devedora (LRF, art. 56, § 4º),⁹ o que prejudicaria os credores despidos de privilégios, principalmente os

⁸ Fábio Ulhoa Coelho, **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, São Paulo, Saraiva, 10ª ed., 2014, p. 161.

⁹ Na opinião de Fábio Ulhoa Coelho, “o modelo brasileiro da recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre indeferimento do benefício e decretação da falência, cria o ambiente propício ao nascimento da “indústria da recuperação judicial”. O credor, na Assembleia em que estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, “tenderá a aprovar qualquer *rabisco malfeito*, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor”. (**Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, cit., p. 161). Todavia, Fábio Konder Comparato, ao analisar o processo de *corporate reorganization* norte-americano, no qual nossa legislação de recuperação judicial foi buscar inspiração, observou que a rejeição do plano também importa na falência: “Aprovado o plano pelos credores e acionistas, compete ao juiz homologá-lo. A homologação não é uma pura formalidade. Mesmo aprovado o plano pelos acionistas e credores, o juiz deve rejeitá-lo quando não se lhe afigura *fair and equitable and feasible*. É aí, aliás, que o parecer da SEC (*Securities and Exchange Commission*, n.a.) costuma ser decisivo. Uma vez executado o plano de reorganização societária, incumbe à companhia requerer em juízo competente sentença declaratória, que encerra o processo. Se, ao contrário, o plano não é homologado ou, se depois de homologado não é cumprido, a *corporate reorganization* se convola em falência.” (**Aspectos jurídicos da macro-empresa**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 112). De acordo com os estudos de Jorge Lobo, a lei francesa de recuperação econômica (Ordenança nº 67-820, art. 31) e a lei portuguesa (Decreto-Lei 177/1986, art. 18) igualmente prescrevem a convolação da recuperação em falência, no caso de rejeição do plano (**Da recuperação da empresa no direito comparado**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1993, p. 74 e 139).

quirografários, fornecedores de bens, matérias primas e serviços, ou seja, os credores comerciais, demais empresas, sempre sujeitos, nas sábias palavras de Waldemar Ferreira, aos “azares do crédito e dos negócios”.¹⁰

Nesse contexto, a alienação de ativos representa a estratégia que pode tornar efetivamente viável o cumprimento de um plano de recuperação judicial. Caso o plano de recuperação venha a propor, apenas, mera remissão e dilação de pagamento da dívida, sem indicar, com segurança financeira e contábil, as fontes de recursos necessários à sua quitação, correrá o risco de ser rejeitado pelos credores.¹¹

A adoção da estratégia de alienação de ativos pressupõe, por óbvio, objetivamente, que a empresa devedora seja proprietária de ativos disponíveis em seu patrimônio, e que a alienação desses ativos possa resultar em geração de caixa para pagamento de dívidas, revertidas em favor dos credores. Caso a empresa não tenha ativos, isto é, não seja proprietária de bens de valor e alienáveis, a sua estratégia de recuperação judicial ficará resumida ou restrita à geração de caixa com a venda de produtos ou serviços, e com alguma medida ou outra de redução de despesas e racionalização de custos. Sendo essa geração de caixa insuficiente para o pagamento dos compromissos da empresa, a recuperação restará comprometida, podendo ser convalidada em falência (LRF, art. 73, IV).

A alienação de ativos na recuperação judicial justifica-se, portanto, como medida para geração de caixa, e desde que os recursos obtidos sejam destinados tanto para a redução do passivo, como também para capital de giro,¹² que assim possibilite a

¹⁰ Waldemar Ferreira, **Tratado de Direito Comercial**, São Paulo, Saraiva, vol. 14, 1965, p. 2.

¹¹ Em voto paradigmático e que representa a jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Desembargador Manoel Pereira Calças assim definiu os pressupostos objetivos da recuperação judicial, que não pode servir como instrumento para o sacrifício e para transferir os efeitos da crise econômico-financeira para os credores: “A recuperação da empresa só pode e deve ser deferida se a empresa devedora mostrar que não se encontra em situação de falência e que sua proposta não implica prejuízos aos credores que, em razão disso, possam incidir em crise econômico-financeira. Obviamente, se a empresa devedora pede um prazo muito longo para iniciar os pagamentos das parcelas propostas, e se o percentual a ser pago mostrasse vil ou iníquo, tal situação evidencia que a empresa não pode ser reputada recuperável por suas próprias forças, mas sim, pelo sacrifício excessivo imposto de forma injusta àqueles que lhe deram crédito, por acreditar que ela cumpriria a palavra empenhada.” (TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento nº 0168318-63.2011.8.26.0000; Comarca: Presidente Venceslau; Agravante: Macquarie Bank Limited; Agravado: Decasa Açúcar e Alcool S/A, DJSP 25/07/2011).

¹² “Para a empresa capitalizar-se, o meio mais simples, rápido e eficaz consiste na alienação de bens que não estejam diretamente ligados à sua atividade-fim, nem interfiram na produção de lucros. A alienação de bens poderá servir também como eficiente instrumento de redução ou liquidação de dívidas, por meio de dação em pagamento para sociedade de propósito específico constituída pelos credores, conforme estatui o art. 50, XVI”. (Jorge Lobo, **Comentários aos artigos 35 a 69**, em Paulo

empresa manter a atividade econômica, restaurando, progressivamente, sua lucratividade. Além de gerar recursos para fazer frente ao pagamento dos credores, a alienação de ativos também pode ser utilizada como política de racionalização de despesas, quando a diminuição do patrimônio da empresa, decorrente da cisão, por exemplo, ou mediante a venda de bens ociosos ou sem destinação produtiva direta, importará em correspondente redução de custos.

2. Modalidades e estratégias de alienação de ativos na recuperação judicial

Na recuperação judicial, o artigo 50 da Lei 11.101/2005 relaciona, com caráter exemplificativo,¹³ diversos meios, estratégias ou negócios jurídicos que podem ser propostos no plano, a ser apresentado e negociado pelo devedor com seus credores. De acordo com as diversas hipóteses sugeridas pelo artigo 50, convém destacar as seguintes, nas quais são previstos os procedimentos que poderão resultar na alienação, total ou parcial, de bens e ativos da empresa devedora:

- a) cisão da sociedade empresária (inciso II);
- b) constituição de subsidiária integral (inciso II);
- c) alteração do controle societário (inciso III);
- d) trespasse do estabelecimento (inciso VII);
- e) dação em pagamento de bens (inciso IX);
- f) constituição de sociedade de credores (inciso X) ou de propósito específico, para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor (inciso XVI);

Fernando Campos Sales de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 127.

¹³ De acordo com a redação do artigo 50 da Lei 11.101/2005, a expressão “dentre outros” constante do *caput* evidencia o caráter meramente exemplificativo dos meios de recuperação judicial que podem ser propostos pela empresa devedora aos seus credores, não sendo *numerus clausus*, ficando a questão “aberta à criatividade do empresário e do jurista”. (Sidnei Agostinho Beneti, **O processo da recuperação judicial**, em Luiz Fernando Valente de Paiva, Coordenador, **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 226). No mesmo sentido, Rachel Sztajn: “Da leitura do *caput* infere-se que a enumeração é exemplificativa, podendo ser encontradas outras medidas, além, por óbvio, da eventual combinação de duas ou mais das relacionadas nos vários incisos, que atendam ao desiderato – preservar as empresas em crise” (**Da Recuperação Judicial**, cit., p. 231).

g) venda parcial dos bens (inciso XI).

Além dessas modalidades de negócios jurídicos, que importam na alienação direta de bens da empresa devedora, outras hipóteses implicam, de modo indireto, na alienação de ativos. Assim ocorre no caso de alteração do controle societário (LRF, art. 50, inciso III), quando o controle da própria sociedade é objeto de alienação a outro grupo empresarial, ou mesmo para credores, juntamente com todo o patrimônio social.

Regra geral, uma empresa pode ser vendida através de duas modalidades básicas de negócios jurídicos: pela alienação do controle societário,¹⁴ ou pelo trespasse do estabelecimento (CC, art. 1.144).¹⁵ Em ambas as situações, ocorrerá a transferência de ativos produtivos e de elementos do aviamento para outra organização empresarial. A alienação do controle representa estratégia ou meio de natureza societária, em que a simples transmissão das ações ou quotas majoritárias implica na transferência do controle e domínio sobre a empresa e todos os seus estabelecimentos, lojas, pontos comerciais, filiais e fábricas, ou seja, sobre as unidades produtivas de modo geral. No caso do trespasse, a empresa individual ou sociedade empresária permanece na relação de domínio do seu titular, sócios ou acionistas, e o objeto da alienação será composto pelos ativos que integram determinado estabelecimento.

O estabelecimento empresarial, a unidade produtiva econômica em si, constituída pela empresa matriz e suas filiais, sempre representou o vínculo do empresário ou do sócio controlador com a organização econômica por ele criada. Podemos conferir ao estabelecimento empresarial a metáfora da “galinha dos ovos de ouro”. Ou seja, sem o estabelecimento e suas fontes permanentes, diárias, de receita ou faturamento, a empresa não se viabilizaria ou, simplesmente, não existiria. Todavia, assim poderá ocorrer sob um processo de crise, quando o estabelecimento for

¹⁴ No âmbito das sociedades anônimas, a Lei 6.404/1976, com a redação da Lei 10.303/2001, define alienação de controle do seguinte modo: “Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade” (Art. 254-A, § 1º).

¹⁵ “Ao contrário do que ocorre no trespasse, a alienação de participação societária não implica qualquer alteração na titularidade sobre o estabelecimento. Este pertencera à sociedade empresária e assim continuará. Altera-se, nesta hipótese, apenas a titularidade sobre os direitos de sócio, que são transferidos de uma pessoa para outra por meio da cessão de quotas ou de ações”. (Eduardo Goulart Pimenta, **Recuperação de Empresas – Um estudo sistematizado da Nova Lei de Falências**, São Paulo, IOB Thomsom, 2006, p. 257).

integralmente alienado. Neste caso, a opção do empresário ou controladores, de boa-fé, será desfazer-se dos seus ativos, integralmente, para assim poder liquidar suas obrigações perante os credores da empresa. A fábrica, a usina, o estaleiro, a destilaria, a transportadora, o estabelecimento industrial ou comercial, com todos os seus bens, imóveis, instalações, equipamentos, maquinário, elementos materiais e imateriais, passarão a pertencer a outra empresa, sob novo controle e sob nova administração.

A alienação da empresa pela via da transferência do controle societário ou pelo trespasse do único ou de todos os estabelecimentos importa na alienação total dos ativos.¹⁶ Na transferência do controle, a empresa preservará a sua unicidade, onde ocorre, apenas, a substituição dos sócios ou acionistas anteriores por novos controladores. Todavia, no trespasse do estabelecimento, caso os ativos sejam desdobrados, com a venda de uma fábrica para determinada empresa, e a alienação de outra planta industrial para uma segunda adquirente, então, neste caso, a empresa perderá a sua unicidade produtiva. O legislador, em princípio, tentou preservar essa unicidade produtiva, ao menos na falência (LRF, art. 140),¹⁷ para assim manter as características ou atributos inerentes e incorporados temporalmente ao estabelecimento, como a sua clientela e o aviamento objetivo.¹⁸

Na recuperação judicial, a Lei 11.101/2005 não se refere à alienação total ou integral da empresa, mas apenas à alienação de “filiais ou de unidades produtivas isoladas” (art. 60). A lei, contudo, não veda a alienação total da empresa, que pode ocorrer, como estratégia válida, quando o empresário ou controlador da empresa em recuperação opta por renunciar, ainda que temporariamente, ao exercício profissional

¹⁶ A identidade finalística entre o trespasse do estabelecimento e a alienação do controle assim é explicada por Fábio Ulhoa Coelho: “O contrato de compra e venda de estabelecimento denomina-se trespasse, e é muitas vezes proposto, no meio empresarial, por meio das expressões “passa-se o ponto”. O trespasse não se confunde com a cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou a alienação de controle de sociedade anônima. São institutos jurídicos bastante distintos, embora com efeitos econômicos idênticos, na medida em que são meios de transferência da empresa. (...) As repercussões da distinção jurídica são significativas, em especial no que diz respeito à sucessão empresarial, que pode ou não existir no trespasse, mas não existe na transferência de participação societária.” (**Curso de Direito Comercial**, volume 1, São Paulo, Saraiva, 15ª ed., 2011, p. 132-133).

¹⁷ Lei 11.101/2005 – “Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;” (...).

¹⁸ Na lição clássica de Oscar Barreto Filho, o aviamento objetivo ou real é aquele “inerente aos elementos singulares do estabelecimento, às suas qualidades, à sua organização e também à atividade do fundador enquanto transfundida e objetivada no estabelecimento – aviamento que é definido como qualidade do estabelecimento, ou seja, atributo da universalidade de fato que é objeto de direito”. (**Teoria do estabelecimento comercial**, Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1988, p. 174).

da atividade econômica. Com a alienação total da empresa, o controlador da organização busca obter recursos e assim liquidar as obrigações perante credores, ainda que mediante o sacrifício de transferir a empresa por ele criada a terceiros, mas com o claro propósito de evitar a falência e todas as consequências negativas decorrentes da quebra.¹⁹ Superada a crise, após renegociadas, pagas e extintas as obrigações da empresa, cujos ativos foram alienados a terceiros, o empresário pode constituir nova empresa, e assim voltar a estabelecer-se comercialmente.

