

LUCIANO DOMINGOS CARLETTO

**O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O REGIME JURÍDICO
FALIMENTAR**

**CURITIBA
2004**

LUCIANO DOMINGOS CARLETTO

**O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O REGIME JURÍDICO
FALIMENTAR**

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

Orientador: Professor Edson Isfer.

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO


LUCIANO DOMINGOS CARLETTO

**O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O REGIME JURÍDICO
FALIMENTAR**

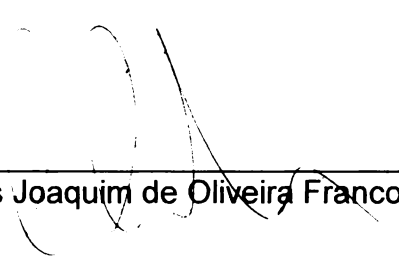
Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no
Curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Edson Isfer



Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite



Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Curitiba, 09 de novembro de 2004.

Agradeço a todos aqueles que de uma maneira ou de outra contribuíram para minha formação profissional; aos amigos pelo apoio e o companheirismo; por fim, à minha família e demais pessoas queridas pela compreensão nos momentos difíceis, em especial, aos meus pais, pelo alento e o equilíbrio que me transmitem.

“A política é um esforço tenaz e energético para atravessar grossas vigas de madeira. Tal esforço exige, a um tempo, paixão e senso de proporções. É perfeitamente exato dizer – e a História o confirma – que não se teria jamais atingido o possível se não se houvesse tentado o impossível (...) E mesmo que não sejam nem uma coisa nem outra (chefe ou herói) devem armar-se da força da alma que lhes permita vencer o naufrágio de todas as suas esperanças. Importa, entretanto, que se armem desde o primeiro momento, pois de outra forma não virão a alcançar nem mesmo o que hoje é possível”.

(Max Weber)

“Se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.

(Montesquieu)

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 A EMPRESA EM CRISE	3
3 A BUSCA DE SOLUÇÕES E O PAPEL DO ESTADO	6
3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A ORDEM CONSTITUCIONAL.....	7
3.2 A INTERVENÇÃO ESTATAL DE NATUREZA JURISDICIONAL	8
4 O DIREITO CONCURSAL VIGENTE	11
4.1 PANORAMA HISTÓRICO.....	11
4.2 DIRETRIZES	13
4.3 CRÍTICAS.....	14
5 ATUAIS MECANISMOS PARA SANEAMENTO E REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA	16
5.1 MEIOS PREVENTIVOS EXTRAJUDICIAIS	16
5.2 MEIOS PREVENTIVOS JUDICIAIS	20
5.2.1 Concordada – Características Gerais	20
5.2.2 Concordata Preventiva.....	21
5.2.2.1 Características e Finalidade	21
5.2.2.2 Procedimento	22
5.2.2.3 Críticas	24
5.2.3 Concordata Suspensiva	26
5.2.4 Continuidade dos Negócios na Falência	27
6 A REFORMULAÇÃO DO REGIME JURÍDICO FALIMENTAR – O PROJETO DE LEI Nº 4.376/93	30
6.1 ASPECTOS POSITIVOS E INOVAÇÕES	31
6.1.1 O Plano de Recuperação	31
6.1.2 Créditos Trabalhistas	34
6.2 DOS SUJEITOS E AUXILIADORES DO PROCESSO	35
6.2.1 Credores.....	35
6.2.2 Administrador Judicial	36
6.2.3 Comitê de Credores	36
6.2.4 Outras Alterações.....	37
6.3 CRÍTICAS	39
7 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

RESUMO

Pretende-se, com o presente estudo, demonstrar a fundamental importância que a empresa vem assumindo nos últimos anos, seja no plano econômico, financeiro, político, social, cultural, e até mesmo normativo. Essa crescente evolução carrega consigo uma enorme carga de influência sobre a forma de organização da sociedade atual, principalmente em face do fenômeno da globalização. Surge daí a preocupação com a manutenção e a preservação das empresas, porquanto são a base da economia, notadamente a de cunho capitalista, não podendo descuidar das demais funções que hoje lhes são inerentes. O Direito, por sua vez, não pode permanecer insensível e furtar-se à tão significativa transformação, cabendo também a ele fornecer mecanismos hábeis que possam contribuir para que as empresas – consideradas viáveis – consigam se reorganizar e dar continuidade às suas atividades. Nesse mister, cabe fazer aqui uma análise, ainda que superficial, sobre o instituto falimentar vigente e aquele que se pretende implementar através do PL nº 4.376/93 em trâmite no Congresso Nacional.

