

WALTER GODOY NETO

**O INSTITUTO DA CONCORDATA E A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA E SOCIAL
DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco.

**CURITIBA
2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

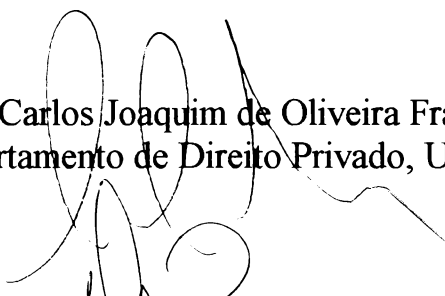
WALTER GODOY NETO

***O INSTITUTO DA CONCORDATA E A ECONOMIA SOCIAL DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL***

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:

Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco
Departamento de Direito Privado, UFPR



Prof^a. Márcia Carla Pereira Ribeiro
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof. Carlos Eduardo M. Hapner
Departamento de Direito Privado, UFPR



Curitiba, novembro de 2003.

Aos meus pais e a minha família. São eles os responsáveis por tudo que sou hoje. Aos verdadeiros amigos pelo apoio incondicional que sempre prestaram. A todos aqueles com quem convivi nesses cinco anos de faculdade e que com certeza muito me acrescentaram.

SUMÁRIO

RESUMO.....	1
INTRODUÇÃO.....	2
1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO DIREITO FALIMENTAR E NOÇÕES HISTÓRICAS.....	4
1.1 Âmbito de Incidência.....	4
1.2. A Evolução da Falência – Breve Histórico.....	10
1.2.1. Direito Romano.....	10
1.2.2. Idade Média.....	11
1.2.3. O Direito Falimentar no Brasil.....	13
2. FASES DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONCURSAL.....	16
2.1 Primeira Fase de Desenvolvimento do Direito Falimentar.....	16
2.2 A Fase Intermediária.....	18
2.3 A Terceira Fase.....	19
3. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO.....	25
3.1 Breve Introdução.....	25
3.2 O Direito Francês.....	27
3.3 O Direito Italiano.....	32
3.4 O Sistema Americano.....	35
3.5 O Direito Argentino.....	36
4. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM CRISE.....	38
4.1 O Decreto-lei 7.661/45.....	38

4.2 Um Novo Sistema Falimentar Brasileiro.....	41
4.3 O Projeto de Lei 4.376/93.....	48
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar a história do instituto da concordata, para, através de sua evolução, compreender a atual fase em que se encontra. Juntamente com essa análise histórica faremos uma reflexão sobre a nova empresa e sua interpretação pelo Direito. Com esses dados discutiremos sobre o instituto da concordata, criticando sua aplicação prática, para então chegarmos ao ponto crucial desse trabalho, que é a análise da concordata no Brasil, e o novo instituto da recuperação judicial previsto no Projeto de Lei nº 4.376/93, tendo sempre como pano de fundo a importância econômica e social da recuperação judicial para a empresa em crise.

INTRODUÇÃO

O Direito Comercial moderno baseia-se em uma nova concepção de empresa. A macro-empresa¹, possui uma grande influência na economia e na sociedade, entrelaçando múltiplos interesses.

Estes interesses que muitas vezes a realidade jurídica não percebe. Nossos ordenamentos não captam verdadeiramente os interesses em jogo, bem como a importância de cada um deles no jogo de xadrez da economia e da sociedade.

Não foi de forma diferente com a nossa legislação falimentar. Editada em um momento de grandes transformações, não pôde refletir os grandes anseios da época. Sua inadequação tornou-se sensível, fazendo com que seus institutos concursais para pouco prestassem na prática do Direito Empresarial.

Sobre essa realidade jurídica que iremos nos debruçar.

Tendo como pano de fundo e finalidade última a realização do interesse de todos os dependentes do futuro da empresa, nos propomos partir em uma análise no Direito Comparado dos diversos institutos que, assim como a Concordata no Direito Brasileiro, procuram sanar as dificuldades da empresa para encontrar mecanismos que satisfaçam esses interesses em jogo.

Esquemmatizando nosso raciocínio, partimos de uma análise histórica da Concordata. Através da análise de suas fases de desenvolvimento verificaremos suas principais alterações ao longo do tempo, até chegar nos atuais dias. Assim, teremos uma boa visão dinâmica do instituto e de seus parentes próximos, que surgiram recentemente, com o mesmo fim, com suas principais características sendo detalhadas.

Abriremos um breve parênteses nessa análise das fases metodológicas para introduzirmos a questão da empresa na atualidade. Afinal, é sobre ela que recai o nosso objeto de estudo, a Concordata e os institutos de recuperação da

¹ Para Fábio Konder Comparato a macro-empresa é a grande manifestação da empresa moderna., na qual os múltiplos interesses estão em jogo. COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. 1ª ed., São Paulo: Editora RT, 1970.

empresa em crise. Com esse estudo teremos uma melhor compreensão dos múltiplos interesses envolvidos em uma empresa de grande porte.

Na busca de novas soluções para o nosso ordenamento, utilizaremos o Direito Comparado, especialmente a legislação francesa, para superar a atual fase da legislação falimentar brasileira.

Em seguida, tendo em mãos os sucessos e fracassos das legislações estrangeiras, faremos uma crítica ao atual regime de concordata. Essa crítica abrirá caminho para a análise do novo mecanismo proposto pelo nosso legislador, ainda em trâmite na Câmara dos Deputados para, em seguida, concluirmos o trabalho.

CAPÍTULO I

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO DIREITO FALIMENTAR E NOÇÕES HISTÓRICAS

1.1 Âmbito de incidência

O Estado, por reconhecer a importância da atividade de produção e circulação de bens e serviços, que é feita mediante a empresa, proporciona um tratamento diferenciado aos empresários, conferindo-lhes a possibilidade de obterem a concordata e a falência. Essa importância do Direito Falimentar e Comercial para o bom andamento do crédito na sociedade capitalista, fundamental para o seu desenvolvimento, já foi bem analisada pelo Professor Assis Gonçalves:

Tem-se que considerar sempre que o devedor em estado de insolvência precisa ser tratado pelo Estado de modo peculiar, de um modo que possibilite a satisfação dos seus credores dentro do princípio da igualdade e na consideração de que seu patrimônio é a única garantia que têm para receber seus créditos.²

A falência, portanto, conceituando-a de maneira ampla, sem nos atermos aos detalhes, é um instituto de Direito Comercial, um complexo de regras jurídicas, com características processuais e de direito material, que visa a solução judicial da situação jurídica do devedor comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida, buscando livrar o sistema capitalista do mau funcionamento do crédito.

O âmbito de atuação do Direito Falimentar, que é o mesmo do Direito Comercial em geral, depende da teoria adotada como critério. Através dele, poderemos definir quem é o sujeito de direito que beneficia-se da falência e da concordata, afinal, não deixa de ser um benefício.

Inicialmente adotou-se a teoria subjetiva como parâmetro para a aplicação do Direito Comercial. Com o desenvolvimento do comércio na Idade Média surgiu a figura do comerciante e a respectiva classe burguesa. A discriminação sofrida

² NETO, Alfredo de Assis Gonçalves (org.). *O Anteprojeto de Lei de Falência*. In: Revista do IAP nº 23. Curitiba: O Instituto: 1993, p. 22.

pelos comerciantes por parte da Igreja fez com que se organizassem em corporações, buscando garantir direitos e um espaço na sociedade. Dessa forma de organização em corporações mercantis surgiu o Direito Comercial, como sendo aquele direito aplicado por essas organizações a todos os comerciantes devidamente inscritos nas mesmas. Era um direito paralelo, criado pelas corporações para aplicá-lo apenas a classe dos comerciantes na resolução de seus problemas advindos de seus negócios.

Portanto, essa primeira fase do Direito Comercial é classificada como subjetiva, pois o critério para gozar do benefício desse novo direito classista era a matrícula nas corporações.

Com o fortalecimento do Estado nacional e o conseqüente enfraquecimento dos órgãos de classe, o critério de incidência do Direito Comercial também sofre alterações. Com essa mudança, as corporações perderam sua força em detrimento da centralização do Estado ao final da Idade Média. A teoria subjetiva cede lugar à teoria dos atos de comércio.

Pela nova teoria, comerciante era aquele que pratica atos de comércio. Com a entrada em vigor do Código Mercantil Napoleônico de 1807 (*Code de Commerce*) essa teoria entra para o mundo jurídico. A idéia é abarcar com o Direito Comercial todos aqueles que se dedicassem a atividade mercantil, independente da filiação a algum órgão de classe. O sujeito do Direito Comercial é classificado de acordo com a sua atividade, independente de estar filiado a uma corporação.

Porém, esse novo critério para a aplicação do direito dos comerciantes mostrou-se insatisfatório, uma vez que os comercialistas nunca conseguiram definir o que seja ato de comércio de maneira satisfatória.

A falha do critério objetivo, como também é chamada essa teoria, fica melhor evidenciada nas palavras de Fábio Ulhoa: "a teoria dos atos de comércio resume-se rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas."³

³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.

Assim, diante da dificuldade em definir os sujeitos beneficiários desse ramo do Direito, muitos ordenamentos preferiram elencar aqueles que estariam protegidos pelo Direito Comercial e Falimentar.

No caso particular do Brasil, o Código Comercial de 1850, que teve sua parte geral revogada pelo Novo Código Civil de 2002, adotou uma teoria mista, na qual se define o sujeito em seu artigo 4º, relacionado aquele que exerça a mercancia como profissão. Mas a indefinição quanto aos sujeitos, em nosso ordenamento, permanece, ao ter-se adotado a teoria dos atos de comércio.

Além do problema acima relatado, pelo momento em que foi elaborada essa teoria objetiva, deixou-se de lado, fora do Direito Comercial e Falimentar a prestação de serviços em massa e organizada de forma empresarial.

É com essas dificuldades que desenvolveu-se a Teoria Subjetiva Moderna ou, mais comumente conhecida como Teoria da Empresa. Com o Código Civil italiano de 1942, inaugura-se essa nova fase.

Para essa nova teoria, todo empreendimento organizado economicamente para a produção ou circulação de bens ou serviços, está submetido à regulamentação do direito comercial. O Direito Comercial volta-se para a empresa, colocando-a em seu centro, ao redor da qual gravita o Direito Empresarial moderno.

Essa teoria mudou a incidência do direito comercial, passando de uma atividade para uma pessoa: o empresário (empreendedor) seja ele pessoa física ou jurídica.

Essa nova teoria foi materializada em nosso ordenamento através do Novo Código Civil de 2002. Portanto, já temos em nosso ordenamento essa nova teoria, de forma que uma nova lei de falências apenas iria adequar-se ao que já diz o novo código civil, como veremos mais adiante.

Portanto, com essa nova teoria, a empresa ganha o destaque devido dentro do Direito Falimentar. Como podemos observar, o Instituto da Concordata, assim como ocorre com a Falência, está intimamente ligado ao desenvolvimento da empresa. Todo o Direito Comercial, em estreita conexão com a economia, extrai dela o seu substrato, refletindo seu desenvolvimento. Sobre esse ponto já

assinalara Waldírio Bulgarelli: “Mas, é inegável, também, que o fulcro básico gerador de todas essas transformações já ocorridas e em devir é a *empresa*, tipo de instituição econômica que, gerada embrionariamente no bojo da Revolução Industrial, ampliou-se desmedidamente até dominar o panorama da economia atual”.⁴

Não é sem razão que o Professor Fábio Konder Comparato acredita ser a empresa a instituição social que serve de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea.⁵

O fenômeno da empresa já era observado pela Economia antes do Direito preocupar-se com a sua existência. Para os historiadores econômicos o surgimento da empresa está relacionado com a Revolução Industrial. Além da Economia, outros ramos, como a Sociologia, já haviam despertado interesse por sua análise. Ao primeiro tempo, o Direito relutou em reconhecê-la com a devida importância. Nas palavras do Professor Bulgarelli: “Os fatos, porém, foram se impondo à consciência de todos, de tal arte que se acabou por reconhecer sua importância e a necessidade subsequente de se encontrar para ela um lugar ao sol no Direito.”⁶

Mas, mesmo quando adentrou ao mundo jurídico, ganhando nova roupagem, foi somente bem mais tarde que ganhou espaço no Direito Comercial. Nos permitimos reproduzir mais uma observação do Professor Bulgarelli, por bem fazer entender a introdução desse conceito no mundo jurídico:

Independentemente das motivações mais diretas ou particulares, a verdade é que a empresa, porque passou a dominar a economia moderna, teria fatalmente, mais cedo ou mais tarde, que encontrar um lugar no Direito. E, conquanto se tenha intrometido em praticamente todos os ramos do Direito, o lugar central, convergente, que lhe é próprio, está no Direito Comercial, pois é a ele que compete a fixação de um regime jurídico no âmbito privado. Historicamente, a empresa tendo nele se inserido timidamente, quase esquivamente, graças ao elastério dado à *noção econômica de comércio*, a partir do momento em que assumiu a hegemonia econômica, tomando vestes próprias, acarretou,

⁴ BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 2.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A Reforma da Empresa*. In: Revista de Direito Mercantil, nº 50, São Paulo: RT, 1999. p. 57.

⁶ BULGARELLI, Waldírio. Op. Cit., p. 12.

naturalmente, a inversão dos papéis: o comerciante passa a ser um tipo de empresa (a empresa comercial), e não a empresa um tipo de comerciante.⁷

Convertendo-se na base da economia moderna, a empresa repercutiu no Direito, modificando estruturalmente vários de seus ramos, em especial, o Direito Falimentar.