Na combinação de ambas as estratégias, patrimonial e societária, a alienação de unidade produtiva isolada pode resultar de operação de cisão,²⁰ ou por criação de subsidiária integral, que pode ocorrer tanto na sociedade anônima como na sociedade limitada.²¹ Em ambos os casos, a alienação de ativos será parcial, isto é, a empresa

¹⁹ A respeito dessa consequência da alienação total do estabelecimento pelos sócios ou acionistas, Rachel Sztajn esclarece: “Resta um problema que tem a ver com a transferência de estabelecimento único. Uma tal proposta se assemelha à dissolução e liquidação da sociedade porque se o estabelecimento constitui a base material destinada ao exercício da atividade sua alienação priva a sociedade dos meios necessários para fazê-lo. O objeto social não poderá ser concretizado, e a pessoa jurídica fica esvaziada devendo-se ou refazer a base material, organizar novo estabelecimento, ou alterar o objeto social de forma a dispensar-se, se viável, sua existência. A proposta de trespasse do estabelecimento serve apenas para acelerar o processo de liquidação de ativos e pagamento do passivo que poderá levar à dissolução da sociedade por impossibilidade de realização do objeto social.” (**Da Recuperação Judicial**, Francisco Satiro de Souza Junior, e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, cit., p. 239).

²⁰ Na recuperação judicial, por inferência lógica, a parcela desmembrada do patrimônio da companhia cindida deverá ser destinada, regra geral, à constituição de nova sociedade. Poderá, também, ser transferida para outra sociedade existente, integrante do mesmo grupo empresarial (Lei 6.404/1976, art. 229, combinado com os artigos 60 e 142 da Lei 11.101/2005). Como a alienação, na recuperação judicial, para permitir seja usufruído o benefício essencial da inexistência de sucessão do passivo pela empresa adquirente, deve ocorrer por venda judicial, revela-se que a parcela cindida não poderia ser transferida para empresa já existente, salvo se essa operação estiver prevista, expressamente, no plano de recuperação, e a cisão somente for implementada a partir da adjudicação, em leilão, desses direitos patrimoniais, transferidos ou representados na UPI, pela sociedade anteriormente constituída.

²¹ Em parecer proferido em processo relativo à criação de subsidiária integral por sociedade limitada, Fábio Ulhoa Coelho esclarece que “a constituição de subsidiária integral é medida de racionalidade administrativa da empresa e, em razão de sua disciplina legal, não interfere, minimamente, nos direitos dos sócios ou acionistas da sociedade controladora. A subsidiária integral é sociedade unipessoal que adota obrigatoriamente a forma de sociedade anônima, sendo constituída por um único acionista, que será sempre uma sociedade brasileira (a controladora).” Analisando o art. 251 da Lei 6.404/1976, Fábio Ulhoa Coelho observa que “os pressupostos de constituição de uma subsidiária integral são apenas três: a) uma sociedade brasileira, de qualquer tipo, que tenha no objeto social a participação em outra sociedade na qualidade de acionista (sociedade controladora); b) a celebração de escritura pública de constituição de sociedade anônima, com a transcrição do estatuto e demais atos pertinentes, mediante declaração de vontade externada pelo representante legal da sociedade controladora; c) arquivamento na Junta Comercial da escritura pública de constituição e a publicação do estatuto.” (Parecer nos autos da Apelação nº 003764-45.207.8.26.0326, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado; Comarca: Lucélia; Apelantes: Central de Alcool Lucélia Ltda. e Bioenergia do Brasil S/A; Apelados: Sandra Mara Alves Baumgartner e outros; Relatora Desembargadora Viviani Nicolau, DJSP 21/11/2014).

devedora e recuperanda manterá as suas personalidade, individualidade e capacidade produtiva, ainda que reduzida de tamanho.

Através da cisão, uma unidade produtiva isolada (UPI) surgirá pela separação do estabelecimento do patrimônio da empresa-mãe ou matriz. O protocolo da cisão, acompanhado das justificativas, deverá conter e definir, dentre outros requisitos, “os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio”, com a determinação dos “critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores” (Lei 6.404/1976, art. 224, incisos II e III). Na cisão destinada à alienação de UPI em processo de recuperação judicial, somente constarão do protocolo os elementos ativos do patrimônio, considerando, em princípio, a inexistência de relação de sucessão sobre o passivo.

Ainda como estratégia de alienação de ativos, o plano de recuperação poderá prever a constituição de sociedade de credores ou de propósito específico (SPE) para adjudicar ativos da empresa em recuperação (LRF, art. 50, incisos X e XVI). Cabe anotar que o Decreto-Lei 7.661/1945 já previa a possibilidade de constituição de sociedade de credores na falência. Todavia, a constituição de sociedade de credores na antiga lei falimentar, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores,²² não representava forma de liquidação do ativo como coisa inservível, e sim hipótese mais específica de continuação dos negócios da massa falida ou para a cessão dos ativos produtivos a terceiros, resvalando pelo caráter preservacionista que passou a prevalecer na lei atual.²³

Em quaisquer das situações, contudo, de formação de sociedade de credores ou de propósito específico (SPE), a alienação poderá ser tanto do controle da sociedade recuperanda, como de filiais ou de determinada UPI. A diferença é que os adquirentes

²² Na opinião de Maria Celeste Moraes Guimarães, a constituição de sociedade de credores na antiga lei falimentar representava, apenas, uma “forma de liquidação de ativos”. (Comentários aos artigos 50 a 52 da Lei 11.101/2005, em Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa-Lima, Coordenadores, **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 361). Na verdade, segundo o art. 123, § 1º, do Decreto-Lei 7.661/1945, a finalidade própria da criação da sociedade de credores era possibilitar a continuação dos negócios do falido ou a cessão desses ativos a terceiros, ainda que não se tenha notícia da aplicação concreta desse dispositivo no regime pretérito.

²³ Decreto-Lei 7.661/1945 – “Art. 123. Qualquer outra forma de liquidação do ativo pode ser autorizada por credores que representem dois terços dos créditos. § 1º. Podem ditos credores organizar sociedade para continuação do negócio do falido, ou autorizar o síndico a ceder o ativo a terceiro. (...)”

do controle societário ou dos ativos, na condição de adjudicatários, serão os próprios credores, e não terceiros.

A sociedade de credores pode adotar o tipo simples ou empresária.²⁴ O capital social será subscrito e integralizado, exatamente, pelos direitos creditórios detidos pelos credores originais ou pelos cessionários de crédito perante a empresa devedora.²⁵ A função da sociedade de credores ou de propósito específico (SPE), num primeiro momento, será adjudicar ou tomar para si os ativos ou o controle da sociedade devedora em recuperação. Em etapa subsequente, após adjudicar ou incorporar o estabelecimento empresarial, ou deter e organizar o controle da empresa recuperanda, o objetivo da sociedade de credores poderá até ser a alienação ou a transferência do controle da sociedade em que detém a participação majoritária na empresa devedora, e que passou a ser por ela controlada.²⁶

Em pagamento dos créditos representados e conferidos ao capital da sociedade de credores, hipótese distinta, os sócios ou acionistas da sociedade devedora podem entregar suas quotas ou ações de controle, transferindo, conseqüentemente, todos os poderes de disposição sobre o ente societário existente, que passará a ser titularizado pela nova sociedade controladora pertencente aos credores. Neste caso, os sócios ou

²⁴ A sociedade de credores não necessita adotar, unicamente, a forma de sociedade empresária, podendo se constituir como sociedade simples, pois seu objeto não será o exercício da empresa em si (CC, artigos 966 e 982), e sim a reunião de sócios credores com o interesse comum de reaver seus créditos ou garantir os direitos creditórios organizados e estruturados numa pessoa jurídica específica.

²⁵ Na sociedade anônima, a possibilidade de integralização do capital com créditos detidos pelo acionista perante terceiros está referida na previsão de que o capital pode ser formado por “qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro” (Lei 6.404/1976, art. 7º), ressalvado, todavia, que no caso da “entrada consistir em crédito, o subscritor ou acionista responderá pela solvência do devedor.” (art. 10, parágrafo único). Nas sociedades simples e limitada, o Código Civil prescreve que o capital da sociedade pode compreender “qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária”. (art. 997).

²⁶ Assim, por hipótese, uma empresa em recuperação judicial, aqui denominada Alfa, tem como ativo principal uma instalação fabril em plenas condições operacionais, avaliada em R\$ 50 milhões. O passivo da empresa é de R\$ 100 milhões, sendo R\$ 40 milhões de credores trabalhistas e R\$ 60 milhões de credores quirografários. É possível a constituição de uma sociedade de credores, denominada Beta, ingressando os credores trabalhistas com participação de 40 % do capital, e os credores quirografários com participação majoritária dos 60 % restantes. Sendo assim previsto no plano de recuperação judicial, a sociedade de credores Beta poderá adjudicar, para si, em pagamento dos seus créditos, a fábrica da empresa ABC em recuperação, mediante a transferência, por trespasse, do estabelecimento industrial, pelo valor de R\$ 50 milhões. O pagamento dar-se-á mediante declaração de quitação parcial da dívida da empresa em recuperação, pelo valor correspondente ao da avaliação desse ativo. Se o plano de recuperação da empresa Alfa contemplar a remissão da outra metade do passivo, a dívida será extinta na sua totalidade, sendo metade pela adjudicação da fábrica pela sociedade de credores, e os 50 % restantes por remissão, ou deságio, segundo terminologia imprópria adotada nos processos de recuperação. A fábrica ficará, desse modo, pertencendo à sociedade de credores Beta, que poderá explorá-la diretamente, em regime de gestão compartilhada ou autogestão, caso seja sociedade empresária constituída com esse fim, ou pode esse ativo fabril ser alienado para outro grupo econômico ou empresa, cabendo ao adquirente dar continuidade à sua exploração produtiva.

acionistas transferem o controle da sociedade por eles detida à nova sociedade de credores ou SPE constituída, ficando, teoricamente, sub-rogados nesses direitos creditórios perante a própria sociedade. Todavia, em situação ou estado de insolvência, quando o valor patrimonial das ações ou quotas foi corroído pelos prejuízos acumulados, os sócios nada receberão pela alienação do controle.

A alienação das ações ou quotas, estando a empresa insolvente, com o passivo muito superior ao ativo, apresentando patrimônio líquido negativo, geralmente é efetuada a título gratuito ou por valor simbólico, nos casos em que o adquirente assume, juntamente com o controle, as dívidas da sociedade perante seus credores. O preço da alienação do controle será o do equacionamento do passivo.²⁷

As outras estratégias de dação em pagamento (LRF, art. 50, inciso IX) e venda parcial dos bens (inciso XI) são, como assim definidas na própria lei, modo de alienação parcial de ativos. A dação em pagamento sempre foi historicamente utilizada como meio de composição de dívidas entre o devedor e determinados credores, podendo ter por objeto bens móveis ou imóveis. Apresentando crise de liquidez, sem caixa para honrar suas obrigações, mas ainda solvente, dispondo de bens livres e desembaraçados, o devedor pode oferecer o pagamento com bens, se assim for aceito pelo credor (CC, art. 356).

A venda parcial de bens é aquela realizada mediante oferta a terceiros, geralmente tendo por objeto bens móveis e imóveis que não estejam sendo diretamente utilizados pela empresa na execução do seu objeto, ou seja, não classificados ou considerados como estoques de matérias primas, mercadorias ou bens de capital.

Tanto a dação em pagamento como a venda parcial de bens, destinam-se, tão-somente, a abater dívidas e a gerar caixa para a empresa devedora, porque não representam nenhuma estrutura ou organização produtiva em que somente a reunião lógica desses ativos podem compor um estabelecimento, unidade produtiva ou filial.

²⁷ No caso da recuperação judicial do grupo Rede Energia S.A., o controle de todas as empresas do grupo foi alienado pelo valor simbólico de R\$ 1,00 (um real), tendo como contrapartida da adquirente a realização de investimentos no valor de R\$ 1,8 bilhão e a assunção e renegociação das dívidas das sociedades recuperandas (item 2.5 do Plano de Recuperação Judicial, nos autos do Processo nº 0067341-20.2012.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial do Foro Central de São Paulo, Capital).