1 INTRODUÇÃO

A empresa, vista aos olhos da sociedade atual, não mais se restringe à figura de seu administrador e à obtenção pragmática do lucro¹, avocando função de fundamental importância ao revelar-se como fonte de recursos, empregos e tributos.

A competitividade frente a uma sociedade inconsolavelmente consumista e a ampliação da concorrência entre mercados, implicadas pela globalização, juntamente com desastrosas medidas políticas, fiscais e financeiras, acabaram por agravar a crise econômica das empresas. Some-se a isso as inábeis e, em alguns casos, dolosas administrações, com objetivos distintos e egoísticos entre os sócios e acionistas e a precariedade do sistema de produção.

E é certo que todo esse processo não importa apenas àqueles que compõem o quadro social da empresa em crise, mas também a toda comunidade na qual encontra-se instalado seu aparato de produção.

Como não se mencionar, a propósito, o recente evento ocorrido com a Parmalat S/A, empresa multinacional de raízes italianas e com fortes ramificações no Brasil, quando, na iminência da “quebra”, provocou até mesmo o pronunciamento do governo brasileiro, tamanha a projeção de sua atuação para a economia do país. Esse é apenas um dos muitos exemplos que poderiam ser citados.

Com efeito, não se pode desconsiderar que a empresa representa o cerne da sociedade capitalista e, sob um olhar clássico, o elemento de propulsão ao desenvolvimento econômico e social. Há quem diga, inclusive, que a história da empresa se confunde com a própria história da economia. Porém, não nos interessa aqui revolver as origens da empresa, mas apenas fazer uma simples abordagem,

¹ “Por isso, pode-se dizer que a empresa nasceu com a produção para o mercado, depois que o artesão, disposto a correr os riscos inerentes ao seu ofício, passou a trabalhar para gerar excedentes, os quais, se encontrassem comprador a bom preço, lhe trariam lucros e prosperidade; se não, ou se fossem vendidos abaixo do custo, lhe acarretariam prejuízos e a ruína” (LOBO.J., **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio: Lúmen Júris, 1993, p. 03).

deveras relevante, no intuito de evidenciar a sua crescente importância ao longo dos anos e maximizada nos dias atuais.

O advento da Constituição Federal de 1988 consagrou tendências mundiais de preservação da empresa, consolidando como princípios basilares da ordem econômica a função social da propriedade (art. 170, III) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII).

Diante desse quadro, imputa-se mais uma vez aos juristas a tarefa de promover a sincronização entre o direito positivado e a realidade social, na tentativa justa e esforçada de adequar os paradigmas jurídicos e políticos aos novos parâmetros econômicos e sociais.

Daí exsurtem as críticas ao atual regime jurídico falimentar, normativizado no Decreto-Lei nº 7.661/45, que – dizem - já não consegue mais responder satisfatoriamente a todas as necessidades que se apresentam, seja sob um olhar puramente jurídico ou mesmo sob um manto econômico e social.

Os clamores pela reforma do regime concursal aumentam e ganham novos rumos a medida em que tramita pelo Congresso Nacional o PL nº 4.376/93, destinado a instituir uma nova “Lei de Falências”, que visa superar a marcante orientação liquidatória hoje vigente, para substituí-la por uma perspectiva definitivamente de recuperação das empresas.

Mesmo assim, convém analisar minuciosamente os critérios para a reforma, uma vez que não é simplesmente a vigência de um novo diploma legal que irá solucionar todos os problemas em matéria de direito concursal.