A entrada da empresa no âmbito jurídico foi marcada por uma grande dificuldade em juridicizá-la e em saber qual a importância que se deveria dar ao conceito. Para essa questão cabe citar, mais uma vez, Bulgarelli:

Além da valoração dos interesses em jogo, tem-se aqui também a questão de mantê-la no âmbito do Direito Comercial, entendida como o era e, de certa forma ainda é, no regime dos códigos napoleônicos, como contrato de empreitada e como organização da atividade industrial, subordinada à noção de ato de comércio ou mesmo de atividade, para efeito de qualificação do comerciante, ou então de conferir-lhe um lugar central no plano jurídico, correspondente a sua importância na realidade sócio-econômico, como agente da produção de bens e serviços para o mercado.⁸

Contudo, contrariando essa busca incessante por um conceito jurídico de empresa que expresse sua mais fiel realidade, em acordo com o Professor Fábio Konder, tal trabalho é inútil. Deve-se, ao invés, apenas colocar a empresa como instituição-chave. Posicionando-a ao centro, como fundamental para o ordenamento, torna-se primordial a sua recuperação. A Teoria da Empresa vai ao encontro dessa nova visão, ampliando o conceito de empresa e dando-lhe a devida importância.

Dessa forma, adotando-se a Teoria da Empresa, a empresa é colocada ao centro e ganham importância seus aspectos econômico e social.

A empresa começa a ganhar destaque para o Direito Comercial com a Revolução Industrial, quando voltou-se para o mercado, deixando de ser doméstica, com nas épocas anteriores. Esse é o verdadeiro marco para o Direito Concursal, visto que foi a partir desse momento que passou-se a trabalhar para gerar excedentes, organizando-se a empresa com essa finalidade.

⁷ Ibid., p. 14.

⁸ Ibid., p. 73-74.

Na verdade, até esse momento (século XVIII), a atividade produtiva era essencialmente agrícola. É a partir da Revolução Industrial que a organização produtiva sofre uma verdadeira transformação. Uma série de invenções, tais como a máquina a vapor, o tear mecânico e a máquina de fiar hidráulica revolucionaram o sistema econômico. Com essas transformações o capitalista toma o lugar do proprietário de terras, atraindo pessoas de todas as partes para trabalharem em suas fábricas, com promessas de dias melhores.

Mas é após a Segunda Grande Guerra que se verificou uma intensa descoberta de novos inventos tecnológicos que propiciaram o desenvolvimento da indústria, que assim se expandiu. Até a Revolução Industrial elas se limitavam a determinados ramos. A Segunda Guerra Mundial deu um novo impulso ao desenvolvimento tecnológico, que se refletiu nas empresas que, por sua vez, influenciou o Direito Concursal.

Com a expansão em função dos avanços tecnológicos em grande escala, as empresas passaram a depender, fundamentalmente, da eficiência da organização, aliando tecnologia e planejamento. A empresa passou a depender de talentos especializados e de sua organização.

Ao mesmo tempo em que a empresa expandiu seus ramos de atuação, houve um deslocamento de poder. O desenvolvimento da empresa, amplificando sua atuação após a Segunda Grande Guerra, expandiu o capital, através da sociedade anônima. A empresa cresceu de importância não somente pela sua produção em praticamente todos os ramos, mas também devido ao capital utilizado, que se expandiu de forma que o futuro da empresa em forma de sociedade anônima, principalmente, é de grande importância para um número muito grande de pessoas, os acionistas.

Portanto, além da importância econômica da empresa, que cresceu vertiginosamente, também cresceu a importância social. Como bem observa o ilustre professor Jorge Lobo:

Desde o século XIX, a empresa, em particular a sociedade anônima, só fez crescer, agigantar-se, fazendo-se presente na vida de todos nós a cada momento do dia, em que tudo fabrica e tudo vende, criando e, ao mesmo tempo, satisfazendo novas e velhas necessidades, daí porque as modernas companhias encontram-se muito distantes de suas

matrizes quando as encaramos sob o ângulo qualitativo do progresso técnico, ou sob o prisma quantitativo de bens e serviços que hoje produzem incessantemente.⁹

É a partir desse instante que os interesses na empresa tornam-se complexos e múltiplos, sendo de extrema importância para o Direito Falimentar.

1.2 A Evolução da Falência – Breve Histórico

1.2.1 Direito Romano

A concordata, que pode ser definida, segundo Amador Paes de Almeida como o instituto que objetiva regularizar a situação do devedor comerciante, evitando ou suspendendo a falência¹⁰, tem sua origem na Idade Média, nas cidades italianas. Através de seus estatutos, aperfeiçoando alguns institutos do Direito Romano, surgiu como meio de execução, mediante a constrição da vontade do devedor. Wilson de Souza Batalha e Silvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto analisam os antecedentes romanos do instituto da concordata e sua aparição nos estatutos das cidades italianas assim:

Duas instituições de direito romano lembram a concordata judicial: o *pactum remissorium* entre os credores da herança e o herdeiro e as *indiciae quinquennales*, ou moratória, concedidas pelos credores (ou pelo Príncipe) ao devedor que oferecia a *cessio bonorum*. **O direito romano não conheceu a concordata com o devedor insolvente.** A Lex Julia (a . 737) introduziu para o devedor o benefício da *bonorum cessio* e apenas no tardio direito imperial foi admitida, em face desse benefício, a faculdade de os credores recusá-lo, concedendo ao contrário, uma prorrogação de cinco anos para o pagamento (1.8.C.7). Essa espécie de concordata moratória era sujeita ao princípio da maioria e implicava a formação de uma massa creditória deliberante, mas sem intervenção da autoridade judiciária. A concordata verdadeira surge na Idade Média, no direito estatutário italiano, **mercê da aplicação à relação entre o devedor insolvente e os seus credores do diverso e mais antigo instituto romano, o *pactum remissorium (ut minus solvatur)*, que o herdeiro podia propor aos credores hereditários.** Isso implicava que os credores deliberassem por maioria, ficando vinculados aos credores ausentes. Embora a doutrina repugnasse a aplicação desse pacto ao devedor insolvente, a praxe comercial o generalizou em quase todas as cidades italianas. Na Alemanha, com exceção de algumas

⁹ LOBO, Jorge. *Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado*. In: Revista dos Tribunais, nº 754, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 13-14.

¹⁰ ALMEIDA, Amador Paes. *Curso de Falência e Concordata*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p. 385

idades comerciais em que o exemplo italiano foi aceito, não se disciplinou a concordata. Na França, o reconhecimento da concordata teve início com a Ordenança de Lyon em 1673, precedida pela de Antuérpia (1608) e de Amsterdam (1659), tudo como relata o citado Bonelli.¹¹ (sem grifo no original)

No direito romano a obrigação recaía sobre o indivíduo e não sobre seus bens. Havia uma clara preocupação em punir o devedor, caracterizando-se como uma execução pessoal, em que o credor detinha a posse do devedor, servindo de escravo, no direito quiritário, para o credor.

Em 428 a. C., a *Lex Poetelia Papiria* introduziu a execução patrimonial no direito romano. Posteriormente, o pretor passou a intervir no desapossamento dos bens do devedor, sendo nomeado um curador para a administração dos bens do falido.

Com a *Lex Julia Bonorum*, de 737 a. C., está a origem do instituto da falência, como hoje concebemos e que foi utilizada como inspiração na Idade Média pelos italianos nos seus estatutos.

1.2.2 Idade Média

O Direito Falimentar, como concebido hoje, foi ordenado e sistematizado pelos italianos, nos estatutos de suas cidades., utilizando o direito romano como inspirador de suas idéias.

A tutela estatal toma o lugar dos credores na iniciativa do processo de falência. Os credores passam a ter suas atitudes condicionadas à disciplina jurídica do estado.

Nesse período, as penas pessoais ao devedor, principalmente ao fraudulento, ainda são muito comuns. A falência, ainda nesse tempo, era considerada um delito.

Interessante nota a amplitude de aplicação da falência. Ela estendia-se a toda espécie de devedor, seja comerciante ou não. Com o desenvolvimento do

¹¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos & RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha. *Falências e Concordatas*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1999. p. 706-707.

comércio, alguns países passaram a limitar esse benefício apenas aos comerciantes. É o caso da Itália, da França e de Portugal, que muito influenciou o nosso ordenamento. Já os países anglo-saxões não fizeram nenhuma restrição a esse respeito, sendo direito de todos, comerciantes ou não.

Apesar dessa gênese do instituto feita acima, não há, quanto à sua aparição, consenso na doutrina. Em Florença, por exemplo, a concordata foi se firmando ao final do século XIII, com o intuito de proteger os credores, normalmente tomando como base um processo falimentar. Nos textos legais ela surge na segunda metade do século XVI. Dos estatutos das cidades italianas a concordata passa para legislações de outros países, como foi o caso da França, que em 1673 previu o instituto em sua Ordenança, como acima já exposto.

Como acima pudemos destacar, o Código Mercantil Napoleônico de 1807 teve grande influência no desenvolvimento do Direito Falimentar. Este, restringia a falência ao devedor comerciante, considerando, ainda, criminoso o devedor que faltasse com suas obrigações.

Através do Código Comercial francês de 1807, modificado pela lei de 1838, o instituto desenvolveu-se em outros países, como observa Trajano de Miranda Valverde:

A legislação francesa passa, no começo do século transato, com as vitórias napoleônicas, a vigorar na Itália, e, ainda mesmo após a restauração, continua a servir de modelo, já agora, não só à legislação da Itália, mas também às legislações da quase totalidade das nações latinas. Mesmo a Espanha, cuja legislação sobre a falência e a concordata se assinalara por uma orientação especial, decorrente de certos princípios básicos que disciplinaram esses institutos, não pôde fugir, na codificação de 1829, ao modelo comum, o Código francês de 1807, se bem que dêle ainda se diferenciando, principalmente no conceito fundamental da concordata, havida, não como um meio normal de liquidação, e, sim como um meio extraordinário de pôr termo ao concurso de credores.¹²

Porém, ao final do período napoleônico muitas mudanças ocorreram em sede de Direito Concursal. Dentre outras leis inovadoras na matéria, destacamos, na França, a Lei de 1889, que regulamentou a liquidação comercial do devedor, com a preocupação de preservar a honra e o nome do devedor.

¹² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Vol II, 3ª ed., São Paulo: Editora Forense, p. 318-319.

1.2.3 O Direito Falimentar no Brasil

No Brasil colônia, aplicávamos as leis que vigoravam em Portugal. Assim foi que, nesse período, estivemos respeitando as Ordenações Afonsinas, passando para as Manuelinas e, por fim, estivemos de acordo com as Ordenações Filipinas, editadas pelo Reino de Castela, época em que Portugal estava sob sua administração política.

Foi somente em 1756, com um alvará promulgado por Marquês de Pombal que iniciamos nossa própria história no Direito Falimentar, introduzindo um ordenamento acentuadamente mercantil, exclusivamente voltado para o comerciante. Nesse ordenamento inaugural, previa-se que dez por cento do valor arrecadado com os bens do devedor falido deveriam ser a ele destinado para a sua sobrevivência. Notamos, com isso, que a legislação pátria debutante apresentava grandes avanços na matéria e na visão do Direito Falimentar. Mas, ainda assim, o comerciante fraudulento era preso.

Somente no período republicano é que voltamos a produzir leis no âmbito falimentar. O decreto-lei de 917 de 1890 é um marco histórico nesse sentido, instituindo meios preventivos, tais como a moratória, a cessão de bens e o acordo preventivo. A concordata preventiva adentra em nosso ordenamento através desse decreto de 1890, revogando a parte terceira do Código Comercial, intitulada “Das Quebras”, passando a conviver conjuntamente com a moratória no nosso ordenamento. Havia duas modalidades: aquela firmada por acordo extrajudicial homologado pelo juiz e a judicial. A primeira modalidade exigia que $\frac{3}{4}$ do passivo fosse renegociado com os credores, pedindo, então, que o juiz comercial homologasse esse acordo, abrindo-se espaço para os credores que não fizeram o acordo impugnarem tal ato. Através de prova pericial o juiz verificaria, então, a relação de credores e os respectivos valores. Era sujeito ativo da relação o devedor, com a anuência de $\frac{3}{4}$ dos créditos.

Porém, juntamente com essas inovações, tem no Brasil o crescimento das fraudes.

A Lei 859 de 1902 foi editada com a finalidade de acabar com essas fraudes. Contudo, não conseguiu alcançar o seu objetivo principal. Além disso, com essa lei a moratória foi suprimida do texto legal brasileiro.

Em seguida, como segunda tentativa no combate às fraudes, veio a Lei 2.024 de 1908, de autoria de Carvalho de Mendonça. Foi uma grande evolução no direito brasileiro, com grandes consequências para a prevenção das fraudes, só não conseguindo melhores resultados em função do arcaico judiciário da época, que não acompanhou a evolução do direito falimentar dada por esse novo texto legal. Com esse texto legal, a concordata passou a ser um instituto exclusivamente de natureza judicial, afastando-se o acordo extrajudicial.

Antes do Decreto-lei 7.661 de 1945 ainda tivemos a Lei 5.746 de 1929, mas que pouco acrescentou à lei anterior, apenas instituindo a porcentagem sobre os créditos para a concessão da concordata.

Com o Decreto-lei 4.595/64 vedou-se a concordata às instituições financeiras privadas e às públicas não federais. A Lei 4.983/66 deu nova redação ao artigo 175 da Lei de Falências ao determinar que o prazo para o cumprimento da concordata preventiva se inicia na data do ingresso do pedido em juízo, conforme bem nos ensina Nelson Abrão¹³, bem como Wilson Batalha e Silvia Marina Batalha¹⁴

Além desses dispositivos o Decreto-lei 73/66 impediu o acesso à concordata às sociedades de seguro, pelo artigo 26. o Decreto-lei 669/69 vedou o mesmo benefício às empresas que tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica. Destaque deve ser dado à Lei 7.274/84 e à Lei 8.131/90, que alteraram vários dispositivos referentes à concordata.

O Decreto-lei de 1945, apesar de muito criticado atualmente, foi um grande inovador na matéria ao seu tempo. Através dele, o poder dos magistrados aumentou em detrimento da diminuição de poderes dos credores. Indo ao

¹³ ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1997. p. 306.

¹⁴ BATALHA, Wilson de Souza Campos & RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha. Op. Cit., p. 707.

encontro dessa mudança, ambas as modalidades de concordata deixaram de ser um contrato para tornarem-se benefício concedido pelo Estado, através do Juiz, ao devedor infeliz, mas honesto.