3. Alienação de unidades produtivas e trespasse do estabelecimento

Na alienação de ativos, tendo por objeto uma determinada filial ou unidade produtiva isolada (UPI),²⁸ a estratégia de recuperação da empresa devedora consiste, geralmente, em vender uma fábrica, uma filial específica, uma loja ou um estabelecimento separado. Efetuada a venda, a empresa recuperanda irá obter novos recursos e deverá destinar esses recursos, diretamente, para pagamento aos credores ou, indiretamente, para reestabelecer o equilíbrio dos negócios e promover a reestruturação do fluxo de caixa. Restaurado o equilíbrio do fluxo de caixa, mediante a injeção de novos recursos proporcionados pela alienação de ativos, a empresa poderá adquirir bens de capital e novos equipamentos e maquinários, matérias primas para industrialização, mercadorias para revenda, mantendo os postos de trabalho, contratando novos empregados e até ampliando a capacidade produtiva remanescente. Desse modo, a empresa recuperanda, possivelmente, voltará a ser eficiente e a gerar lucros, atendendo, em concreto, aos objetivos finalísticos e principiológicos enunciados pelo art. 47 da Lei 11.101/2005, como assim reconhecidos pela jurisprudência.²⁹

²⁸ De acordo com o entendimento de Rodrigo Tellechea e Gilberto Deon Corrêa Junior, “A expressão “UPIs” utilizada pelo legislador não tinha, até então, significado jurídico próprio entre nós, especialmente no que concerne ao preenchimento de seu conteúdo e a efetiva transferência do objeto de direito a terceiro, sem risco de sucessão do adquirente nos débitos do alienante, segundo a combinação dos artigos 60, 141 e 142 da Lei 11.101/05. Mas, uma vez empregada, a prática exigiu esforços interpretativos quanto à sua precisão. Em nosso sentir, o termo insere-se no contexto do que se convencionou chamar de “conceito jurídico indeterminado”, isto é, expressão semanticamente vaga, imprecisa quanto ao conteúdo de seus termos, cabendo ao intérprete subsumi-los à hipótese fática, considerando os efeitos jurídicos postos pela lei. No caso da UPI, esse processo de concretização requer o uso da analogia, como técnica de complementação e interpretação de suas expressões formativas. Sugere-se, nesse sentido, aproximar a expressão do conceito de “estabelecimento empresarial”, construído pelos doutrinadores italianos e incorporado ao nosso ordenamento pelo artigo 1.142 do Código Civil de 2002, como sendo: o complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” (**A unidade produtiva isolada na Lei 11.101/05**, Revista Digital, Souto, Corrêa, Cesa, Lummertz & Amaral – Souto Corrêa Advogados, 07/08/2013, <http://www.soutocorrea.com.br/noticias-e-imprensa/a-unidade-produtiva-isolada-na-lei-11-10105/#.VI0R2CvF9iZ>, 14/12/2014).

²⁹ “Recurso especial. Recuperação judicial. Agravo de instrumento. Plano de recuperação aprovado. Novação de créditos anteriores ao pedido de recuperação. Inexistência de esvaziamento, substituição ou supressão de garantias reais (penhora agrícola de safras). Harmonização entre o art. 50, § 1º, da Lei 11.101/05 e o art. 1.443 do Código Civil. 1. Discussão vertida no curso de processo de recuperação judicial grupo econômico (Grupo Alta Paulista) especializado na produção e comercialização de açúcar e álcool extraídos das lavouras de cana-de-açúcar. 2. Polêmica em torno de garantia real consubstanciada em penhor agrícola de safras de cana-de-açúcar, produtos e subprodutos, relativa à colheita de 2011/2012. 3. A finalidade da recuperação judicial é permitir o soerguimento da empresa atingida por

A unidade produtiva isolada (UPI) significa, como visto acima, um certo e determinado estabelecimento industrial, comercial ou rural, caso este último adote a forma de empresa, como organização do agronegócio. Pode ser tanto o estabelecimento matriz como uma filial, fábrica, loja ou agência, desde que, isoladamente, com os recursos materiais ali alocados, seja capaz de exercer atividade produtiva de modo independente ou autônomo. Uma empresa do setor sucroalcooleiro, dentre aquelas abaladas pela crise atualmente presente no mercado brasileiro de combustíveis e de *commodities*, pode possuir, por exemplo, duas destilarias de álcool, uma usina de açúcar e três fazendas ou engenhos de cultivo da cana-de-açúcar, situados em locais ou municípios distintos. Cada um desses estabelecimentos constitui ou representa uma UPI, com inscrição individual no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), contabilidade própria, e até, em certos casos, com patrimônio separado, afetado ou vinculado a determinada filial. Portanto, a UPI compreende a segregação patrimonial de estabelecimento periférico, autônomo, desmembrado do estabelecimento principal ou matriz, com capacidade para exercer atividade produtiva, com perspectiva concreta de viabilidade econômica, para assim ser receptivo ao mercado, atraindo investidores interessados na sua aquisição.³⁰

dificuldades. 4. Perderia o seu sentido o processo de recuperação de sociedades empresárias em dificuldades financeiras se os créditos abarcados pela recuperação restassem ilesos a alterações. 5. A lógica do sistema de recuperação é singela, atribuindo-se a maioria de credores, conforme o volume de seus créditos, a decisão acerca de seu destino. 6. O interesse dos credores/contratantes, no curso de processo recuperacional, é preservado pela sua participação na assembleia geral, quando então poderão aquiescer com a proposta, se lhes for favorável, alterá-la parcialmente, ou remodelá-la substancialmente, desde que a maioria e o devedor com isso consinta e a proposta não venha a afetar apenas aqueles que da assembleia não participaram. 7. Nesse panorama, deve-se preservar o plano de recuperação. 8. Preservação não apenas dos interesses dos credores, mas também das próprias garantias contratadas, fazendo, na espécie, aplicar-se o art. 1.443 do CCB, cuja incidência não ofende o quanto disposto no § 1º do art. 50 da Lei 11.101/05, já que não se estará a substituir o penhor agrícola das safras, nem a suprimi-lo, restando a garantia hígida, acaso sobrevenha o insucesso da recuperação. 9. Impedir a empresa em recuperação de transformar as suas colheitas no produto que será objeto de renda para o pagamento das suas diuturnas obrigações, e de cumprir os contratos consoante esquematizado no plano, apenas malograria o objetivo principal da recuperação. 10. Recurso Especial provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.388.948-SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 08/04/2014).

³⁰ Na recuperação judicial da Companhia Brasileira de Açúcar e Alcool e de outras empresas integrantes do mesmo grupo agroindustrial sucroalcooleiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atribuindo efeitos modificativos aos embargos de declaração, sustou a convalidação da recuperação judicial em falência decretada, aceitando os argumentos de que a continuidade da empresa era mais favorável aos interesses dos credores, e que a alienação de unidade produtiva isolada (UPI) estava permitindo o ingresso de novos recursos e o pagamento de vários credores, assim decidindo: “Embargos de Declaração. Peculiaridade. Demora no julgamento dos embargos, haja vista liminar deferida em mandado de segurança, pela qual ficaram suspensos os efeitos do acórdão que convolveu recuperação judicial em falência. Superveniência de fatos novos entre o julgamento do agravo e destes embargos. Pendências trabalhistas solucionadas, unidades produtivas isoladas (UPI) alienadas com injeção de

A segregação de uma UPI da respectiva empresa-mãe, na alienação de ativos, pode ocorrer tanto pela implementação de estratégia patrimonial, como através de estratégia societária, ou da combinação de ambas, como nos casos de cisão e de constituição de subsidiária integral. A estratégia patrimonial é aquela resultante do trespasse ou venda da unidade produtiva descrita no instrumento de alienação, com todos os seus bens e ativos físicos, móveis e imóveis, e elementos imateriais inerentes, aplicando-se tanto à empresa individual, à EIRELI como também às sociedades comerciais ou empresárias. A estratégia, estritamente societária, como antes observado, é decorrente da alienação ou cessão das ações ou quotas majoritárias da sociedade, com a consequente transferência de controle.

Uma UPI pode ser também criada através do mecanismo de *Drop Down*, tipo de operação societária importada do direito norte-americano. Na prática, através dessa operação, busca-se evitar os efeitos sucessórios previstos em lei para o trespasse do estabelecimento (CC, art. 1.146), bem como os efeitos tributários do lançamento do imposto de renda sobre ganhos de capital da pessoa jurídica, incidente na cisão.³¹ Segundo o conceito proposto por Haroldo Malheiros Verçosa e Zanon de Paula Barros, o *Drop Down* consiste em “uma operação de transferência de ativos, no plano vertical, neles incluídos bens tangíveis e intangíveis, utilizando-se do mecanismo de aumento de capital na sociedade receptora e consequente redução de capital na sociedade cedente”.³² Na opinião de Ricardo Tepedino, o *Drop Down* representa, em síntese, um “trespasse para subsidiária”, assim definida de modo mais detalhado:

“É a operação em que a sociedade empresária (aqui chamada de sociedade conferente), a título de integralização do capital de uma subsidiária (aqui denominada sociedade receptora), verte nesta última a empresa organizada sobre o seu nome, ou unidades produtivas dela, mediante o aporte de todo o seu estabelecimento ou algum de seus estabelecimentos e outros elementos necessários ao exercício da atividade

recursos, e manifestação de diversos credores, dentre eles trabalhistas, que preferem a manutenção das empresas em recuperação à decretação de sua falência. Circunstâncias que levam ao acolhimento dos embargos com efeito modificativo, à luz do art. 462 CPC, para negar provimento ao agravo interposto pelos embargados”. (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Embargos de Declaração nº 0072267-53.2012.8.26.0000/50000; Comarca: São José do Rio Preto; Relator Desembargador Teixeira Leite, julgado em 24/04/2014).

³¹ Lei 9.249/1995, art. 21; Regulamento do Imposto de Renda – RIR - Decreto 3.000/1999, art. 235.

³² Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa e Zanon de Paula Barros, **A recepção do Drop down no direito brasileiro**, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Malheiros, v. 41, nº 125, jan/mar 2002, p. 42.

cedida, recebendo em troca ações ou quotas representativas do capital social da sociedade receptora.”³³

Através da operação de *Drop Down*, combinação das estratégias patrimonial e societária, uma UPI pode ser criada pela versão ou conferência de ativos a uma nova empresa, e essa nova empresa é que será objeto de alienação no processo de recuperação judicial. A integralização de ativos produtivos para empresa já existente não se revela adequado no processo de recuperação judicial. Isto porque procuram-se eliminar todos os riscos passivos e vínculos com outros credores que não estão submetidos ao processo, de modo a atrair o máximo de investidores interessados na aquisição e assim aumentar a concorrência. Tal circunstância resultará, em tese, na maior valoração dos ativos.

Mediante quaisquer dessas operações, independentemente do instrumento jurídico aplicado, uma determinada UPI, estabelecimento comercial ou industrial, filial, subsidiária ou ativo produtivo segregado, composto por bens móveis e imóveis, maquinário, equipamentos, instalações, será devidamente identificada, individualizada, inventariada e contabilizada, suscetível de assim ser auditada em procedimento de *due dilligence* por terceiros interessados e pelos próprios credores. A partir da definição e especificação dos ativos, materiais e imateriais, tangíveis e intangíveis, que passarão a integrar determinada UPI, estabelecimento ou subsidiária, o plano de recuperação deverá ser acompanhado de laudo de avaliação dos bens e ativos da empresa recuperanda, “subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada” (LRF, art. 53, inciso III). Caso o plano de recuperação judicial venha a propor, portanto, a alienação de ativos produtivos, com o destaque de UPI, de estabelecimento, filial ou subsidiária, no laudo de avaliação constará, necessariamente, de modo discriminativo, por cada item componente do ativo e seu somatório, o valor patrimonial da unidade, valor esse que servirá como base ou referência para a oferta pública.

O estabelecimento empresarial poderá, ainda, ser integrado por bens e direitos que não representem, especificamente, um ativo de propriedade ou subordinado a uma relação patrimonial de domínio da empresa em recuperação. Os direitos de exploração

³³ Ricardo Tepedino, **O trespasse para subsidiária (Drop Down)**, in Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão, Coordenadores, **Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 64-65.

de determinada concessão de serviço público, os contratos celebrados e as expectativas formalizadas de negócios, desde que reunidos numa estrutura dotada de organicidade econômica, podem ser caracterizados como UPI. Assim a jurisprudência vem admitindo, ante a incompletude da lei. Nesse sentido, a Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em voto do Desembargador Manoel Pereira Calças, no processo de recuperação judicial da companhia Pantanal Linhas Aéreas, considerou que as rotas, *slots* e *hotrans*,³⁴ que compreendem os elementos inerentes à operação da concessão, podem constituir uma UPI, mesmo não estando vinculada a base física, a um imóvel.³⁵ Semelhante estratégia havia sido anteriormente adotada na recuperação judicial da Varig, *leading case* pioneiro no Brasil a partir da vigência da Lei 11.101/2005, como assim constou do seu plano de recuperação judicial consolidado.³⁶ Desse modo, o conceito de UPI pode ser interpretado ampliativamente, para compreender qualquer ativo, corpóreo ou não, que, estruturado organicamente, possa ter uma aplicação ou destinação produtiva.

4. Requisitos e procedimentos legais na alienação de ativos

Como requisito preliminar e elementar, toda e qualquer alienação de ativos em processo de recuperação judicial deverá constar, de modo claro e específico, no respectivo plano. Especialmente no caso de UPI, estabelecimento filial ou segregado, a operação de alienação, com a individualização, especificação e alienação dos ativos produtivos, deverá estar detalhada no plano. Tal exigência de detalhamento consta da

³⁴ *Slot*: movimento e espaços de pouso e decolagem de aeronaves nos aeroportos autorizados pela agência reguladora; *Hotran*: abreviatura de "horário de transporte" dos voos regulares nos aeroportos (ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil; <http://www2.anac.gov.br>, 22/12/2014).

