

DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA

PRESERVING THE COMPANY IN BANKRUPTCY

Artigo submetido em 13 de maio de 2026

Artigo aprovado em 15 de maio de 2026

Artigo publicado em 15 de maio de 2026

Cognitio Juris

Volume 16 – Número 59 – 2026

ISSN 2236-3009

Autor(es):

Filipe Marques Mangerona[1]

RESUMO: O presente artigo propõe uma releitura do princípio da preservação da empresa no âmbito do direito empresarial brasileiro, sustentando que tal princípio não se restringe à recuperação judicial, mas também pode se concretizar no ambiente falimentar. O trabalho parte da evolução histórica do sistema de insolvência empresarial brasileiro, demonstrando a transição do antigo regime da concordata, disciplinado pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, para o modelo instituído pela Lei nº 11.101/2005, posteriormente reformada pela Lei nº 14.112/2020. O novo sistema passou a privilegiar soluções negociais com maior flexibilidade à devedora e participação dos credores no processo decisório. Na sequência, verificaremos os conceitos de empresário e sociedade empresária, com base na doutrina nacional e estrangeira. Destaca-se que o direito empresarial contemporâneo passou a se orientar pelo fenômeno da empresarialidade, entendendo a empresa principalmente sob o aspecto

funcional, como atividade econômica organizada. O estudo enfatiza que o processo recuperacional possui limites jurídicos e econômicos, não podendo servir para perpetuação de fraudes ou de práticas abusivas. A recuperação judicial, embora destinada à preservação da atividade econômica, exige observância rigorosa aos princípios da boa-fé objetiva, transparência e cooperação entre devedor e credores. Neste artigo verificaremos que a utilização indevida do instituto recuperacional pode comprometer não apenas os interesses dos credores, mas também a própria concorrência e a ordem econômica. Nesse contexto, o trabalho analisa as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020, especialmente a introdução do art. 51-A da Lei nº 11.101/2005, que instituiu a constatação prévia, mecanismo destinado a verificar as reais condições de funcionamento da empresa e a regularidade da documentação apresentada já no início do processo recuperacional. O ponto central do artigo consiste justamente na defesa de que a falência também pode representar um instrumento de preservação da empresa. Verificaremos que a decretação da falência não necessariamente implica a extinção da atividade empresarial. Ao contrário, em determinadas hipóteses, especialmente quando há gestão fraudulenta ou inviabilidade do empresário, a retirada do controlador do mercado e a alienação organizada dos ativos podem viabilizar a continuidade da atividade econômica sob nova administração. Nessa perspectiva, preserve-se a função social da empresa, os empregos, a circulação de riquezas e os interesses dos credores. O artigo fundamenta essa conclusão especialmente na redação do vigente art. 75 da Lei nº 11.101/2005, que passou a reconhecer expressamente a falência como mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial. A liquidação célere da empresa inviável, acompanhada da alienação do maior conjunto possível de ativos, busca maximizar o valor econômico do estabelecimento empresarial e permitir sua continuidade por terceiros economicamente aptos. Com apoio em doutrina especializada e precedentes jurisprudenciais, demonstra-se que a preservação da empresa não se confunde com a preservação do empresário irrecuperável. A manutenção artificial de gestores fraudulentos ou incapazes pode gerar maiores prejuízos ao mercado e aos credores. Ao final, verifica-se que a falência deixa de ser vista apenas como instrumento de liquidação

patrimonial e passa a assumir função econômica relevante de reorganização eficiente dos ativos produtivos, permitindo a continuidade da empresa viável sob nova condução empresarial.

Palavras-chave: preservação da empresa, falência empresarial, recuperação judicial, boa-fé objetiva e função social da empresa.

ABSTRACT: This article proposes a reinterpretation of the principle of business preservation within the scope of Brazilian business law, arguing that this principle is not limited to judicial reorganization, but can also be realized in the bankruptcy environment. The work begins with the historical evolution of the Brazilian business insolvency system, demonstrating the transition from the old concordat regime, governed by Decree-Law No. 7,661/45, to the model established by Law No. 11,101/2005, later reformed by Law No. 14,112/2020. The new system began to prioritize negotiated solutions with greater flexibility for the debtor and creditor participation in the decision-making process. Next, we will examine the concepts of entrepreneur and business corporation, based on national and foreign doctrine. It is noteworthy that contemporary business law has become oriented towards the phenomenon of entrepreneurship, understanding the company primarily from a functional perspective, as an organized economic activity. The study emphasizes that the recovery process has legal and economic limits, and cannot serve to perpetuate fraud or abusive practices. Judicial recovery, although intended to preserve economic activity, requires strict adherence to the principles of objective good faith, transparency, and cooperation between debtor and creditors. In this article, we will verify that the improper use of the recovery institute can compromise not only the interests of creditors, but also competition and economic order. In this context, the work analyzes the changes promoted by Law No. 14,112/2020, especially the introduction of Article 51-A of Law No. 11,101/2005, which instituted prior verification, a mechanism intended to verify the real operating conditions of the company and the regularity of the documentation presented at the beginning of the recovery process. The central point of the article is precisely the defense that bankruptcy can also represent an

instrument for preserving the company. We will verify that the declaration of bankruptcy does not necessarily imply the extinction of business activity. Conversely, in certain circumstances, especially when there is fraudulent management or the entrepreneur is unviable, removing the controlling shareholder from the market and the organized sale of assets can enable the continuation of economic activity under new management. From this perspective, the social function of the company, jobs, the circulation of wealth, and the interests of creditors are preserved. The article bases this conclusion especially on the wording of the current article 75 of Law No. 11.101/2005, which now expressly recognizes bankruptcy as a mechanism for preserving economic and social benefits arising from business activity. The swift liquidation of an unviable company, accompanied by the sale of the largest possible set of assets, seeks to maximize the economic value of the business establishment and allow its continuity by economically capable third parties. With support from specialized doctrine and jurisprudential precedents, it is demonstrated that the preservation of the company is not to be confused with the preservation of the irrecoverable entrepreneur. The artificial maintenance of fraudulent or incapable managers can generate greater losses for the market and creditors. In the end, it is verified that bankruptcy ceases to be seen only as an instrument of asset liquidation and begins to assume a relevant economic function of efficient reorganization of productive assets, allowing the continuity of the viable company under new business management.