As mudanças na referida lei são, hoje, muito esperadas. Porém, tal anseio deve ser visto com cautela, pois a simples mudança de lei, pela própria experiência que tivemos à época da lei de autoria de Carvalho de Mendonça, não servirá para alcançar os objetivos propostos, caso não seja feita uma mudança de posicionamento e de interpretação dos institutos relacionados ao direito concursal, à luz dos princípios constitucionais, como defendem alguns doutrinadores e que teremos a oportunidade, mais adiante, de comentar a respeito.

CAPÍTULO II

FASES DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONCURSAL

2.1 Primeira Fase de Desenvolvimento do Direito Falimentar

O Direito Falimentar pode ser analisado dividindo-o em fases de desenvolvimento¹⁵, as quais estão diretamente relacionadas com o desenvolvimento da atividade mercantil. Nessa evolução do instituto haveria três fases bem delineadas. A primeira ganha seus contornos nos primórdios estatutos medievais das cidades italianas, terminando com o início da Primeira Guerra Mundial. A segunda, de fase intermediária, está delimitada pelo período entre guerras. E por fim, a terceira, com início após 1945 e que perdura até os dias de hoje¹⁶.

Esboçou-se, ao seu início, um caráter liquidatório e de repressão ao devedor, buscando-se influenciar a sua vontade. Conforme bem coloca o professor Fábio Konder Comparato, “A insolvabilidade de um mercador nos estatutos corporativos medievais, não dava apenas ensejo à apuração de crimes praticados pelo falido. Ela era em si mesma um crime.”¹⁷

Tanto assim era visto que, ao se decretar a quebra, o falido era imediatamente preso. As normas estatutárias eram, dessa forma, essencialmente penais, com severas sanções previstas.

¹⁵ Baseamos nossa classificação na que o Professor Nelson Abrão utilizou em sua análise e que comumente é utilizada quando estuda-se o tema. ABRÃO, Nelson. *Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa*. São Paulo: ,1984. p. 9 e ss.

¹⁶ Robson Zanetti, sobre as fases metodológicas, muito utilizadas na análise do instituto, acrescenta uma quarta fase: “Existe uma nova tendência, a qual está ainda se encaminhando, que é a do tudo pela concorrência; com ela, as empresas improdutivas devem ser liquidadas para que a concorrência flua livremente. Essa nova corrente ainda não é aplicável no Brasil, mas somente na Europa, através da Consolidação do Direito Comunitário Europeu”. ZANETTI, Robson. *Direito Falimentar – A Prevenção de Dificuldades e a Recuperação de empresas*. Curitiba: Juruá Editora, 2000. p. 17.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 95.

Essas atitudes refletiam o pensamento da época. O devedor era presumido traidor de seus credores e culpado pelo não pagamento. Caracterizou-se o instituto, portanto, desde suas origens, como procedimento de execução do devedor presumido sempre como culpado pelo mal andamento dos seus negócios.

A Preocupação do legislador de, nessa época, estabelecer severos instrumentos repressivos, tentando, dessa forma, induzir o comerciante ao pontual cumprimento de suas obrigações demonstra esse pensamento.

Essa visão da insolvabilidade¹⁸ como crime constitui a primeira fase do instituto. No Código Napoleônico de 1807 essas regras dos estatutos das cidades italianas consolidam-se e estendem-se até a Primeira Guerra Mundial. Na verdade ela deixa de ser vista como crime, no decorrer dessa mesma fase. Porém, ainda assim conserva a característica de consistir basicamente em instrumentos de execução contra o patrimônio do devedor.

O final dessa primeira fase é eminentemente processual. Através de princípios do processo busca-se a execução do patrimônio do devedor, procurando dirimir conflitos entre credores e devedor e entre os próprios credores, quanto ao direito de cada um em ver seu crédito satisfeito antes dos outros. Portanto, o propósito liquidatório-solutório era buscado com a excessiva observância dos princípios do processo. A liquidação é vista como a única forma de salvaguardar os interesses dos credores, que, a esse tempo, são os únicos interessados na relação que se desenvolve com a empresa em crise. Resumidamente, é um Direito Concursal voltado para a satisfação dos credores (propósito liquidatório-solutório), através da coercibilidade, com caráter punitivo ao devedor, ainda que suavizado ao final do período.

Assim caracterizou o Professor Assis esse momento: Essa era sua única finalidade: observar estritamente os dois princípios a que me referi no início, que norteiam a composição de créditos e de vendas. **Visava, exclusivamente, solucionar o problema criado com o mau funcionamento do crédito**, de forma

¹⁸ Entendemos ser desnecessária, para o fim a que se destina (meramente histórico), a diferenciação entre *insolvência* e *insolvabilidade*.

eqüitativa, cada qual recebendo o que era seu da forma e no montante possíveis”.¹⁹ (sem grifo no original).

Mesmo nos dias de hoje, no Brasil, deixando-se de lado a característica repressiva que perseguiu o instituto da falência, o objetivo patrimonial que o cerca faz dele um processo de execução coletiva. Com resquícios dos objetivos antigos, é, ainda hoje, um instituto com graves conseqüências morais para o devedor.

Como bem observa o Professor Nelson Abrão e que será objeto de análise desse trabalho,

Questiona-se, nos dias atuais, a validade da concordata preventiva dentro da diretriz, ora prevalecente, da preservação da empresa em dificuldade econômico-financeira, mas dotada de viabilidade. A principal crítica que se lhe faz é de que o impulso inicial só pode ser dado pelo próprio devedor que, geralmente, o faz quando sua situação é irremediável: daí a freqüente conversão das concordatas em falência, ou a liquidação de débitos extrajudiciais, a preços vis. A matéria relativa à concordata deveria ser posta em dia com a moderna concepção de empresa, complexo de bens **e interesses que transcende as conveniências egoísticas de seu titular**, o que, evidentemente, demanda um esforço legislativo especial.²⁰ (sem grifo no original)

2.2 A Fase Intermediária

Acompanhando esse desenvolvimento da empresa e das economias dos países mais desenvolvidos o instituto ganha novo impulso. Com a crise da indústria um interesse mais amplo pela continuação da empresa começa a ganhar contornos mais nítidos.

Porém, o destino da empresa (sua liquidação ou continuação) continua nas mãos de particulares (devedor e credores). Ao final da Segunda Guerra Mundial começou a nascer, de maneira isolada em algumas disposições, a preocupação em se preservar a atividade empresarial para a tutela de interesses privados, segundo o Professor Assis Gonçalves²¹.

¹⁹ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. *Atualidades em Matéria de Insolvência*. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, nº 29, Curitiba: O Instituto, 1999. p. 24.

²⁰ ABRÃO, Nelson, Op. Cit., p. 306-307.

²¹ Ressalva, porém, o Ilustre Professor da UFPR, que tal fato aconteceu em disposições isoladas como, por exemplo, na *Corporate Reorganization* norte-americana. Além disso, diversos países começam a alterar pontualmente seus textos para alcançar esse novo objetivo. NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. Op. Cit., p. 24.

Nesse espírito várias leis são editadas no período entre guerras sobre acordos preventivos da falência. São exemplos desse período a Lei Espanhola de 1942, a legislação francesa anterior a 1955 e o “Chandler Act” norte-americano de 1938.

Para alguns doutrinadores essa fase inicia-se realmente na França, em 1965, com o *Relatório da Inspeção Geral de Finanças*.

2.3 A Terceira Fase

Nas duas primeiras fases acima examinadas, observa-se a finalidade liquidatória-solutória e sancionadora, com uma metodologia processual. Porém, após a segunda fase há uma crise do instituto, em função de uma ignorância quanto aos problemas de que deveria tratar. Observa-se nesse momento, um descompasso entre o Direito Falimentar positivado e a realidade das empresas, com forte apego patrimonialista restitutivo e reintegratório da insolvência, tudo em consonância com o intuito sancionatório do processo concursal. Essa limitação ao aspecto sancionatório é a causa da crise do instituto.

A última fase da evolução do Direito Falimentar começa após a Segunda Guerra Mundial, em 1945. Entretanto, como já dito acima, para muitos autores essa fase somente ganha força em 1965, na França, com o *Relatório da Inspeção Geral de Finanças*.

Busca-se, a partir desse Relatório, a preservação da empresa para a tutela de interesses públicos. Nesse novo cenário que se desenha, os termos “insolvência”, “impontualidade” e “inadimplemento”, estão superados pelo conceito metajurídico de “crise econômica da empresa” que substitui os que já não dão conta da realidade da empresa em crise. A insolvência é, agora, apenas uma parte extrema do conceito de crise econômica da empresa. Somente quando não é mais possível contornar-se a crise é que o termo insolvência pode ser aplicado, aproximando-se da falência.

Com esse deslocamento da solução da crise da empresa do plano jurídico para o econômico os credores vêem reduzidos os seus direitos. O interesse público é primário em todos os sentidos.

É na terceira fase, que é a atual, com marcante influência do Direito Econômico, surgido do abalo das estruturas jurídicas decorrente dos conflitos bélicos mundiais que o Estado intervém na relação entre credor e devedor, com finalidades macroeconômicas e sociais. O Direito Econômico é justamente essa percepção do Direito de que a economia é agora dirigida pelo Estado. É um conjunto de normas jurídicas que legitima o poder público a interferir livremente na economia. A legislação falimentar vai sofrer, nesse período, uma grande influência desse recente ramo do Direito, em razão das profundas mudanças ocasionadas pela Segunda Guerra Mundial. O Direito Falimentar vai ser marcadamente influenciado por esse novo estado de coisas.

Nessa avalanche de mudanças, o Direito Comercial também sofre alterações importantes. Uma delas é com relação à empresa, que substituiu o comerciante ou as sociedades comerciais. Diferem, pois, no aspecto de que juridicamente, o termo empresa põe em relevo seus dados econômicos e o meio onde a sociedade vive e funciona, ao contrário da idéia de sociedade, que apenas reflete juridicamente a comunidade de bens e dos objetivos de seus membros.

Supera-se, nesse momento, o princípio do *laissez faire*. O indivíduo é pensado em seu contexto social em que os interesses sociais estão acima dos individuais e garantidos pelo Estado Social. O homem além de direitos, tem deveres para com a sociedade, no quadro de uma economia à qual ele deve fornecer uma participação efetiva e ativa.

A função social da propriedade privada deve ser entendida, nesse trabalho, como um poder, o poder de dar à propriedade destino determinado, vinculando-a a certo objetivo. Essa vinculação legitima-se na medida em que, na sociedade atual, a propriedade privada cedeu lugar à garantia de emprego e salário justo no que se refere à garantia da subsistência individual ou familiar. É o que entende Fábio Konder Comparato, melhor explicado em suas próprias palavras:

Na civilização contemporânea, a propriedade privada deixou de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer.²²

Portanto, a função social da propriedade privada deve ser vista como um poder-dever do proprietário ou do controlador e do administrador, no caso de grandes empresas, vinculando-o a deveres impostos pelo ordenamento positivado. É por essa visão que uma nova lei de falências poderia autorizar a substituição do administrador da empresa, como será mais adiante detalhado.

O Professor Nelson Abrão, no entanto, faz uma importante ressalva sobre essa nova empresa, dizendo que “o lugar crescente que a empresa adquiriu na vida jurídica terminou, entretanto, por colocar em foco este fenômeno característico de nossa época, que é a substituição progressiva pelo caráter econômico da atividade à sua forma jurídica”.²³

Ao superar a concepção liquidatária-solutória dos procedimentos concursais, a matéria falimentar deslocou-se do campo privatístico para o publicístico. Antes, o valor maior envolvido era o crédito. Com a precepção das insuficiências do liberalismo, ao final da Segunda Guerra Mundial, o interesse público na conservação da empresa adquire um indubitável relevo. Houve a passagem da concepção como disciplina de relações meramente *inter partes* (devedor e credores) dos procedimentos concursais para uma econômica e social. Os interesses dos credores deslocam-se para segundo plano em detrimento da proteção da empresa em função do valor e do interesse que ela representa para a economia regional ou nacional. O Direito Falimentar passa a ser um instituto de Direito Econômico, desjuridicizando-o e passando a ser submetido aos imperativos únicos da ordem econômica ou social. São as conseqüências do critério publicista. Há uma desprivatização da matéria com a invasão nesse instituto de técnicas e espírito de Direito Público nas relações de Direito Privado.

²² Comparato, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. In: Revista de Direito Mercantil, nº 63, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 73.

²³ ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p. 18.

Além disso, Estendem-se os procedimentos coletivos a todas pessoas jurídicas de direito privado, mesmo não comerciantes.

Portanto, nessa nova visão, há o confrontamento de múltiplos interesses: entre o interesse dos credores e do Estado, entre os trabalhadores e os credores. Observa-se, também, a quebra da unidade de interesse dos credores. A *par condicio creditorum* torna-se obsoleta frente a essa quebra de homogeneidade de interesses. Dessa forma, até mesmo os credores percebem que a liquidação da empresa nem sempre é o melhor caminho para a satisfação de seus interesses. As medidas sancionadoras e repressivas atentam contra sua finalidade sócio-econômica, lesando interesses gerais de caráter social e econômico. A processualidade da falência cede a seu caráter substancial, assumindo decisivo relevo dentro do Direito Comercial.

Nesse contexto histórico-jurídico, acentuando o aspecto econômico da crise do instituto que falamos acima, o relatório da Inspeção-Geral de Finanças da França analisou a falência e seus institutos afins, apreciando-os sobre o ângulo econômico.

Através do relatório expressou-se a necessidade de que o instituto da falência fosse estendido a todas as pessoas jurídicas não comerciantes. Deveria ser adotado, como critério determinante para que a empresa se submetesse à legislação falimentar o exercício de uma atividade econômica.

A falência passa a ser vista como um meio de limitar e reparar o prejuízo causado aos terceiros e à coletividade pela cessação dos pagamentos e não mais como uma sanção. Para viabilizar essa nova postura, deve-se dar um enfoque mais pragmático, abandonando o excessivo processualismo.

O Relatório ainda deu um alerta no tocante às vias extralegais. Entendeu que os acordos extrajudiciais excluem os interesses públicos envolvidos, apenas satisfazendo os interesses particulares.

