

**FACULDADE DE ARACRUZ – FAACZ
CURSO DE DIREITO**

VALCI RIBEIRO TEODORO

**A SOCIEDADE LIMITADA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NO ÂMBITO
DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

ARACRUZ

2011

VALCI RIBEIRO TEODORO

**A SOCIEDADE LIMITADA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NO ÂMBITO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Aracruz - FAACZ como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração em Direito Empresarial.
Orientador: Prof. Eduardo Silva Bitti.

ARACRUZ

2011

VALCI RIBEIRO TEODORO

**A SOCIEDADE LIMITADA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NO ÂMBITO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Aracruz - FAACZ como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração em Direito Empresarial.

Aprovada em 17 de dezembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Eduardo Silva Bitti
FAACZ – Faculdade de Aracruz
Orientador

Prof. Esp. Edmar Molinari
FAACZ – Faculdade de Aracruz

Prof^a Ma. Maria Cristina Hatab
FAACZ – Faculdade de Aracruz

À Deus, em primeiro lugar, porque me deu a vida, e a tem abençoado desde então.

À minha família, em especial minha tão amada mãe, que sempre me apoiou e me incentivou, dando-me forças quando fraquejei.

Aos meus professores, por sempre estarem dispostos a compartilhar todo o conhecimento e vivência de que dispunham.

Dedico este trabalho a todos que estiveram ao meu lado na realização deste sonho, em especial à minha família.

“As pessoas que vencem neste mundo são as que procuram as circunstâncias de que precisam e, quando não as encontram, as criam”. (Bernard Shaw).

RESUMO

A Lei nº 11.101/2005, denominada de Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, prevê em seu texto a possibilidade de criação de uma Sociedade de Propósito Específico para atuar como meio de recuperação de empresa, no entanto, não estabelece quais tipos societários existentes no direito brasileiro podem ser constituídos para este fim. Foi averiguado se a sociedade limitada pode cumprir este papel. Além desta hipótese, no decorrer do trabalho, surgiu à necessidade de investigar se a Sociedade de Propósito Específico (SPE) constituída no âmbito da recuperação judicial, como meio de recuperação, pode ser objeto de recuperação. De igual modo, ante a pertinência do estudo, analisou-se acerca da possibilidade da SPE, em geral, poder ter processado em seu favor a recuperação judicial em vista de suas características peculiares. Pela análise feita, os resultados indicaram pela possibilidade de constituição do tipo societário limitada para atuar como meio de Recuperação Judicial de Empresas. A hipótese de SPE constituída como meio de recuperação poder ser objeto deste instituto resultou afirmativamente. Verificou-se também, pela possibilidade da SPE, em geral, poder ter processado em seu favor a recuperação judicial.

Palavras-chave: Sociedade de Propósito Específico. Sociedade Limitada. Empresa. Recuperação Judicial.

LISTA DE SIGLAS

EPE - Entidade de Propósito Específico

IBDF - Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal

LRE - Lei de Recuperação de Empresas

PPP - Parceria Público Privada

SPE - Sociedade de Propósito Específico

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍCO NO DIREITO DIREITO BRASILEIRO	12
2.1	BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE EMPRESA.....	12
2.2	SOCIEDADE LIMITADA EMPRESÁRIA.....	18
2.3	ASPECTOS RELEVANTES DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO.....	22
3	ASPECTOS LEGAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS.....	28
3.1	BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INSTITUTO DA FALÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	28
3.2	A INSERÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA.....	31
4	UTILIZAÇÃO DA SPE COMO MECANISMO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	37
4.1	POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONSTITUIÇÃO DE UMA SPE NA FORMA LIMITADA COMO MECANISMO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	37
4.2	POSSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM BENEFÍCIO DE UMA SPE CONSTITUÍDA COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA.....	38
4.3	POSSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM BENEFÍCIO DE UMA SPE EM CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA	40
5	CONCLUSÃO.....	44
6	REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

A recuperação judicial surgiu com a reforma do direito falimentar instituída pela Lei nº. 11.101, de 2005, denominada de Lei de Recuperação e Falência, que modificou a disciplina jurídica aplicável às empresas que se encontram em dificuldade econômica.

Esta reforma foi necessária em vista da necessidade de se dar maior segurança jurídica às partes envolvidas pela crise do devedor e delinear um caminho mais seguro na busca pela efetiva recuperação da empresa que se encontra em dificuldade econômico-financeira e, não somente a liquidação como ocorria na disciplina do revogado Decreto-Lei 7.661 de 1945. Para este fim, mencionado decreto possuía como mecanismo o instituto da falência e o da concordata que acabou por não ser mais compatível com a economia atual, que necessita de mecanismos capazes de preservar empresas que se mostrarem viáveis devido às implicações geradas no mercado com a falência de uma empresa.

Referida Lei trouxe insculpido em artigo 50, inciso XVI, a possibilidade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para atuar como meio de recuperação judicial de empresas de forma a possibilitar o reerguimento do empresário em crise. Ocorre que a SPE mencionada na referida lei possui características muito peculiares, uma vez que é constituída com um único propósito e destina-se a realizar o objeto específico que ensejou sua criação e cumprindo-o será extinta. De igual modo, esta sociedade não é um tipo societário em si, para sua constituição deverá se revestir sob um dos tipos societários existente no direito brasileiro.

Assim, em vista de a Lei 11.101 de 2005 não prever no mencionado artigo qual tipo societário a SPE poderá se revestir e visto que a mesma pode se revestir sob qualquer dos tipos societários existentes no direito brasileiro é que se justifica a averiguação se o tipo societário limitada poder cumprir este papel, bem como, se

estas sociedades, em razão de suas características peculiares, podem ser objeto de recuperação judicial.

Assim, este trabalho monográfico teve como objetivo geral analisar as implicações do Instituto da Recuperação Judicial de Empresas no âmbito da Sociedade de Propósito Específico (SPE). Como objetivo específico, foi analisada a possibilidade jurídica de constituição de uma sociedade limitada para atuar como meio de recuperação judicial de empresas e, investigado se a SPE constituída como meio de recuperação pode ser objeto da recuperação judicial. Por fim, analisou-se a possibilidade de processamento de recuperação judicial de empresas em favor da Sociedade de Propósito Específico em geral.

Este estudo visou proporcionar maior compreensão das implicações da Recuperação Judicial de Empresa no ambiente da Sociedade de Propósito Específico, de forma que averiguou se a SPE pode se revestir sob a forma de Sociedade Limitada para atuar como meio de recuperação judicial e se referida sociedade pode ser objeto de recuperação, bem como se a SPE em geral, também pode se beneficiar deste instituto.

Para tanto, foi utilizado o método bibliográfico para a coleta de dados e utilizado as fontes de pesquisas secundárias como livros, periódicos e artigos científicos que serviram para a construção deste trabalho.

A estrutura deste trabalho, quanto ao seu conteúdo está apresentado em três capítulos. No primeiro capítulo foi abordado um breve histórico do direito de empresa, que abrangeu a atividade comercial, os elementos que compõe a empresa, passando pela teoria dos atos de comercio e da teoria da empresa. Foram analisadas as principais características da sociedade limitadas e, por fim, analisou-se os aspectos relevantes da sociedade de propósito específico.

No segundo capítulo, foi realizada uma breve apresentação do instituto de Falência apresentando sua natureza e suas principais características. De forma mais aprofundada o instituto da recuperação judicial de empresas teve analisado os seus

principais elementos e características em razão da previsão de constituição de uma sociedade de propósito específico para atuar como meio de recuperação.

No último capítulo, investigou-se a hipótese da constituição de uma sociedade de propósito específico na forma limitada para atuar como meio de recuperação judicial concluindo-se pela possibilidade. Em razão da possibilidade de constituição da referida sociedade como meio de recuperação, foi verificada a possibilidade de esta sociedade ser também objeto deste instituto e foi possível concluir afirmativamente. Por fim, foi averiguado se Sociedade de Propósito Específico em geral, pode ter processada em seu favor a recuperação judicial e concluiu-se pela possibilidade desde que, se por prazo determinado, não esteja exaurindo o prazo e, se por prazo indeterminado, não há impedimento.

2 A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍCO NO DIREITO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo realizar-se-á uma breve explanação do direito de empresa, buscando demonstrar de forma sucinta sua evolução até compreensão da idéia contemporânea do que venha a ser a sociedade de empresário.

Em outro momento, serão abordados os aspectos jurídicos e evolução do instituto jurídico da Sociedade de Propósito Específico (SPE) de forma a possibilitar uma compreensão de sua dinâmica no seio do ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo acerca de sua natureza e forma de constituição.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE EMPRESA

A atividade comercial, segundo Bastos (1986, pp. 21-22) é tão antiga quanto à civilização, claro que não como hoje ela é conhecida, más, em sua forma rudimentar, começou a surgir no momento em que duas pessoas se uniram para alcançar um resultado econômico comum, salienta que os povos antigos que se dedicaram ao comércio, tiveram que formular, ainda que de forma costumeira as regras aplicáveis aos negócios associativos. No entanto, o registro mais antigo na história acerca da atividade comercial, remonta há pelo menos 6.000 anos, época em que viveram os antigos Sumérios na Mesopotâmia, ou seja, desde em que o homem necessitou do trabalho ou dos produtos de outro homem para atender suas necessidades. Os sumérios mantiveram trocas comerciais em grande quantidade e

escala, praticamente com todos os povos com quem chegaram a manter contato ou conhecimento, conforme registra Gavazzoni (2002, p.55)¹.