Por isso, a proposta do presente estudo é realizar uma humilde análise sobre a condição jurídica em que atualmente se encontram as empresas em dificuldades financeiras, num cotejo simples e elementar com o regime jurídico falimentar pautado na nova ordem constitucional.

2 A EMPRESA EM CRISE

Seja no Brasil ou em qualquer outro país, mesmo naqueles considerados de primeiro mundo, com economias estáveis e avançadas, não é novidade que uma empresa está sujeita a passar por dificuldades, principalmente em face da nova configuração da ordem econômica e social, marcada pelo avanço intangível no setor de comunicações e o aumento significativo na concorrência de mercado.

Sem dúvida, o maior expoente dessa transformação é um fenômeno que se convencionou chamar de globalização, acompanhado de perto pelo expansionismo irrepreensível da internet, que trouxeram às empresas mais dificuldades do que estavam acostumadas a enfrentar. Some-se a isso a velocidade com que essas mudanças foram impingidas, pegando de surpresa muitas empresas desprezadas e menos consolidadas.

Daí que, muito embora a preocupação do presente estudo esteja voltada para a crise da empresa no plano jurídico, não se pode desconsiderar as diversas formas de que se revestem as dificuldades nas sociedades empresárias.

Atento a isso, Fábio Ulhoa COELHO elucida que:

A crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.²

Assim, via de regra, quando surgem as complicações, o primeiro passo da empresa é buscar a solução junto ao próprio mercado, através de financiamentos e aporte de recursos provenientes de outros empresários, que vêem nela uma oportunidade de ganhar dinheiro.

² COELHO, F.U. **Curso de direito comercial**. 3ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA, Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 216.

Porém, o problema maior desponta quando o mercado por si só não é capaz de sanear a empresa em crise, configurando-se um quadro impossível de ser revertido somente pelas forças do capital. Evidencia-se, então, a necessidade da intervenção estatal.³

Por outro lado, convém averiguar se diante da condição crítica da empresa convém recuperá-la, ou se melhor seria proceder à sua liquidação. É o que o mesmo Fábio Ulhoa COELHO tenta passar, quando afirma que:

Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza.⁴

De fato, algumas empresas, talvez devido à função social que desempenham, talvez devido à natureza da crise por que passam, podem e devem ser recuperadas. Outras, porém, tornam-se de tal maneira inconvenientes ao mercado – já que significam capital e patrimônio estagnados – que ele próprio se encarrega de fechar todas as portas ao empresário mal-sucedido.

Trata-se de fato lógico, porque o crédito, alicerce de qualquer atividade empresarial desde os tempos antigos, uma vez estando abalado, é capaz de rachar e comprometer todo o restante da estrutura, acabando por implodir a empresa.

Nesse sentido preleciona Paulo Penalva SANTOS:

É inquestionável que o crédito pode ser comparado ao oxigênio para dar vida a qualquer sistema econômico, pois o mecanismo da circulação das riquezas tem nele um dos elementos essenciais de propulsão. Sem operações de créditos, as atividades econômicas

³ “Quando uma empresa não pode mais cumprir pontualmente suas próprias obrigações, mas não está em estado de insolvência, ela pode obter dinheiro no “mercado”, assim, a empresa não tem necessidade de um controle judiciário, mas de dinheiro e, se ela não encontrar este dinheiro, é porque perdeu sua credibilidade e seu estado de dificuldade é irreversível.” ZANETTI, R. **Direito falimentar: a prevenção de dificuldades e a recuperação de empresas**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 35.

⁴ COELHO, F.U. **Op. cit.** p. 217.

encontrariam maiores limites muito estreitos para se reproduzirem, ainda maiores para se expandirem.⁵

⁵ SANTOS, P.P. **Falência requerida pela fazenda pública**. Doutrina/coordenação James Tubenclak, v.4. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997, p. 402.

3 A BUSCA DE SOLUÇÕES E O PAPEL DO ESTADO

Com base no que já fora exposto, não é difícil concluir que dentro de qualquer empresa poderão surgir dificuldades, culminando no atraso dos pagamentos e, por vezes, na sua inadimplência. No entanto, só por isso não se pode considerá-la insolvente ou mesmo incapaz de reencontrar seu equilíbrio financeiro.