³⁵ "Agravado, Recuperação Judicial. Empresa aérea. Plano de recuperação judicial que institui uma "unidade produtiva isolada" (UPI), estabelecimento, no qual se concentrará a "operação das linhas aéreas", para ser objeto de alienação judicial. Transferência dos contratos de concessão celebrados com a companhia aérea e os direitos relacionados com os "Slots" e "hotrans". Inteligência do art. 1.148, do Código Civil. Legalidade da previsão do plano que inclui a transferência dos "Slots" e "hotrans", que, apesar de não integrarem, na acepção técnica, os ativos da companhia são relevantes para a obtenção de um maior valor na alienação do estabelecimento. União Federal e Anac devem cumprir o princípio constitucional da preservação da empresa que decorre da função social da empresa (art. 170, III, CF). Agravo improvido." (TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento nº 994.09.316372-9; Comarca: São Paulo; Agravante: Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC; Agravados: Pantanal Linhas Aéreas S.A. e Paulo Augusto Marcondes Monteiro; DJSP 28/01/2010).

³⁶ Ação de Recuperação Judicial da Varig S.A. - Viação Aérea Rio-Grandense; Rio Sul Linhas Aéreas S.A.; e Nordeste Linhas Aéreas S.A. – 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro; Processo nº 2005.001.072887-7; Plano de Recuperação consolidado conforme alterações aprovadas em 17/07/2006.

Lei 11.101/2005, quando esta prescreve que o plano de recuperação judicial deve conter a “descrição pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei” (LRF, art. 53, I). Essa disposição implica, óbvio, na discriminação dos ativos que serão alienados, para que cada estratégia ou operação seja assim apreciada e aprovada pelos credores.³⁷ A jurisprudência interpreta e vem aplicando essa norma segundo o mesmo critério, referindo-se à especificidade dos meios e estratégias que devem constar no plano de recuperação,³⁸ e recusando validade a planos genéricos.³⁹

O plano de recuperação, para atender ao requisito da especificidade, deve identificar e individualizar, com exatidão, os ativos que serão objeto de alienação, o estabelecimento, a UPI, a fábrica, a filial, ou seja, o conjunto de bens que constituem a unidade de negócios. Sendo estabelecimento físico, deverá ser informada sua localização, com o endereço do imóvel.⁴⁰ A partir da individualização e descrição

³⁷ Sobre a necessidade de observância desse dispositivo, Fábio Ulhoa Coelho esclarece que a especificação dos meios de recuperação está intrinsecamente relacionada com a consistência do projeto de superação da crise da empresa: “O plano de recuperação deve indicar pormenorizada e fundamentadamente o meio ou meios pelos quais o devedor deverá superar as dificuldades que enfrenta. A consistência econômica do plano está diretamente relacionada ao adequado diagnóstico das razões da crise e de sua natureza (se econômica, financeira ou patrimonial) e à adequação dos remédios indicados para o caso”. (**Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, cit., p. 222).

³⁸ “O Plano de Recuperação Judicial, em que se discrimina, de forma pormenorizada, o modo como se dará o soerguimento e a reestruturação da empresa combalida, bem como a viabilidade econômica desta, com a avaliação de seus bens e ativos e a consecução de laudo econômico-financeiro, consubstancia o principal instrumento para que o processo de Recuperação Judicial, num esforço comum dos credores, da empresa e da sociedade em geral, obtenha êxito, mantendo-se, por conseguinte, o prosseguimento da atividade econômica”. (STJ, 3ª Turma, RMS 30.686-SP, Recorrente: Aeros – Fundo de Previdência Complementar; Recorrida: VASP – Viação Aérea São Paulo S.A., Relator Ministro Masami Uyeda, DJe 20/10/2010).

³⁹ “Agravamento de Instrumento. Recuperação Judicial. Plano de recuperação aprovado pela AGC. Homologação. Pretensão ao controle de legalidade naquilo que dispõe sobre a possibilidade de alienação do ativo. (...) Nulidade da cláusula que prevê amplamente tal possibilidade, por sua generalidade, consignando entretanto, a possibilidade de renovação dos pedidos de alienação, agora na forma do art. 66 da LRF. Agravamento parcialmente provido neste ponto.” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Agravamento Regimental nº 2024063-07.2013.8.26.0000/50001; Comarca: Ribeirão Preto; Agravante: Banco do Brasil S.A.; Agravados: Leão e Leão Ltda. (em Recuperação Judicial) e outro; Relator Desembargador Ricardo Negrão; DJSP 21/03/2014); “Recuperação Judicial. Plano que prevê venda indiscriminada de ativos sem intervenção judicial e de forma direta. Inadmissibilidade.” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Agravamento de Instrumento nº 0007430-86.2012.8.26.0000; Comarca: Campinas; Agravantes: Aarti Drugs Ltd. e outros; Agravados: Galena Química e Farmacêutica Ltda. (Em Recuperação Judicial) e outro; Relator Desembargador Araldo Teles; DJSP 19/12/2012).

⁴⁰ No próprio plano de recuperação ou em seu anexo, poderão constar informações detalhadas do estabelecimento que será objeto de alienação, a descrição das suas instalações, área de terreno e área construída, conforme assim esteja registrada na respectiva matrícula imobiliária, os bens de capital, linha de produção, capacidade instalada, relatórios financeiros, número de empregados, demais equipamentos, maquinários, marcas agregadas, contratos ativos e passivos, em suma, todos os elementos corpóreos e incorpóreos, materiais e imateriais, tangíveis e intangíveis, que integram o ativo da UPI ou estabelecimento.

pormenorizada da UPI ou filial, o laudo de avaliação que deve acompanhar o plano (LRF, art. 53, III) determinará o valor patrimonial ou real atribuído ao ativo, quantificando o preço mínimo para a alienação da UPI ou estabelecimento. Esse preço mínimo servirá como valor de referência para a realização da oferta ao mercado.⁴¹

Outra exigência que deverá também constar no plano de recuperação é aquela referente à destinação ou aplicação dos recursos obtidos com a venda dos bens e ativos. A destinação dos recursos constitui elemento essencial para a avaliação da estratégia, de modo a que os credores tenham plena ciência de como estes serão aplicados, uma vez que somente admite-se, por inferência lógica, a vinculação desses recursos para pagamento aos próprios credores, anteriores ao pedido de recuperação, ou para o capital de giro necessário ao custeio das atividades produtivas, dos credores posteriores ao processo. Estando caracterizado o estado de crise ou a insolvência, é inadmissível que os recursos obtidos pela empresa devedora com a alienação de ativos sejam apropriados pelos sócios ou acionistas, diretamente ou por interposta pessoa, física ou jurídica. Qualquer medida que levasse a esse resultado representaria típico caso de fraude a credores (LRF, art. 64, III; art. 168).

O exame analítico, no processo decisório destinado à aprovação do plano de recuperação judicial, pressupõe, portanto, que os credores saibam e tenham conhecimento de onde serão aplicados os recursos gerados com a alienação de ativos. No caso de venda de UPI ou filial, inclusive, essa operação importará na redução da capacidade produtiva ou de negócios da empresa em recuperação, motivo pelo qual somente poderá ser considerada como estratégia válida se possibilitar ou viabilizar a continuidade da empresa, ainda que reduzida no seu porte econômico ou patrimonial.

Não é cabível, portanto, que o plano venha a referir-se, de modo simplista e genérico, que a empresa recuperanda poderá alienar ativos, filiais ou estabelecimentos, sem indicar qual ou quais, sem quantificar o valor de avaliação desses bens e seu preço mínimo, e sem determinar como ocorrerá, também, de modo

⁴¹ No processo de recuperação judicial da Óleo e Gás Participações S.A. (OGPar), atual denominação da OGX Petróleo e Gás Participações S.A., na 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, sob nº 0377620-56.2013.8.19.0001, a fixação do preço mínimo de alienação de UPI assim encontrava-se discriminada e quantificada: “8. Alienação da UPI Parnaíba Gás Natural (...) 8.2.1.2. Valor Mínimo. A alienação da UPI Parnaíba Gás Natural deverá observar o valor mínimo de R\$ 199.998.556,37 (cento e noventa e nove milhões e novecentos e noventa e oito mil e quinhentos e cinquenta e seis reais e trinta e sete centavos), a ser pago em uma única parcela e a ser reajustado de acordo com a variação do IPCA a partir de 30/10/2013 até a data de efetivo pagamento (“Valor Mínimo”) (...)”

específico, a destinação dos recursos arrecadados com a venda dos ativos. O plano deve ser específico no aspecto da alienação de ativos, porque tal medida representará, invariavelmente, a principal estratégia destinada à obtenção de recursos para pagamento aos credores. A ausência de especificidade importa em evidente generalização, por simples referência a dispositivos da lei, sem determinar, claramente, como se dará, na prática, a aplicação dos meios de recuperação, e se a empresa, ao final da execução do plano, voltará a ser economicamente viável. A mera citação ou indicação dos meios de recuperação exemplificados no art. 50 da LRF, especialmente na alienação de ativos, vem sendo considerada, pela jurisprudência, justificativa insuficiente, o que deve importar na rejeição do plano pelos credores, ou, caso aprovado pela assembleia de credores, na sua anulação pelo poder judiciário.⁴²

Sempre que a alienação da empresa ou do seu controle não implicar em questões de ordem pública, relacionadas com a negociação de ações e de interesse dos acionistas minoritários, tutelados pela legislação do mercado de capitais (Lei 6.385/1976 e Lei 6.404/1976), ou de interferência concorrencial, reguladas pelas normas de defesa da concorrência ou legislação antitruste (Lei 12.529/2011),⁴³ o

⁴² “Agrav. Recuperação judicial. Recurso contra decisão que, em face da aprovação de novo plano pela Assembleia Geral de Credores, após decretação de nulidade da deliberação da AGC, com determinação desta Corte para apresentação de outro plano, concede a recuperação. Novo plano apresentado eivado de nulidades e que contraria direitos indisponíveis. Agravado provido para reconhecer a nulidade da deliberação da AGC e consequente decreto de quebra das recuperandas, com determinação.” (...) Trecho da fundamentação do voto do Relator Desembargador Manoel Pereira Calças: “Seguindo-se a leitura do documento submetido ao crivo dos credores, nota-se que houve somente a transcrição das hipóteses legais, com parca explicação de como se dará efetivamente a utilização de cada um dos meios de recuperação. Ora, se as agravadas se entendem recuperáveis, por que não explicitar como se dará a utilização dos meios colocados de maneira exemplificativa pela lei ou de outro que possa ser criado por sua administração? A simples citação dos incisos do art. 50 da Lei nº 11.101/05 não significa a um, que todos os meios serão utilizados, a dois, que os melhores meios serão utilizados, ou a três, que se cumpriu o requisito de demonstração da viabilidade das sociedades, que não se restringe a simplesmente demonstrar o conhecimento do texto legal.” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Agravado de Instrumento nº 010331-56.2013.8.26.00; Comarca: Junqueirópolis; Agravante: Cooperativa Agrícola Mista de Adamantina; Agravados: Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda. e outras; julgado em 25/11/2014).

⁴³ Quando um processo de aquisição de UPI ou estabelecimento, de fusão ou alienação de controle, em sede de recuperação judicial, possa resultar em potencial risco de concentração econômica (Lei 12.529/2011, art. 88), a sua implementação ficará dependendo de prévia apreciação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Apesar de não existir qualquer previsão legal expressa, a análise do ato de concentração deve decorrer da necessidade de prevenir riscos à livre concorrência no mercado, por aplicação dos princípios e normas gerais da Constituição (CF, art. 170, III; art. 173, § 4º) e da legislação antitruste, assim como da doutrina da *Failing Company Defense*. O entendimento doutrinário dominante é de que o juízo da recuperação judicial não detém capacidade ou competência técnica para decidir sobre casos de concentração econômica, sendo esse ato privativo da esfera administrativa do CADE. (Sérgio Campinho, **Atos de Concentração no Plano de Recuperação Judicial: Participação Obrigatória ou Facultativa do CADE**, in Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva e Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira, Organizadores; **Direito Processual Empresarial: Estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz**

procedimento de alienação de ativos seguirá, basicamente, as normas da Lei 11.101/2005, com aplicação supletiva do CPC (LRF, art. 189).

Atendidos os pressupostos acima comentados para a especificação, quantificação e destinação dos resultados na alienação de ativos, nas fases de planejamento e aprovação do plano, a implementação dessa operação deve ser realizada, preferencialmente, através de procedimento concorrencial ou competitivo, por venda pública. A venda ou oferta pública é aquela realizada através do chamamento de interessados no mercado com a divulgação por editais publicados nos órgãos de imprensa (LRF, art. 142, § 1º). A venda pública é o oposto da venda privada, quando a alienação de bens, ativos ou do controle de empresas realiza-se através de negociações reservadas ou secretas, e somente em momento posterior são divulgadas ao mercado.

Em princípio, de acordo com a Lei 11.101/2005 (art. 60 c/c art. 142), a alienação de UPI ou de estabelecimento filial em processo de recuperação judicial deve ser realizada através de leilão, por propostas fechadas ou por pregão. O leilão, dependendo da organização judiciária de cada Estado da Federação, será promovido por leiloeiro judicial, vinculado ao respectivo Tribunal de Justiça, ou por leiloeiro público, extrajudicial, habilitado perante as Juntas Comerciais Estaduais.⁴⁴ Na alienação pública, a oferta é aberta ao mercado, onde qualquer interessado poderá participar, habilitar-se e adjudicar o estabelecimento ou UPI discriminada no edital do certame.