Keywords: company preservation, corporate bankruptcy, judicial recovery, objective good faith, and social function of the company.

1. Breve evolução histórica

Após seis décadas de promulgação do Decreto-lei 7.661/45 no Brasil, o Poder Legislativo introduziu, ainda nos primeiros anos do milênio, nova legislação que tem por objetivo regular a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária: a Lei 11.101/2005. Essa alteração no processo legislativo se deu, especialmente,

para que o Poder Judiciário conseguisse tutelar as necessidades atuais da sociedade, inclusive em observância ao princípio fundamental disposto no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe que *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”*

Nesse aspecto, diferentemente do instituto da concordata, conhecido como favor legal pela concessão de prazo para pagamento de determinadas obrigações com o intuito de evitar a falência, regulado pelo Decreto-lei 7.661/45, que possuía um microsistema jurídico assaz mais engessado, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial trouxeram mais flexibilidade para que devedora e credores pudessem compor sob o prisma legal e com a homologação judicial, visando à eficácia do negócio jurídico firmado, desde que observados os limites da legalidade – que acaba sendo exercido pelo Judiciário, com o suporte do administrador judicial, no momento do controle de legalidade do plano de recuperação –, além do quórum legal de aprovação da proposta de pagamento aos credores, contemplado ordinariamente no art. 45 da LREF.

Com efeito, a introdução da recuperação judicial, pelo legislador, teve por objetivo trazer uma nova roupagem destinada à preservação da empresa em crise e por ter como premissa a negociação direta com seus credores, costumeiramente em ambiente assemblear, observados obviamente os limites legais, com natureza de novação, ou seja, com a substituição de uma obrigação antiga para uma nova.

Essa recomposição da dívida entre devedora e seus credores não deve ocorrer, todavia, a todo custo, haja vista que se deve ter, acima de tudo, um equilíbrio entre os agentes negociantes, de modo que não se procure recuperar a empresa reconhecidamente devedora a todo e qualquer custo – muito menos dos credores, que também sofrem consequência deletérias pelo não recebimento de seu crédito, seja total ou parcialmente.

Não obstante o mais conhecido conceito de preservação da empresa seja aquele esculpido

no art. 47 do microsistema jurídico da Lei 11.101/2005, a bem da verdade, como veremos ao longo deste artigo, tal conceito, apesar das aparentes barreiras hermenêuticas da referida norma legal, é muito mais amplo do que se imagina.

De proêmio, necessitamos registrar a quem se destina a ferramenta jurídica tratada pela nossa Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Como destacado nas primeiras linhas deste artigo, a Lei 11.101/2005 visa a disciplinar a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (art. 1º da LREF). Nesse sentido, é fundamental que conceituemos essas duas figuras jurídicas que, em determinados momentos, acabam sendo confundidas entre si pelos operadores do Direito.

O vigente Código Civil, regulando o Direito de Empresa, definiu a figura do empresário como sendo aquele que exerce de forma profissional atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966, *caput* do CC). Por conseguinte, o Direito Comercial passou a ser definido em função do fenômeno da empresa, sem, contudo, trazer a sua definição.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, a adoção da teoria da empresa pelo Direito brasileiro não implicou a superação da bipartição do Direito Privado, que o legado jurídico de Napoleão tornou clássica nos países de tradição romana. Alterou, isto sim, o critério de delimitação do objeto do Direito Comercial – que deixa de ser os atos do comércio e passa a ser a empresarialidade, mas não suprimiu a dicotomia entre o regime jurídico civil e comercial. A partir da introdução da teoria da empresa no Direito Positivo brasileiro, o Direito Comercial (empresarial, de empresa, dos negócios – é indiferente a denominação que esse lhe dê) deixa de ser o ramo jurídico aplicável à exploração de certas atividades (as listadas como atos de comércio) e passa a ser o direito aplicável quando a atividade é explorada de uma determinada forma (qual seja, a forma empresarial). Assim de acordo com o Código Civil de 2002, continuam excluídas da disciplina do Direito Comercial algumas atividades econômicas. Ainda nas palavras do doutrinador, a nova Lei de Falências reforçou a bipartição

do Direito Privado brasileiro, ao manter um regime diferenciado para os empresários e sociedades empresárias, quando a crise se abate sobre a empresa”[2].

Ademais, também está previsto no ordenamento jurídico o conceito de sociedade empresária, a qual destina-se àqueles que contribuem com bens ou serviços para atividade econômica própria de empresário sujeita a registro, partilhando entre si os resultados (arts. 981 e 982 do CC). Noutro lado, é importante se registrar que, entende-se por resultados não apenas os lucros que advêm do negócio, como também os prejuízos, intrínsecos à atividade empresarial.