Concluiu que os procedimentos abertos de ofício são os que asseguram melhor recuperação dos credores. Deve-se abandonar o pensamento privatista e implantar um sistema falimentar mais ativo, prevenindo as dificuldades antes que

o devedor procure o judiciário, pois nesse momento pouco poderá ser feito para a manutenção da empresa.

Por fim, podemos destacar a importância dada pelo Relatório à distinção do homem empresário da empresa. A confusão desses dois sujeitos dificulta a adoção de mecanismos de recuperação da empresa, pois pune-se ela juntamente com o empresário nos casos em que este agiu de má-fé.

Roger Houin, jurista francês, também contribuiu para essa mudança de visão do Direito Falimentar. Para ele, a falência não deve ser um processo de liquidação, pura e simplesmente. Isso porque a empresa não interessa apenas ao devedor e seus credores. Deve-se lutar pela permanência da empresa, como forma de zelar pelos múltiplos interesses envolvidos, pois sua continuidade interessa aos sócios (em sociedades anônimas eles são muito numerosos) e aos trabalhadores, além de fornecedores e de empresas coligadas, que dependem da sobrevivência de outra empresa para que continuem funcionando. Isso sem falar na dependência econômico-fiscal de alguns municípios para com determinadas empresas, de grande porte, pois, sem elas, sua principal fonte de arrecadação de tributos deixaria de existir. Além disso, a desaparecimento de uma grande empresa, pelos efeitos acima vistos, pode desestabilizar a economia de uma região.

Uma legislação moderna de falência, na visão de Roger Houin, deveria enfatizar a necessidade econômica de permanência da empresa. O Direito não pode esconder de si mesmo a importância da continuação da empresa por motivos de interesse tanto econômico como social.

Desses estudos resultou como fruto a lei francesa sobre falências e concordatas de 1967 (que posteriormente, como veremos adiante, sofreu grandes alterações, a última em 1994). O critério para a concessão da concordata não é mais a gravidade das faltas cometidas, mas a possibilidade econômica de reerguimento da empresa, graças a uma concordata séria.

Esse novo critério para a concessão da concordata exige um Poder Judiciário preparado, pois é muito mais complexo. Conforme Nelson Abrão, "É necessário que o tribunal tenha uma certa experiência da vida dos negócios e, sob esse aspecto, os juízes consulares dos tribunais de comércio são mais

competentes que os magistrados profissionais; em qualquer hipótese, o tribunal pode se fazer assistir por expertos econômicos e é o que já sucede ao Tribunal de Comércio de Paris".²⁴

Estamos diante de uma nova visão da empresa. Esta passa a ser considerada de todos, enfraquecendo a noção de propriedade individual privada, conforme o entendimento do professor Comparato, que adotamos. As empresas passam a ser auxiliadas pelo Estado. É nesse momento que o Poder Judiciário precisa estar preparado, para policiar o auxílio do Estado no respeito aos direitos envolvidos. Pela complexidade das soluções a que permite recorrer, reclama a garantia que só a presença do Poder Judiciário pode proporcionar, o único que assegura o respeito dos direitos subjetivos. Este, por sua vez, deve estar atento à justiça social e não apenas atentar-se para uma ação reparadora ou condenatória. Deve, no sentido estrito do termo, estar em consonância com a antecipação de tutela. É a passagem do Estado de Direito para o Estado Social, passando de uma justiça comutativa para uma justiça distributiva. O Poder Judiciário deve estar sensível às realidades sociais da época. Nas palavras do Professor Nelson Abrão, "impõe-se, contudo, conforme desenvolveremos na parte apropriada deste estudo, uma judicatura perfeitamente sensível às realidades sociais da época e que imprima à agilização dos feitos o ritmo necessário para acompanhar os fatos econômicos, cobrindo o fosso que se abre entre a realidade e a norma."²⁵

²⁴ ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p. 23.

²⁵ Ibid., p. 36.

CAPÍTULO III

A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO

3.1. Breve introdução

Com os avanços na área do Direito Concursal, em razão das transformações ocorridas em nossa sociedade, com reflexos profundos na organização econômica e social da produção, a tradicional dicotomia dos processos falimentares entre concordata e falência foi superada. Com a substituição da filosofia do Direito Falimentar, passando de mero fim liquidatório-solutório para a busca incessante da recuperação da empresa é que se passou para um modelo com complexos e sofisticados mecanismos concebidos para reestruturar a empresa econômica e financeiramente viável.

Apesar de ainda hoje não se ter chegado a um consenso sobre a forma ideal de tratamento da empresa em dificuldades, é fato incontroverso, pelo que se pode observar nas mais diversas legislações, que os fundamentos para um novo plano estão se concretizando a cada dia, com a melhora decorrente da própria experiência de algumas legislações que por ora nos ocuparemos.

Nesse novo Direito Concursal, complexo e com inúmeros novos mecanismos de recuperação da empresa, cabe classificá-los de acordo com o momento em que são instaurados, bem como de acordo com a participação estatal nessa reorganização, em parafalimentares, pré-concursais, pré-falimentares e pós-falimentares²⁶.

Os procedimentos parafalimentares são administrativos e extrajudiciais, com decisiva participação do Estado ou autoridade pública no seu desenvolvimento. Há exemplos desse tipo de legislação na Itália (Dec.-lei 602/1978), e no Brasil (por exemplo, a Lei 6.024/1974, que versa sobre as instituições financeiras sujeitas à intervenção extrajudicial).

²⁶ Essa classificação é de autoria de Jorge Lobo. LOBO, Jorge. *Direito da Crise Econômica da Empresa*. In Revista dos Tribunais, nº 754, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 23.

Os procedimentos pré-concursais, como já foi dito, tem acento no direito estatutário, merecendo especial referência o estatuto de Veneza, que foi o berço do movimento que tutelava os direitos do devedor, ao invés dos sistemas da época, que apenas protegiam as vontades dos credores, pois via-se o falido como *fugitivus*.

Nas palavras do Professor Jorge Lobo, “o acordo pré-concursal é contrato inominado, celebrado entre o devedor e seus credores, com a finalidade de evitar a falência e de criar condições de reerguimento da empresa em estado de crise econômica.”²⁷

Tem natureza contratual, sem o impulso estatal na sua consecução. É extrajudicial, sem a participação do Poder Judiciário. Estabelecido pelas partes, consensualmente, oneroso e informal, com caráter preventivo. Seus efeitos estendem-se apenas às partes contratantes.

Tem por objetivo evitar a declaração da falência sem demora e sem a publicidade de um procedimento judicial. Seu caráter extrajudicial garante uma economia de custo e tempo, ao mesmo tempo em que sua informalidade lhe garante o sigilo necessário.

No Direito Comparado os exemplos são muitos. A Lei de Falências chilena de 1931 prevê o acordo extrajudicial que seja aprovado por unanimidade pelos credores com a apresentação de um minucioso relatório da situação dos negócios.

Na Colômbia, pelo Decreto nº 350 de 1989, há a previsão do acordo privado concordatário, celebrado entre devedor e seus credores, para impedir a declaração da falência, dentro de um procedimento judicial.

Dentre as experiências nos sistemas estrangeiros, cabe ressaltar o Japão. Nesse país os procedimentos pré-falimentares são muito comuns. Compreende-se essa difusão devido ao caráter escandaloso que tem a falência nesse país, por razões culturais, estendendo seus efeitos à pessoa do falido e sua família.

²⁷ *Ibid.*, p. 25-26.

3.2 O Direito Francês

Dentre todos os modelos de procedimentos extrajudiciais destaca-se o que foi formulado na França.

A Lei francesa 84-148 criou o chamado *Regulamento Amigável*. É procedimento coletivo extrajudicial, com eficácia restringida em razão da necessidade de acordo entre o devedor e seus credores para ter sucesso.

Pede-se ao Presidente do Tribunal de Comércio a designação de um conciliador, encarregado de negociar com os principais credores um acordo de dilação dos prazos de pagamento.

Para que tenha acesso ao Regulamento Amigável a empresa não pode estar em estado de cessação de pagamentos. Ou seja, seu ativo não pode ser inferior ao passivo exigível e a ser exigido.

O acordo deve ser homologado pelo Tribunal do Comércio. A alteração da lei francesa em 1994 reintroduziu a possibilidade de suspensão provisória das demandas judiciais contra a empresa, mediante requerimento feito pelo conciliador ao Presidente do Tribunal do Comércio.

O não-cumprimento dos encargos financeiros do regulamento amigável enseja a instauração do processo judicial de recuperação.

Robson Zanetti analisa os efeitos dessa legislação:

A prática tem demonstrado que o processo de regulamento amigável é raro. Até o presente momento nós constatamos somente a existência de duas decisões tomadas em processos de regulamento amigável.

A primeira é de 16.06.98 e foi pronunciada em favor da aplicação de prazos de pagamentos para que o devedor pudesse solucionar seus débitos frente a seus credores e a segunda trata da extensão do acordo firmado no regulamento amigável e do poder de interpretação do juiz do processo.

Os resultados não estiveram à altura do esperado porque o pedido de abetura foi realizado tardiamente, quando a empresa já se encontrava em estado de cessação de pagamentos.²⁸

Quanto ao processo pré-falimentar, a França, em consonância com a preocupação principal de salvaguardar as empresas viáveis, promoveu uma grande reformulação de sua legislação falimentar. Os procedimentos da

²⁸ ZANETTI, Robson. Op. Cit., p. 111-112.

concordata e da falência cederam lugar aos procedimentos inovadores da recuperação judicial e da liquidação judicial, os quais procuram garantir ao máximo a sobrevivência da empresa, estando acima, inclusive, do direito dos credores.

Com a reforma procurou-se tratar de três mudanças: da prevenção de dificuldades das empresas, da previsão de institutos de caráter extrajudicial e da instituição de procedimentos judiciais para a recuperação e liquidação das empresas.

Com base nas conclusões do Relatório da Inspeção-geral de Finanças e no parecer de Roger Houin concluiu-se que uma das principais causas de crise econômica da empresa era a falta de informações sobre a situação econômico-financeira da própria empresa.

Com a nova lei estabeleceu-se a obrigatoriedade de publicação por parte da empresa de algumas informações relevantes para o diagnóstico de saúde da empresa. Além disso a fiscalização das empresas foi reforçada, dando-se maiores poderes aos auditores encarregados pela vigilância das empresas. Também obrigou-se o depósito das contas anuais da sociedade em cartório, buscando-se maior publicidade à informação.

O *commissaire aux comptes*, encarregado da auditoria independente das empresas, o representante dos empregados e o conselho de vigilância possuem o direito de observar os dados relativos à saúde financeira da empresa, devendo-se o dever de sigilo. Essas informações privilegiadas consubstanciam-se em demonstrativos versando sobre o ativo (realizável e disponível) e sobre o passivo exigível, um quadro de financiamento contendo os recursos de que dispõe a empresa e nos gastos feitos no último exercício. Em caso de expansão da empresa, esses órgãos têm ainda acesso ao plano de financiamento.

Essas informações são sigilosas, visando proteger o crédito da empresa. Somente por ocasião das assembleias-gerais essas informações são reveladas.

Ainda como prevenção de dificuldades, a lei 84-148 procurou aumentar as formas de obtenção de crédito, instituindo novos títulos mobiliários com incentivos

fiscais para sua emissão. Com isso buscou-se uma alternativa para a empresa financiar a saída de eventuais crises, aumentando sua liquidez.

Já o regulamento amigável, de que falamos acima, tem eficácia limitada, pois precisa do acordo entre devedor e credores para alcançar seus fins.

Através dessa faculdade da lei, pede-se ao presidente do Tribunal de Comércio (é um Tribunal especializado, que não tem paralelo no nosso Direito) a designação de um conciliador. Este tem o papel de negociar com os maiores credores condições mais favoráveis de pagamento. O acordo estabelecido deve ser homologado pelo Presidente do Tribunal do Comércio. Essa possibilidade surgiu em 1967, com a primeira reforma. Depois disso desapareceu do ordenamento para na última reforma ser recolocada, em 1994.

Caso a empresa não consiga cumprir o acordo homologado do regulamento amigável, então é decretada a instauração do processo judicial de recuperação.

Com a sua instauração, interrompem-se os pagamentos. É interessante notar que a legislação francesa estende esse procedimento a todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Outra questão interessante é com relação aos sujeitos ativos do pedido. Podem pedir a abertura do procedimento judicial o devedor (detalhando, após o depósito do balanço em cartório, a real situação jurídica, financeira e social da empresa), o credor (qualquer que seja a natureza do seu crédito líquido, certo e exigível) e o Ministério Público, em alguns casos excepcionais. Dentro da visão de magistratura econômica que já foi dito acima, também o Tribunal pode determinar, *ex officio*, a abertura desse procedimento.

Prevê-se um procedimento simplificado aplicável as empresas com reduzido número de empregados ou com pequeno volume de negócios. Nesse caso os prazos são mais curtos e sempre há a possibilidade de convertê-lo em procedimento comum, caso isso ocorra em benefício da empresa devedora.

Ouvido o devedor, o representante dos trabalhadores e o conciliador, o Tribunal decidirá, com base sempre em elementos econômicos, pela continuação, cessão ou liquidação da empresa. A sentença deve estabelecer o procedimento a

ser seguido, fixando o juiz-comissário encarregado, o representante dos credores, o perito, assegurando aos empregados a indicação de seu representante.

O juiz-comissário tem amplas e destacadas funções. Deve zelar pela rapidez do processo e pela proteção dos interesses envolvidos. Além disso, fiscaliza o administrador e participa do balanço econômico e social da empresa.

Com a lei francesa de 1985 estabeleceu-se um período de observação. Segundo a classificação feita por Jorge Lobo²⁹, é um processo pré-falimentar que tem como finalidade, como o próprio nome sugere, observar a empresa antes de ser tomada qualquer decisão acerca do seu futuro. Além disso, enquanto observa-se a empresa em crise, também elabora-se um plano de reorganização e reerguimento. O prazo desse período foi alterado pela reforma de 1994, ficando a cargo do Conselho de estado a sua fixação. Inicialmente é de seis meses, prorrogável por mais seis quando o devedor assim requerer e podendo-se chegar, ao máximo, em vinte meses esse período para elaboração do plano de recuperação da empresa. No procedimento simplificado, para empresas de pequeno porte, o prazo máximo é de oito meses.