As condições e regras objetivas para a realização da venda pública devem ser especificadas no edital, elaborado de acordo com as diretrizes de definição do objeto, valor mínimo e forma de pagamento autorizadas no plano de recuperação judicial. A venda pública poderá ser feita (LRF, art. 142), conforme assim determinado no edital, por leilão público, pela apresentação de propostas fechadas, ou por pregão, presencial

Pereira Calças; Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp. 893-908; Daniela Copetti Cravo, **Aplicação da teoria da *failing company defense* nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar ?** São Paulo, Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Ano 8, nº 43, fev./mar. 2012).

⁴⁴ Lei 8.934/1994, art. 32; Decreto 1.800/1996; Decreto 21.981/1932.

ou eletrônico,⁴⁵ que é uma combinação do leilão por oferta de lances a partir de propostas apresentadas pelos licitantes.

O objeto será arrematado pelo preço do maior lance, ainda que inferior ao valor de avaliação (LRF, art. 142, § 2º), admitindo-se, inclusive, o pagamento parcelado, se previsto no edital.⁴⁶ A jurisprudência dominante no STJ, contudo, vem recusando validar arrematações em vendas públicas quando o lance vencedor for inferior à 50 % ou menos da metade do valor de avaliação, o que configuraria preço vil. Somente em situações excepcionais, quando vários certames forem frustrados ou desertos, sem a participação de interessados, é que a alienação abaixo desse patamar seria aceitável.⁴⁷

No caso dos bens, móveis ou imóveis, que não estejam expressamente relacionados para alienação no plano de recuperação judicial, a empresa devedora não poderá “alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê” (LRF, art. 66). Essa norma cria uma situação de indisponibilidade temporária, em que a empresa em recuperação perde um dos poderes inerentes à propriedade, o poder de dispor (CC, art. 1.228), ficando assim impedida de vender ou onerar os seus bens, que ficam vinculados ao cumprimento das suas obrigações e ao interesse dos credores.

A indisponibilidade temporária dos bens da empresa em recuperação judicial tem como termo inicial o momento do deferimento do processamento da recuperação (LRF, art. 52), e como termo final a sentença de cumprimento das obrigações e encerramento da recuperação (LRF, art. 63). Na hipótese da convocação da

⁴⁵ Por aplicação direta da Lei 11.419/2006 e interpretação extensiva do art. 154, parágrafo único do Código de Processo Civil – CPC, e do Decreto Federal 5.450/2005, é plenamente possível a realização de pregão eletrônico, convocados e realizados através da Internet, nos processos de alienação de bens e ativos produtivos nos processos de recuperação judicial.

⁴⁶ “Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Oferta de valor inferior ao da avaliação. Irrelevância diante da previsão expressa constante do plano aditado e da lei (art. 142, § 2º). Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Oferta de pagamento parcelado. Admissibilidade. Correção monetária das parcelas determinada em primeiro grau. Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Vilania do preço não configurada. Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Prejuízo a credores não concursais. Impossibilidade de arguição por terceiros (CPC, art. 6º). Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Devedor representado por gestor judicial. Assentimento à proposta admissível. Recurso desprovido na parte conhecida.” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Agravo de Instrumento nº 201812-20.2014.8.26.00; Comarca: Penápolis; Agravantes: José Silvestre Viana Egreja e outros; Agravados: Companhia Açucareira de Penápolis (em Recuperação Judicial) e Clealco Açúcar e Álcool S/A; Relator Desembargador Araldo Teles; DJSP 07/08/2014).

⁴⁷ “Consoante a jurisprudência desta Corte, a caracterização de preço vil tem como parâmetro o valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) da avaliação do bem, ressalvada a possibilidade, diante das circunstâncias do caso concreto, de arrematação em valor menor. Precedentes.” (STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 429.163/RS; Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 07/04/2014).

recuperação judicial em falência, essa indisponibilidade dos bens, de temporária passa a ser permanente (LRF, art. 99, VI).

A Lei 11.101/2005, apesar de estabelecer a indisponibilidade dos bens da empresa em recuperação, nada dispõe sobre a comunicação desse gravame aos cartórios de registro imobiliário onde eventualmente estejam localizados imóveis de propriedade da empresa devedora. Seria aconselhável que, na mesma decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, o juiz, além de ordenar a comunicação às Fazendas Públicas e à Junta Comercial (LRF, art. 52, V, e art. 69, parágrafo único), deveria também comunicar aos cartórios de registro imobiliário da jurisdição da sede da empresa e de suas filiais, para que seja anotado, nas respectivas matrículas, a indisponibilidade temporária decorrente do processamento da recuperação judicial.⁴⁸ Se os bens da empresa em recuperação judicial somente podem ser alienados ou onerados mediante apresentação de ordem judicial por alvará, a situação jurídica da empresa devedora e titular dos bens deve ser assim comunicada aos órgãos registrais competentes, inclusive no caso de veículos automotores, perante o departamento de trânsito local.

Em alguns planos de recuperação aprovados pelos credores, constava cláusula que autorizava a empresa em recuperação a alienar qualquer bem do seu ativo imobilizado, independentemente de autorização judicial. Uma disposição de tal conteúdo representa violação explícita à regra do art. 66 da LRF, que impõe a indisponibilidade temporária dos bens da empresa devedora. Essa cláusula vem sendo anulada, tanto pelo juiz de primeiro grau, ao negar homologação de planos que tentam tangenciar sobre a regra da indisponibilidade, como pelos tribunais, que consideram nula a cláusula do plano que autoriza a empresa devedora a alienar qualquer bem do ativo sem a necessária autorização do juízo da recuperação.⁴⁹

⁴⁸ O Provimento 39/2014 da Corregedoria Geral do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, criou a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, com a finalidade de manter um registro único e nacional de todos os imóveis gravados com ordens judiciais de indisponibilidade. Todavia, o referido provimento não contém nenhuma regra específica para o envio e recepção das ordens de indisponibilidade originárias dos juízos da recuperação e falência.

⁴⁹ “Agravado de instrumento - Recuperação judicial Plano aprovado por assembleia de credores - Verificação de sua legalidade pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Inconformismo da credora a respeito das cláusulas que versaram sobre a liberação das garantias, a alienação do passivo sem anuência dos credores, o pagamento com expressivo deságio em prazo superior ao biênio legal e a suspensão das ações promovidas contra as recuperandas. (...) Declarada, ainda, nula a cláusula que determinou a extinção/suspensão das ações existentes contra os coobrigados da recuperanda, da cláusula que determinou a venda de bens do ativo permanente das agravadas sem prévia autorização judicial e dos

5. Situação das garantias e penhoras sobre imóveis

Sempre que a alienação de ativos envolver a transmissão da propriedade sobre imóveis, a modificação ou a extinção de direitos reais, as condições originais de constituição desses direitos, devem ser respeitadas, tanto nos processos de recuperação judicial como de falência. Sem embargo, o deferimento do processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência (LRF, art. 6º) não produzem quaisquer efeitos nas garantias reais existentes sobre os bens da empresa devedora. Essas garantias não ficam suspensas, sequer minimamente afetadas.

Nos processos de insolvência, os bens integrantes do ativo da empresa devedora podem ser classificados, em razão dos ônus incidentes, em duas espécies, como patrimônio livre e patrimônio gravado. O patrimônio livre é aquele formado por bens de livre disposição da empresa, que não se encontram submetidos a quaisquer ônus ou limitação em face de terceiros (*jus in re propria*). O patrimônio gravado compreende os bens e direitos dados em garantia, seja voluntariamente, como a hipoteca, a superfície e o penhor (*jus in re aliena*), seja involuntariamente, por força de decisão ou constrição judicial, como resultante de mandado de penhora, arresto, sequestro ou de ordem de indisponibilidade.

Na recuperação judicial, cabe afirmar que, em princípio, o patrimônio gravado ficará insusceptível de disposição e inclusão no plano de recuperação, para fins de alienação ou mesmo constituição de nova garantia, salvo se assim autorizado, expressamente, pelo credor titular da garantia. Nesse sentido, a regra literal do § 1º do

credores e da cláusula que previu prazo de pagamento superior ao biênio legal, determinando-se que o novo plano indique, de modo expresso, quais credores anuíram à liberação de suas garantias. (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 0076442-56.2013.8.26.0000; Comarca: Pirassununga; Agravante: Abengoa Bionergia Agroindústria Ltda.; Agravados: Osvaldo Baldin Administração e Participações S/A (Em Recuperação Judicial), Baldin Bioenergia S/A (Em Recuperação Judicial) e outros; Relator Desembargador Enio Zuliani, DJSP 30/08/2013).” “Agravo de instrumento - Plano de recuperação judicial - Assembleia - Soberania - A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. (...) Livre alienação do ativo - Cláusula nula, porquanto viola diretamente a norma do art. 66, da Lei nº 11.101/05. Doutrina e Precedente. Recurso provido.” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 00007 07-17.2013.8.26.0000; Comarca: Pedreira; Agravante: Banco Santander Brasil S/A; Agravado: Cerâmica Santa Terezinha S/A (Em Recuperação Judicial); Relator Desembargador Roberto Mac Cracken, DJSP 28/05/2013).

art. 50 da LRF, ao enunciar que, para a alienação de bem objeto de garantia real, “a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”.⁵⁰

O plano de recuperação judicial, portanto, não pode interferir nas garantias constituídas sobre imóveis, em especial no caso da hipoteca. No que tange à alienação fiduciária em garantia, modalidade de direito real não incorporada às hipóteses tradicionais do art. 1.225 do Código Civil,⁵¹ esta já se encontra excluída dos efeitos da recuperação judicial (LRF, art. 49, § 3º), mas não da falência.

Esse princípio da intangibilidade das garantias constituídas sobre bens imóveis, na recuperação judicial, vem reforçado e reafirmado pelo art. 59 da LRF, ao prescrever que o plano de recuperação, mesmo aprovado pela maioria, obriga e vincula “todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias”.⁵² Portanto, se o plano de

⁵⁰ Segundo Jorge Lobo, “caso o plano de recuperação preveja trespasse de estabelecimento (art. 50, VII), os credores, titulares de direito real de garantia sobre bens móveis e imóveis, que o integrem, deverão anuir com a supressão ou substituição da garantia, o mesmo se dando com relação à venda parcial dos bens gravados (art. 50, XI)”. (**Comentários aos artigos 35 a 69**, em Paulo Fernando Campos Sales de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, cit., p. 129). No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho considera, com base em precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravado Instrumento 544.039-4/0-00), que a anuência ou concordância sobre a supressão ou substituição da garantia real é “apenas do credor especificamente beneficiado pelo gravame”, e não dos demais credores da empresa em recuperação, que “não precisam concordar ou discordar”. (**Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, cit., p. 202).

⁵¹ Alienação fiduciária de bem móvel: art. 66-B da Lei 4.728/1964 com a redação da Lei 10.931/2004; Alienação fiduciária de coisa imóvel: Lei 9.514/1997, arts. 22 a 33.

⁵² Ao analisar o art. 59 da LRF, Fábio Ulhoa Coelho, todavia, expressa entendimento oposto, como se a aprovação do plano de recuperação pelos credores tivesse o condão de suprimir as garantias constituídas, independentemente da anuência do credor beneficiário: “Se no plano aprovado em juízo é prevista a substituição de determinada garantia real por outra de menor valor, o credor atingido simplesmente não tem meios para se opor ao mérito dessa medida, por mais que considere seus interesses injustificadamente sacrificados.” (**Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, cit., p. 238). Em sentido diverso, a opinião de Jorge Lobo, ao considerar que o plano de recuperação judicial “não modifica as garantias originais das obrigações novadas, quer as reais, quer as pessoais, que se mantêm íntegras”; (...) “se o plano contemplar a alienação de bem objeto de penhor, hipoteca ou anticrese, que afete a garantia, a sua supressão e substituição dependerão da concordância expressa do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético” (**Comentários aos artigos 35 a 69**, em Paulo Fernando Campos Sales de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, cit., p. 158-159). Eduardo Secchi Munhoz adota o mesmo entendimento, de que o plano não altera a situação das garantias: “Trata-se de uma exceção ao princípio majoritário na aprovação do plano de recuperação; se este acarretar a supressão ou substituição de garantia real, deverá contar com a concordância expressa do titular da respectiva garantia, cuja vontade não poderá ser superada pela maioria”. (**Do procedimento da recuperação judicial**, em Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, cit., p. 291). No mesmo sentido, Sérgio Campinho: “Mas o preceito legal em análise manda preservar as garantias do crédito que, desse modo, não ficam alteradas pela novação operada. Por isso é que não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores desta e os responsáveis pela via de regresso (§1º, do artigo 49). Da mesma forma, condiciona à expressa aprovação do credor a alienação de bem objeto de garantia real ou a substituição da garantia

recuperação incluir algum imóvel da empresa para efeitos de alienação ou constituição de nova garantia, ou substituição por outro bem, essa disposição somente será válida, nesse aspecto, se for aceita pelo credor detentor da garantia real.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos demais direitos reais, aquisitivos e de uso e fruição, conforme seja o gravame incidente. Com efeito, se o imóvel ou prédio onde funcionar o estabelecimento, a unidade industrial ou filial da empresa em recuperação estiver gravado por um direito real aquisitivo, como a promessa de compra e venda (CC, art. 1.417), ou direito real de uso e fruição, como a superfície (CC, art. 1.369) ou o usufruto (CC, art. 1.390),⁵³ esse imóvel não poderá ser objeto de alienação ou oneração no processo de recuperação judicial. A inclusão do imóvel onerado por direito aquisitivo ou de fruição no plano de recuperação dependerá, igualmente, da expressa manifestação do titular do direito real constante do registro imobiliário.