O conceito de empresa também é definido pela doutrina estrangeira de Alberto Asquini, sob a divisão de quatro tipos de perfis, sendo eles: o subjetivo, o funcional, o patrimonial e o corporativo. De acordo com Asquini, o perfil subjetivo diz respeito a quem exerce a empresa, ou seja, o empresário, pessoa física ou jurídica. O aspecto funcional se refere à atividade econômica desenvolvida para um determinado escopo produtivo. O objetivo patrimonial trata do instrumento eficaz utilizado pelo sujeito empresário para obter o resultado pretendido pelo exercício da atividade empresarial. E, por fim, o perfil corporativo ou institucional conceitua a empresa como instituição, organização de pessoas e de bens[3].

Ainda no que diz respeito ao aspecto funcional da empresa, como sendo a atividade econômica desenvolvida, foi o critério escolhido pelo nosso Código Civil, em vigência desde 2002, para a definição de empresa, sendo essa a interpretação, inclusive, pacífica na doutrina especializada e na jurisprudência em âmbito nacional, consoante podemos denotar das doutrinas de Marcelo Sacramone, Ricardo Negrão e Gladson Mamede[4], bem como no julgado da Corte Superior, exarado pela Ministra Nancy Andrighi, no bojo do REsp nº 1.193.115/MT[5].

Nesse espeque, uma vez clarificado a quem serve a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, bem como as razões de sua exigência e aperfeiçoamento ao longo dos tempos,

chega-se o momento de analisarmos a forma de utilização da normativa e os limites do processo de reestruturação da empresa; é o que veremos a seguir.

- **Dos limites do processo de reestruturação da empresa**

O processo de soerguimento de qualquer empresa sediada no Brasil pode ser realizado de diversas formas. Para tanto, deve-se analisar o caso concreto, observando-se a estrutura da empresa, suas efetivas condições financeiras para se reerguer financeiramente, a viabilidade do negócio etc. Além disso, esse procedimento dependerá da iniciativa tempestiva de recuperação pelos sócios e/ou administradores da companhia, que poderão se valer da contratação de mão de obra especializada, de empréstimos bancários, de renegociação de dívidas, podendo ou não utilizar a estrutura do Poder Judiciário para tanto.

Isso porque, para algumas empresas, a reestruturação pode passar apenas pelo caminho da readequação das finanças com procedimentos de diminuição de quadro de colaboradores, redução de estrutura física, repactuação de dívidas de naturezas distintas etc. Já para outras sociedades empresárias, dependendo do estágio da crise, a reestruturação pode ser um processo mais penoso que dependerá da utilização de uma ferramenta legal mais apropriada para a efetiva recuperação, a exemplo da recuperação judicial. Porém, nesse caso é fundamental se ter em mente que o processo recuperatório, pela via judicial, não é para o alcance de todos.

Não obstante sabermos que o direito de ação está constitucionalmente garantido (artigo 5º, inciso XXXV da CF), bem como que a Lei 11.101/2005 também preocupou-se em destinar artigos específicos aos micro e pequenos empresários (Seção V do Capítulo III), fato é que apesar do brasileiro possuir potencial empreendedor (segundo maior país no mundo[6]), de acordo com estudos realizados pelo Mapa de Empresas do Governo Federal, emitido no terceiro quadrimestre de 2023 e publicado em 26 de janeiro de 2024, apenas no ano passado, mais de 2,1 milhões de empresas foram fechadas no Brasil. Esse resultado implica

na assustadora média de 4 empresas extintas a cada minuto no país. Desse impressionante número de empresas fechadas, de acordo com o citado estudo, mais de 70% delas concentra-se em determinados nichos de negócio: comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios; lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares; e comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios.

Assim, por mais que não se imagine que alguém que abra uma empresa tenha intenção de fechá-la (excetuada aqui as SPEs, que são criadas com finalidades específicas), é importante ter em mente que o processo de recuperação judicial é custoso, devendo o empresário devedor não só se atentar à necessidade de contratação de um bom advogado especialista para representá-lo em juízo, como também realizar, sempre que possível, a contratação de empresas especializadas em assessoria financeira, além de ter a consciência de que deverá arcar com os custos processuais, englobando-se aqui os honorários do administrador judicial, que podem atingir o patamar de 5% do passivo sujeito aos efeitos da recuperação judicial, levando-se em consideração a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes (art. 24, LREF).

Além disso, e mais importante do que isso, não se pode perder de vista que o processo de recuperação – seja ele judicial ou extrajudicial – deve se pautar no princípio da boa-fé objetiva, sem o qual não há processo recuperatório. A citada boa-fé, assim como a transparência são princípios basilares que norteiam o coletivo processo de reestruturação empresarial. Tanto é que, quando da distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação^[7] exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial e, caso a constatação prévia detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de recuperação judicial, o juiz poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais

eventualmente cabíveis (art. 51-A, § 6º da LREF).

É importante que se registre que as medidas cabíveis na esfera criminal, a que trata o disposto no art. 51, § 6º da Lei de Recuperação de Empresas, não poderão ter por fundamento os crimes previstos na LREF, cujo pressuposto objetivo é a sentença que decreta a falência ou concede a recuperação, seja judicial ou extrajudicial (art. 180, LREF). Nas palavras de Maria Rita Rebello Pinho Dias e Fernando Antonio Maia da Cunha, *“caso constatada a fraude em constatação prévia e indeferido o pedido de recuperação judicial à luz do § 6º, a consequência prática e indesejável seria a manutenção, no mercado, do empresário que se provou ser fraudador, o qual permaneceria impune em relação aos crimes falimentares”*[8].