Esse período de observação tem por finalidade a elaboração de um plano de recuperação da empresa, a cargo do administrador judicial designado pelo Tribunal do Comércio. Condizente com sua finalidade, esse administrador elabora um balanço econômico e social da empresa, destacando sua importância para a sociedade e para o bom funcionamento da economia regional ou nacional.

Através desse balanço o administrador irá apontar aonde está a causa da origem das dificuldades e então partir para as soluções possíveis, que irá expor no plano de recuperação.

O Administrador, além das funções acima, funciona também como um negociador. Ele apresenta aos credores o plano de recuperação da empresa, os motivos de sua crise e busca, dessa forma, o convencimento de seus credores da importância do plano para o futuro da empresa. Ele precisa convencer os financiadores do projeto de recuperação.

²⁹ LOBO, Jorge. Direito da Crise Econômica da Empresa. In: Revista dos Tribunais, nº 754, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 29.

O plano de recuperação estabelece prazos para pagamento dos credores, as possíveis dívidas perdoadas e as garantias dadas pelo devedor à execução do plano. Devem ser colocadas no plano as medidas para a reorganização estrutural da empresa, tais como possíveis demissões.

Durante todo o período de observação a empresa continua explorando normalmente as suas atividades. Em alguns casos o administrador judicial toma a frente dos negócios. Em outros, porém, a empresa permanece sob a mesma administração que antes do período de observação. Essa decisão é tomada na sentença que instituiu o procedimento.

Ao final desse período, o Tribunal profere nova sentença, decidindo com base no relatório do administrador se será adotado o plano de recuperação da empresa ou se a empresa será liquidada.

Nesse último caso o Tribunal nomeia um liquidante, representante dos credores. Em alguns casos, em caráter de excepcionalidade, o juiz determina o prosseguimento da empresa até que seus estoques terminem e seus contratos se extingam.

No caso de acatamento da recuperação judicial, o Tribunal estabelecerá se a empresa trocará seus diretores ou se passará para as mãos de terceiros sua administração.

A lei 85-98 rompeu com o tradicional sistema de falências e concordatas, buscando minimizar os prejuízos dos credores. Sua maior contribuição ao Direito Concursal está no período de observação.

Deve-se considerar a lei francesa de 1985 como um real avanço, pois publicizou, na esteira das tendências do moderno Direito Concursal, institutos tidos como prevalentemente privados, buscando, dessa forma, a manutenção da empresa.

A última reforma, de 1994, ocorreu em função do não atingimento dos objetivos da lei de 1985, conforme pode-se observar através das estatísticas. A lei de 1985 não conseguiu reduzir o número de falências na economia francesa, duramente afetada pela crise econômica internacional.

Porém, apesar dessa dificuldade em colocar em prática o objetivo de preservação da empresa em crise, permanecem inalterados os objetivos de reorganizar e recuperar a empresa. O Estado deve continuar tendo um papel ativo no processo, concedendo incentivos e empréstimos e perdendo dívidas, bem como os credores devem se preocupar menos com a ressarcimento imediato e privilegiar soluções de médio e longo prazos que ajudem a empresa a sobreviver.

3.3 O Direito Italiano

Há, fundamentalmente, duas leis com suas sucessivas alterações a respeito da matéria: o Decreto Real 267, de 1942 e o 2ª) Decreto-Lei nº 26, de 30 de janeiro de 1979 (com uma alteração em 16 de abril 1985), chamado de *Legge Prodi*. O primeiro regula a administração controlada, a concordata preventiva, a falência e a liquidação coativa administrativa (dirigida, esta última, àquelas empresas de maior importância para a economia nacional e de maior interesse social de que são exemplos as instituições financeiras e as companhias seguradoras). O segundo Decreto disciplina a administração extraordinária das grandes empresas em crise, tais como sociedades anônimas, sociedades em comandita por ações e sociedades limitadas que estejam dentro de determinadas condições que esse diploma especifica.

Em plena Segunda Guerra Mundial a Itália mudou a sua legislação falimentar, introduzindo a figura da administração controlada.

É um procedimento judicial civil de caráter concursal, de natureza cautelar, posto à disposição da empresa para quando tiver dificuldades temporárias que a levem à falência.

Tem como finalidade, portanto, o saneamento da empresa, buscando a sua reabilitação. Dessa forma, como consequência, o empresário que se encontrar em dificuldade temporária para cumprir com suas obrigações pode usufruir dessa faculdade. É a condição objetiva que estabeleceu o ordenador italiano. Somente o devedor com possibilidades de reerguimento pode usufruir desse benefício, precisando comprovar essa situação. Não pode haver insolvência do devedor.

Distingue-se tal instituto italiano da Concordata, pois visa à reconstrução da solvência do empresário, enquanto que na concordata preventiva a finalidade última é o pagamento de todos os credores.

A insolvência é o critério para se caracterizar a dificuldade temporária. Porém, na administração controlada esse estado de insolvência deve ser passageiro, ao contrário da falência. A Lei de 1942 rejeitou a noção de cessação de pagamentos e utiliza a noção de dificuldade temporária e a possibilidade de recuperação econômica da empresa.

Para a concessão, deve estar regularmente registrada a empresa, com contabilidade regular e ter o devedor capacidade técnico-produtiva que lhe permita pagar aos credores. Além, é claro, de estar caracterizada a dificuldade temporária, apresentando o empresário um plano de saneamento.

Com um despacho não recorrível, o Tribunal concede o benefício caso preencha as condições estabelecidas em lei, nomeando um juiz para o processo, assim como na França e convoca os credores, além de nomear um comissário judicial.

Sobre a abertura do processo de administração controlada, Robson Zanetti esclarece que, “na Itália serão avaliadas as capacidades técnica, econômica e social da empresa para realmente se ter conhecimento da possibilidade que a empresa terá de se recuperar e, após preenchidas as condições legais, o processo de administração controlada será aberto”.³⁰

Sobre a competência do Tribunal na administração controlada, escreve o Professor Jorge Lobo:

O Tribunal é competente: (a) para decidir o mérito da admissão ao processo; (b) nomear e destituir o comissário judicial; (c) nomear um Juiz para o processo; (d) estabelecer as condições para convocação dos credores; (e) fixar o valor das custas; (f) dispor sobre as atribuições do comissário e as possíveis contestações sobre o relatório deste; (g) julgar os recursos cabíveis; (h) revogar a administração controlada e (i) declarar a falência.³¹

³⁰ ZANETTI, Robson. Op Cit., p. 119.

³¹ LOBO, Jorge. Direito da Crise Econômica da Empresa. In: Revista dos Tribunais, nº 754, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 36.

O destino da empresa devedora fica à cargo da Assembléia dos Devedores que, pela maioria dos credores que representam a maioria dos créditos, decide a sorte de empresa em crise. A proposta da empresa em crise deve ser aprovada por essa assembléia.

Em caso de ser alcançada essa maioria, o juiz delegado pelo Tribunal nomeia uma comissão de credores para assistir o comissário judicial. Essa comissão tem grande importância consultiva. Um exemplo é com relação a sua decisão sobre a administração da empresa pelo comissário. Qualquer interessado ou o juiz, de ofício, pode determinar que o comissário assuma a administração da empresa. Porém, deve o juiz, antes de mais nada, ouvir a comissão de credores sobre essa substituição. Além disso, ela atua na fiscalização, denunciando ao Juiz delegado qualquer motivo que enseje a revogação da administração controlada.

O comissário judicial deve apresentar a cada dois meses um relatório ao juiz delegado sobre o andamento da empresa. Sua principal função é de fiscalizar a administração do patrimônio e a gestão da empresa, informando ao Juiz delegado e também denunciar possíveis fatos que autorizem a revogação da administração controlada. Tem função cautelar. Pode, além disso, assumir a gestão da empresa, delegada pelo Juiz.

O Juiz delegado deve, entre outras atribuições, dirigir a administração do patrimônio da empresa, promover a declaração de falência, nomear e presidir a assembléia de credores, examinar o relatório e eventuais denúncias do comissário judicial e da comissão de credores.

A administração controlada tem validade de um a dois anos, não sendo admitida a prorrogação do prazo máximo.

Tal instituto tem sido duramente criticado pela doutrina italiana, em razão do seu insucesso prático.

3.4 O Sistema Americano

Desde 1978, os procedimentos concursais norte-americanos são disciplinados pelo *Bankruptcy Code*, reformado em 1984 para incluir o Capítulo XI do *United States Code*, por essa razão conhecido por “11 USC”.

A diretriz básica da lei concursal norte-americana seria a de encorajar e facilitar, tanto quanto possível, a reabilitação dos negócios em desajuste financeiro, evitando-se a alternativa da liquidação.

Os procedimentos concursais no direito norte-americano são vários: a *liquidação* (correspondente ao instituto da falência no direito brasileiro), a *reorganização* (prevista no Capítulo 11), o *reajustamento dos débitos* de um indivíduo com proventos regulares dentre outros. O instituto da *reorganization*, também conhecido por *business reorganization* é o mais utilizado. Abrir-se-ia nele, em tese, a possibilidade de o devedor poder prosseguir no exercício de sua atividade empresarial, recuperando-a e reestruturando-a.

A empresa norte-americana de grande e médio porte tem se utilizado da disciplina da Reorganização quando encontra-se em situação de insolvência. Na Reorganização presume-se que, após concedido um maior prazo para o pagamento de suas dívidas, a empresa será capaz de reestruturar-se.

Qualquer empresa pode requerer a reorganização. Inova a legislação americana no que se refere à bacarrota involuntária, pedida pelo credor temerário em não receber seu crédito em razão da desconfiança na situação econômico-financeira da empresa e de um possível desvio do patrimônio da empresa para satisfazer um credor em especial.

Com a distribuição do pedido de reorganização, suspendem-se temporariamente o pagamento das dívidas e das ações de execução. É o chamado *automatic stay*. À Corte compete o efetivo implemento do plano de reorganização.

Junto com o plano de reorganização o devedor deve juntar o chamado *disclosure statement*, que esclarece os credores sobre o conteúdo do plano. Dessa forma, eles podem votar na consecução ou não do mesmo. Este deve ser

aceito pela maioria dos credores. Somente se aceito é que a corte de bancarrota poderá confirmá-lo.

Ao contrário do que ocorre nos processos italiano e francês, o *devedor possuidor*, como é chamado no processo de reorganização americano, permanece com todos os poderes da gestão e representação da empresa. A Corte da Bancarrota, diferentemente dos outros dois textos legais analisados acima, pouco interfere na administração da empresa.

Somente em casos excepcionais de fraude ou má-fé do empresário devedor é que a Corte nomeia um síndico. Esse síndico pode ser uma organização, inclusive estatal.

Interessante assinalar a preocupação do legislador com relação à discriminação do devedor em bancarrota. Proíbe-se a administração pública de revogar ou recusar a emissão de licença para exercer o comércio.

3.5 O Direito Argentino

Já o Direito Concursal argentino adotou a teoria da empresa e a preocupação com a preservação a partir da lei nº 19.551 de 1972, alterada pela lei nº 22.917 de 1983.

No regime de 1972 havia a continuação provisória e a continuação definitiva. Pelo novo regime de 1983 passa-se a falar apenas em continuação imediata.

A diferença introduzida parece ter residido na circunstância de ter ficado inteiramente ao arbítrio do síndico, independentemente de autorização judicial, a resolução no sentido de continuar de imediato a exploração da empresa, ou de alguns de seus estabelecimentos (art. 182), deixando a continuação de ter o caráter provisório ou de existir apenas para beneficiar a liquidação, tornando-se, assim, um instrumento de preservação da empresa. O síndico prossegue no negócio do falido sem qualquer solução de continuidade. O órgão judicial ficou obrigado a fazer tudo o que era possível para que as atividades empresariais não fossem interrompidas.

Relativamente à administração concursal, a Lei de 1983 manteve inalterada a lei anterior quanto à designação e às funções do co-administrador. No que se refere ao síndico, embora sem alterar substancialmente as suas funções, a Lei nº 22.917 introduziu modificações a respeito de sua nomeação, residindo aqui, talvez, o ponto mais polêmico da reforma. Trata-se do preceito que impôs a preferência do exercício da sindicância por contadores com curso de pós-graduação.

Mas o que realmente importa assinalar, evidentemente, para os acanhados limites da presente exposição, é que tanto a Lei de 1972 quanto a reforma de 1983 tiveram o escopo precípuo no sentido da preservação da empresa.

Capítulo IV

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM CRISE

4.1 O Decreto-lei 7.661/45

No momento de promulgação do Decreto-lei 7.661/45 o país passava por profundas mudanças, consolidando-se industrialmente, inaugurando a era da macro-empresa, organizada juridicamente sob a forma de sociedade anônima. Porém, no momento em que foi editado, não foram previstas tais transformações, de forma que já nasceu em desacordo com a realidade. Esta é caracterizada pela amplificação dos efeitos prejudiciais da insolvência da empresa, em razão dessa nova etapa macro-econômica, em que as empresas ampliam seus horizontes de forma a depender e também fazer dependente uma maior parcela da sociedade, como fonte de mão-de-obra e de capital.

Portanto, nosso diploma legal falimentar não estava consoante essa nova fase da macroeconomia brasileira. Dispôs, ao invés, sobre o comerciante individual, inspirada na legislação francesa de 1807, pensando no pequeno comerciante. As sociedades mercantis são deixadas em segundo plano, sem dar importância, dessa forma, ao organismo economicamente organizado. Como consequência dessa visão, nosso texto legal falimentar não distinguiu empresário e empresa. É o que se pode perceber do contido no artigo 140, inciso III, que põe empecilhos à concessão do benefício da concordata ao usar como critério para o favor legal a conduta moral e ética do empresário. O artigo 111 vai no mesmo sentido. É o que também conclui o professor Jorge Lobo³².