Deste modo, pode-se afirmar que a atividade comercial é essencial para a existência bem sucedida da humanidade e seu desenvolvimento, ao passo que permitiu e permite ao homem a possibilidade de se ajudarem mutuamente para alcançarem um resultado de desenvolvimento apto a gerar qualidade de vida e riqueza.

Verificado que a atividade comercial remonta há pelo menos seis mil anos, e que seu desenvolvimento é crucial para humanidade, importante analisar o que venha a ser uma sociedade de empresário nos moldes compreendidos no direito contemporâneo.

Para tanto, segundo Coelho (2005c, pp. 12-16) a Teoria dos Atos do Comércio, denominada também de fase Napoleônica, teve seu início no liberalismo econômico, um momento em que todos os cidadãos poderiam realizar a atividade econômica, desde que seus atos estivessem previstos em lei. Assim, a qualificação do comerciante não tinha mais sua importância no sujeito da ação, mas na prática de atos denominados comerciais.

Através do conceito objetivo estabelecido pelo Código Comercial Francês, qualquer pessoa capaz que praticassem os atos de comércio de forma habitual e profissional, poderia ser qualificada como comerciante, mesmo que não fosse previamente aceita como membro da corporação de comerciantes.

Essa fase foi marcada pela Revolução Francesa, período em que a burguesia assumiu o poder político, e para proteger a propriedade burguesa, foi criado o Código de Napoleão. Sobre a influência dessa época se construiu o Código Comercial Brasileiro de 1850, estabelecendo quais eram os atos comerciais por natureza ou profissionais.

¹ Ela afirma: “Todos os autores, como já vimos, são unânimes em descrever esse povo (bem como o povo *Hitita*) como altamente ‘Civilizado’, com agricultura desenvolvida e tida como sua principal atividade econômica. Fazia comércio com povos vizinhos, envolvendo escambos de metais, madeiras e produtos agrícolas. Utilizava-se, nesse comércio, de documentos comerciais que lembram faturas, cartas de crédito e recibos. Pagava suas obrigações com moedas, barra de ouro ou de prata, cuja unidade- padrão era o ciclo de prata [...]”

Os atos do comércio foram classificados de forma enumerativa, na qual se relacionou as atividades consideradas mercantis pelo Código Napoleônico de 1807, e de forma descritiva, relação que exemplificava essas atividades. Porém, eles não eram determinados claramente, pois se prendiam as relações da vida civil, sendo difícil de ser caracterizados devidamente.

Assim, ocorreu uma transição radical. A Teoria dos Atos do Comércio foi substituída pela Teoria da Empresa, que é mais fácil de ser conceituada, devido ao enquadramento da atividade econômica organizada que independe de qualificação comercial ou civil.

A Teoria de Empresa continua Coelho (2010, p. 8-9), surgiu em 1942, na Itália, quando os proletariados e a burguesia estavam em luta motivados por ideologias. Os proletariados sob a influência do marxismo acreditavam que tomariam o poder do Estado, expropriando das mãos da burguesia os bens de produção e colocaria um fim às classes sociais e posteriormente ao próprio estado e reorganizaria as relações de produção. De outro lado, estava a burguesia sob o idealismo do fascismo alicerçado na premissa de que a luta de classe deveria ser harmonizada e patrocinada pelo estado nacional de forma a possibilitar que a burguesia e proletariado superassem seus antagonismos para se unirem em torno dos superiores objetivos da nação, seguindo o líder que é o interprete e guardião destes objetivos. Para o fascismo, um dos perfis da empresa é o corporativismo, ou seja, a comunhão dos propósitos de empresários e trabalhadores.

Pela teoria da empresa o sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares, que antes regulamentava apenas as atividades comerciais, bancárias, securitárias e industriais, passou a regulamentar também, as atividades de prestação de serviço e atividades ligados a terra, alargando-se a margem de incidência do direito comercial. Mesmo com ela, no entanto, a conceituação do

termo empresa ainda não foi possível, visto que nem mesmo os juristas italianos onde nasceu referida teoria, foram capazes de formular mencionada conceituação².

Assim, segundo Requião, a terminologia empresa pode ser compreendida sob dois aspectos, o econômico e o jurídico. Quanto ao aspecto econômico, o referido autor afirma que a produção de bens e serviços para o mercado não é resultado de uma atividade acidental ou improvisada, senão, resultado de uma atividade especializada e profissional que se explica por meio de organismos econômicos permanentes nela predispostos, sendo que esses organismos se concretizam na organização dos fatores de produção se propondo a satisfação das necessidades do mercado, o que resulta na terminologia econômica de empresa. Tomando as palavras de Ferri (FERRI, apud REQUIÃO, 2010, p. 74), Requião assim conclui o raciocínio:

“A empresa é um mecanismo econômico, isto é, assenta-se sobre uma organização fundada em princípios técnicos e leis econômicas. Objetivamente considerada, apresenta-se como uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico, e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa, que se chama *empresário*. Como criação de atividade organizativa do empresário e como fruto de sua idéia, a empresa é necessariamente aferrada à sua pessoa, dele recebendo os impulsos para seu eficiente funcionamento.”

Em relação à terminologia jurídica do termo empresa, afirma o citado autor que o conceito jurídico de tal termo, não obstante, o esforço persistente dos juristas em edificar um conceito jurídico para a referida terminologia, em vão tem trabalhado, uma vez que o aspecto econômico tem prevalecido em razão de sua boa formulação. Pondera ainda, que o jurista trabalha sobre o conceito econômico para formular a noção jurídica de empresa, ressaltando, todavia, que nem todos os elementos econômicos interessam ao direito comercial³.

² Eis o ensinamento de Requião (2010, pp. 77 – 80): “Os legisladores fascistas, no entanto, malograram ao tentar construir um conceito legal para a empresa. [...] Aduz que “o Código não dá definição de empresa, mas a sua noção resulta da definição de empresário[...]” E assim, debatem ou autores italianos, chegando Ferrara à conclusão de que a empresa supõe uma organização por meio da qual se exercita a atividade; todavia, o conceito de empresa não tem para ele, na realidade, relevância jurídica, pois “os efeitos da empresa não são senão efeitos a cargo do sujeito que a exercita”, isto é, do empresário.

³ Sobre esta perspectiva assim discorre Requião (2010, p. 75): “Trabalha o jurista, portanto, sobre o conceito econômico para formular a noção jurídica de empresa. É claro que nem todos os aspectos econômicos da empresa interessam ao direito comercial. O fenômeno produtivo em si, transformação técnica da matéria-prima em produto manufaturado, pronto para o consumo, escapa evidentemente

Assim, pode-se inferir que, no âmbito do direito comercial, a terminologia jurídica do termo empresa, significa uma atividade exercida pelo empresário. No entanto, estes aspectos considerados por Ferri, é uma evolução da noção de empresa apreendida da teoria poliédrica de Asquini, que a considera sob quatro perfis, o subjetivo, que vê a empresa como o empresário, o perfil funcional, que vê a empresa como atividade empreendedora, o perfil patrimonial ou objetivo, que vê a empresa com estabelecimento e o perfil corporativo, que vê a empresa como instituição (REQUIÃO, 2010, p. 79).

Do mesmo entendimento comunga Coelho (2010a, pp. 12-13) ao afirmar que somente se emprega de modo técnico o conceito de empresa - relacionando o termo empresa com o termo atividade - quando for sinônimo de empreendimento, fazendo referencia que tal conceito constantemente é empregado equivocadamente em situações que não se condiz com o seu real significado.

Ante essa compreensão, verifica-se que empresa não se confunde com o empresário uma que vez que empresário é o profissional que exerce a empresa e esta, é a atividade do empreendimento. Considera-se empresário, conforme se verificou acima, bem como em vista da redação do Artigo 966, do Código civil de 2002⁴, quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Para apreender o conceito de empresário é necessário analisar os seguintes elementos que o constitui, ou seja, o

ao interesse e à regulamentação jurídica, sendo próprio da cogitação de economista. O Prof. Ferri, que apresenta essas observações, lembra os ângulos mais expressivos da empresa, pelos quais se interessa o direito. Nele nos apoiamos, para este resumo: a) *A empresa como expressão da atividade do empresário*. A atividade do empresário está sujeita a normas precisas, que subordinam o exercício da empresa a determinadas condições ou pressupostos ou o titulam com particulares garantias. São as disposições legais que se referem à empresa comercial, como o seu registro e condições de funcionamento. b) *A empresa como ideia criadora*, a que a lei concede tutela. São as normas legais de repressão à concorrência desleal, proteção à propriedade imaterial (nome comercial, marcas, patentes etc.). c) *Como complexos de bens*, que forma o estabelecimento comercial regulando a sua proteção (*ponto comercial*), e a transferência de sua propriedade. d) *As relações com os dependentes*, segundo princípios hierárquicos e disciplinares nas relações de emprego, matéria que hoje se desvinculou de direito comercial para se integrar no *direito do trabalho*. É preciso compreender, ainda segundo os ensinamentos de Ferri, que a disciplina jurídica da empresa é a disciplina da atividade do empresário, e a tutela jurídica da empresa é a tutela jurídica dessa atividade. Essas considerações levam-nos a compreender que, no ângulo do direito comercial, empresa, na acepção jurídica, significa *uma atividade exercida pelo empresário*. Disso decorre inevitavelmente que avulta no campo jurídico a proeminente figura do empresário”.

⁴ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

profissionalismo, a atividade econômica, a produção de bens ou serviços e circulação de bens e serviços (COELHO, 2010a, pp.11).