Por outro lado, na hipótese da descoberta de fraudes durante a marcha processual recuperacional, além das providências a serem adotadas na forma prevista nos artigos 64 e 65 da Lei 11.101/2005, também há doutrina que trate do assunto, justamente com o olhar de que a empresa não volte às mãos do empresário fraudador outrora afastado, de modo a permitir que esse, após um período de afastamento da administração, retome a gestão empresarial com o mesmo *modus operandi*.

Acerca do tema, de acordo com a doutrina de Eronides Aparecido Santos, a prática fraudulenta por empresários em recuperação judicial e a quebra da boa-fé objetiva implicam consequências danosas de ordem falimentar, *in verbis*:

“A dedução em juízo de pedido de recuperação judicial, assim como a dedução de qualquer pedido judicial, deve estar revestida da boa-fé objetiva e sua ausência implica, como consequência natural e lógica, o reconhecimento oficial da insolvência do devedor e o decreto de falência. “Para fins didáticos, é interessante delimitar as três áreas de operatividade da boa-fé no Código Civil de 2002. Desempenha papel de paradigma interpretativo na teoria dos negócios jurídicos (art. 113): assume caráter de controle,

impedindo o abuso do direito subjetivo, qualificando-o como ato ilícito (art. 187); finalmente, desempenha atribuição integrativa, pois dela emanam deveres que serão catalogados pela reiteração de precedentes jurisprudenciais (art. 422)” (Rosenvald, Nelson. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Cezar Peluso (Coord.). 4. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2010. p. 483.) Quando o empresário faz requerimento de recuperação judicial, busca como resultado, no plano do direito material, a novação dos contratos (art. 49 e 59 da LRF), com novas condições de pagamento e superação da crise econômico-financeira pela qual atravessa sua empresa, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, valendo a novação, salvo se houver convolação em falência dentro dos dois anos que se seguem à sua homologação. Assim sendo, o pedido de recuperação judicial deve se submeter, também, ao princípio da boa-fé objetiva insculpido no artigo 422 do Código Civil. (...) Os deveres de conduta são conduzidos ao negócio jurídico pela boa-fé, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo (Rosenvald, Nelson, op.cit., p. 483.) (...) Ocorre que há casos em que o pedido de recuperação judicial não reúne condições mínimas para sua postulação, e não raro há desvio de bens da empresa, alteração da sua composição social, mudança da sede, compras incompatíveis com o fluxo de atividades ordinárias da empresa etc., tudo às vésperas do pedido de recuperação judicial, tornando a empresa economicamente e materialmente inviável, impossibilitada de qualquer tipo de ação saneadora. (...) Nesses casos, onde impera situação caótica-criminosa, não se pode permitir que a recuperação judicial proporcione ao devedor a novação do seu passivo. O objetivo da lei não é apagar tudo o que se fez de errado para que o devedor saia com um novo contrato, homologado pela justiça, posto que é defeso ao devedor beneficiar-se da própria torpeza. (...) O comportamento desleal e inequívoco do devedor em fraudar credores e a depauperação da empresa tornando-a inviável atenta contra os princípios do artigo 47 da Lei, o que impõe ao juiz a decretação, de ofício, da

falência do devedor[\[9\]](#).”

Em igual sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por intermédio de suas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, já se pronunciou sobre o assunto, decidindo pela necessidade de convalidação da recuperação judicial em falência, em casos nos quais o instituto da recuperação judicial é utilizado de forma deturpada[\[10\]](#).

Observando-se tal raciocínio, conclui-se que não à toa o legislador decidiu, por intermédio da Lei 14.112/2020, introduzir o § 1º ao artigo 73 da LREF, que se reserva a elencar as possibilidades de convalidação da recuperação judicial em falência. De acordo com a redação da referida norma, o juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial diante de determinadas situações elencadas em seus incisos. Todavia, o parágrafo primeiro prevê que *“o disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei”*.

Note-se que o regramento elencado no § 1º do art. 73 nos remete ao artigo 94, inciso III que, por sua vez, dispõe que será decretada a falência do devedor que pratica atos de ordem fraudulenta.

Nesse aspecto, deve-se ter em mente que a ferramenta legal da recuperação judicial traz um antídoto eficaz, porém que deve ser utilizado com parcimônia, sempre sob a luz da boa-fé processual, da transparência e observando os princípios da unidade, da universalidade do concurso e da igualdade de tratamento dos credores, conforme disciplina o art. 126 da LREF.

- **Da preservação da empresa na falência**

Como se sabe, o ordenamento jurídico de insolvência nacional prevê a preservação da empresa na recuperação judicial a fim de manter a fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (art. 47 da Lei 11.101/2005). Para a grande

massa da população, inclusive para a classe jurídica, quando se utiliza a expressão 'preservação da empresa' logo se vem à mente a necessidade de que a sociedade empresária, para ser preservada, não pode, em qualquer hipótese, ter a sua falência decretada, pois isso implicaria na "morte da empresa". Ocorre, porém, que não é exatamente isso que, tecnicamente, significa preservação da empresa.

O art. 75 da Lei 11.101/2005, inserido no Capítulo V (destinado à falência), disciplina que a falência também é uma forma de se preservar a sociedade empresária. Isso porque, em determinadas situações, a empresa somente conseguirá efetivamente cumprir a sua função social, sem fraudar credores, sem gerar concorrência desleal, com estímulo à atividade econômica, se houver uma reconfiguração em sua administração, que passa, em determinadas situações, não só pelo afastamento do sócio irrecuperável, como, também, pela decretação de quebra da companhia, de modo que esta possa ser liquidada em bloco, a fim de que um novo empresário/empreendedor possa arrematar a empresa como um todo, gerindo-a nos moldes da lei.