Percebendo esse problema da dissociação entre empresa e empresário é que a legislação francesa permite a continuação da empresa viável mesmo que seus dirigentes sejam condenados por seus atos frente à empresa em crise e, de

³² LOBO, Jorge. *Direito Concursal no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1993. p. 45-46.

modo inverso, que a empresa economicamente inviável seja liquidada mesmo que seus dirigentes tenham agido de forma correta.

Nossa Lei falimentar tem como base o binômio devedor-credores. Porém, por exacerbar-se num processualismo, seu fim acabou prejudicado, qual seja, o da realização do direito dos credores. Isso ocorreu porque nosso texto legal não tem uma clara inspiração de fundo, ou seja, um princípio máximo norteador de todo o sistema falimentar. Considera-se, nesse processo falimentar, apenas os objetivos processuais, sem conteúdo social que o justifique. É, na verdade, um processo especial de execução do comerciante insolvável, porém, perseguindo os objetivos processuais de forma a ignorar a realidade econômica e social. Pode-se claramente perceber essa conotação processual ao se verificar que, para a concessão do benefício legal exige-se apenas requisitos formais.

Nas palavras do Professor Nelson Abrão, “é inadmissível que o processo, cuja finalidade é a realização da justiça, sirva de arma para oficializar o prejuízo coletivo, estabelecendo uma espécie de cortina de fumaça entre o sistema jurídico e a realidade social”.³³

Contribui para esse processualismo exacerbado, como se não bastasse o apego da lei falimentar, a infraestrutura de nosso judiciário, impotente para evitar que o processo se transforme em instrumento de sepultamento das empresas, em virtude de sua lenta tramitação e ilimitada duração.

Tendo como características marcantes a defesa dos credores e com um instituto voltado para o comerciante individual, torna-se necessário, por consequência, o desmonte do estabelecimento, aniquilando-se a atividade empresária.

Hoje em dia, nas legislações mais modernas, o desfecho liquidatório-solutório ainda existe, porém, como última alternativa, e não mais como única solução à empresa em crise.

Outro aspecto em que a lei falimentar vigente sofre críticas é com relação aos privilégios de que gozam os créditos fiscais. Sobre esse problema observa o Ilustre Professor Rubens Requião:

³³ ABRÃO, Nelson. *Op. Cit.*, p. 167.

Em decorrência de toda legislação esparsa sobre esse aspecto do problema falencial, o sistema de superprivilégios dos créditos fiscais e parafiscais tornou quase quimera o princípio legado do Direito Romano, de que o patrimônio do devedor é garantia comum de todos os seus credores. Urge repor os créditos fiscais e parafiscais em classe próxima à dos quirografários, revogando-se os privilégios que os cercam, pois constituem uma reminiscência do direito fascista.³⁴

Uma outra crítica ao atual texto legal falimentar brasileiro é feita pelo Professor Jorge Lobo e diz respeito à escolha do comissário. Para esse ilustre professor, é um grave defeito a escolha do maior credor como comissário. Porém, observa Nelson Abrão, a designação de um não-credor não é garantia de resultados satisfatórios. O grande problema é que o comissário deve atender à múltiplos interesses e não apenas defender os interesses dos credores (majoritários e minoritários) e do próprio devedor.

Novamente, impregnada que está nossa lei da conotação meramente jurídica, sem se preocupar com o aspecto econômico, ou com a realidade social, o síndico, na praxe forense, se limita a cumprir os atos processuais, formais, dentro da geral contingência da organização judiciária, tornando-se o cronograma e os prazos fixados mera letra morta. Tudo isso como fruto da falta de conhecimentos especializados em matéria econômica, ou ausência de profissionalização, o que levaria também à garantia de uma recompensa pecuniária ao síndico e sua subordinação hierárquica dentro de uma corporação.

Apesar do nome, a concordata pátria apenas nesse aspecto guarda semelhança com a que vige em outros países. Isso porque em nosso texto legal atribui-se esse favor legal sem o consentimento dos credores, esvaziando-se de sentido esse instituto. A sentença, em nosso sistema, substitui a manifestação de vontade dos credores. A lei dispensa a vontade dos credores. É por esse motivo que, para alguns doutrinadores de renome, a concordata brasileira não é concordata, senão uma espécie de reajustamento financeiro judicial do falido.

Dessa forma, o instituto tornou-se um meio de acerto de dívidas, ignorando todos os demais interesses envolvidos na empresa. Através da permissão de sua

³⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, São Paulo: Saraiva, 1982. vol. 2º, apêndice.

concessão, atendidos apenas alguns pressupostos formais, tornou-se um meio hábil de enriquecimento dos devedores inescrupulosos.

Deixando nas mãos do devedor a iniciativa da solicitação do favor legal da concordata, praticamente selou ao fracasso a recuperação da empresa, além de tumultuar o Judiciário, com um processo que não terá grandes finalidades.

As concordatas, normalmente, se transformam em falências e estas, após longos anos de trâmite, com enormes gastos para o Poder Público, nenhum resultado positivo oferecem aos credores.

É um formalismo vazio. A realidade econômica de nossos dias é a grande empresa. Adverte que a matéria é estrutural, porquanto não se trata apenas de reformar ou de corrigir uma lei, mas de repensar um instituto. Com efeito, reveste-se a assertiva de profundo conhecimento de nossa realidade sócio-econômica.

Cabe ressaltar, ainda, o aspecto dinâmico da propriedade. A empresa tem relevante função econômico-social e o empresário alta responsabilidade social.

4.2 Um Novo Sistema Falimentar Brasileiro

Nelson Abrão sustenta que o novo diploma legal deve estender os procedimentos de execução concursal aos não comerciantes, aos sócios de responsabilidade solidária e ilimitada e aos dirigentes responsáveis pela insolvência da sociedade. Além disso, entende que se deve ter como causa dos procedimentos concursais a própria insolvência e não apenas alguns de seus sintomas, como o inadimplemento ou impontualidade. Sobre esses sintomas cabe uma simples diferenciação. Nas palavras do Professor Assis Gonçalves:

No entanto, quando há credores com créditos cujo valor supera o limite de endividamento do devedor, já não ocorre simplesmente o “não querer pagar”, revelando-se, nessa hipótese, um “não poder pagar”. O não poder pagar não é mais mero inadimplemento, mas uma situação deficitária, que reclama atenção especial e que se denomina de insolvência. Salvatore Satta dizia que a diferença entre inadimplemento e insolvência está precisamente nisso: no inadimplemento o devedor não quer pagar, ao passo que, na insolvência, ele não pode fazê-lo.³⁵

³⁵ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 21

Além disso, o Poder Judiciário deve ter uma maior participação na prevenção ou na regularização da insolvência.

O Professor Fábio Konder Comparato critica o dualismo (direitos do devedor/credores) do nosso sistema. Para ele, parece que o legislador desconhece totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses - do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, da região, do fisco, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário.

O Professor Rubens Requião atenta para a necessidade de ampliar-se o restrito entendimento da falência como mero instrumento de execução concursal, procurando-se seus fundamentos filosóficos e científicos, com a indagação de suas causas econômicas, financeiras e sociais.

Quanto ao procedimento da concordata preventiva, recomendou sua extinção, substituída que seria pela reorganização da empresa, sob as vistas judiciais, com a planificação de sua reestruturação, e afastamento do empresário inepto ou ímprobo. O Diploma de 45 não condiz mais com o desenvolvimento do País e com os progressos da ciência jurídica.

Conclui defendendo o saneamento da atividade econômica, sobretudo para a contenção das fraudes das empresas insolventes.

Nos procedimentos concursais seria de rigor um diagnóstico econômico-financeiro para verificar-se qual deles o aplicável. Essa análise seria procedida por uma comissão de credores nomeada pelo juiz ou, em sua recusa, de técnico ou técnicos, também por designação judicial.

A concordata deixaria de ser um direito do devedor, para se tornar faculdade do juiz, que só concederia, ou não, após o relatório sobre a situação econômico-financeira. O devedor teria que, na concordata, colaborar com a auditoria; se não o fizesse, ou ficasse comprovada sua incompatibilidade para continuar à frente da empresa, ele seria afastado, sendo substituído pela comissão ou empresa de auditoria. A falência, por sua vez, só seria decretável na impossibilidade de o devedor cumprir, em curto prazo, suas obrigações, podendo transformar-se em concordata, conforme análise prévia. A parte administrativa

ficaria entregue a cargo de administração única ou colegiada, passando pelo juízo apenas os litígios ou conflitos.

O administrador levantaria os créditos, dispensando o moroso procedimento da respectiva declaração. Em matéria de aceleração dos processos, nas comarcas de mais intenso movimento, seriam criadas varas privativas, providas por juízes com preparo especial.

Seria de se prever a intervenção do governo em certas empresas que, dado o número de seus empregados e importância para a economia nacional, não deveriam ser extintas, mesmo em falência ou concordata, para recuperá-las, com o afastamento dos dirigentes, ou liquidá-las.

E termina recomendando: o agravamento das medidas penais para os crimes econômicos; a preservação dos empreendimentos viáveis; o saneamento da atividade empresarial, a eliminação do aventureirismo econômico e a solução dos processos em curto prazo.

Resumindo o problema da atualização de nossa legislação concursal, o Professor Nelson Abrão assim coloca:

Lembramos, então, em suma, o seguinte: I – a edição de uma lei que desse margem ao processo de recuperação da empresa; II – a predisposição da matéria relativa ao concurso comercial e civil num só estatuto; III – a adoção dos procedimentos preventivos de reorganização; IV – a co-responsabilidade do sócio solidário e do acionista controlador nos procedimentos concursais, envolvendo as sociedades; V – a abolição dos procedimentos concursais como meio de cobrança; VI – o exercício da administração da empresa em procedimento concursal por pessoa estranha aos interesses em disputa; VII – a reformulação da organização judiciária no que tange aos procedimentos concursais; VIII – alteração do sistema de graduação dos créditos; IX – a instituição de procedimento sumaríssimo para as pequenas empresas.³⁶

Caso os procedimentos preventivos não surtam efeitos, a insolvência mais cedo ou mais tarde ocorrerá. Em razão disso (de encontrar-se em eminente situação concursal), outra saída não há que recorrer aos procedimentos judiciais.

Somente aquela empresa que não conseguir extrajudicialmente, através dos procedimentos proporcionados pelo Direito pré-concursal, é que deve usufruir da via concursal. Portanto, apresentando-se a empresa em estado de concurso, a única via possível de reerguimento é a judicial.

³⁶ ABRÃO, Nelson. *Op. Cit.*, p. 185.

A via judicial, além disso, pretende ser a única via possível, em razão da garantia jurisdicional na tutela dos direitos subjetivos, em contraste com as vias administrativas, quando a empresa já encontra-se em situação concursal. É a conclusão a que chega o professor Nelson Abrão:

Sempre entendemos indispensável o controle jurisdicional na garantia dos direitos individuais, para coibir abusos de forças econômicas, sociais, políticas e da própria Administração Pública. Por essa razão, aceitamos o equacionamento na área exclusivamente administrativa, pela intervenção, da primeira etapa da crise sofrida pelas instituições financeiras, seguradoras, etc., mas a liquidação deverá receber necessariamente o controle judicial. Com isso poder-se-á obviar à eternização dos prazos, dilapidação dos patrimônios e impunidade dos dirigentes hoje ocorrentes nas liquidações extrajudiciais.³⁷

Para que essa atividade judicial seja executada de forma ágil e correta, impõe-se uma adaptação da organização judiciária às necessidades sócio-econômicas da empresa atual.

Sobre o procedimento, propugna-se que ele seja único, flexível e rápido. Entende-se que, ao se estabelecer um procedimento único, eliminam-se alguns debates sem grandes conseqüências no mundo jurídico se não a simples vontade de diferenciar. Seria o caso, por exemplo, da diferenciação de procedimentos para devedores civis ou mercantis dos devedores comuns. Procura-se, dessa forma, acabar com as dificuldades práticas tidas com a escolha inicial desse ou daquele tipo de procedimento e a eventual necessidade de converter um em outro.

Não interessa as qualificações econômicas e jurídicas do devedor para o tipo de procedimento, pois este deve ser único. Essas características subjetivas do devedor (econômica e jurídica) são importantes para o caminho de superação das dificuldades, dentro do procedimento, que é único.

Resumindo o que foi exposto até agora, deve-se ter um único procedimento que seja capaz de, em seu seio, analisar as características econômicas e jurídicas do devedor e buscar soluções para sua crise. Dessa forma, busca-se a flexibilização e agilização do processo, pois é uma das mais importantes características dos projetos de recuperação das empresas: a rapidez processual.

³⁷ Ibid., p. 218.

O procedimento judicial tem como sujeito passivo da demanda o devedor. Esse devedor é representado pela empresa, que é um conceito mais amplo que o de comerciante ou sociedade, pois engloba toda atividade econômica, inclusive aquelas que não têm como fim último a realização de lucros. Portanto, sejam pessoas físicas ou jurídicas, deveriam estar sujeitas à recuperação judicial todas as pessoas (físicas ou jurídicas) que exerçam atividade com significação econômica. Esse alargamento da concessão desse benefício, além de proteger de forma mais ampla a nossa economia, resolveria muitos dos impasses no tocante à concessão ou não do mesmo em razão da natureza da pessoa demandante. Portanto, tratando-se de empresa, poderia desfrutar, eventualmente, do benefício.

Cabe ao devedor ou a qualquer credor a iniciativa para pedir a concessão do benefício. O credor, mesmo que sem título e qualquer que seja o valor a ele devido pelo devedor, pode informar através de inicial o estado do devedor. Sobre esse direito, muito bem poderia nossa lei estabelecer um mínimo necessário para ter-se legitimidade no pedido de recuperação judicial. Comparando-se com outros institutos de nosso Direito, chega-se à conclusão que poderíamos adotar o salário-mínimo como referência, já que é este uma referência comumente usada por nosso legislador. Àqueles que se dizem credores, prescrever-se-ia, penas pecuniárias graves, imponíveis no próprio despacho de rejeição, àqueles que pedissem, indevidamente, a instauração do procedimento de regularização judicial.