Certo é que, de acordo com a gravidade das dificuldades enfrentadas, algumas providências devem ser adotadas visando amparar e proteger a sociedade empresária de sofrer a liquidação de seus bens.

Ora, não são raros os exemplos de empresas que se encontravam à beira da “quebra” e conseguiram “dar o tombo” (como se referem os próprios empresários na linguagem popular). Em muitas dessas vezes, as firmas acabam reencontrando o caminho sozinhas, apenas continuando com suas atividades. Casos há, porém, que a solução somente aparece com a intervenção do Poder Judiciário.

E não poderia ser diferente, haja vista a importante incumbência conferida pela Constituição às empresas como elementos essenciais na manutenção da ordem econômica e social.

Nesse embalo, José da Silva PACHECO destaca a atuação do Estado pela via estatal, pelos seguintes pontos:

- 1) a flexibilização do acesso à Justiça e a ampliação da proteção dos interesses coletivos e difusos;
- 2) a deformalização do processo, utilizando-se a técnica processual em busca da simplicidade, celeridade, economia e eficácia;
- 3) a deformalização das controvérsias, com a busca de vias alternativas de soluções:
 - a) extrajudiciais;
 - b) endoprocessuais;
 - c) mistas;
- 4) o alargamento dos poderes do juiz, quer em caráter cautelar, quer em caráter decisório, quer através da interpretação extensiva, quer através do juízo de equidade.⁶

⁶ PACHECO, J.S. **Processo de falência e concordata**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 3.

3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A ORDEM CONSTITUCIONAL

A Carta Constitucional de 1988 tratou de assegurar como fundamentos basilares da República Federativa do Brasil a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (art. 1º, IV), ao mesmo tempo em que fundou a ordem econômica no princípio da busca do pleno emprego (art. 170, VIII).

Ainda, sob a mesma perspectiva, definiu como objetivo fundamental do Estado “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II), assegurando o direito à propriedade (art. 5º, XXII) e atribuindo a esta o dever de cumprir com sua função social (art. 5º, XXIII).

Antes disso, a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) já estabelecia que:

Art. 116 – (...)

Parágrafo único – O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154 – O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Porém, verifica-se claramente que aqui o exercício da função social é bem menos ambicioso, porquanto reserva o seu exercício aos controladores e administradores.

Eis aí, então, a importância de a preservação da empresa ter sido elevada à categoria de princípio constitucional, conforme a brilhante e percuciente lição do Prof. Alfredo de Assis GONÇALVES NETO:

(...) pode-se observar que ao princípio da busca do pleno emprego, por exemplo, corresponde o de preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal

conseqüência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica.⁷

A partir disso, Leonardo Medeiros RÉGNIER afirma a função normativa que verdadeiramente a empresa acaba desempenhando, por conformar diversos outros aspectos, não menos importantes, e que no todo dimensionam a sua função social, vejamos: função econômica, que se resume no fato de a empresa fazer a moeda circular; função política, pela qual a empresa dispõe de um poder único de interferir na política nacional, estadual, municipal, ou regional; função integrativa, pois promove o intercâmbio e a integração dos povos; função cultural, tida como indissociável da função social da empresa.⁸

3.2 A INTERVENÇÃO ESTATAL DE NATUREZA JURISDICIONAL

Seguindo a tendência mundial, pode-se verificar nos legisladores brasileiros a crescente preocupação em implementar processos de prevenção de dificuldades empresariais, não apenas para resguardar os interesses dos credores, mas para manter a exploração das atividades da empresa, dada a sua importância para o meio social onde atuam.⁹

Sobre o assunto, Jorge LOBO destaca que “dentre os ‘conjuntos de normas’, que têm merecido mais atenção dos estudiosos do Direito em todo o mundo, está aquele que trata da recuperação da empresa, tema tão vasto, quão complexo e contraditório, curiosamente pouco examinado e discutido no país, quiçá na razão

⁷ GONÇALVES NETO, A.S. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 99.