Tanto é assim que o legislador, ao tratar da preservação da empresa no art. 75 da LREF, também procurou possibilitar que, ao ser decretada a falência da sociedade empresária, o juiz pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido (art. 99, XI, LREF), sendo essa uma das formas de se maximizar os ativos da massa falida.

Em termos técnicos e simultaneamente práticos, na hipotética situação de ser decretada a falência de uma empresa, até então gerida por um sócio fraudador, com base do disposto no art. 73, § 1º c/c art. 94, III da Lei 11.101/2005, a sociedade empresária pode continuar provisoriamente as suas atividades, sob a gestão do administrador judicial ou de um gestor judicial e ser adquirida, em ambiente concorrencial (leilão) por um terceiro empreendedor que seguirá com a administração da companhia com vistas à sua função social, observando as bases legais.

Do contrário, na hipótese de o sócio irrecuperável voltar à gestão da empresa que ele próprio prejudicou enquanto a administrava, liberando-se a companhia para o mercado, o Judiciário estará chancelando a fraude, possibilitando que essa se perpetue na sociedade em desestímulo à atividade econômica por outros agentes que operam dentro da lei, em verdadeiro *contrario sensu* aos ditames do art. 47 da LREF.

Ao tratar do assunto em sua tese de doutorado, Adriana Pugliese assinalou o seguinte:

“Diante disso, é evidente que a falência deverá representar uma solução de pagamento aos credores (sob a óptica da satisfação de seu crédito), mas não apenas isso; poderá constituir-se como alternativa de preservação da atividade econômica, eis que, sem dúvida, esse é um dos fundamentos da lei brasileira. Busca-se, na falência, a tutela dos interesses que gravitam em torno da ‘empresa’, como a manutenção da fonte produtora, dos empregos e da própria cadeia produtiva a benefício do tráfico mercantil. Finalmente, para o devedor, a falência constitui meio de obtenção da extinção de suas obrigações, conforme artigo 158 da lei. Assim, muitas das alterações e inovações havidas no âmbito da quebra revelam que o legislador priorizou a preservação da atividade produtiva tanto quanto possível, mesmo na falência. Não é a outra leitura que se pode fazer da regra explícita do artigo 75 da lei, pelo qual fica evidenciado que o objetivo da falência não deverá impor, necessariamente, a extinção da empresa. Pelo sistema brasileiro, impõe-se, com a falência, o afastamento compulsório de seu titular, abrindo-se a possibilidade de preservação e otimização da organização dos bens, inclusive dos intangíveis, sempre que esta alternativa mostre-se possível por terceiros[11].”

Apesar da matéria ser escassa na doutrina especializada, o tema também é tratado em uma das obras de Sacramone, originada de sua tese de livre-docência, que assim preleciona:

“Nesse sentido, pela Lei n. 11.101/2005, o objetivo da preservação da empresa foi consagrado como princípio jurídico pelo art. 47 e pelo art. 75. Há verdadeiro direito à

preservação da atividade empresarial, norma predominantemente finalística que estrutura diversas regras jurídicas para estabelecer os procedimentos para perseguir esse fim. Sua proteção é decorrente dos benefícios que gravitam em torno da manutenção da atividade empresarial e que assegurariam a preservação dos empregos, a circulação de produtos e serviços aos consumidores, a competição no mercado de consumo, a circulação de riqueza entre os agentes econômicos. (...) A preservação da empresa em benefício de todos os interessados ocorre, portanto, tanto na recuperação judicial quanto na falência. Ainda que o empresário seja irrecuperável, a atividade empresarial deverá ser preservada, se viável economicamente, em função da ordem legal de preferência da alienação pelo maior conjunto possível de ativos, conforme previsto no art. 140. Assegura-se, assim, a manutenção do desenvolvimento da atividade, agora sob a condução de empresário adquirente, que poderia melhor aproveitar os fatores de produção e beneficiaria os demais envolvidos com a produção. Tal conclusão fica ainda mais clara pela nova redação que foi imposta ao art. 75 pela Lei n. 14.112/2020. O novo ato normativo determinou que a falência deveria, além de preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, permitir a liquidação célere com vistas à realocação eficiente de recursos na economia e fomentar o empreendedorismo, com o retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica. Em seu § 2º, por fim, esclarece que a falência “é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial”. Assegura-se, pelos dispositivos legais, que a lei de insolvência não pretenda mais regular um instrumento de liquidação dos ativos do devedor simplesmente no procedimento falimentar. Pretende-se assegurar, por meio da ordem preferencial de alienação, a conservação da atividade empresarial se viável, ainda que sob a condução de novo empresário adquirente dos ativos em liquidação. (...) Nesse aspecto, a preservação da empresa não pode se confundir com a preservação do empresário irrecuperável, sob pena de se prejudicar os demais objetivos pretendidos pela Lei e os interesses de todos os envolvidos, os quais se procuraria efetivamente proteger. Os empresários que não promovam acréscimo de valor ao conjunto de ativos em virtude de sua condução devem ser retirados do mercado, por meio da decretação de sua falência, com a