O profissionalismo há de ser considerado sob o aspecto da habitualidade, no sentido de não se considerar empresário quem realiza tarefa de natureza empresária de modo esporádico, sob o aspecto da pessoalidade, no sentido de que deve haver a contratação de empregados uma vez que são estes quem produzem e fazem circular bens e serviços e, sob o aspecto do monopólio das informações, no sentido de que é o empresário quem detém as informações sobre o produto e serviço objeto de sua empresa. Há também de ser considerado o aspecto relacionado à atividade como sendo a própria empresa, visto ser por meio dela que se produz e faz circular os bens, bem como o aspecto econômico, uma vez que a atividade do empresário visa o lucro, podendo a exploração ter o objetivo específico de gerar o lucro em espécie ou mero instrumento para que se alcancem outros resultados, que não deixa de ser lucro.

De igual modo, deve ser considerada a organização, devido o empresário ter de articular os quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia. Tal como, por fim, há de ser considerada a produção de bens e serviços, no sentido de que produzir bens é o ato de fabricar produtos e mercadorias e, produzir serviços, o ato de disponibilizar um serviço, assim como compreender a circulação de bens ou serviços, compreendendo a circulação de bem como sendo a atividade de intermediação na cadeia de escoamento de mercadorias e, a circulação de serviço como a intermediação do serviço a ser prestado.

É empresário, portanto, quem realiza profissionalmente os atos de empresa, observando, entretanto, para sua caracterização, a observância dos aspectos acima referenciados.

Nesta sequência, o empresário faz uso do chamado estabelecimento empresarial, o complexo de bens reunidos em razão do exercício da empresa, a atividade empresária. A reunião deste complexo de bens em razão da atividade empresária destinada a gerar lucro, uma vez que são organizados pelo empresário de forma

capaz de gerar riqueza o valor deste patrimônio não fica limitado ao valor real de cada bem isoladamente, ao passo que se considerado como um todo, há um aumento significativo deste patrimônio visto que por serem organizados são capazes de gerar lucro (COELHO, 2010, p. 56-57). Deste modo, verifica-se que o estabelecimento comercial, nada mais é que o conjunto de bens que compõem a empresa, inclusive, o valor agregado em razão do arranjo realizado pelo empresário que possibilita sua empresa gerar lucro.

Nesta esteira, infere-se que a empresa é, em si, um conjunto de esforços realizado pelo empresário o que a condiciona ao plano da ficção abstrata e, como tal, não pode ser sujeito de direito, embora possa ser objeto de direito. Assim, para que a empresa possa ser exercida nos termos da lei, é necessário que ela se formalize juridicamente. Para tanto, é necessário que se revista de uma roupagem legal de forma a se tornar uma pessoa jurídica legalmente constituída. Uma vez revestida nessa roupagem legal, constitui-se um centro de imputação de relações jurídicas, surgindo, por estas circunstâncias, um sujeito de direito capaz de exercer direito e contrair obrigações.

Como uma espécie de vestimenta, verifica-se a sociedade empresária, que é aquela devidamente constituída por um contrato ou atos constitutivos na forma da lei entre seus sócios. A sociedade mercantil, uma vez registrada, é uma pessoa jurídica e se constitui por um contrato ou por um estatuto. Observa-se que a sociedade possui como base um contrato, enquanto a empresa, uma atividade. A sociedade é uma pessoa jurídica, sendo sujeito de direito, mas não o é a empresa (ROQUE, 1997, p. 18).

A sociedade empresária, segundo Coelho (2010b, p. 65-66) pode assumir duas das cinco formas admitidas no direito comercial em vigor, a sociedade limitada ou a de uma sociedade anônima (S/A). A sociedade limitada, parte da temática deste trabalho, terá sua análise realizada adiante.

2.2 SOCIEDADE LIMITADA EMPRESÁRIA

A sociedade limitada surgiu, como lembra Campinho (2010,pp. 133-140), na Alemanha em 1892, tendo Portugal como segundo país a adotá-la em 1901, teve como meta servir como meio para possibilitar ao comerciante uma estrutura mais leve e eficaz, de forma a limitar o risco de eventuais deficiências organizacionais e a conseqüente invasão do patrimônio pessoal do empresário. O Código Comercial brasileiro de 1850 não abordava este tipo de sociedade, pois a mesma, inicialmente, sob influência portuguesa, era objeto do decreto 3.708, de em 10 de janeiro de 1919.

Até a primeira metade do Século XX, os tipos societários mais usados eram as sociedades anônimas e as sociedades em nome coletivo. Referidos tipos, no entanto, nem sempre atendiam as expectativas dos empresários. A primeira exigia uma estrutura onerosa e burocrática, enquanto que a segunda tinha como entrave a responsabilidade dos sócios ser de forma ilimitada e solidária pelas obrigações da empresa. A sociedade limitada veio atender, contudo, aos anseios dos empresários de que fosse criado um novo modelo societário que conciliasse a limitação da responsabilidade dos sócios a um capital determinado, exigindo um número menor de sócios e que fosse despida de mecanismos jurídicos complexos para sua formação (CAMPINHO, 2010, p. 134).

O decreto 3.708 de 10 de janeiro de 1919 que continha apenas dezenove artigos se amoldou ao ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação foi logo tomando características de muita praticidade, em razão de seu caráter sucinto, onde se deixou maior liberdade de interpretação para sua efetiva aplicação. Esta regulamentação reduzida acarretou em severas críticas de parcela da doutrina que considerava o mencionado decreto lacônico e imperfeito. Entretanto, parte da doutrina ressaltava esta liberdade, resultante da lacuna, a qual poderia ser suprida mediante cláusulas contratuais que possibilitava o delineamento de uma sociedade que melhor atendesse os interesses e necessidades dos sócios. Contudo, referido decreto foi revogado pelo agora vigente Código Civil de 2002, que regulamentou

toda a matéria atinente às sociedades limitadas, em seus artigos 1052 a 1087 extirpando a mencionada lacuna (BERTOLDI; RIBEIRO, p. 189 – 190).

Conforme verificado em linhas pretéritas, o surgimento da sociedade limitada se deu em virtude da necessidade de se criar um tipo societário que conferisse ao empresário maior segurança patrimonial nos casos em que o empreendimento não fosse bem sucedido, evitando-se dessa forma que seu patrimônio pessoal respondesse pela dívida assumida pela empresa. Daí, ser esta a sua característica fundamental. A característica da sociedade limitada pode ser traduzida pela regra de que, uma vez integralizado o capital social subscrito pelos sócios, ficam eles liberados de qualquer responsabilidade, nada mais devendo cada qual individualmente à sociedade, nem solidariamente aos credores da pessoa jurídica, ou seja, se o capital social já houver sido integralizado, nenhum sócio poderá ser compelido a realizar qualquer prestação (CAMPINHO, 2010, p. 140)⁵.

Pode-se citar como segunda característica da mencionada sociedade a contratualidade, visto que as disposições relativas ao regulamento entre os sócios poderem pautar-se nas disposições de vontade destes, sem o que haja as implicações rigorosas da sociedade anônima (COELHO, 2010b, p. 152).

Outra característica estaria ligada ao fato de que, em casos de omissões legais, haveria predomínio interpretativo das normas referentes às sociedades simples, exceto se houvesse disposição expressa no contrato social pela regência supletiva pela Lei da Sociedade por Ações (COELHO, 2010b, p. 164-165).

A natureza da sociedade limitada empresária pode ser compreendida como sendo sociedade de pessoa ou sociedade de capital. A sociedade de pessoa são aquelas

⁵ Ensina Campinho (2010a, p. 140): “Como em todas as sociedades empresárias, o perfil característico da sociedade limitada repousa na responsabilidade do sócio perante terceiros, credores da pessoa jurídica. Em face da sociedade, cada sócio-cotista é obrigado a entrar apenas com o valor de sua cota. Integralizando este valor, nada mais deve à sociedade. Perante terceiro, todavia, todos os sócios respondem solidariamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das cotas não inteiramente liberadas, isto é, não inteiramente integralizadas. Destarte, nessas sociedades, o limite da responsabilidade do cotista perante os credores sociais é o valor do capital social. Os sócios respondem, pois, solidariamente pela integralização do capital social declarado da sociedade. Obrigam-se solidariamente pelo total do capital social, e não apenas por suas cotas, na projeção externa de suas responsabilidades.”

em que a pessoa do sócio é indispensável para que a sociedade desenvolva sua atividade com sucesso, uma vez que para sua formação se baseia no princípio da *affectio societates*, ou seja, as aspirações e o vínculo entre os sócios é que resulta resultará a sociedade, conquanto, na sociedade de capital pouco importa, o que prevalece é a presença do capital. Assim, na sociedade de pessoas, a cessão de cotas não se faz livremente, em vista de que cada um dos sócios possui o direito de vetar o ingresso de pessoa estranha na sociedade o que não ocorre na sociedade de capital ao passo que, nesta, a regra é a mutabilidade de sócios na sociedade empresária ante ao princípio da livre circulabilidade da participação societária. (COELHO, 2010, p. 380-383)⁶.

A sociedade limitada nos termos retro transcritos e consoante ao estatuído no artigo 1.054 do Código Civil de 2002, para sua constituição deverá seguir um procedimento composto de, no mínimo, duas etapas, a saber, a celebração do contrato social e inscrição do contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais e conforme a opção do objeto escolhido. Este último, como se vê, constitui elemento de alta relevância, devendo ser precisamente detalhado, uma vez que é por meio dele que se aferirão os limites de atuação da sociedade e a conseqüente limitação dos atos a serem praticados por seus administradores (CAMPINHO, 2010a, p. 151), assim como é importante se afirmar o tempo de duração societária.