Qualquer gravame que conste na matrícula do imóvel no cartório de registro é impeditivo, em princípio, de alteração na situação jurídica do fôlio real decorrente da medida prevista no plano de recuperação judicial. Em primeiro lugar, em respeito ao princípio da continuidade registral (Lei 6.015/1973, art. 197), o imóvel constante no plano deve estar registrado em nome da empresa recuperanda, inserido na esfera de sua propriedade ou domínio. Em segundo lugar, se o imóvel estiver gravado por garantia real, qualquer alteração na situação do exercício desse direito depende da intervenção do credor, seja para aceitar a supressão ou redução da garantia, seja para admitir possível concorrência com terceiros.

Nesse contexto, o oficial do cartório de registro de imóveis, ao receber do juízo da recuperação judicial uma ordem ou mandado para cancelar o gravame, ou para transferir a garantia em favor de outro credor, deve exigir que lhe seja apresentado o documento em que o credor tenha manifestado, expressamente, sua concordância com a modificação da garantia. Se a concordância do credor titular da garantia não houver sido declarada, formalmente, em petição constante do processo judicial, e assim referida pelo juízo da recuperação no mandado de registro, o oficial do cartório de

(§1º, do artigo 50).” (**Falência e Recuperação de Empresa – O novo regime da insolvência empresarial**, cit., p.150). A Súmula 61 da Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reproduz o mesmo princípio legal constante do art. 50, § 1º, e do art. 59 da LRF: “Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular.”

⁵³ Sobre a natureza e efeitos dos direitos reais aquisitivos e de uso e fruição, por todos, Orlando Gomes (**Direitos reais**, atualizado por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Forense, 19ª edição, 2004, p. 17-20).

imóveis deve exigir que o ato de aceitação conste de escritura pública, vez que esse ato implica em modificação ou renúncia de direito real sobre imóvel (CC, art. 108).

No caso de constrição ou oneração involuntária relativo a imóvel integrante do ativo da empresa devedora, em especial nas hipóteses judiciais de penhora, arresto ou sequestro, essa situação não depende do consentimento do credor exequente para inclusão desse ativo no plano de recuperação judicial. Tal situação ocorre, na maioria das vezes, em razão de penhoras originárias nas ações de execução fiscal.

Em vários processos de conflito de competência julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o problema da prevalência do interesse da empresa em recuperação frente a credores exequentes, a jurisprudência dominante considera que as penhoras judiciais devem ser desconsideradas e até desconstituídas quando o bem objeto da constrição seja necessário ao plano de saneamento da empresa.⁵⁴ Assim, se

⁵⁴ “Agravo Regimental - Conflito de Competência - Juízo da recuperação judicial e juízo federal em que tramita execução fiscal - Pedido liminar - Deferimento - Suspensão dos atos expropriatórios determinados pela Justiça Federal no bojo de execução fiscal, sob pena de obstar o soerguimento da empresa executada que teve em seu favor o deferimento da recuperação judicial - Determinação de penhora dos bens da recuperanda (inclusive com restrição de indisponibilidade) - Sobrestamento - Necessidade - Competência da Segunda Seção - Verificação - Precedentes - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Inocorrência - Interpretação de lei infraconstitucional, tão-somente - Recurso improvido. I - A controvérsia instaurada no conflito de competência reside em saber se a determinação de penhora, no bojo da execução fiscal, sobre os bens da empresa executada, que teve em seu favor a homologação judicial de sua recuperação judicial, tem, ou não, o condão de imiscuir-se na competência do Juízo da Recuperação Judicial. Nessa medida, levando-se em conta que referida decisão repercute, inequivocamente, sobre patrimônio de empresa em recuperação judicial, sobressai, nos termos do artigo 9º, § 2º, IX, do Regimento Interno, a competência da Segunda Seção para processamento e julgamento do feito - Precedentes. II - De acordo com o recente posicionamento perfilhado pela colenda Segunda Seção desta a. Corte, embora a execução fiscal não se suspenda em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa executada, são vedados atos judiciais que importem a redução do patrimônio da empresa, ou exclua parte dele do processo de recuperação, sob pena de comprometer, de forma significativa, o soerguimento desta. Assim, sedimentou-se o entendimento de que “a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras” (ut CC 116213/DF, Relator Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 05/10/2011); III - A decisão objurgada cingiu-se, em sede de cognição sumária, a interpretar a Lei 11.101/2005, que trata dos procedimentos de recuperação judicial e falência, de outro lado, não se tratando, portanto, de declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 6º, § 7º da Lei 11.101/05, tal como alegado; IV - Recurso improvido.” (STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 120.644-RS, Relator Ministro Massami Uyeda, DJe 01/08/2012). “Processo civil. Agravo regimental no conflito de competência. Execução fiscal e recuperação judicial. Compatibilização das regras e princípios. Continuidade da execução fiscal. Atos de constrição judicial e alienação de ativos. Competência do juízo da recuperação judicial. Precedentes do STJ. Violação do art. 97 da Constituição Federal e desrespeito à súmula vinculante nº 10/STF. Não ocorrência. (...) 2. A execução fiscal não se suspende com o deferimento da recuperação judicial; todavia, fica definida a competência do juízo universal para prosseguir com os atos constitutivos ou de alienação. 3. Não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal ou em desrespeito à Súmula Vinculante nº 10/STF, havendo somente interpretação do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/2005, considerando-se o princípio da preservação da empresa. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 120.643-RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe 18/11/2014).

o imóvel, com as instalações em que funcionar fábrica ou estabelecimento produtivo, objeto de penhora judicial, estiver incluído no plano de recuperação para alienação ou trespasse, como UPI, a penhora terá seus efeitos suspensos e não tornará o imóvel indisponível, mesmo no caso de execução fiscal da União.⁵⁵ A competência para decidir sobre a alienação de ativos penhorados é, pois, exclusiva do juízo da recuperação, que pode ordenar ao oficial do cartório de imóveis que promova o registro translativo em nome do adquirente, ficando suspensos os efeitos da penhora fiscal.⁵⁶

A lei não exige a concordância da Fazenda Pública para fins de renúncia ou suspensão dos efeitos da penhora fiscal sobre bens imprescindíveis à viabilidade do plano de recuperação. No caso de garantia voluntária, a lei exige, como visto, a aceitação expressa do credor (LRF, art. 50, § 1º; art. 59). Esse tratamento diferenciado pode parecer contraditório, à luz da prevalência do interesse público e dos privilégios do crédito tributário. Mas não é. Como a finalidade da recuperação judicial é soerguer a empresa, visando a manutenção da fonte produtora (LRF, art. 47), a preservação da atividade econômica consiste em pressuposto legal primário, inclusive para efeito de resolução do passivo tributário pela via do parcelamento dos débitos fiscais (LRF, art. 68). Nesse sentido, mantendo a empresa sua capacidade econômica e restaurando o potencial lucrativo, ela poderá, em tese, cumprir o parcelamento e liquidar o passivo tributário pelo pagamento dos créditos fiscais, e não através da expropriação forçada, que se demonstra, na prática, até mais custosa e demorada para a Fazenda Pública. Em todo caso, compete ao juízo da recuperação judicial, mesmo em execução fiscal, decidir sobre a forma menos gravosa para a empresa em recuperação, especialmente quando ela esteja cumprindo o plano aprovado pelos credores.⁵⁷

⁵⁵ Lei 8.212/1991 - Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor. § 1º. Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis. (...)"

⁵⁶ "Execução Fiscal. Executada em recuperação judicial. Circunstância que, embora não suspenda a execução fiscal (art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005), desloca para juízo da recuperação a competência para decidir sobre os atos constitutivos ou de alienação. Precedentes do STJ e desta 10ª Câmara. Decisão que indeferiu pedido da executada nesse sentido. Agravo provido." (TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2218261-10.2014.8.26.0000; Comarca: São Bernardo do Campo; Agravante: Asbrasil S/A – Em Recuperação Judicial; Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo; Relator Desembargador Antonio Carlos Villen; julgado em 26/01/2015).

⁵⁷ Execução Fiscal. Bem imóvel oferecido à penhora. Recusa por não ter sido obedecida a ordem dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC. Empresa em recuperação judicial que vem cumprindo rigorosamente as obrigações decorrentes do Plano aprovado pela Assembleia de Credores e deferido pelo Juízo da Recuperação. Artigos 612 (execução que se realiza no interesse do credor) e 620 (menor onerosidade para o devedor) do CPC devem ser interpretados à luz da Lei nº 11.101/05, viabilizando-se a

E assim, mesmo no caso de convalidação da recuperação judicial em falência, “os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”, inclusive os de alienação de ativos, continuarão produzindo seus efeitos, dotados de eficácia, e não serão desconstituídos (LRF, art. 61, § 2º). Enquanto o arrematante ou adquirente dos ativos estiver cumprindo suas obrigações, isto no caso de pagamento parcelado, essa aquisição permanecerá apartada e a salvo de arrecadação pela massa falida.

Quando os bens da empresa devedora, penhorados em ações executivas, não sejam considerados imprescindíveis à atividade econômica e ao funcionamento do estabelecimento, então, neste caso, as penhoras subsistirão, a depender da autorização do juízo da recuperação judicial. Sendo positiva a resposta, a execução fiscal prosseguirá, e os bens de capital não afetados ou vinculados, diretamente, à atividade produtiva, serão levados à hasta pública, alienados pelo juízo da execução. Todavia, em alguns casos, a jurisprudência entende que o produto obtido com a venda pública do bem deverá ficar à disposição do processo da recuperação, “cabendo ao Juízo da Recuperação Judicial avaliar novamente se a destinação de parte do dinheiro arrecadado com a excussão de determinado bem não prejudicará o plano e os credores que também aguardam o recebimento dos seus respectivos créditos”.⁵⁸

6. Sucessão do alienante na recuperação judicial

Uma das maiores revoluções operadas no direito positivo brasileiro, nos últimos tempos, resultante da Lei 11.101/2005, consistiu na eliminação ou quebra da relação de sucessão na alienação de ativos da empresa, tanto nos processos de recuperação judicial (art. 60), como nos de falência (art. 141). A quebra do vínculo sucessório, que até então era motivo de acirrados debates e conflitos de competência entre os juízos

continuidade da empresa, preservando a fonte produtora e o emprego dos trabalhadores. Irrelevância do argumento de que o bem oferecido seria de difícil comercialização, já que os atos que importem alienação do bem penhorado competem ao Juízo da Recuperação. Agravo provido. (TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2062736-69.2013.8.26.0000; Comarca: São Paulo; Agravante: Trem Confecções Ltda. (Em Recuperação Judicial); Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo; Relator Desembargador Coimbra Schmidt; DJSP 16/04/2014).

⁵⁸ TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Agravo de Instrumento nº 2063999-39.2013.8.26.0000; Comarca: São Paulo; Agravante: Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO; Agravado: IPPASA - Industria Paulista de Produtos Alimentícios Ltda. (Em Recuperação Judicial); Relator Desembargador Francisco Loureiro, DJSP 25/02/2014.

falimentares e os juízos trabalhistas e tributários, passou a ser, expressamente, reconhecida, positivada e determinada pela lei. Isto jamais havia ocorrido antes em nosso sistema de direito positivo.⁵⁹

Sem embargo, era lição e realidade assente, que sempre dominava o direito brasileiro, em especial nas esferas tributária e trabalhista, que o adquirente de empresa, estabelecimento ou fundo de comércio, representava o sucessor natural do alienante, para todos os efeitos legais, principalmente no que se referia ao pagamento das dívidas existentes na data da transferência ou trespasse.

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966, art. 133), no tocante aos débitos fiscais, reconhecia a existência presumida de relação de sucessão entre o alienante e o adquirente do estabelecimento, de tal modo que o adquirente sempre responderia pelos débitos e pelo passivo tributário contabilizado até a data da alienação.⁶⁰

No âmbito da Justiça Trabalhista, sempre prevaleceu o princípio do artigo 10 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que assim dispõe: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”. A interpretação ampliada dessa norma, caracterizadora da sucessão trabalhista, é complementada pelo art. 448 da CLT: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) demonstra-se indiscrepante nesse entendimento.⁶¹

⁵⁹ Na opinião de Eduardo Secchi Munhoz, “o modelo adotado conduzia a um jogo em que todos perdiam; em vista da sucessão tributária e trabalhista, a unidade produtiva não era alienada, comprometendo-se a manutenção dos empregos e o pagamento de novos tributos; o próprio pagamento das obrigações inadimplidas pelo empresário anterior também era impossibilitado, já que não se levantavam os recursos que agora poderão ser auferidos com a alienação.” (...) “Trata-se do tardio reconhecimento pela lei brasileira da distinção entre empresa e empresário; os ônus e obrigações assumidos por este ao longo do exercício da atividade empresarial devem permanecer sob sua responsabilidade, não sendo de se admitir que a sucessão destes comprometa a continuidade da empresa sob o comando de terceiro.” (**Do procedimento da recuperação judicial**, em Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, cit., p. 294-295).