liquidação falimentar de seus ativos em conjunto se a atividade for viável economicamente pela condução por um terceiro, ou de forma fragmentada, se inviável. A postergação da liquidação forçada de um empresário que não apresenta ganhos à condução somente promove o maior consumo dos recursos escassos, afeta a concorrência entre os agentes econômicos, gera menor valor por ocasião da liquidação e implicará menor satisfação dos interesses dos credores. (...) A decretação da liquidação falimentar, com o afastamento ou a dissolução do empresário, entretanto, não implica a extinção da empresa ou sua não conservação. A empresa viável economicamente sob a condução de um terceiro deve ser preservada. Isso será realizado mediante a liquidação do estabelecimento empresarial e aquisição por um terceiro que preservará sua atividade se viável economicamente. (...) Na falência, caso a empresa seja viável economicamente, os ativos do devedor deverão ser vendidos no maior conjunto possível e como forma de assegurar a preservação do aviamento e a possibilidade de manutenção da empresa, como atividade econômica desenvolvida a partir dos referidos bens, e que continue a satisfazer os interesses de todos os envolvidos. Se viável economicamente, o valor do conjunto de ativos é maior do que o valor de alienação dos ativos em separado justamente porque o aviamento empresarial, como organização dos ativos para o desempenho em conjunto de determinada atividade, será valorizado. Nessa hipótese, a empresa continua a ser preservada, ainda que os ativos sejam submetidos à liquidação falimentar. A mesma atividade empresarial passa a ser desempenhada, por meio da aquisição do conjunto de ativos, pelo empresário arrematante.”[12]

Naturalmente, o posicionamento aqui registrado, sobre a possibilidade de preservação da empresa em ambiente falimentar, sucede a um profundo estudo da matéria e expressiva tentativa de reconstrução cultural. Isso porque, no Brasil – diferentemente de outros países do mundo –, a população enxerga a falência do empresário e da sociedade empresária como uma marca de verdadeiro fracasso, quando, em verdade, a falência não se resume a isso. Além disso, também é sabido que, nas hipóteses de encerramento da atividade empresarial, os processos falimentares são morosos e, geralmente, trazem poucos resultados financeiros

aos credores. Em estudos recentes, realizados pela Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ, em análise a 6,2 mil processos falimentares no estado de São Paulo, verificou-se que a média de trâmite é de aproximadamente 14 anos[13], sendo que apenas 6,1% do passivo é adimplido em média[14].

Muitos empreendedores construíram grandes impérios, empregando centenas ou milhares de pessoas, sendo fontes de recolhimento de tributos, estimulando à atividade econômica e cumprindo a sua função social. Assim como as pessoas físicas, as pessoas jurídicas também não possuem perpetuidade na sua gestão, e o processo de falência, por vezes, acaba sendo um marco de término definitivo das atividades empresariais – com a possibilidade oportuna do *fresh start* do falido (art. 158, LREF) –, todavia, como vimos aqui, também pode ser um ponto de recomeço de nova gestão empresarial.

• Conclusão

Com este artigo procurou-se demonstrar que, como tudo na vida, o processo de insolvência também possui limites, de maneira que a inobservância da lei e dos princípios jurídicos, pelos agentes operadores do Direito, pode implicar consequências desastrosas à sociedade empresária. O processo de recuperação – seja ele judicial ou extrajudicial – deve se pautar no princípio da boa-fé objetiva, sem o qual não há processo recuperatório.

Como se denota do campo material, o legislador procurou intensificar a fiscalização da empresa devedora desde a distribuição do pedido de recuperação judicial. Comparando-se a letra original da Lei 11.101/2005 com a vigente, verificamos que houve uma complementação nos incisos do art. 51 – que trata da relação de documentos necessários à propositura da demanda recuperacional – assim como a inserção do art. 51-A – que regula a diligência conhecida como constatação prévia –, tudo isso com o objetivo de constatar a real necessidade da medida pela sociedade devedora, desde o momento processual embrionário, visando elidir do Judiciário pedidos desprovidos de boa-fé, que têm como objetivo maior o

locupletando do devedor em prejuízo da camada credora.

Esse movimento legislativo que visa coibir o acometimento de fraudes no processo recuperacional tanto é verídico que podemos constatar, também, que fora introduzida na legislação falimentar, pela Lei 14.112/2020, o § 1º no art. 73, que regula, ao citar o disposto no art. 94, III, a possibilidade de convação da recuperação judicial em falência nas situações de natureza fraudulenta.

Nesse sentido, como verificamos ao longo deste artigo, em situações nas quais os indícios veementes de fraude são constatados, o Poder Judiciário tem o dever de afastar o administrador da gestão da empresa devedora, pois a sua permanência no cargo importa em prejuízo direto aos credores sujeitos à recuperação judicial (total ou parcialmente), ao mercado (em situações de concorrência desleal), aos credores extraconcursais (a exemplo do Fisco) dentre outras.

Após o afastamento do empresário e/ou administrador da empresa, a fiscalização da recuperanda tende a ser intensificada com a chegada de um gestor judicial, escolhido pelos credores e nomeado pelo Judiciário (art. 65, LREF). Por estar diretamente ligada à operação empresarial diariamente, a gestão judicial escolhida terá acesso a documentos e informações que, possivelmente, o administrador judicial ainda não conseguiu acesso, amplificando, assim, a margem fiscalizatória.

Nessa seara, como vimos, na hipótese de serem confirmadas as fraudes, e em se tratando de um empresário/gestor irrecuperável, deverá ser decretada a falência da sociedade empresária. Porém, é justamente aqui o ponto nevrálgico deste trabalho, pois, diferentemente do que muitos imaginam, a falência não se traduz na extinção da sociedade empresária. Isso porque, se o negócio for viável, as atividades devem ser provisoriamente preservadas (art. 99, XI, LREF) de maneira a possibilitar a alienação maciça dos ativos, em preservação ao aviamento empresarial.