Quanto à duração da sociedade, aliás, importa descrever que no regramento anterior, revogado pelo Código Civil atual, o empresário deveria ficar atento, visto que, sendo a sociedade por prazo determinado, em escoando referido prazo era necessário constituí-la novamente tendo em vista que o artigo 35, inciso IV da Lei nº 8.934 de 1994 e o artigo 335, número 1 do Código Comercial a reputavam

⁶ Sobre o tema, também, discorre Negrão (2010, p. 395): “Apesar desta amplitude normativa, há características que lhe são bem próprias, levando a unanimidade de autores a uma classificação: nem se trata de sociedade de pessoa, tampouco pode ser admitida como sociedade de capitais. Gorges Ripert comenta a dificuldade de sua inclusão no Direito francês: “Um novo tipo de sociedade foi criado em 1925: A sociedade de responsabilidade limitada. Importada da Alemanha, é difícil encontrar-lhe lugar na classificação tradicional do direito francês. A Lei de 7 de março de 1925 julgou inútil pronunciar-se acerca da natureza da sociedade que regulamentava. A questão suscitada, não obstante, porque toda a regulamentação apresenta um defeito em algum ponto. Estas sociedade não são, propriamente, de pessoas, pois as quotas não são negociáveis. Entretanto, adotam certas regras peculiares às sociedades de capitais.”

dissolvida. Todavia, com a entrada em vigor do novo Código Civil 2002, tal não ocorre mais, em vista do que estabelece o seu artigo 1.033, inciso I, o qual prescreve que a sociedade se dissolve de pleno direito ante o vencimento do prazo de sua duração, salvo se, uma vez vencido e sem oposição do sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorroga por tempo indeterminado (CAMPINHO, 2010a, p. 152-153).

2.3 ASPECTOS RELEVANTES DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

A estrutura da Sociedade de Propósito Específico (SPE) não é nova no âmbito da experiência jurídica brasileira quanto às sociedades empresárias uma vez que pode ser extraída de várias legislações esparsas referências a tipos societários que muito se assemelham a SPE, e mesmo, referências expressas a referido instituto, como se verá abaixo, buscando, apresentar mencionadas legislações de forma evolutiva.

A primeira legislação a prever instituto semelhante à SPE no Brasil foi a portaria número 107, 1967, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF)⁷.

A Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, ao estabelecer em seu artigo 33 que empresas participantes de determinada licitação sob a modalidade de consórcio, deverão, caso sejam vencedoras do certame, constituir um consórcio operacional⁸,

⁷ Afirma Guimarães (2002, p.135): “[...] a primeira referência de uma norma cogente prevendo a criação de uma estrutura símile a SPE no Brasil se encontra consubstanciada na Portaria 107, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, a qual instituiu o chamado consórcio societário, determinando que a conjugação empresarial visando a venda, no exterior, das mercadorias ali elencadas se fizesse mediante a criação de um ente, dotado de “personalidade jurídica, revestindo a forma de sociedade comercial, organizada por instrumento público ou particular e com seus atos constitutivos arquivados na repartição ou órgão competente” (art. 11).”

⁸ Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada

referido dispositivo, embora não mencione expressamente a SPE, tal consórcio operacional também possui semelhança com a SPE.

Outra legislação que fez referência à SPE foi a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando disciplinou a concessão e a permissão de serviços estabelecidos no artigo 175, da Constituição Federal, ao facultar ao órgão público concedente que determinasse aos concessionários e permissionários que estabelecessem uma sociedade especificamente para contratar com o ente concedente⁹, sociedade esta, que nada mais é do que uma SPE já que tem como único propósito a concessão ou permissão para contratar com o ente público.

De igual modo, a Lei nº. 9.074, de 7 de julho de 1995¹⁰, que disciplina a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, também prevê a constituição, pelas empresas consorciadas que vencerem a licitação, de um consórcio empresarial, que trata-se de uma SPE. (CARVALHOSA, apud TOLEDO, 2009, pp. 22-23).

Pode-se citar, também, o Decreto nº. 3.000, de 26 de março de 1999, que estabeleceu o Regulamento do Imposto de Renda, uma vez que seu artigo 432¹¹,

consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1o No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2o O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo. (BRASIL, 1994).

⁹ Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato. (BRASIL, 1995).

¹⁰ Art. 21. É facultado ao concessionário incluir no plano de conclusão das obras, referido no inciso I do artigo anterior, no intuito de viabilizá-la, proposta de sua associação com terceiros na modalidade de consórcio empresarial do qual seja a empresa líder, mantida ou não a finalidade prevista originalmente para a energia produzida. (BRASIL 1998)

¹¹ Art. 432. Os ganhos de capital na alienação de participações acionárias de propriedade de sociedades criadas pelos Estados, Municípios ou Distrito Federal, com o propósito específico de contribuir para o saneamento das finanças dos respectivos controladores, no âmbito de Programas de Privatização, estão isentos do imposto de renda (Lei nº 9.532, de 1997, art. 79).

faz menção expressa acerca da SPE, ao dispor sobre a tributação de ganhos de capital resultantes de alienação de participações acionárias em sociedades criadas pelo Estado, Município ou Distrito Federal, no âmbito de Programa de Privatizações.

A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil atual, previu em seu artigo 981, parágrafo único¹² a possibilidade de criação de uma sociedade restrita à realização de um ou mais negócios determinados.

Outra norma se referindo a SPE no ordenamento jurídico brasileiro é a Instrução Normativa 408 do Conselho de Valores Mobiliários - CVM, de 18 de agosto de 2004, que prevê expressamente a criação de uma Entidade de Propósito Específico (EPE) sob o controle societário ou econômico, de uma Companhia aberta.¹³

A Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, ao regulamentar as Parcerias Público-Privadas (PPPs) introduziu de forma literal em nosso ordenamento jurídico o instituto da Sociedade de Propósito Específico em seu artigo 9º14.

E mais recentemente, em dezembro de 2008, a Lei Complementar nº. 128¹⁵ alterou o artigo 56 da Lei Complementar nº. 123 de 14 de dezembro 2006, Lei Geral da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, introduzindo a figura da Sociedade de Propósito Específico, constituída exclusivamente de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Parágrafo único. A isenção de que trata este artigo fica condicionada à aplicação exclusiva do produto da alienação das participações acionárias no pagamento de dívidas dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (Lei nº 9.532, de 1997, art. 79, parágrafo único) (BRASIL, 1999).

¹² Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.(BRASIL,2002).

¹³ Para fins do disposto na instrução CVM nº 247, de 27 de março de 1996, as demonstrações contábeis consolidadas das companhias abertas deverão incluir, além das sociedades controladas, individualmente ou em conjunto, as entidades de propósito específico – EPE, quando a essência sua relação com a companhia aberta indicar que as atividades dessas entidades são controladas, direta ou indiretamente, individualmente ou em conjunto, pela companhia aberta. (BRASIL, 2004).

¹⁴ Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. (BRASIL, 2004).

¹⁵ Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal [...] (BRASIL, 2008).

A SPE possui certa semelhança, quanto sua estrutura, com a dos consórcios, conforme se pode extrair da leitura do artigo 11 da portaria 107, de 1967, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF, que, segundo Carvalhosa (1998, p.344), determinava a criação de um “consórcio-societário”, de modo que a conjugação empresarial ali elencada se fizesse mediante a constituição de um ente dotado de personalidade jurídica revestida sob uma das formas de sociedade comercial existente.

A referida portaria, na verdade, dispôs sobre a criação de um tipo societário assemelhado a uma SPE visto que, como é sabido, o Consórcio, por si só, possui duas características fundamentais, a saber, carência de personalidade jurídica distinta das dos seus consorciados e união de interesses, recursos e capacitações técnicas visando à consecução de empreendimento específico.

Na verdade, o consórcio é um contrato feito por um empresário com outros empresários, para viabilizar um empreendimento, sendo que cada consorciado responde pelas obrigações assumidas no referido contrato, conforme assevera Martins (apud TOLEDO, 2009, p. 20):

Consórcio é o contrato feito pela companhia e outras sociedade com a finalidade de executar determinado empreendimento. Deve esse contrato ser aprovado pelo órgão da sociedade que tiver competência, e dele constarão a designação do consórcio, se houver, o empreendimento que constituir o seu objeto, a duração, o endereço e foro, as obrigações e responsabilidades e as prestações específicas de cada sociedade consorciada. [...]

O consórcio não tem personalidade jurídica; as consorciadas respondem apenas pelas obrigações assumidas, sem presunção de solidariedade.

O Estado visando superar o problema da ausência de personalidade jurídica dos consórcios, passou a editar normas determinando a criação, pelos consórcios vencedores das licitações com o ente público, de entidades constituídas especificamente de forma a possibilitar uma maior segurança jurídica e a conseqüente responsabilização patrimonial, conforme salienta Coelho (2007, pp. 113-114) a conseqüência desta personalização é a responsabilização patrimonial.

Como exemplo desta determinação, pode ser citada a Lei nº. 9.074, de 07 de julho de 1995¹⁶, que disciplina a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos que também prevê a constituição, pelas empresas que vencerem a licitação, de um consórcio, que, nas palavras de Carvalhosa (apud, TOLLEDO, 2009, pp. 22-23), para o governo é mais interessante a exploração do objeto da licitação por uma nova sociedade especificamente constituída para este fim, do que pelo consórcio puramente constituído, uma vez que naquela a responsabilidade é presumidamente solidária oferecendo uma fiscalização e garantia aos credores mais amplas. Referida exigência, continua Carvalhosa, se justifica em virtude do estabelecido na Lei nº. 9.074, de 07 de julho de 1995, no caso das “concessões” que por sua natureza o prazo é longo (geralmente 20 anos) e pela complexidade das relações das concessionárias com o Poder Público.