⁶⁰ CTN, Art. 133. “A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

⁶¹ “Recurso de Revista. Sucessão Trabalhista. Responsabilidade exclusiva do sucessor. Como regra geral, a sucessão trabalhista transfere para o sucessor a exclusiva responsabilidade pelo adimplemento

Nas operações societárias de incorporação, fusão e cisão, que importam na alteração da estrutura jurídica da empresa, a própria Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976, artigos 227, 228 e 229) prescreve e assegura a existência dessa relação de sucessão, para todos os efeitos legais. Havendo a transferência de ativos, como resulta, por exemplo, da cisão, Modesto Carvalhosa esclarece que essa transferência “se dá pelo regime de sucessão universal”, e “como efeito da sucessão universal com respeito à parcela do patrimônio cindido e do regime de solidariedade, passam as novas ou existentes sociedades beneficiárias a exercer todos os negócios vinculados a essa parcela do patrimônio que lhes é transferida, e neles os direitos, obrigações e responsabilidades respectivos”.⁶²

Tal concepção sucessória vem a ser reafirmada e reforçada no Código Civil de 2002, quando este prescreve, no artigo 1.146, que “o adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência”. Assim, no caso de trespasse, além das obrigações tributárias e trabalhistas, todas as demais obrigações e dívidas assumidas e contabilizadas na operação da empresa, do estabelecimento ou do fundo de comércio, de natureza comercial, civil, consumerista, ambiental ou administrativa, serão transferidas, em princípio, para o adquirente, empresa substituta e sucessora, que continuar a exploração da atividade econômica. Em princípio, as dívidas e obrigações contabilizadas em nome de uma empresa contaminam e perseguem, como direito de seqüela, a pessoa jurídica adquirente do estabelecimento. A regra de sucessão universal, em conformidade com os artigos 227, 228 e 229 da Lei 6.404/1976, aplicava-se a toda e qualquer operação ou modalidade de alienação de ativos.

A Lei 11.101/2005, em parte alguma, faz menção à sucessão necessária ou legal do adquirente nas obrigações do alienante. Pelo contrário. Todas as referências a esse respeito são feitas no sentido de afastar a sucessão na alienação de ativos, tanto na recuperação judicial (art. 60), como na falência (art. 141). Isto porque os procedimentos de alienação de ativos, nos processos de insolvência, são realizados sob supervisão do juiz, com fiscalização do administrador judicial e do Ministério

e execução dos contratos de trabalho do empregador sucedido. A responsabilidade solidária é possível apenas em circunstâncias excepcionais de fraude ou absoluta insuficiência econômico-financeira do sucessor, hipóteses não delineadas no caso.” (TST, 3ª Turma, RR 1311-61.2013.5.09.0562; Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 12/12/2014).

⁶² **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, vol. 4, tomo 1, São Paulo, Saraiva, 4ª edição, 2002, p. 306.

Público, e acompanhamento dos credores, tudo de modo aberto e transparente. Não haverá, portanto, via de regra, relação de sucessão, se a alienação de ativos for uma medida de “reorganização econômica do devedor” e promovida em procedimento de leilão público.⁶³

No caso da sucessão trabalhista, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as normas constantes da Lei 11.101/2005 (artigos 60 e 141) são plenamente compatíveis com a Constituição Federal, e que o princípio da função social da empresa, decorrente do próprio texto constitucional (CF, art. 170, III), justifica o afastamento das regras protecionistas da CLT nos processos de recuperação judicial e de falência.⁶⁴ No que tange à sucessão tributária, a Lei Complementar 118/2005, sancionada e publicada no mesmo dia da Lei 11/101/2005, adaptou o Código Tributário Nacional – CTN ao novo sistema legal, precisamente para nele passar a constar, além de outras disposições, que o arrematante do estabelecimento não é mais o sucessor presumido da empresa em recuperação ou da massa falida.⁶⁵

Existe uma aparente antinomia entre o conteúdo da norma do art. 60 da LRF, no caso da recuperação judicial, frente ao inciso II do art. 141 da lei, referente à sucessão na falência, considerando que este último dispositivo enfatiza que “não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho”, ao passo que o parágrafo único do art. 60 faz menção, apenas, à inexistência de sucessão tributária, mas não de sucessão trabalhista. Essa questão, fruto de evidente falha de revisão legislativa, foi logo dissipada pela jurisprudência,

⁶³ Sobre este aspecto, explica Fábio Ulhoa Coelho: “Quando necessária à reorganização econômica do devedor – e, por isso, prevista no plano de recuperação judicial -, a alienação em juízo do estabelecimento empresarial passível de distinção como filial ou unidade produtiva isolada não acarreta a sucessão. Isto é, o arrematante não pode ser cobrado pelas dívidas do alienante requerente da recuperação judicial”. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, cit., p. 241.

⁶⁴ “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da Lei 11.101/2005. Falência e Recuperação Judicial. Inexistência de ofensa aos artigos 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, da Constituição Federal de 1988. ADI Julgada improcedente. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V - Ação direta julgada improcedente.” (STF, Pleno, ADI 3.934-DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 06/11/2009).

⁶⁵ CTN, Art. 133. (...) § 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: I – em processo de falência; II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

considerando que o sentido da norma do art. 60 da LRF é, também, afastar toda e qualquer relação de sucessão, porque, em ambas as hipóteses, “o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus”, como assim vem decidindo o STJ.⁶⁶

Nesse contexto, em consonância com a jurisprudência dominante, a Primeira Jornada de Direito Comercial, do Conselho da Justiça Federal, aprovou o enunciado 47, que teve por finalidade esclarecer que a interpretação desse dispositivo deve ser conforme o texto, e não literal, ficando expresso: “Nas alienações realizadas nos termos do art. 60 da Lei nº 11.101/2005, não há sucessão do adquirente nas dívidas do devedor, inclusive nas de natureza tributária, trabalhista e decorrentes de acidentes de trabalho”.

Cabe destacar, como observado por Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, que “não é qualquer alienação no processo de recuperação judicial que afasta a sucessão tributária”, porque apenas “transferências de filiais ou de unidades produtivas é que terão essa proteção”.⁶⁷ Assim, na alienação de bens avulsos pela empresa em recuperação, como um prédio ou terreno, maquinário obsoleto, veículos usados, que não representem uma estrutura produtiva, esses bens não estarão protegidos pela barreira anti-sucessória. Os credores excluídos dos efeitos da recuperação (LRF, art. 49, *caput* e § 3º), não recebendo seus créditos, podem executar esses bens e requerer a nulidade das alienações, se caracterizada hipótese de fraude ou desfalque patrimonial que prejudique o cumprimento das demais obrigações da empresa devedora. A Fazenda Pública, que também não se submete à recuperação (LRF, art. 6º, § 7º), poderia, eventualmente, penhorar os bens alienados a terceiros,

⁶⁶ “Processo civil. Embargos declaratórios. Admissão como Agravo Regimental. Fungibilidade e economia processuais. Conflito positivo de competência. Justiça comum estadual e Justiça do Trabalho. Recuperação judicial. Reclamação trabalhista. Atos executivos. Alienação judicial de ativos. Ausência de sucessão. Arts. 60 e 141 da Lei nº 11.101/2005. Constitucionalidade proclamada pelo STF (ADI nº 3.934-2/DF). Competência do juízo de direito da Vara Empresarial. Interesse jurídico da suscitante. Legitimidade para suscitar o incidente. (...) 2. O juízo responsável pela recuperação judicial detém a competência para dirimir todas as questões relacionadas, direta ou indiretamente, com tal procedimento, inclusive aquelas que digam respeito à alienação judicial conjunta ou separada de ativos da empresa recuperanda, diante do que estabelecem os arts. 6º, *caput* e § 2º, 47, 59 e 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005. 3. Como consectário lógico e direto dos pressupostos e alcance da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3.934-2/DF, ao tratar da ausência de sucessão, na alienação judicial, do arrematante nas obrigações do devedor, notadamente nas dívidas trabalhistas, proclamou a constitucionalidade dos arts. 60 e 141 da sobredita lei.” (STJ, 2ª Seção, EDcl no CC 15.255-RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe 13/05/2011).

⁶⁷ Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e prática**, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 162.

pela aplicação do princípio da sucessão tributária sobre os ativos do estabelecimento (CTN, art. 133, *caput*).

Todavia, em qualquer hipótese de alienação de ativos, seja unidade produtiva isolada, ou não, de filial ou bens avulsos, a decisão a respeito da essencialidade desses bens e da sua vinculação ou contribuição à superação da crise da empresa devedora, é da competência, exclusiva, do juízo da recuperação judicial.⁶⁸

O “grande problema”, ainda na opinião de Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, “está na definição de unidade produtiva isolada, porque esse conceito não é jurídico, mas sim econômico.”⁶⁹ A lei não define unidade produtiva isolada, enquanto a figura da filial, no Código Civil, é tratada como sinônimo de sucursal ou agência, que são unidades formais inscritas no registro de empresas (CC, art. 969). Seria mais apropriado, como explica Eduardo Secchi Munhoz, a norma utilizar a expressão estabelecimento, instituto jurídico definido em lei (CC, art. 1.142), com seu conceito e características bastante aprofundados na doutrina comercialista e na jurisprudência.⁷⁰

Todavia, além da inexistência de sucessão na alienação de UPI ou filial, como expressamente previsto na lei, a doutrina entende que essa imunidade também estende-se a outras modalidades jurídicas aproximadas do conceito legal, e cujo resultado final importa, igualmente, na alienação de estabelecimento empresarial. Na visão conjunta de Luis Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, a ausência de sucessão aplica-

⁶⁸ “Agravado no conflito positivo de competência. Sociedade em recuperação judicial. Trespasse do estabelecimento. Reconhecimento de sucessão tributária pelo Juízo Federal. Execução fiscal promovida contra a sociedade adquirente. Declarada competência do juízo universal. Ausência de violação da cláusula de reserva de plenário. 1. Configura-se o conflito de competência quando, de um lado, está o Juízo da Recuperação Judicial, que declarou a inexistência de sucessão dos ônus e obrigações decorrentes do trespasse do estabelecimento da sociedade recuperanda; de outro, o Juízo Federal, que, reconhecendo a sucessão tributária, promove execução fiscal contra a sociedade adquirente. (...). 3. A 2ª Seção deste Tribunal pacificou o entendimento de que, não obstante a execução fiscal, em si, não se suspenda com o deferimento da recuperação judicial, cabe ao Juízo Universal o prosseguimento dos atos de execução, sob pena de inviabilizar a recuperação da sociedade. 4. É do Juízo da Recuperação Judicial a competência para definir a existência de sucessão dos ônus e obrigações, nos casos de alienação de unidade produtiva da sociedade recuperanda, inclusive quanto à responsabilidade tributária da sociedade adquirente. 5. Agravo não provido.” (STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 116.036-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 17/06/2013).

⁶⁹ Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e prática**, cit., p. 163.

⁷⁰ Para Eduardo Secchi Munhoz, “a redação do dispositivo, ao mencionar “unidade produtiva” ou “filiais”, não adotou a melhor técnica, na medida em que essas expressões não possuem um significado jurídico próprio; melhor seria o emprego da expressão estabelecimento, cujo conceito foi amplamente desenvolvido pela doutrina” (**Do procedimento da recuperação judicial**, em Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, cit., p. 295).

se, também, “no caso de *Drop Down*, em que a unidade produtiva é transmitida a uma nova companhia”, pela via da criação de subsidiária integral.⁷¹ Isto porque, na prática, a subsidiária integral é estruturada e organizada como unidade produtiva isolada, ainda que dotada de personalidade jurídica própria (Lei 6.404/1976, art. 251).

Com efeito similar, a cisão da sociedade em recuperação também resultará na criação de uma nova pessoa jurídica, e esta pode ser considerada como unidade produtiva isolada. Segundo a opinião de Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, estes esclarecem que, na hipótese de “cisão parcial aprovada na recuperação judicial, deve incidir a regra do § 1º do art. 133 do CTN”.⁷² Tal entendimento comporta ampliação exegética, para abranger a inexistência, na cisão societária, de sucessão com relação a todos os demais credores, inclusive trabalhistas. A cisão parcial, portanto, compreende mecanismo jurídico-societário que resulta na criação de UPI, de um novo estabelecimento segregado da empresa original recuperanda, de modo que, nessa condição, deverá ficar à margem das relações e riscos sucessórios.

O mesmo efeito de desvinculação da sucessão não ocorrerá na alienação do controle societário (LRF, art. 50, III). A transferência do controle de sociedade empresária na recuperação judicial não modifica a situação da empresa devedora, em si, perante seus credores. O que resulta dessa transferência é simples mudança na titularidade das ações ou das quotas de controle, com modificação dos administradores, sem alteração na personalidade jurídica da empresa devedora. A pessoa jurídica devedora continuará a mesma. Como leciona Fábio Ulhoa Coelho, no caso de alienação do controle, “a questão da sucessão não se põe”, na medida em que os credores da empresa devedora “continuam titulares de seus créditos perante essa pessoa jurídica, independentemente de quem sejam seus sócios”.⁷³

Essa questão, sem embargo, ainda não foi enfrentada com maior profundidade pela jurisprudência na análise dos casos concretos, de modo que ela comporta compreensão mais flexível, principalmente nos casos em que a empresa em recuperação for titular de um só estabelecimento ou unidade produtiva, e quando a transferência desses ativos seja facilitada ou possa reduzir os encargos tributários

⁷¹ Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 241.