⁸ RÉGNIER, L.M. **A empresa no direito e a sua função normativa**. Tese apresentada para a obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. p. 241-256.

⁹ “O interesse em salvar a empresa vai além da relação existente entre os credores e o devedor, atingindo o meio social onde ela está localizada.” ZANETTI, R. **Direito falimentar: a prevenção de dificuldades e a recuperação de empresas**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 37.

inversa de sua importância teórica e prática, sobretudo em momentos de crise econômica”.¹⁰

Poder-se dizer, então, que o aumento das dificuldades do devedor provoca a intervenção judiciária quando as empresas experimentam uma crise de ordem jurídica, econômica e financeira, e diante do que não mais conseguem suprir suas necessidades mediante simples concessão de crédito.

No Brasil, como veremos na seqüência do presente estudo, o Decreto-Lei nº 7.661/45 oferece ao empresário, como alternativa à decretação da falência, a possibilidade de requerer a abertura de concordata preventiva, que funciona como um mecanismo duplo de prevenção da falência e tratamento de uma dificuldade econômica já existente, permitindo a continuidade das atividades empresariais.

Todavia, a dúvida repousa em se saber qual o momento mais apropriado, ou, de outro modo, qual o momento exato em que o Poder Judiciário deve atuar.

Na prática dos negócios, o que se verifica é uma relativa paciência dos credores em relação ao devedor, mas essa resignação não costuma se estender por tempo indeterminado, na verdade, se o credor demorar muito em cumprir suas obrigações, haverá uma reação agressiva dos credores para receberem seus créditos, o que poderá estrangular definitivamente a empresa já crítica.

D'outro banda, pela lei, fica mais fácil constatar o limite de tolerância, porquanto encontra-se previsto que o ativo do devedor deve ser superior a 50% de seu passivo quirografário, para que assim possa obter a concordata preventiva.

Fábio Ulhoa COELHO, entretanto, chama à atenção para o fato de que “a recuperação da empresa por intervenção do aparato estatal (Executivo ou Judiciário) é justificável apenas se a solução de mercado não pôde concretizar-se por disfunção

¹⁰ LOBO, J. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993. p. 36.

do sistema de liberdade de iniciativa, na hipótese de o empreendedor atribuir à empresa, por exemplo, valor idiossincrático”.¹¹

De toda sorte, se, por um lado, não se deve precipitar a intervenção judiciária, relegando-a oportunidade somente quando da iminência da falência, por outro, a mediação do Judiciário deve ocorrer antes que a situação se torne irremediável, permitindo que a empresa se recupere rapidamente.

Nessa esteira, certo é também que à lei, a seu turno, compete fornecer mecanismos hábeis que possam colaborar e permitir que as empresas se previnam contra suas dificuldades, enquanto estas ainda sejam reversíveis.

¹¹ COELHO, F.U. **Curso de direito comercial**. 3ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA, v. 3 São Paulo: Saraiva, 2002. p. 220.

4 O DIREITO CONCURSAL VIGENTE

O vocábulo falência deriva do verbo fallere (fallentia), de origem latina, significando o ato de faltar, enganar. No Dicionário Aurélio encontramos a seguinte definição jurídica: “Execução coletiva do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores, e que tem por fim arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, solver o passivo e liquidar o ativo, mediante rateio, observadas as preferências legais.”¹²

Por certo que essa qualificação se restringe a uma perspectiva essencialmente técnica, que desconsidera os demais aspectos que gravitam em torno de uma empresa padecente. Hoje, tal percepção jurídica dos fatos não mais pode vingar, pois que o direito falimentar deve se manter atrelado à preservação do crédito público, à igualdade de credores e principalmente à dignidade da pessoa humana.

4.1 PANORAMA HISTÓRICO

A “quebra”, como popularmente é conhecida a falência, é expressão que se utilizava em Portugal e no Brasil desde as Ordenações Manuelinas (1521), e foi adotada pelo Código Comercial brasileiro, sendo que o termo falência somente foi assimilado definitivamente em nosso direito positivo com a promulgação do Decreto nº 197, de 24 de outubro de 1890.