Cita-se também, a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, ao estabelecer em seu artigo 33 que empresários participantes de determinada licitação sob a modalidade de consórcio, deverão, caso sejam vencedoras do certame, constituir um consórcio operacional¹⁷, referido dispositivo, embora não mencione expressamente a SPE, tal consórcio operacional possui semelhança com a Sociedade de Propósito Específico.

¹⁶ Art. 21. É facultado ao concessionário incluir no plano de conclusão das obras, referido no inciso I do artigo anterior, no intuito de viabilizá-la, proposta de sua associação com terceiros na modalidade de consórcio empresarial do qual seja a empresa líder, mantida ou não a finalidade prevista originalmente para a energia produzida. (BRASIL 1998)

¹⁷ Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1o No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2o O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo. (BRASIL, 1994).

Deste modo, pode-se inferir das normas acima citadas, que o Estado, buscando maior segurança no que se refere às suas contratações e, visando superar os problemas atinentes aos consórcios no que tange à ausência de personalidade jurídica, assim como a necessidade de responsabilização patrimonial das consorciadas com maior segurança jurídica, passou a determinar a criação de entes personalizados com objeto específico, a fim de conceder maior segurança e transparência à execução de seus contratos, verificando-se, por conseguinte, uma postura por parte do ente público voltada para implantação definitiva da Sociedade de Propósito Específico.

Depreende-se que o instrumento de constituição de uma SPE é o contrato social ou os atos constitutivos, cujas cláusulas essenciais deverão seguir a legislação que regulamenta o tipo societário com o qual a SPE se revestirá. A SPE tem por característica principal o fato de ser constituída com um único propósito, ou seja, destina-se a realizar o objeto específico que ensejou sua criação, com o estabelecimento, por este motivo, de uma nítida separação dos interesses dos sócios que a compõem, podendo ser conceituada, como a sociedade empresária constituída única e exclusivamente para cumprir um negócio específico, sendo que seu surgimento e fim ficam engendrados a um projeto ou ação específica, cujo desenvolvimento está ligado à necessidade empresarial de suas controladoras.

Deste modo, a SPE pode ser conceituada como sendo a sociedade dotada de personalidade jurídica e autonomia patrimonial decorrente de um contrato social ou atos constitutivos, constituída sob uma das formas societárias admitidas no direito brasileiro, especificamente para cumprir um projeto ou uma ação, ou seja, possui um objeto determinado, que pode ser determinado pelo elemento temporal e funcional, ocorre, entretanto, que o elemento temporal ou funcional se analisados separadamente não são aptos a caracterizar uma SPE, uma vez que o elemento temporal, previsto no contrato de constituição, pode ser descaracterizado por eventual prorrogação do contrato (TOLEDO, 2009, p. 17)¹⁸.

¹⁸ Borba afirma que “a S.P.E. não tem interesse próprio, não cumpre um objeto social próprio, não se destina a desenvolver uma via social. Trata-se do que se poderia chamar uma sociedade ancilar,

3 ASPECTOS LEGAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Neste capítulo será analisado as principais características do Instituto jurídico da Recuperação Judicial de Empresas, porém, antes de tecer os comentários pertinentes acerca da recuperação judicial, será realizado um breve esboço do Instituto Jurídico da Falência, em vista da recuperação judicial estar estritamente ligado ao Instituto da Falência.

3.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INSTITUTO DA FALÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade jurídica e viabilidade de constituição de uma Sociedade de limitada com Propósito Específico para atuar como meio viável na recuperação judicial, todavia, discorrer acerca do instituto da recuperação judicial necessário se faz tecer alguns comentários acerca do instituto da Falência, uma vez que é da compreensão deste que pode compreender a recuperação judicial. No entanto, não se pretende aprofundar no instituto falimentar, senão, fazer apenas um esboço do mesmo.

Segundo Franco e Sztajn (2008, p. 02), a questão central no exercício de atividade econômica é a confiança, principalmente quando se refere à concessão de crédito, o

mero instrumento de sua controladora. A rigor, essas sociedades nascem para prestar um serviço a sua controladora, para cumprir uma simples etapa de um projeto da controladora. Normalmente, cumprido esse projeto, o seu destino é a sua liquidação. Nascem, normalmente, já marcadas para morrer.

que se torna alvo de tutela pelo direito, razão pela qual esta proteção antecede à organização das empresas, tanto é verdade que desde a antiguidade existiam normas predispostas para estimular os devedores a adimplirem suas dívidas. Para elas, no início a forma de estimular os devedores a adimplirem suas obrigações era fazendo-os se tornarem escravos pelo tempo necessário até o pagamento do que era devido, mas, em seguida, este tipo de execução foi alterada para a execução forçada do patrimônio do devedor, ressaltando que em sociedade capitalista este tipo constitui outra modalidade para tentar inibir o inadimplemento.¹⁹

Deste modo, as leis que dispõem sobre a permanência ou não do comerciante ou empresário em face da crise enfrentada pela empresa, tutelam, em verdade o crédito e a sua circulação. Logo, insta frisar que a termo falência, nas palavras de Mendonça (apud. SPINELLI, 2005, p. 182) vem do verbo “falir”, que encontra sua fonte mais remota na palavra latina “*falece*”, que equivale à expressão “*faltar com o prometido, com a palavra, enganar*”.²⁰

Ricardo Negrão, (NEGRÃO, apud SPINELLI, 2005, p. 182) define com precisão o conceito de falência:

“Falência é um processo de execução coletiva, no qual todo o patrimônio de um empresário declarado falido pessoa física ou jurídica é arrecadado, visando o pagamento da universalidade de seus credores, de forma completa e proporcional. É um processo judicial complexo que compreende a arrecadação dos bens, sua administração e conservação, bem como a verificação e o acertamento dos créditos, para posterior liquidação dos bens e rateio entre os credores.

¹⁹ Explicam: “Inicialmente o adimplemento forçado recaía sobre a pessoa do devedor, que se tornava escravo do credor pelo tempo necessário ao pagamento da obrigação, da dívida. Esta alternativa de estímulo ao cumprimento das obrigações transformou-se, em seguida, em execução de bens do devedor o que, em sociedades capitalistas, constitui outra modalidade para tentar inibir o inadimplemento. Contudo, a partir do momento em que o comércio ganha espaço nas relações socioeconômicas, a tutela do crédito adquire contornos mais específicos. De um lado, porque concessão de crédito - tanto pelos banqueiros quanto pelos fornecedores - projeta-se ao longo da cadeia negocial; de outro, porque parece razoável se impeça ao comerciante, desatento às suas obrigações, tendo em vista o poder de contágio dos efeitos que sua ação pode acarretar, continue a gozar das vantagens e benefícios que os demais têm no que diz respeito a prazo para solver as obrigações.”

²⁰ Para complementar o conceito, a referida autora afirma que “sem fugir do sentido etimológico, falência é falta de cumprimento de obrigação assumida, ou engano do devedor ao credor pelo inadimplemento da obrigação em seu vencimento.”

Verifica-se das passagens acima transcritas, que falência, em síntese, pode ser compreendida como sendo a tomada do patrimônio do devedor para satisfação da obrigação por ele assumida e não adimplida.

Deste modo, conforme afirmado, o patrimônio do devedor é garantia do credor, assim, tornando-se o devedor inadimplente o credor poderá acioná-lo judicialmente para ter seu crédito realizado pelo patrimônio do inadimplente, que em regra, a ação se processará individualmente. Ocorre, porém, que se o patrimônio do devedor tiver valor inferior à totalidade de suas dívidas, ou seja, ele deve mais do que possui, a regra da individualidade da execução torna-se injusta, uma vez que havendo mais de um credor e este sendo mais diligente se antecipando na execução de seu crédito, possivelmente, receberia todo o seu crédito exaurindo o patrimônio do devedor, em prejuízo dos demais credores, que por vezes a dívida nem sequer tenha vencido. Assim, para se evitar esta injustiça, a fim de conferir as mesmas chances de realização de crédito a todos os credores de uma mesma categoria o direito afasta a regra da individualidade da execução e prevê, na hipótese, a obrigatoriedade da execução concursal, isto é, concurso de credores (COELHO, 2010, p. 311). Constata-se assim, que o instituto falimentar visa proteger os credores, de forma oportunizar a todos os credores de realizar seu crédito de forma uniforme e igual, e, por conseguinte tem como propósito sanar o mercado.²¹

Neste espeque, o instituto falimentar, conforme visto, tem como objetivo proteger os credores e o mercado, de forma que àqueles sejam assegurados a oportunidade de realizarem os seus créditos e ao mercado, cumpre-lhe a missão de tirar-lhe de seu meio os empresários e empresas que podem lhe causar perturbação. Numa visão moderna e contemporânea do instituto falimentar, em virtude do princípio da função social da empresa, a falência não se presta mais a servir de instrumento de

²¹ Salienta Campinho (2010, p. 7): “[...] Com efeito, o objetivo do processo falimentar se movimentar para uma liquidação de ativos, com o afastamento do devedor empresário de suas atividades, visando a preservar e otimizar a utilização produtiva de bens e recursos produtivos, inclusive os intangíveis que integram o estabelecimento empresarial (cf. artigo 75), com o escopo de viabilizar medidas que, com maior proficiência, garantam melhor satisfação dos créditos (cf. artigos 111, 113, 140 e 141). Na sua ótica de liquidação judicial do patrimônio de empresário insolvente emerge, ainda, como forma de saneamento de mercado, realizando a eliminação dos empresários e das empresas por eles desenvolvidas, econômica e financeiramente insolventes, sem viabilidade de recuperação. Visa, pois, preservar o mercado, impedindo que prossigam em suas atividades, dado a evidente perturbação e desequilíbrio que são capazes de nele provocar.”

ignorância e desonra, nas mãos de credores para vingança pessoal contra o devedor, a falência, sob a nova ótica, na realidade propõe uma solução para empresa comercial arruinada, ou seja, ou a liquida ou proporciona a recuperação.