No cenário de venda, preferencialmente em bloco, dos ativos da sociedade empresária falida, dar-se-á oportunidade ao mercado a fim de que novo empresário possa adquirir a estrutura, os ativos, o *business*, sequenciando as atividades empresariais sob nova gestão. É fundamental notar que, dessa forma, haverá, indubitavelmente, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, em movimento de verdadeira preservação da empresa em ambiente falimentar (art. 75, LREF).

Apesar de ser uma forma de preservação empresarial vista com menor incidência, esse tipo de movimento não só atende os ditames legais, como também busca o benefício das partes envolvidas no processo – a exceção do gestor fraudador – e do mercado em si, não possibilitando que o Judiciário chancele o retorno do gestor irrecuperável ao seu posto através do possível encerramento do processo recuperacional.

• **Referências bibliográficas**

ASQUINI, Alberto. Trad. Fábio Konder Comparato. *Perfis de Empresa*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, ano XXXV, n° 104, out./dez. 1996.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: Comentada artigo por artigo* / Manoel Justino Bezerra Filho, Adriano Ribeiro Lyra Bezerra, Eronides A. Rodrigues dos Santos – 16ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas: Lei 14.112/20, Nova Lei de Falências*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CUNHA, Fernando Maia da. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005* / Fernando Maia da Cunha, Maria Rita Rebello Pinho Dias – São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

DANTAS, Rodrigo D'ório. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *O fator emocional nas decisões dos*

credores sobre o plano de recuperação judicial. In MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CERZETTI, Sheila C. Neder (coords.). *Estudos sobre a Reforma da Lei 11.101/2005*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2022.

DINO, Knewin. *Mais de 2 milhões de empresas fecharam em 2023 no Brasil*. Valor Econômico, 2024. Disponível em:

<https://valor.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2024/05/09/mais-de-2-milhoes-de-empresas-fecharam-em-2023-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 18/09/2024.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliese. *A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?* 2012. 80 folhas. Tese de doutorado em Direito Comercial – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-19022013-102050/publico/Adriana_Valeria_P_Gardino_SIMPLIFICADA10012013.pdf. Acesso em 19/09/2024.

JURIMETRIA, Associação Brasileira de. *Observatório da Insolvência – Tempo dos processos*. 2022. Disponível em: <https://abjur.github.io/obsFase3/resultados.html#tempo-dos-processos>. Acesso em: 19/09/2024.

JURIMETRIA, Associação Brasileira de. *Observatório da Insolvência – Taxa de recuperação*. 2022. Disponível em: <https://abjur.github.io/obsFase3/resultados.html#taxa>. Acesso em: 19/09/2024.

MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência* – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SACRAMONE, Marcelo. *Recuperação Judicial* – 1ª ed. – Portuguese Edition – SaraivaJur: Edição do Kindle, 2024.

SANTOS, Eronides Aparecido. In *O moderno direito empresarial no século XXI: estudos em homenagem ao centenário de Rubens Requião*. Coordenação Edson Fachin, Carlos Henrique Abrão e Rubens Edmundo Requião – 1ª Edição. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

[1] Advogado, Administrador Judicial, Professor e autor de obras e artigos relacionados ao direito empresarial e civil. Presidente da Comissão de Estudos em Recuperação Judicial e Falência da OAB/SP – Subseção Santana (2024). Membro da Comissão Permanente de Direito Recuperacional e Falimentar do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, da Comissão de Estudos sobre Direito Recuperacional e Falimentar da OAB/Campinas e do Instituto Brasileiro de Administração Judicial – IBAJUD. Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Recuperação de Empresas e Falência pela Faculdade Autônoma de Direito | São Paulo. filipe.mangerona@mangerona.adv.br

[2] COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas: Lei 14.112/20, Nova Lei de Falências*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 43.

[3] ASQUINI, Alberto. Trad. Fábio Konder Comparato. *Perfis de Empresa*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, ano XXXV, nº 104, out./dez. 1996, p. 109-126.

[4] SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 44-45; NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*:

Teoria Geral da Empresa e Direito Societário. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 68-70; MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 30.

[5] STJ, 3ª Turma, REsp 1.193.115/MT. Rel. Min Nancy Andrighi, DJe 07/10/2013.

[6] DINO, Knewin. *Mais de 2 milhões de empresas fecharam em 2023 no Brasil*. Valor Econômico, 2024. Disponível em:

<https://valor.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2024/05/09/mais-de-2-milhoes-de-empresas-fecharam-em-2023-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 18/09/2024.

[7] O art. 51-A da Lei 11.101/2005 foi inspirado no art. 1º da Recomendação nº 57, de 22 de outubro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça.

[8] CUNHA, Fernando Maia da. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005* / Fernando Maia da Cunha, Maria Rita Rebello Pinho Dias – São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 365.

[9] SANTOS, Eronides Aparecido. In *O moderno direito empresarial no século XXI: estudos em homenagem ao centenário de Rubens Requião*. Coordenação Edson Fachin, Carlos Henrique Abrão e Rubens Edmundo Requião – 1ª Edição. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 150-163.