Nessa nova visão de Direito Concursal, buscando-se a recuperação da empresa de todas as formas, deve-se dar uma grande importância ao diagnóstico do estado econômico-financeiro da empresa. Esse, aliás, é um dos principais motivos da crise desse instituto, tornando-se um grande fracasso sua existência. Analisando o estado em que se encontra, possivelmente se descobrirá as causas e o que se fazer para reerguê-la.

A decisão do juiz será formada com base na inicial em que conste a cessação de pagamentos e o papel desempenhado pelos homens que estão à frente da empresa em crise. Além disso, será baseada no diagnóstico econômico-

financeiro liminarmente realizada por perito. Essa perícia será fundamental nas decisões do magistrado, conforme ressalta Nelson Abrão

O diagnóstico econômico-financeiro liminar nos procedimentos concursais, elaborado por perito de confiança do Juízo, servirá de roteiro seguro quanto às deliberações a serem tomadas pelo magistrado: conservação, ou não, dos dirigentes, à testa da empresa; solução procedimental (reorganização ou liquidação); elaboração do plano de reerguimento e de pagamento; sanções civis e penais aos dirigentes omissos ou fraudulentos e sua eventual extensão a terceiros co-responsáveis. O diagnóstico econômico-financeiro funciona como garantia de supedâneo real e sério, repondo o processo em seu verdadeiro lugar de realização da justiça, do qual se apartou, no correr dos tempos, graças à prevalência de uma concepção jurídicista, e formalista, de mero cumprimento de atos e termos, abstraída da realidade econômica.³⁸

Defende, ainda, Nelson Abrão, um procedimento especial para o pequeno empresário, caracterizando-o pelo pequeno número de empregados e pelos valores que faz circular anualmente.

Nesse procedimento especial, procede-se o diagnóstico econômico-financeiro em 30 dias. Caso entenda o magistrado pela continuação das atividades da empresa, nos 60 dias seguintes deve apresentar um plano de recuperação da empresa. Esse plano deve ter um prazo de 2 anos, com pagamentos trimestrais. Caso não apresente um plano, ao devedor será incumbido um administrador judicial, encarregado de verificar se há possibilidades de a empresa subsistir. Caso apresente um plano e não seja este cumprido pelo devedor ou então chegue-se a conclusão da inviabilidade de continuação da empresa, então ela será liquidada.

Também para as empresas mais importantes prevê, Nelson Abrão um procedimento diferenciado. Ao administrador judicial seria dado maiores poderes e os prazos seriam mais dilatados.

Outra mudança veementemente defendida por Nelson Abrão é com relação a graduação dos créditos. Nossa legislação privilegia alguns tipos de créditos de forma a excluí-los dos efeitos da concordata. Dentre estes destacam-se os créditos fiscais. A nova visão da recuperação da empresa abranda o rigor desses privilégios. Com relação as créditos trabalhistas, considerados superprivilégios, pode-se instituir, a exemplo do que ocorreu na França e na Alemanha, o seguro

³⁸ Ibid., p. 227.

insolvabilidade. Nesse caso, até um certo teto, o crédito trabalhista seria garantido. Depois desse limite, o restante seria pago de acordo com o plano de pagamento elaborado para todos os credores.

A responsabilização dos sócios é tema muito debatido em nossa doutrina. Sabe-se que normalmente ocorre um mal uso da personalidade jurídica da empresa em benefício pessoal de seus empresários.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica já está bem difundida em nossa doutrina e jurisprudência, e visa evitar esse mal uso. Porém, somente isso não basta.

Além dessa desconsideração deve ser invertido o ônus da prova. O empresário que reclamar seu direito de recuperação da empresa deve provar que não conduziu a empresa àquele estado de insolvência, caso contrário será punido com o uso de seu patrimônio no pagamento de suas dívidas. Além disso, deve-se estimular a figura do síndico/administrador, para que ele sinta-se motivado no árduo trabalho de busca de irregularidades na administração da empresa.

Defende Nelson Abrão a limitação dos recursos ao mínimo, dotando-os apenas de efeito devolutivo. Além disso, o processo de recuperação da empresa não deve parar até que seja atendida sua finalidade última, que é a reorganização da empresa ou então sua liquidação.

Por fim, entende o ilustre professor que somente com uma reorganização do Poder Judiciário é que será possível alcançar os resultados propostos. Para tanto, deve-se reforçar os poderes dos juízes ao mesmo tempo em que devem aprofundar seus conhecimentos em economia de empresas. Nesse mesmo raciocínio, a instituição de juízos especializados, bem como de todos os profissionais judiciários que trabalhem com a empresa em crise, desde o perito, passando pelo administrador e pelo liquidante.

O juiz é um autocrata, dono do cargo, não um servidor público. Dono no sentido de abuso, não no sentido de livre exercício de seu poder. A independência formal existe, mas inexiste a independência real. Porque esta lhe é cerceada pela estrutura do Poder, construída em benefício do Poder Executivo.

Porém, há divergências quanto à necessidade ou não de uma nova legislação.

Carlos Alberto Farracha de Castro teve oportunidade de meditar a respeito da questão quando da sua dissertação de mestrado. Tendo sempre como pano de fundo a defesa da legislação vigente, com uma nova interpretação sob a ótica dos princípios constitucionais, concluiu que, “uma nova Lei Falimentar não é, por si só, suficiente para a preservação e reorganização das empresas, máxime em se tratando do Projeto de Lei nº 4.376/93, que tem suscitado inúmeras críticas da doutrina nacional.”³⁹

Logo em seguida complementa a sua posição:

Parece-nos que muito mais importante que a reforma do Decreto-lei nº 7.661/45 é a interpretação que deve ser dada, ao mesmo pelos operadores do direito, ou seja, interpretando-o de forma sistemática, à luz da Constituição Federal. Afinal, como esclarece Trajano de Miranda VALVERDE, “uma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude”.⁴⁰

Conclui que, uma interpretação sistemática do Decreto-lei 7.661/45 sob o enfoque da realidade econômica atual e dos princípios constitucionais previstos no artigo 170 (pleno emprego e função social da propriedade), afastaria os debates sobre a necessidade de sua reforma, com resultados concretos e efetivos.

4.3 O Projeto de Lei 4.376/93⁴¹

Há muito tempo vem sendo defendida, por diversos segmentos da sociedade, por juristas e magistrados, uma nova lei de falências. Grandes juristas, já ao final da década de 70, afirmavam a necessidade de uma nova lei, pois, como bem se sabe, desde a sua edição o Decreto-Lei 7.661 de 21 de Junho de 1945

³⁹ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Regime Jurídico das Empresas em Dificuldades Financeiras*. Curitiba, 2000. p. 58.

⁴⁰ Ibid., p. 59.

⁴¹ Essa análise do Projeto de Lei de Falências a Concortadas é complicada, devido às várias alterações pelas quais já passou o referido projeto. Portanto, procuraremos fazer uma análise de forma ampla e genérica, sem nos atermos aos detalhes, buscando, dessa forma, uma análise que seja mais duradoura em suas conclusões.

está ultrapassado. Foi editado em uma época de grandes transformações às quais, infelizmente, não pôde se adequar a tempo.

Além disso, estamos tratando de um instituto de extrema importância. Ele está ligado ao núcleo de nossa sociedade, que é a empresa, ao qual o Direito não pode passar despercebido. Através dela, como acima pudemos refletir, a sociedade sustenta-se e desenvolve-se.

Portanto, a primeira grande virtude, senão a mais importante, é a existência desse projeto. É um instituto que ultrapassa os limites do Direito Comercial, Mercantil ou Empresarial, conectando-se à outros ramos do Direito, tais como o direito público, o direito civil, o direito internacional o direito criminal entre outros. Articula-se, de maneira até dependente, com a Economia e a Administração, além da Contabilidade e outras ciências afins. Mas não somente à outros ramos científicos possui relação, mas também com a realidade econômica e social, acima de tudo.

O Projeto acolhe a Teoria da Empresa, deixando para trás o conceito de empresa de caráter restrito e subordinado à noção de "ato de comércio". Essa visão clássica da empresa, como já tivemos oportunidade de analisar, menospreza a socialização da produção em seu aspecto social, referente a participação do trabalhador no processo de produção, bem como do ponto de vista da organização conjunta do sistema econômico, afastando a possibilidade de participação da sociedade nos rumos da empresa.

Na Teoria da Empresa, que é a pedra angular do Direito Comercial moderno, a empresa representa muito mais que o vínculo contratual entre os sócios através dela. Pelo simples fato de existir, desperta um interesse geral em sua sobrevivência. Hoje, a empresa é vista como uma empresa social, pois múltiplos interesses, e talvez tão importantes quanto os interesses dos sócios, estão em jogo.

Não é para menos, pois, como explicitado acima, a empresa é o elemento que explica e define a civilização contemporânea. Sua influência, como instituição social, é decisiva.

A futura lei falimentar, que regula a recuperação a recuperação e liquidação judicial de devedores pessoas jurídicas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas, busca o ponto de equilíbrio entre o interesse individual dos credores, de um lado, e o interesse social de preservar-se o instituto da empresa, de outro.

Essa constatação encontra-se no texto legal, na parte referente a liquidação judicial. O legislador da nova lei de falências abriu a possibilidade, quando da inicial de liquidação judicial, que o devedor, em sua contestação, apresente o pedido de recuperação judicial.

Entende-se, dessa forma, que não estão apenas em jogo os interesses dos credores, mas sim muitos outros, como os interesses dos empregados e de terceiros que se relacionam com a empresa, além é claro da macroeconomia do país.

O novo instituto da recuperação judicial difere em muito do atual, baseado no regime das concordatas. Neste, somente os credores quirografários são atingidos, excluindo-se os credores com garantia real e os privilegiados. Na nova modalidade de reorganização da empresa estão sujeitos ao instituto todos os credores anteriores ao pedido, incluindo a Fazenda Pública, seja qual for a natureza do crédito. Essa nova redação vai ao encontro dos anseios dos doutrinadores, conforme visto acima. Dessa forma, a empresa terá maiores oportunidades de recuperação.

A inovação trazida pelo projeto fica por conta do novo instituto da recuperação judicial, em substituição ao atual modelo de concordata. É uma ação judicial que busca sanear a empresa em crise econômica, mantendo suas portas abertas e seus empregados, valorizando, dessa maneira, a função social da empresa.

O conceito de crise econômica, como já discriminado em outra oportunidade, relaciona-se com a dificuldade efêmera pela qual passa o devedor na condução de sua atividade, sempre com a possibilidade real de reorganizar-se, fugindo da liquidação.

Com essa idéia de recuperação da empresa em crise econômica busca-se romper com a idéia da impontualidade, que é marcante na atual lei de falências.

De forma genérica, o texto legal em votação na câmara, tem mais ou menos o seguinte procedimento: o devedor requer a abertura do processo. O juiz, concedendo-a, abre a possibilidade de os credores impugnarem o plano de reorganização, que deve ser apresentado pelo empresário em crise no momento em que pede a abertura do processo. Nesse momento suspendem-se as execuções contra o devedor, em seguida abrindo-se prazo para que os peritos façam uma auditoria na empresa para verificarem a real situação econômica do devedor. Os credores podem impugnar o laudo pericial. Caso haja discordância entre credores e devedor acerca do projeto, então o juiz decidirá sobre o plano em Audiência de Conciliação, cabendo apelação da referida decisão.

Diante desse panorama, cabem algumas considerações.

A Subemenda, ao contrário do que disciplinava o Substitutivo, condiciona aos credores a aprovação do plano de reorganização elaborado pelo devedor. Para o legislador pode parecer um avanço essa forma de concretização do plano. Porém, aos olhos dos juristas, esse amplo acordo com fiscalização do Poder Judiciário, trará problemas na equação que procura implantar através da soma de interesses distintos de credores e devedor, além dos interesses dos empregados, representados no Comitê que será visto logo a seguir.

É uma visão privatística do Direito Concursal, em muito superada nos países mais desenvolvidos no assunto, tais como os EUA e a França, como já visto acima, por uma idéia publicística de recuperação. Fruto das idéias individualistas do liberalismo, essa concepção nada tem de novo, datando do início do século a sua introdução no Direito Comparado.

Analisando essa questão no Projeto de Lei, Frederico Simionato conclui que, “no tocante ao salvamento da empresa o Legislador brasileiro tem apenas um caminho a seguir. É o da publicização das questões concursais. Qualquer outra medida, oscilando em adotar por completo esta tendência, somente dificultará o bom funcionamento do processo concursal. Mesmo que na França os resultados

econômicos não foram os melhores, se não fosse esta mudança de postura, o efeito da insolvência seria muito maior na economia deste país”⁴²

A força de determinados credores, aliada aos escassos poderes dados ao juiz nesse novo instituto, inviabilizam seu êxito. Deve-se, portanto, limitar os poderes dos credores nessa espécie contratual celebrada perante o judiciário, que a homologa. É dessa forma que outros países como a França, por exemplo, administram esse conflito de interesses, acabando com a idéia de contrato.

Alguns casos podem ser resolvidos extrajudicialmente, com maior rapidez e menor custo. Isso só ocorre quando o devedor não está muito pressionado pelos credores, por ainda estar em condições financeiras de defender os seus interesses em pé de igualdade. Porém, quando essa isonomia não mais existe, deve haver a intervenção do judiciário, regulando a recuperação.

O plano de reorganização da empresa em crise econômica deve ser analisado pelo juiz observando, diz o projeto, a importância social e econômica da atividade empresarial, no contexto local, regional e nacional; a mão-de-obra e tecnologia; o volume do ativo e do passivo; faturamento anual e nível de endividamento; e o tempo de constituição e de funcionamento do negócio.

Nesse ponto ele aproxima-se muito das legislações estrangeiras, tal como a legislação francesa de 1985, que já previa esses critérios para a análise do projeto.

Porém, nesse novo texto falimentar não se prevê um prazo máximo para a consecução do plano de reorganização. Como requisitos necessários a lei apenas exige a estimativa de prazo para a sua execução e o balancete a ser levantado quando da abertura do processo.

Outra grande falha do instituto da recuperação judicial está nos mecanismos de alerta sobre a crise econômica da empresa. Como em outra oportunidade já foi dito, quanto antes se descobrir a crise pela qual começa a passar a empresa, melhores as chances de recuperá-la.