Torna-se a falência a medida judicialmente realizável para resolver a situação jurídica do devedor insolvente, solução que não implica, necessariamente, na liquidação judicial do empresário insolvente, falência-liquidação, revelando-se, outrossim, como promotora da recuperação da empresa por ele desenvolvida, falência-recuperação. (CAMPINHO, 2010, p. 4).

Vale ressaltar que a falência era regulamentado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto – Lei nº. 7661/45 a antiga lei de falência e concordata. Este decreto, no entanto, não acompanhou a evolução do direito de empresa e se mostrou destoado da atual conjuntura conforme acentuado anteriormente, resultando deste descompasso, a edificação da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que supriu aquele decreto e instituiu o instituto da recuperação judicial e extrajudicial da empresa em crise, que tem como finalidade o saneamento da crise econômico-financeira, a reorganização da atividade com a manutenção da empresa e, ainda, a de preservar sua função social e manter o estímulo à atividade econômica da empresa em crise. (FRANCO e SZTAJN, 2010, p. 213).

Neste contexto, em vista da importância do instituto da recuperação judicial de empresa é que passará a discorrer acerca do mesmo.

3.2 A INSERÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

A recuperação judicial surgiu da necessidade de reforma do direito falimentar conferida pela Lei nº. 11.101, de 2005, que modificou a disciplina jurídica aplicável às empresas que se encontram em dificuldade econômica. Isto, em vista da necessidade de se visar dar maior segurança jurídica às partes e delinear um

caminho mais seguro na busca pela efetiva recuperação da empresa que está com dificuldade econômico-financeira e, não somente a liquidação tal qual ocorria na égide do Decreto-Lei 7.661 de 1945. Lembrando-se, o regime instituído pelo referido decreto, o da falência e concordata, acabou por não ser mais compatível com a dinâmica economia atual não sendo capaz de preservar importantes empresas, que deixaram de existir, não cumprindo com sua função social, acarretando a perda de importantes ativos.

Para Rosenvald e Farias (2006, p. 200) a expressão função social tem origem no termo latim *functio*, “cujo o significado é o de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade”.

Daí a conceituação da recuperação de empresa nas palavras Campinho (2010b, p. 10) coadunar com este sentido:

A recuperação judicial, segundo o perfil que lhe reservou o ordenamento jurídico, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade, auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra o seu titular – empresário-, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (cf. artigo 47). Nessa perspectiva, é um instituto de Direito econômico.

Sob a ótica processual, a medida se implementa por meio de uma ação judicial, iniciativa do devedor, com escopo de viabilizar a superação de sua situação de crise. Mas dita pretensão somente pode ser exercida até a declaração de sua falência (artigo 48, I).

Na mesma linha de raciocínio é a lição de Toledo e Abraão (2010, p. 171 – 172):

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembléia.

Nestes termos, a recuperação judicial pode ser compreendida sob o aspecto econômico e processual e têm como objetivo resolver a crise instalada sobre o devedor, se mostrando um mecanismo de grande importância no seio do ordenamento jurídico porquanto possibilita que determinada empresa que se encontra em crise possa ser reestruturada²² de modo que toda a sociedade ganhe com sua preservação, inclusive seus credores que poderão realizar os seus créditos. Só devem ser recuperadas as empresas que se mostrarem viáveis²³, uma vez que é a sociedade que se sacrificará para que a empresa seja recuperada, razão pela qual o empresário deve se mostrar merecedor deste sacrifício e que tem condições de devolver a sociedade brasileira, quando da recuperação, ao menos parte do sacrifício (COELHO, 2010, p. 374).

Para que seja possível o empresário em crise requerer a recuperação judicial, deverá atender as hipóteses previstas em lei que o legitime a tal pedido²⁴, devendo,

²² Apesar de que, como ressalta Fábio Ulhôa Coelho (2010, p. 373 - 374): “Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimento no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancários e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destinam a socializar os efeitos da recuperação das empresas.”

²³ O artigo 50 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 elenca um rol exemplificativo dos meios que o empresário poderá se utilizar para pleitear a recuperação judicial. Eis sua redação: Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

²⁴ Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

ainda, o empresário devedor fundamentar a petição explicando minuciosamente o seu estado econômico e as razões que justifica o pedido. Esta explicação fundamentada de sua situação econômica é necessária em razão de ser com base nela juntamente com a documentação juntada que se verificará se a retratação de sua crise e causas que lhe são atribuídas justifica a pertinência das soluções proposta no plano de recuperação apresentado.

Deste modo, para que o empresário em crise veja sua recuperação processada deverá cumprir os requisitos da lei para que o juiz a aceite conforme leciona Capinho²⁵, sob pena de indeferimento do pedido. A novidade, é que o Estado não interferirá na negociação do plano de recuperação a ser realizada entre o devedor e seus credores, assumindo papel de fiscal acerca do cumprimento dos requisitos da lei, bem como se o devedor está cumprindo com o pactuado no plano de recuperação judicial.

A Lei faz divisão entre requisitos formais e materiais para o processamento do pedido de recuperação judicial. Os requisitos materiais possuem rol estabelecido no artigo 48²⁶ da lei em comento que deverão ser atendidos pelo devedor no momento

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

²⁵ [...] Para o devedor estar apto a celebrar em juízo o acordo de sua recuperação com os credores, terá ele que, preliminarmente, preencher determinadas condições pessoais definidas em lei, bem observar certos requisitos para admissão de seu pleito pelo juiz. O Estado juiz, como disse alhures, não interfere no conteúdo do plano de recuperação a ser debatido entre os diretamente interessados: devedor e credores. Sua intenção é a de guardião de sua legalidade, agindo na verificação do atendimento pelo devedor das condições subjetivas e formais prévias que o qualifica a contratar sua recuperação com seus credores, bem como na exclusões de eventuais objeções quanto à sua validade, impedindo que o acordo desrespeite ou ultrapasse a fronteira da lei.

Más a recuperação será sempre uma forma de evitar a falência, não podendo ser realizada para suspendê-la, sendo, pois, um procedimento prévio. (CAMPINHO, 2010a, p. 127):

²⁶ Relação dos requisitos materiais: Exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e; I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. (BRASIL, 2005).

do requerimento do processamento de seu pedido de recuperação. Os requisitos formais, por sua vez, são aqueles os insculpidos no artigo 51²⁷.

Vale ressaltar que em se tratando de sociedade empresária, o pedido deverá ser formulado pelo seu órgão de administração, vez que é dele a incumbência de exteriorizar a vontade da pessoa jurídica no mundo exterior, razão pela qual, é o dirigente com os devidos poderes que irá nomear advogado para veicular a pretensão, todavia, o órgão da administração deverá agir de acordo com a decisão dos sócios, de acordo com o regimento próprio da lei societária que regula o tipo societário (CAMPINHO, 2010a, p. 139).

O juízo competente para processar o pedido de recuperação é o mesmo da falência, ou seja, o juízo do local do principal estabelecimento que nem sempre é aquele formalmente constituído no contrato social da empresa em crise, uma vez o principal estabelecimento é aquele onde a empresa concentra sua administração. Isto evita a repetição de atos e contradições, uma vez que seria inviável a existência de mais de uma recuperação, daí a exigência da lei de um único processo para um mesmo devedor. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2010, p. 482).

Encontrando-se a petição do empresário devedor em conformidade com o artigo 51 da LRE, o juiz decidirá acerca do processamento ou não da recuperação judicial.

²⁷ Eis a relação: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, demonstração do resultado desde o último exercício social, relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Diferindo o pedido, o devedor terá que apresentar o plano de recuperação no prazo máximo e improrrogável de 60 dias, a contar da publicação da decisão. O plano, a ser apresentado deverá conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, nos termos do art. 50 da LRE, o resumo do plano, a demonstração da viabilidade econômica, o laudo econômico-financeiro, bem como o laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor, que deverão ser subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada, nos termos do artigo 53 da Lei 11.105 de 09 de fevereiro de 2005²⁸.

A crise enfrentada pelo devedor segundo Coelho (2011e, p. 232) poderá ser superada havendo um bom plano de recuperação, uma vez que é por meio dele que o juiz e o promotor de justiça fará um juízo acerca da viabilidade da recuperação da empresa em crise. O plano deve ser fundamentado e descrever em detalhes quais os mecanismos que serão empregados para possibilitar a superação da crise, devendo ainda, ter consistência econômica que deve ter o diagnosticado os fatores que levaram o devedor à situação instável. Somente assim, pormenorizando os meios que serão empregados e a real situação econômica financeira do devedor é que se poderá lograr êxito o pedido, de forma a justificar os esforços que serão investidos em sua recuperação, bem como os gastos realizados e providencias adotada que a justifiquem, para que a perda de tempo e recursos, tão caros à sociedade brasileira, não frustre a expectativa de reerguimento da atividade econômica em foco.

Assim, o devedor deverá eleger os meios mais adequados que lhe possibilite a superação da crise em conformidade com causa que ensejou o seu estado, ou seja,

²⁸ Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; III laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei. Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial. Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

deverá fazer um minucioso estudo acerca dos fatores que o levaram a entrar na crise que pode ser de natureza financeira, econômica ou patrimonial.

Destarte, uma vez situados os elementos da sociedade de propósito específico, da sociedade empresária limitada, bem como da recuperação judicial da sociedade empresária, no próximo capítulo, se verificará a possibilidade ou não de constituição de uma sociedade empresária limitada com o propósito específico de atuar como meio de recuperação judicial de empresa, conforme previsão constante no inciso XVI do artigo 50 da LRE.