[10] Nesse sentido: TJ-SP – AI: 22645745320198260000 SP 2264574-53.2019.8.26.0000, Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 02/02/2021, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 04/02/2021. “*Cerceamento de direito. Incidente formado pela atual Administradora Judicial para investigar os desvios de conduta dos sócios da recuperanda e coligadas. Contraditório diferido que se mostrou necessário e eficaz. Oportunidade, conferida à agravante e antes da quebra, de expor as suas razões. Nulidade inócurrenente. Recuperação Judicial. Questionamento sobre a legitimidade da Administradora*”

Judicial e do Ministério Público pleitear a sua falência. Convolação da recuperação em falência que pode/deve ser decretada de ofício pelo juiz. Nulidade inócurrenre. Recuperação Judicial. Convolação em falência nos termos do art. 73, inciso II, da Lei nº 11.101/2005. Sentença motivada na quebra da boa-fé objetiva por parte da recuperanda, que omitiu informações importantes, como a existência de outras empresas – saudáveis – do grupo, promoveu pagamentos antecipados a credores sujeitos e, ainda, omitiu a documentação atinente aos mesmos credores. Embora equivocada a fundamentação (art. 73, inciso II, LRF), já que o plano de recuperação foi apresentado, não há dúvida de que não foi aprovado pela maioria, razão por que se mantém a quebra, mas por fundamento diverso (inciso III do mesmo dispositivo legal). Inequívoca quebra da boa-fé objetiva, com o uso abusivo, pela requerente, do instituto da recuperação judicial. Distribuição do pedido no ano de 2009, processamento e apresentação do plano no ano de 2010, mas assembleia geral de credores só realizada em 2017, 8 (oito) anos após a distribuição, portanto. Consideração do quórum de aprovação do plano, ademais, que se mostrou distorcida da realidade. Existência de fortes indícios da prática de crimes falimentares, com a promoção, durante o processamento da recuperação e a despeito da não homologação do plano, de pagamentos aos credores concursais, o que certamente evitou, durante os anos de tramitação, que formulassem requerimentos de falência. Indiscutível existência de grupo empresarial entre a autora e as demais sociedades listadas pela atual Administradora Judicial, inclusive com o fito de desviar o patrimônio da agora falida às sociedades saudáveis. A sociedade Elite foi criada durante o processamento da recuperação judicial da Weldintec, com idêntico objeto social e interferência, do sócio em comum (Francisco é sócio da Weldintec e da Elite), na administração. As demais, como a própria agravante admite, funcionam no mesmo endereço e com atividades interligadas. Extensão dos efeitos da falência bem decretada. Caso peculiar, que, diante dos resultados positivos alcançados pelo gestor nomeado na administração das sociedades falidas, recomenda, nos moldes do inciso XI do art. 99 da LRF, a continuação provisória das atividades. Providência tomada com norte na maximização da arrecadação dos ativos (“caput” do art. 75 da LRF), necessidade de dar destino relevante ao

estoque existente e, ainda, vislumbrando possível alienação da empresa, nos termos do inciso I do art. 140 da LRF, tudo em busca do melhor interesse dos credores. Mantença, portanto, da quebra, mas com a continuação das atividades pelo gestor judicial nomeado, cuja nomeação deverá ser referendada pelos credores, em assembleia. Aplicação do art. 65 da LRF. Recurso desprovido, com determinações e recomendação.” No mesmo sentido: TJ-SP – AI: 20832742720208260000 SP 2083274-27.2020.8.26.0000, Relator: Cesar Ciampolini, Data de Julgamento: 07/08/2020, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/08/2020 “Convolação de recuperação judicial em falência. Agravo de instrumento da devedora. Provas de descumprimento de obrigações do plano de reestruturação. Ainda, elementos dos autos que evidenciam a liquidação precipitada, pela agravada, de seus ativos, transferência de estabelecimento e fraude a credores (art. 94, III, da Lei de Recuperações e Falências). Indícios veementes de fraude patrimonial, mercê de diversas tentativas de transferência de patrimônio da recuperanda para “empresas de fachada”. Agravante a infringir o dever geral de qualquer pessoa de pagar suas dívidas de forma lícita e idônea. Proceder que se caracteriza como ruinoso ou fraudulento, sancionado pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Doutrina de MARCELO BARBOSA SACRAMONE, VERA HELENA DE MELLO FRANCO, JOÃO PEDRO SCALZILLI, LUIS FELIPE SPINELLI e RODRIGO TELLECHEA. Jurisprudência das Câmaras de Direito Empresarial deste Tribunal. Manutenção da decisão agravada. Agravo de instrumento desprovido.” Na mesma linha: TJ-SP – AI: 22913436420208260000 SP 2291343-64.2020.8.26.0000, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 02/06/2021, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 30/06/2021 “Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Convolação em Falência. Manutenção. Decisão bem fundamentada em laudo da administradora judicial que apontou divergências contábeis de modo detalhado e encontrou importantes falhas e manipulações contábeis. Emissão de duplicatas apontadas por vários credores como “sem lastro”. Questões que ultrapassam a simples desorganização e a simplicidade do negócio familiar para recair em verdadeira quebra de boa-fé objetiva. Justificada a convolação em Falência. Agravo de Instrumento não provido.”

- [11] GARDINO, Adriana Valéria Pugliese. *A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?* 2012. 80 folhas. Tese de doutorado em Direito Comercial – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-19022013-102050/publico/Adriana_Valeria_P_Gardino_SIMPLIFICADA10012013.pdf. Acesso em 19/09/2024.
- [12] SACRAMONE, Marcelo. *Recuperação Judicial* – 1ª ed. – Portuguese Edition – SaraivaJur: Edição do Kindle, 2024, p. 38-46.
- [13] JURIMETRIA, Associação Brasileira de. *Observatório da Insolvência – Tempo dos processos*. 2022. Disponível em: <https://abjur.github.io/obsFase3/resultados.html#tempo-dos-processos>. Acesso em: 19/09/2024.
- [14] JURIMETRIA, Associação Brasileira de. *Observatório da Insolvência – Taxa de recuperação*. 2022. Disponível em: <https://abjur.github.io/obsFase3/resultados.html#taxa>. Acesso em: 19/09/2024.