⁷² Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e prática**, cit., p. 162.

⁷³ **Curso de Direito Comercial**, volume 2, São Paulo, Saraiva, 15ª ed., 2011, p. 133.

incidentes adotando-se a alternativa da alienação do controle, se o trespasse ou venda da UPI implicar em maior custo e sacrifício para a empresa devedora.

Por último, convém destacar que a supressão do vínculo sucessório depende, também, do modo de alienação do estabelecimento, seja este uma UPI ou filial. Somente quando a alienação da UPI ou filial houver sido realizada através de venda pública, por leilão, de modo aberto e transparente, é que incide a prerrogativa da ausência de sucessão nas obrigações e gravames da empresa devedora em recuperação. Se a alienação de ativos foi concretizada de modo privado ou restrito, em negociação particular, extrajudicial, sem a oferta pública da UPI ou filial em hasta pública, a jurisprudência considera válida a alienação, mas não afasta a relação de sucessão, continuando a empresa adquirente a responder pelo passivo da empresa alienante.⁷⁴

São três, em síntese final, os requisitos legais que, uma vez cumpridos, autorizam a supressão ou desconsideração da sucessão nos atos jurídicos de alienação de ativos nos processos de recuperação judicial: primeiro, que os ativos objeto da alienação estejam expressamente previstos no plano de recuperação, do modo como aprovado pelos credores (LRF, art. 50); segundo, que os ativos sejam produtivos, isto é, que representem unidade produtiva ou filial, com capacidade para desempenhar de modo independente e autônomo um objeto mercantil, industrial ou de serviços, e que tal unidade possa continuar cumprindo sua função econômica, social e produtiva, após ser vendida a outra empresa ou grupo empresarial (LRF, art. 60); e terceiro, por derradeiro, *last but not least*, que essa venda ou alienação de unidade produtiva seja realizada de forma pública, através de leilão, mediante apresentação de propostas, ou através de pregão, presencial ou eletrônico, em que o adquirente beneficiário da supressão da relação de sucessão será sempre o arrematante na hasta pública (LRF, art. 140), concorrendo publicamente com terceiros.

⁷⁴ “Recuperação Judicial. Alienação de unidade produtiva isolada. Alienação que, embora autorizada pela Assembleia Geral, foi realizada sem observância de licitação e pregão. Forma e procedimentos previstos nos artigos 60 e 142 da Lei nº 11.101/05 (LFR), de ordem pública, sem possibilidade de modificação por convenção das partes. Desrespeito a norma cogente que não acarreta a invalidade da alienação, diante do fato consumado, a invalidade do ato, mas sim a ineficácia frente aos credores prejudicados. Sucessão mantida. Recurso provido em parte.” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 0151283-56.2012.8.26.0000; Comarca: São José do Rio Preto; Agravantes: Agrícola Santa Olga Ltda. e outro; Agravados: Companhia Brasileira de Açúcar e Alcool (Em Recuperação Judicial) e outros; Relator: Desembargador Francisco Loureiro, DJSP 30/04/2013).

7. Reflexões finais

A recuperação judicial deve ser compreendida e tratada como um processo de insolvência no qual a empresa devedora procura renegociar com seus credores condições diferenciadas dos contratos originários e novos prazos para pagamento da dívida. Apesar de abranger questões e interesses privados, a recuperação representa um favor legal, processada em juízo, o que importa na incidência e aplicação necessária de normas de ordem pública. O fato jurídico característico da insolvência não se insere, pois, como tema ou assunto de estrito interesse privado.

Desse modo, não obstante a recuperação judicial possua natureza contratual, de repactuação de dívida entre o devedor e seus credores privados, o processo deve observar normas e condições de ordem pública determinadas na lei, isto no sentido de incentivar a preservação e continuidade da atividade econômica da empresa, em especial daquela organização produtiva que cumpre relevante função social, mas sem prejuízo ou burla aos direitos dos credores.

No direito, sempre prevaleceu a máxima de que o patrimônio do devedor é a garantia dos credores, e assim restou consagrado na jurisprudência falimentar, ainda antes da Lei 11.101/2005.⁷⁵ Partindo desse princípio, o regime legal que estabelece regras específicas e cogentes para a alienação de ativos nos processos de recuperação judicial, deve ser observado com absoluto rigor, sempre no interesse dos credores, jamais para atender às conveniências do devedor.

No momento em que uma empresa decide ingressar em juízo com pedido de recuperação judicial, situação limite para tentar solucionar seus problemas de pagamentos e inadimplemento frente aos credores, os administradores devem estar conscientes de que, nesse processo, eles não podem mais tomar decisões isoladas e unilaterais, estritamente privadas, principalmente no que se refere à disposição e alienação de ativos. A partir do processamento judicial da recuperação, o conjunto de

⁷⁵ “A insolvência se assenta num princípio de ordem pública: o patrimônio do devedor é a garantia comum de todos os credores. Tal lide envolve relevante valor social, não devendo o juiz ficar vinculado aos princípios ordinários em que prevalece a livre disponibilidade de direitos dos litigantes.” (TJPR, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1.552.305-PR; Relatora Desembargadora Anny Mary Kuss; DJPR 07/02/2003).

ativos que forma o patrimônio da empresa passa a estar vinculado a um fim de interesse geral, não mais ao interesse particular dos sócios e acionistas ou do titular da empresa individual.

Considerando que a empresa devedora perde o poder de disposição sobre os seus bens a partir do momento em que decide submeter-se ao processo de recuperação judicial, o modo de uso, exploração, oneração e alienação desses bens fica sujeito, em primeiro plano, às normas cogentes da Lei de Recuperação e Falência, e, em segundo plano, às deliberações dos credores. E tudo sob a fiscalização do Ministério Público e submetido a estreito e às vezes rígido controle judicial.

Os ativos da empresa devedora, notadamente aqueles diretamente relacionados à sua atividade produtiva, ficam vinculados, na ação de recuperação, ao projeto de saneamento econômico-financeiro da empresa. A partir de então, os credores é que devem decidir se concedem, ou rejeitam, a recuperação, a depender da proposta de como os ativos produtivos continuarão a ser utilizados pelos administradores da devedora, que não demonstraram capacidade de manter a empresa competitiva e lucrativa no mercado, a partir da avaliação da consistência técnica do plano.

Diante dessa confissão pública de impotência gerencial e incapacidade administrativa, e representando os ativos e os bens da empresa, materiais e imateriais, corpóreos e incorpóreos, tangíveis e intangíveis, a principal garantia dos credores, sólida, visível e palpável, o plano de recuperação judicial deverá, sempre, estar condicionado à preservação e continuidade da empresa, desde que ela seja economicamente viável. Todavia, a viabilidade econômica, que garantiria o pagamento do passivo pendente e acumulado, deverá ser compatibilizada com a perspectiva pragmática da vontade majoritária dos credores, que têm em suas mãos a espada de Dâmocles, com poder de vida ou de morte sobre a empresa devedora, isto é, entre a recuperação salvadora e a falência liquidatória.

Ao fim e ao cabo, na visão metafórica do equilíbrio da balança da justiça, o maior peso, o principal, com superior poder de influência na possibilidade de êxito na salvação da empresa em crise, tal como a Fênix que renascerá das cinzas, reside, decerto, no modo de exploração e destinação dos seus ativos. O sucesso do plano de recuperação dependerá, pois, muito mais da utilização eficiente dos ativos produtivos da empresa, do que de qualquer fórmula mágica de renegociação do passivo.

Referências

- AYOUB, Luiz Roberto e CAVALLI, Cássio, **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2013.
- BARRETO FILHO, Oscar, **Teoria do estabelecimento comercial**, Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1988.
- BERNARDI, Ricardo, **Realização do ativo**, em SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Revista do Tribunais, 2005.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino, **Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2009.
- CAMPINHO, Sérgio, **Falência e Recuperação de Empresa – O novo regime da insolvência empresarial**, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- CAMPINHO, Sérgio, **Atos de Concentração no Plano de Recuperação Judicial: Participação Obrigatória ou Facultativa do CADE**, in BRUSCHI, Gilberto Gomes, COUTO, Mônica Bonetti, SILVA, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e, e PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de A., Organizadores; **Direito Processual Empresarial: Estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças**; Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp. 893-908.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Vol. V, Livro III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955.
- COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial**, volumes 1 e 3, São Paulo, Saraiva, 15ª ed., 2011.
- _____, **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, São Paulo, Saraiva, 10ª ed., 2014.
- _____, **Parecer nos autos da Apelação nº 003764-45.207.8.26.0326**, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado; Comarca: Lucélia; Apelantes: Central de Álcool Lucélia Ltda. e Bioenergia do Brasil S/A; Apelados: Sandra Mara Alves Baumgartner e outros; Relatora Desembargadora Viviani Nicolau, DJSP 21/11/2014.
- COMPARATO, Fábio Konder, **Aspectos jurídicos da macro-empresa**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão, **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- CRAVO, Daniela Copetti, **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar?** São Paulo, Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Ano 8, n. 43, fev./mar. 2012.
- DE LUCCA, Newton, DOMINGUES, Alessandra de Azevedo, Coordenadores, **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

- FAZZIO JUNIOR, Waldo, **Nova lei de falência e recuperação de empresas**, São Paulo, Atlas, 2005.
- FERREIRA, Waldemar, **Tratado de Direito Comercial**, São Paulo, Saraiva, vols. 14 e 15, 1965.
- FRANCO, Vera Helena de Mello, e SZTAJN, Rachel, **Falência e recuperação da empresa em crise**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- GOMES, Orlando, **Direitos reais**, atualizado por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Forense, 19ª edição, 2004.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, **Administração da falência, realização do ativo e pagamento aos credores**, em SANTOS, Paulo Penalva, Coordenador, **A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes, **Comentários aos artigos 50 a 52 da Lei 11.101/2005**, em Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa-Lima, Coordenadores, **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- LAZZARINI, Alexandre Alves, **Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas**, em DE LUCCA, Newton, DOMINGUES, Alessandra de Azevedo, Coordenadores, **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- LOBO, Jorge, **Da recuperação da empresa no direito comparado**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1993.
- MAMEDE, Gladston, **Falência e recuperação de empresas**, São Paulo, Atlas, 4ª edição, 2010.
- MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de, **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial**, Rio de Janeiro, Forense, 2012.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi, **Do Procedimento da Recuperação Judicial**, em SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Revista do Tribunais, 2005.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de, Coordenador, **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- PIMENTA, Eduardo Goulart, **Recuperação de Empresas – Um estudo sistematizado da Nova Lei de Falências**, São Paulo, IOB Thomsom, 2006.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, **Da arrecadação e da custódia de bens – Artigos 111 a 114**, em CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão, **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- SALOMÃO, Luis Felipe, e SANTOS, Paulo Penalva, **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e prática**, Rio de Janeiro, Forense, 2012.
- SANTOS, Paulo Penalva, **A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- SIMÃO FILHO, Adalberto, **Fases falencial e pós falencial – Uma visão generalista**, em PAIVA, Luiz Fernando Valente de, Coordenador, **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Revista do Tribunais, 2005.
- SZTAJN, Rachel, **Recuperação Judicial**, em SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Revista do Tribunais, 2005.
- SZTAJN, Rachel, **Comentários aos artigos 139 a 167 da Lei 11.101/2005**, em TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de, ABRÃO, Carlos Henrique, Coordenadores, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Saraiva, 2005.
- TELLECHEA, Rodrigo e CORRÊA JUNIOR, Gilberto Deon, **A unidade produtiva isolada na Lei 11.101/05**, Revista Digital, Souto, Correa, Cesa, Lummertz & Amaral – Souto Correa Advogados, 07/08/2013, <http://www.soutocorrea.com.br/noticias-e-imprensa/a-unidade-produtiva-isolada-na-lei-11-10105/#.VI0R2CvF9iZ>, 14/12/2014.
- TEPEDINO, Ricardo. **O trespasse para subsidiária (Drop Down)**, in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de, ARAGÃO, Leandro Santos de, Coordenadores, **Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas**, São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 57-83.
- TEPEDINO, Ricardo, **Da arrecadação e da custódia de bens – Liquidação Sumária**, em TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de, ABRÃO, Carlos Henrique, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Saraiva, 2005.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de, ABRÃO, Carlos Henrique, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Saraiva, 2005.
- TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Sales de, **A preservação da empresa, mesmo na falência**, em DE LUCCA, Newton, DOMINGUES, Alessandra de Azevedo, Coordenadores, **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 517-534.
- VALVERDE, Trajano de Miranda, **Comentários à Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)**, Rio de Janeiro, Forense, vol. III, 2ª edição, 1955.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc e BARROS, Zanon de Paula. **A recepção do Drop down no direito brasileiro**, Revista de direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Malheiros, v. 41, nº 125, jan/mar 2002, p. 41-47.
- ZANINI, Carlos Klein, **da Falência**, em SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Revista do Tribunais, 2005.