4 UTILIZAÇÃO DA SPE COMO MECANISMO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Nos capítulos antecedentes foram analisados os elementos jurídicos pertinentes à Sociedade de Propósito Específico, a sociedade limitada e ao instituto de recuperação judicial de empresa, objetivando, verificar as implicações destes institutos, uma vez que a Lei 11.101 de 2005 prevê em seu artigo 50, inciso XVI a possibilidade de criação dessa sociedade como meio viável de recuperar uma empresa em crise.

Estribado neste plano de fundo, neste capítulo serão abordadas as seguintes problemáticas: Há possibilidade jurídica de constituição de uma sociedade limitada de propósito específico para atuar como meio de recuperação judicial de empresas? Se possível, esta sociedade pode ser objeto do referido instituto?

Num segundo momento, visto que no decorrer deste trabalho se tornou questionável se a Sociedade de Propósito Específico, de modo geral, pode ou não ser sujeito da

recuperação judicial, analisar-se-á se é possível que ela venha a ser objeto de recuperação judicial de empresa

4.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONSTITUIÇÃO DE UMA SPE NA FORMA LIMITADA COMO MECANISMO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, prevê em seu artigo 50, inciso XVI, a possibilidade de constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor, ou seja, a utilização de uma SPE como meio de recuperação judicial de empresas. Nestes termos, da simples leitura do referido inciso verifica-se que é possível à constituição de uma SPE para atuar como meio de recuperação judicial de empresas. Todavia, referida norma não estipula quais os tipos societários existentes no direito brasileiro podem ser constituídos para este fim. Daí, a necessidade de verificar se o tipo societário limitada pode cumprir este papel em razão de suas peculiaridades que a tornar um dos tipos societários mais utilizados no Brasil.

Nos termos já delineados neste trabalho, constatou-se que a SPE, segundo o preceituado no artigo 981 do Código Civil de 2002, não constitui um tipo societário específico. Deverá ela se utilizar de um dos tipos societários existentes no direito de empresa brasileiro e cumprir com os requisitos atinentes ao tipo de sociedade sobre a qual se constituirá. Dentro dos tipos societários existentes no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se o da sociedade limitada, o qual teve seus elementos analisados no capítulo antecedente, e, conforme restou consubstanciado no segundo capítulo a SPE pode se revestir sob um dos tipos societários existentes na ordem jurídica brasileira, desde que obedeçam as suas formalidades, infere-se, por este motivo, pela possibilidade de constituição de uma sociedade limitada simples ou empresária de propósito específico.

Nesta esteira, ante o determinado pelo artigo 981 do Código Civil e do disposto no artigo 50, inciso XVI, da Lei 11.101 de 2005 constata-se, em tese, ser possível constituir uma sociedade limitada com o propósito específico de atuar como meio de recuperação judicial de empresas que deverá seguir o rito deste instituto, tal qual analisado no capítulo anterior.

Verificada a possibilidade de constituição de uma sociedade limitada para atuar no âmbito da recuperação judicial, insta perquirir se esta sociedade entrando em crise no decorrer do processo de recuperação judicial poderá ser objeto deste instituto.

4.2 POSSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM BENEFÍCIO DE UMA SPE CONSTITUÍDA COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

Sabe-se que, para que o empresário possa ter seu pedido de recuperação judicial processado, na esteira do que foi dissertado no capítulo anterior, deverá cumprir certos requisitos prescrito na Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, de ordem pessoal e formal. O artigo 48 da referida lei dispõe em seu *caput* que “poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos [...]”

Constata-se, ainda, da redação do *caput* do artigo, acima citado, que o devedor deve no momento de seu pedido de recuperação judicial estar em exercício regular de sua atividade há mais de 02 (dois) anos.

Em uma terceira situação, o artigo 61, *caput*, da referida lei, por sua vez, estabelece que, “[...] proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano”, lembrando-se que este deve ser concluído em até 02 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. Assim, verifica-se que o prazo que o devedor

dispõe para cumprir as obrigações assumidas no plano de recuperação será, justamente, de 02 (dois) anos contados da concessão da recuperação judicial sob pena de superado este prazo e não havendo-o como cumprido, ter sua falência decretada. É o que discorre Barros (2009, p 131):

O devedor deverá cumprir todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 anos depois da concessão da recuperação judicial, sob pena de convação em falência.

Cumpridas as obrigações vencidas neste prazo, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial.

Noutras palavras, cumprindo-se o plano de recuperação, dentro do prazo de 2 (anos), encerra-se, por sentença, o processo de recuperação judicial.

Nesta senda, poder-se-ia cogitar que na hipótese de a SPE ser constituída após a concessão da recuperação judicial, teria o seu prazo de existência restrito à permanência do devedor no estado de recuperação judicial. Ocorre, entretanto, que não obstante o prazo ser de dois anos para o processamento da recuperação, tal limite temporal nem sempre poderá ser aplicado à sociedade de propósito específico.

Assim, considerando que a Sociedade de Propósito Específico, criada como meio de recuperação judicial, é independente do empresário em crise, e, que em razão do exercício da atividade empresarial realizará negócios com terceiros, justamente para prover recursos financeiros para o empresário devedor em estado de recuperação, possivelmente, terá que cumprir com as obrigações assumidas independentemente do prazo de dois anos estabelecido no *caput* do artigo 48 da Lei 11.101 de 2005. Isto ocorre quando encerrado o processo de recuperação judicial, seja pela decretação do encerramento nos termos do artigo 63, ou pela convação da recuperação em falência nos termos do artigo 73, a SPE por ser pessoa jurídica autônoma do devedor.

Infere-se do acima afirmado que a SPE constituída como meio de recuperação judicial, nem sempre terá seu prazo de existência adstrito aos dois anos prescritos no *caput* do artigo 48. Por tal motivo, na hipótese da referida sociedade vir a entrar em crise econômico-financeira no decorrer do processo de recuperação e certo de

que ela terá de cumprir com as obrigações assumidas com terceiros, em tese, poderá ter processada em seu favor o instituto da recuperação judicial.

4.3 POSSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM BENEFÍCIO DE UMA SPE EM CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

No decorrer deste trabalho, surgiu a necessidade de se verificar se a sociedade de propósito específico, de modo geral, pode se beneficiar do processamento da recuperação judicial em seu favor, uma vez que a mesma nasce para cumprir um objeto específico e que após o cumprimento deste objeto, independentemente de seu tempo de duração, o seu destino é a liquidação. Devido às suas características, mesmo que ela seja constituída por prazo indeterminado, ela poderá ter seu prazo de existência condicionado à realização de seu objeto nos termos acima referenciados, visto que o prazo, obrigatoriamente, deve ser limitado ao término de empreendimento de objeto específico e determinado, ou seja, limitado à consecução do próprio objeto social da empresa.

Como exemplificações, existem aquelas exigidas pela Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que regulamentou as Parcerias Público-Privadas (PPP) que exige, em seu artigo 12, a sua constituição para contratar com o Ente Público, bem como a Lei nº. 9.074, de 07 de julho de 1995, que regulamentou a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Em ambas as leis, constata-se que por sua natureza o prazo é longo, (geralmente acima de 20 anos) conforme assentado no segundo capítulo deste trabalho.

Conforme dissertado anteriormente e nos termos do artigo 981 do Código Civil, a atuação empresarial de uma sociedade de propósito específico resume-se a uma ou mais atividades. Devido a esta exigência, não será aceita no objeto social da SPE atividade genérica.

Certo é, porém, uma vez que a SPE poderá ser constituída sob qualquer um dos tipos societários existentes no ordenamento jurídico, poderá também, ser constituída por prazo determinado ou indeterminado.

Neste liame, tendo em vista o princípio da função social da empresa e o da preservação da empresa norteadores da Lei 11.101 de 2005, conforme restou delineado neste trabalho, independentemente de a SPE ser uma sociedade que nasce para cumprir um objeto específico e que após o cumprimento deste objeto o seu destino ser a liquidação, certo é que antes de ser liquidada tem como função social o cumprimento de seu objeto para a qual foi constituída. Assim, verifica-se que antes dela morrer, ela tem um objetivo a cumprir. Logo, se o objetivo dela pode ser cumprido por meio da recuperação, não haveria razão para denegar o processamento do pedido, a não ser em caso de, além de ter um propósito específico, ter um prazo determinado que terminasse antes do pedido.

O instituto da recuperação judicial, como visto, tem como princípio fundamental a preservação da empresa em razão de sua importância socioeconômica e de sua função social. Note-se que a Constituição Federal ao tratar, em seu artigo 170, os princípios pelos quais a ordem econômica deverá se pautar, quais sejam, a valorização do trabalho e a livre iniciativa, tem a finalidade de assegurar a existência digna nos ditames da justiça social.

Destarte, a empresa possui um papel social importante visto que possibilita a criação de empregos e conseqüentemente ao desenvolvimento econômico nacional. Arnoldi (2000, p. 157-162), inclusive, afirma que a “empresa é um poder que representa uma força socioeconômico-financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar de forma decisiva, o local onde se encontra”. Assim, depreende-se que o crescimento das empresas altera as relações sociais e econômicas da região, seja ao arremeter uma massa de trabalhadores cuja relação no entorno da empresa também se altera seja pela situação financeira decorrente dos salários, seja ao gerar a arrecadação tributária, seja ao contratar com outras empresas menores, daí a importância do princípio da preservação da empresa.

Segundo Waldo Fazzio Junior²⁹ a empresa seja insolvente ou não, ela é uma unidade econômica que interage no mercado, de forma a compor uma complexa teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social, ao passo que é uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços. É um ponto de alocação de trabalho, oferecendo empregos. É um elo na imensa corrente do mercado e é justamente por isso, que não pode desaparecer, simplesmente, sem causar seqüelas.