⁴² SIMIONATO, Frederico. *A Disciplina da Reorganização da Empresa em Crise Econômica no Projeto de Lei Concursal*. In: *Revista de Direito Mercantil*. nº 111/1998. São Paulo: Malheiros: 1998, p. 143.

Nesse sentido, a Subemenda não prevê qualquer forma de fiscalização da administração, impossibilitando a denúncia de uma possível dificuldade financeira da empresa, deixando para a Lei 6.404/76 a tarefa da fiscalização. Porém, como bem se sabe, a fiscalização pelo Conselho Fiscal não repercute de maneira positiva, visto que ele apenas transmite esse alerta à Assembléia Geral, órgão este que reflete a vontade administrativa do controlador, tornando inócuo qualquer alerta.

Poderia, a nova lei, prever, assim como faz a legislação francesa, mecanismos de estímulo aos administradores que declarem, o quanto antes, as dificuldades pelas quais passa a empresa. Através de perícias é possível saber se o administrador agiu o quanto antes na busca de auxílio à crise que se instalou.

Para que a empresa se reorganize, a nova lei prevê alguns mecanismos. Dentre eles estão, dentre outros, a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas, a fusão ou incorporação da sociedade e a celebração de acordo coletivo de trabalho.

Porém, assim como acima comentamos sobre o plano de reorganização, a lei não prevê, com poucas exceções, um prazo final para o cumprimento do plano. O Substitutivo, ao contrário, previa um prazo máximo de 3 anos.

Exceção ocorre com o crédito tributário, com prazo máximo de 120 meses e com os créditos trabalhistas, que devem ser resolvidos em 1 ano, com a possibilidade de prorrogação.

Nesse ponto a legislação em trâmite na Câmara em nada acrescentou ao que a atual lei diz. Pelo contrário, parece não ter conseguido desvencilhar-se do Decreto-lei vigente, ao excluir do projeto de reorganização os créditos vincendos, concedendo prazos e condições especiais apenas às obrigações vencidas.

Muitas vezes a causa da crise pela qual passa a empresa está no administrador e sua substituição deve ser prevista no ordenamento falimentar. Porém, nesse sentido, o projeto em trâmite foi conservador ao extremo. Merece reparos no sentido de acabar com essa ampla autonomia que se dá às partes envolvidas, mais especificamente, ao binômio devedor-credor.

Outro aspecto importante a ser observado no tocante ao novo instituto é a celeridade processual. Mantem-se nesse novo regulamento, a possibilidade de intrposição de uma série de recursos, assim como ocorre em nossa atual lei. Ocorre que, em via recursal, o processo perde muito de sua função, em razão da distância dos tribunais dos fatos da empresa.

Para um processo mais ágil faz-se necessário também uma reformulação do Poder Judiciário, com a criação de varas especializadas, aumento do número de juízes e sua melhoria qualitativa, com uma formação que privilegie a noção econômica do instituto, dando-lhe maiores poderes nos procedimentos concursais e evitando que o devedor fique nas mãos dos credores.

Nesse sentido, o projeto de lei deve prever normas que autorizem o magistrado a interferir sobre a conclusão das propostas de reerguimento.

O projeto prevê, ainda, a formação de um Comitê, composto de três membros: um representante dos empregados, outro dos credores com privilégio e mais um representando o interesse dos credores quirografários. Esse Comitê é responsável pela fiscalização da administração, mas, que se vê prejudicada em função da composição conflituosa que possui. Os interesses em jogo são muito distintos, de forma a tornar-se mero discurso retórico a tentativa do legislador de conciliar os mais diversos anseios. Corre-se o sério risco de ficar apenas na teoria a utilidade desse órgão.

O Comitê, além de sua função fiscalizadora, pode também apresentar um outro plano de reorganização da empresa. Nesse caso, havendo conflito de projetos, o juiz decidirá em Audiência de Conciliação qual o projeto a ser implementado.

Em caso de não ser formado o Comitê, a fiscalização será feita pelo administrador judicial. Contudo, a nossa lei confere a ele um espírito de colaborador do devedor, ao estabelecer que cabe ao devedor arcar com as suas despesas. Por ser quem analisará sua situação, o administrador judicial não deve ter qualquer relação com o devedor.

Ao conferir ao Comitê uma série de poderes que exigem conhecimentos técnicos, o legislador inverteu as suas funções com as atribuições do administrador judicial.

O perito, nomeado pelo juiz, deve apresentar laudo no qual determine o estado econômico, financeiro, administrativo, técnico, tecnológico, operacional e mercadológico, em especial, que diga sobre a qualificação da força de trabalho, métodos de produção, localização, planta física, logística, capacidade e grau de endividamento. O mais importante do laudo é que seja apresentado o balanço, através do qual será possível descobrir todas as possíveis irregularidades, nível do passivo e a viabilidade do reerguimento.

Quanto à responsabilização dos administradores e controladores, o projeto deixa a desejar. Sobre esse aspecto comenta Frederico Simionato que, “a responsabilização dos administradores e controladores, que deveria ser o ponto de partida da reforma, continua aquela da legislação societária, consequência maior de um controle sobre a gestão realizado em momento inadequado, suscetível de manobras financeiras e desvio de recursos.”⁴³

Para a recuperação das micros e pequenas empresas a Subemenda estabelece um procedimento especial que muito se assemelha a uma concordata. Nesse caso o plano de recuperação depende de homologação dos credores. A lei deveria rever esse ponto, dando ênfase às condições econômicas na análise da viabilidade do projeto.

Conforme vimos, o projeto de nova lei falimentar exige reparos. Deve ser revista, em última análise, a volta à noção contratual do concurso.

Além das críticas feitas acima, a nova lei deve aprofundar e esclarecer alguns aspectos. Devido ao seu carácter de “novidade”, muitas das suas intenções merecem detalhamentos, até para que sua finalidade seja entendida e alcançada na prática.

É nesse sentido que o Departamento de Direito Comercial do Instituto dos Advogados do Paraná, reunido no dia 5 de Agosto de 1993, sob a presidência do

⁴³ Ibid., p. 152.

Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁴⁴, apreciaram o então Anteprojeto de Lei de Falência, sugerindo, ao final, algumas mudanças. Dentre os motivos, destacam que “o texto analisado mostra desconhecimento de institutos e regras elementares de direito processual. Além disso, cria obstáculos muito maiores à celeridade e perplexidades quanto à terminologia empregada em diversas passagens”.⁴⁵

Para finalizar, cito um trecho da análise feita por Frederico Simionato sobre o novo instituto:

Ponto que não pode ser olvidado é a situação econômica do país. É um erro acreditar que uma nova legislação seria suficiente para remediar todos os males da insolvência, quando, ao mesmo tempo, estas empresas estão inseridas dentro de um sistema com política econômica profundamente mal trabalhada pelos agentes políticos. A reforma é também de natureza estrutural.⁴⁶

⁴⁴ Além do referido presidente da comissão, Professor Assis Gonçalves, fizeram parte Marçal Justen Filho, Carlos Eduardo Manfredini Hapner, Auracyer Cordeiro, Jair Lima Gevaerd Filho, Edson Isfer e Carlos Joaquim de Oliveira Franco.

⁴⁵ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves (org.). *O Anteprojeto de Lei de Falência*. In: Revista do IAP, nº 23. Curitiba: O Instituto: 1993. p. 221.

⁴⁶ SIMIONATO, Frederico. *Op. Cit.*, p. 156.

CONCLUSÃO

O Direito Falimentar passa por uma fase de incertezas. Depois dos grandes avanços observados em função das mudanças na empresa, estamos passando por uma crise.

Essa crise tem sua razão de ser no abismo que separa a teoria da prática. Para adequar-se à nova realidade da empresa, que procura equilibrar os múltiplos interesses envolvidos, foram criados vários institutos no Direito Falimentar.

O Direito Francês, sempre antecipando-se em matéria falimentar, introduziu novos mecanismos de recuperação da empresa em crise. Sua experiência, desde que o Relatório da Inspeção-geral de Finanças e o parecer do jurista Roger Houin foram elaborados, demonstra que muito há que se evoluir nesse campo. A legislação que sobreveio dessas conclusões não foi capaz de atender às necessidades das empresas. Porém, deve-se reconhecer que em muito se avançou nesse campo. Assim também ocorreu com outros ordenamentos, como no Direito Falimentar Italiano e no Bankruptcy Act, com suas posteriores alterações e outras legislações analisadas.

Ao superar a dicotomia credor-devedor, passando do campo privatístico para o publicístico, dando ênfase ao aspecto econômico-social, inaugurando uma fase de prevenção, a legislação francesa deu um grande passo para a busca de soluções para a crise do instituto. A reforma pela qual passou, em 1994 reflete essa busca incessante pela adequação do ordenamento jurídico falimentar à realidade sócio-econômica. É a tentativa que se faz para superar o abismo que existe entre a doutrina jurídica e a prática. Somente com essas tentativas é que será superado.

No caso brasileiro, a busca por mecanismos preventivos começa, na verdade, agora. O projeto de lei nº 4.376/93 traz o novo instituto da recuperação judicial, buscando ocupar um espaço vazio que a concordata não conseguiu

preencher e que há muito tempo vem sendo pedido pela doutrina brasileira. Porém, o legislador pátrio não pode olvidar das lições que o Direito Comparado nos traz.

O Direito Francês inaugurou em 1994 sua segunda tentativa de adequação à realidade econômica e social da empresa. Desse fracasso, devemos tirar conclusões importantes sobre os mecanismos propostos.

Um deles é com relação à prevenção de dificuldades. Comprovou-se na França que esse é o melhor caminho para o sucesso na recuperação das empresas.

A nova legislação brasileira nada prevê, no projeto que foi analisado, sobre o diagnóstico precoce da crise. Seria interessante que a lei prevesse mecanismos que alertasse o empresário quando sua empresa estivesse entrando em dificuldades. Além disso, o novo instituto, pelo que foi possível observar do projeto analisado, tem uma noção contratual do concurso. Essa visão, como discutido acima, não atende mais aos anseios da nossa atual sociedade de múltiplos interesses envolvidos na grande empresa.

Seguindo esse raciocínio, assim conclui Frederico Simionato:

A sugestão que pode ser feita é alterar os dispositivos que permitem excessiva interferência dos credores, como o Comitê, passando o administrador a atuar diretamente com o juiz, lhe conferindo todas as informações financeiras necessárias. Assim agindo, evitaria a participação dos peritos nomeados, que iriam onerar ainda mais a reorganização. O legislador deve tomar posição sobre qual fórmula adotará no que diz respeito ao afastamento do devedor, determinando, com precisão, o que será feito com as participações sociais, e a responsabilização daqueles que gerirem a sociedade neste caso.⁴⁷

Como se não bastasse, o instituto da recuperação judicial é muito tímido frente às necessidades das empresas. Deveria ser previsto um instituto mais enérgico, com raízes publicistas.

Outro aspecto a ressaltar é a sua falta de detalhamento. Por ser um instituto novo, deveria ser detalhadamente previsto no ordenamento, não dando margem à interpretações equivocadas. Uma ausência sentida é quanto ao tempo máximo para a empresa recuperar-se. Mas, pelo menos, o prazo de 2 anos que

⁴⁷ Ibid., p. 155.

existe na nossa concordata não foi repassado à recuperação judicial, dando-lhe uma certa flexibilidade para adequar-se aos diversos casos e espécies de empresas e atividades desenvolvidas.

Pelo que foi exposto, percebe-se que a realidade da empresa mudou. Na tentativa de acompanhá-la, o Direito Concursal passa por transformações estruturais, visando adequar-se. Uma nova visão de empresa, tendo como fim último a preservação desta, está sendo implantada em vários países. No Brasil, apesar do atraso, o projeto de lei segue, mesmo que timidamente, essa tendência. É importante que nesse momento nos utilizemos dos erros no Direito Comparado para economizarmos tempo. Como se sabe, mesmo com os novos institutos, os resultados não têm sido muito satisfatórios. É por isso que um estudo aprofundado é fundamental para ganharmos tempo e implantarmos, dessa vez, ao contrário do que ocorreu com o Decreto-lei 7.661 (que não conseguiu traduzir juridicamente as mudanças sociais e econômicas de sua época), um Direito Falimentar que atenda aos anseios dos múltiplos interesses que giram em torno da atual empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **O Novo Direito Falimentar – Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa**. 1ª ed., São Paulo: RT, 1985.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 18ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Falências e Concordatas: comentários à lei de falências: doutrina, legislação, jurisprudência**. 3ª ed., São Paulo: LTr Editora, 1999.

BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa**. 1ª ed., São Paulo: RT, 1985.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Regime Jurídico das Empresas em Dificuldades Financeiras**. Curitiba, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macroempresa**. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. Revista de Direito Mercantil nº 63. São Paulo, 1986.

JUNIOR, Waldo Fazzio. **Lei de Falências e Concordatas Comentada**. 1ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1999.

LOBO, Jorge. **Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

_____. **Direito da Crise Econômica da Empresa**. Revista dos Tribunais nº 754. São Paulo, 1998.

_____. **A Recuperação da Empresa em Crise no Direito Francês**. Revista de Direito Mercantil nº 113. São Paulo, 1999.

NETO, Alfredo de Assis Golçalves. **Atualidades em Matéria de Insolvência**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná nº 29. Curitiba, 1999.

_____. (org.). **O Anteprojeto de Lei de Falência**. Revista do IAP nº 23. Curitiba, 1993.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17ª ed., Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de Direito Falimentar**. 10ª ed., Vol II. São Paulo: Saraiva, 1988

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1975.

SIMIONATO, Frederico. **A Disciplina da Reorganização da Empresa em Crise Econômica no Projeto de Lei Concursal**. Revista de Direito Mercantil nº 111. São Paulo, 1998.

ULHOA COELHO. **Curso de Direito Comercial**. 3ª ed., v. III. São Paulo: Malheiros 2002.

ZANETTI, Robson. **Direito Falimentar. A Prevenção de Dificuldades e a Recuperação de Empresas**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2000.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. São Paulo: Forense, 4ª ed., 2001.

_____. **Comentários à Lei de Falências**. São Paulo: Forense, 2ª ed., 1955.