Deste modo, pode-se deduzir, ao menos em tese, que somente a SPE com prazo determinado, como qualquer outra nessa condição, se entrar em crise próximo do esgotamento de seu prazo não terá seu pedido de recuperação processado, visto que, conforme assevera Coelho (2010, p. 373 - 374) nem toda empresa merece ser recuperada uma vez que a recuperação judicial tem um custo e quem, em última análise, está encarregado de pagá-lo ser a sociedade já que o devedor em estado de recuperação repassará para os seus produtos e/ou serviços os custos tendo o consumidor/usuário de pagar pela mesma. Daí, resultar que somente empresas viáveis devem ser recuperadas e, não se mostra viável recuperar uma empresa que logo adiante será liquidada, uma vez que vai de encontro ao princípio da preservação da empresa e da função social.

Por outro lado, a SPE condicionada à realização de um objeto ou empreendimento ao entrar em crise antes da concretização de seu objeto específico, possivelmente

²⁹ Insolvente ou não, a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social. É uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços. É um ponto de alocação de trabalho, oferecendo empregos. É um elo na imensa corrente do mercado que, por isso, não pode desaparecer, simplesmente, sem causar seqüelas.

A atividade empresarial desborda dos limites estritamente singulares para alcançar dimensão socioeconômica bem mais ampla. Afeta o mercado e a sociedade, mais que singela conotação pessoal. Daí por que urge prevenir a insolvência da empresa. Daí, por que basta a presunção de insolvência para justificar a busca de uma solução jurisdicional. O interesse de agir nos processos regidos pela LRE habita na necessidade de um provimento judiciário apto a dirimir não só a crise econômico-financeira de um empresário, mas também toda sorte de ralações daí decorrentes, de modo a preservar, se possível, a unidade econômica produtiva.

[...]

Se é verdade que a proteção do crédito mantenedor da regularidade do mercado é um intento que precisa ser protegido, não é menos verdade que o interesse socioeconômico de resguardar a empresa, como unidade de produção de bens e/ou serviços, prevalece sobre quaisquer outros afetados pelo estado deficitário, porque se revela como o instrumento mais adequado para atender aos interesses dos credores, dos empregados e do mercado. (FAZZIO JUNIOR, 2005, pp. 35-36).

poderá ter seu pedido de recuperação processado, claro que, como qualquer outra empresa, terá que atender os requisitos estatuídos na LRE, principalmente, o requisito da viabilidade. Tal hipótese ocorre por que a SPE foi constituída para cumprir determinado objeto ou empreendimento sendo este o seu fim social, vez que ao desenvolver sua atividade a fim de cumprir com o seu propósito, certamente, desenvolveu uma cadeia de relações conforme descrito acima e esta teia de relações, depende que SPE cumpra o seu objeto para que todos se beneficiem.

Nestes termos, o processamento da recuperação desta SPE nestas condições não afronta o princípio da preservação da empresa e sua função social, pelo contrário, é justamente em função dos mesmos que a referida sociedade deverá ter seu pedido de recuperação judicial processado visto que ao recuperá-la possibilitará que a mesma cumpra com o seu objeto e, por tal razão, os objetivos almejados pela Lei 11.101 de 2005 serão alcançados.

5 CONCLUSÃO

O instituto da Recuperação judicial, instituído pela lei 11.101 de 2005 surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em substituição ao Instituto da Concordata regido pelo Decreto-Lei 7.661, de 1945 que se tornou inviável para possibilitar a recuperação do empresário em crise na atual conjuntura econômica, uma vez que não possibilitava um reerguimento do empresário adequado que quase sempre via sua falência decretada. Assim, o instituto da recuperação judicial dar maior segurança jurídica às partes envolvidas pela crise do devedor e delinear um caminho mais seguro na busca pela efetiva recuperação da empresa que se encontra em dificuldade econômico-financeira e, não somente a liquidação como ocorria na disciplina do revogado Decreto-Lei 7.661 de 1945.

A recuperação judicial encontra-se fundada na ética e solidariedade e visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantindo a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurando a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia. Confere maior segurança jurídica tanto ao credor quanto ao empresário devedor, uma vez que possibilita ao empresário devedor elaborar juntamente com os seus credores o plano de recuperação a ser apresentado ao juízo da recuperação. Para a elaboração deste plano de recuperação o devedor pode contar com vários meios e dentre eles a constituição de uma SPE, prevista no artigo 50, XVI.

Não obstante a previsão expressa da constituição de tal sociedade como meio de recuperação de empresa na referida lei, a mesma não elenca quais os tipos societários em que ela poderá se revestir para cumprir este fim.

Deste modo, foi verificado neste trabalho que a SPE não é um tipo de sociedade em si, para ela se constituir terá de se utilizar de um dos tipos societários existentes no direito brasileiro conforme estabelece o parágrafo único do artigo 997 do Código Civil. Ante esta previsão, pode-se concluir que a SPE pode se revestir da forma societária limitada para atuar como meio de recuperação judicial desde que obedeça ao regramento deste tipo societário.

Constatou-se também, que a SPE constituída como meio de recuperação judicial, não obstante a exigência do prazo de dois anos de exercício de atividade empresarial pelo devedor, estabelecido no *caput* do artigo 48, não significa que estará sempre adstrita a tal prazo, uma vez que esta sociedade é independente do empresário em crise e, em razão do exercício de sua atividade poderá realizar negócios que mesmo com o encerramento do processo de recuperação tais obrigações poderão perdurar além daquele prazo de 02 dois anos previsto no artigo 48 da referida lei.

Assim, a SPE por ser pessoa jurídica autônoma do devedor terá que cumprir com as obrigações assumidas independentemente do prazo de dois anos estabelecido no *caput* do artigo 48 da Lei 11.101 de 2005 podendo-se concluir pela possibilidade de a SPE constituída como meio de recuperação também poder ser objeto de recuperação judicial.

De igual modo, verificou-se que a SPE, de modo geral, pode ser constituída com prazo determinado ou indeterminado. Entretanto, devido às suas características, mesmo que ela seja constituída por prazo indeterminado, ela poderá ter seu prazo de existência condicionado à realização de seu objeto, visto que o prazo, obrigatoriamente, deve ser limitado ao término de empreendimento de objeto específico e determinado, ou seja, sua existência está limitada à consecução do próprio objeto social da empresa.

Nesta esteira, pode-se concluir que a SPE com prazo determinado, como qualquer outra nessa condição, se entrar em crise próximo do exaurimento de seu prazo, possivelmente, não terá seu pedido de recuperação processado, visto que, a recuperação judicial tem um custo e quem arca com ele é sociedade brasileira e, por tal razão, não seria crível recuperar uma empresa que logo adiante será liquidada. Tal disparate vai contra o princípio da preservação da empresa e da função social.

Por outro lado, é possível concluir que a SPE condicionada à realização de um objeto ou empreendimento se entrar em crise antes da concretização de seu objeto específico, possivelmente poderá ter seu pedido de recuperação processado, desde que atenda aos requisitos estatuídos na LRE. Isso ocorre devido ela ter sido constituída para cumprir determinado objeto ou empreendimento, sendo este o seu fim social e deverá cumpri-lo vez que ao desenvolver suas atividades enveredou-se numa teia de relações negociais que dependem que esta empresa, sendo viável, seja preservada em virtude do princípio da preservação da empresa e sua função social que ao recuperá-la possibilitará que a mesma cumpra com o seu objeto e conseqüentemente com sua função social, objetivos estes, perseguidos pela Lei 11.101 de 2005.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARNOLDI, P R C; MICHELAN, T C C. **Novos enfoque da função social da empresa numa economia globalizada**. Revista de direito Mercantil, Industrial e Financeiro, v. 37, n.117.2000.

BERTOLDI, M.M; RIBEIRO. M. C. P. **Curso avançado de direito comercial**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPINHO^a, Sergio. **O direito de empresa à luz do novo código civil – 11^a Ed.** rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAMPINHO^b Sergio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial.** 5^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à lei de sociedade anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO^a, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO^b, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** v. 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO^c, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** v. 1. 9 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO^d, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** v. 2. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO^e. Fabio Ulhoa. **Comentário à Lei de Falência e de recuperação de empresas.** 8 ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

FARIAS, C. C; ROSENVALD. N. **Direitos Reais** – Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FÉRES, Marcelo Andrade. Acesso em 10/11/2011, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/artigos/Marcelo_rev75.htm>.

FRANCO, V. H. M.; SZTAJN. R. **Falência e recuperação da empresa.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GAVAZZONI, Aluisio, **História do direito; dos Sumérios até a nossa era.** 2 ed. Atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GUIMARÃES, Leonardo. **A SPE Sociedade de propósito específico**. Revista de Direito Mercantil, n. 125, p. 135, jan./mar. 2002.

LOBO, Jorge. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. In: TOLEDO, P. F. S. S; ABRÃO, C. H. (Org.). 4 ed. Rev. Atul. São Paulo: 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. v.1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REQUIÃO, Rubens, **Curso de Direito Comercial**, 1º Volume, 29.ed. rev. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROQUE, Sebastião José. **Direito Societário**. São Paulo: Ícone, 1997.

SPINELLI, Andréa Martins Ramos. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de empresa**. In. MACHADO, R. A. (Coord). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TOLEDO, Margherita Coelho. **A sociedade de propósito específico no âmbito do direito empresarial brasileiro**. Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2009. Acesso em: 20 set. 2011. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/margheritacoelhotoledosociedadepropositoespecificoambitodireitoempresarialbrasileiro.pdf>>.