Em termos históricos, podem-se identificar três fases bem definidas no direito concursal.

A primeira vai desde o nascimento da falência nos tempos medievais até a Primeira Guerra Mundial. Sobre essa época, Jorge Lobo esclarece que “não

¹² FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa..** 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

obstante a falência, com suas atuais características, tenha surgido na Idade Média, é indiscutível que os seus primeiros fundamentos jurídicos remontam à Roma primitiva, quando a execução, de caráter pessoal, era dirigida contra o próprio devedor.”¹³

Vemos, então, que pelo modelo clássico, onde a obrigação assumia um sentido estritamente pessoal, o credor poderia exercer sobre o devedor uma execução de caráter privado e de natureza penal, podendo, inclusive, dispor do seu corpo e de sua vida. Era, pois, um direito contra e sobre o devedor.¹⁴

Mesmo após superada essa etapa, o instituto da falência não se desvinculou totalmente de sua índole punitiva, subsistindo o seu caráter repressivo através da infâmia e do julgamento popular, eis que a falência e falido sugeriam, desde logo, a idéia de fraude. Assim, poder-se-á dizer que, se por um lado desapareceram as humilhações públicas promovidas pelo sofrimento corporal/material, por outra via, permaneceram as exposições públicas da moral do devedor.

Segue-se, então, com a segunda fase, compreendida entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial. Neste período, surgem os primeiros olhares para a continuidade da empresa, em detrimento de sua liquidação total, muito embora o prosseguimento tenha permanecido sob o mando do particular.

Já na terceira fase, iniciada a partir da Segunda Guerra Mundial, temos o direito concursal nos moldes como é conhecido até os dias atuais, no qual inseriu-se os procedimentos preventivos e a moratória, e o qual passou a atribuir maior relevância ao interesse público e, via de consequência, à recuperação das empresas.

¹³ LOBO, J. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993. p. 28.

¹⁴ *Idem*, p. 29.

Também nesse ponto o Autor citado prestou sua contribuição, explanando que:

Atualmente, em virtude da influência das idéias de conteúdo econômico e da importância da empresa como organismo produtor de bens e riquezas, o caráter penal e repressivo da falência e a concepção de que se deve promover a liquidação do patrimônio do falido para realizar a 'pars conditio creditorum' cederam lugar ao sistema de reorganização e recuperação das empresas deficitárias, de forma a criar condições de fazê-la sair do 'buraco' e voltar a exercer as funções e atividades que motivaram a sua constituição.¹⁵

4.2 DIRETRIZES

O estudo e a aplicação do direito falimentar não se perfaz unicamente pelas normas contidas no Decreto-lei nº 7.661/45, mas deve partir de uma análise dos valores afirmados e sistematizados na Constituição Federal de 1988.

Depreende-se daí que deve o direito falimentar ter o seu funcionamento sempre voltado para a preservação do crédito público e a igualdade dos credores. E, corolário lógico, é que esses objetivos sejam alçados à ordem de princípios, donde deve advir ainda a preservação da empresa, a vedação ao enriquecimento ilícito, a celeridade processual, e a coletividade de interesses.

Claro está, também, que o regime jurídico da falência alberga normas tanto de direito material como de direito processual, totalmente integradas.

À margem disso, porém, verifica-se que o Decreto-lei nº 7.661/45, talvez devido à época em que foi promulgado (logo após a Segunda Grande Guerra), direcionou seus efeitos ao binômio devedor-credores, tendo realçado a figura do comerciante individual, relegando ao segundo plano, assim, a empresa.

Mais que isso, adota o critério da impontualidade para determinar a condição de falência, o que acaba reputando ao procedimento concursal brasileiro um caráter verdadeiramente liquidatório.¹⁶

¹⁵ Idem, p. 32.

¹⁶ "No vigente Direito positivo é marcante a orientação liquidatória, não se tendo consagrado ainda a tendência recuperadora, mesmo porque, por ocasião da elaboração da lei, não se levou em conta o fenômeno empresa, com todas as suas complexas implicações." ABRÃO, N. **Curso de direito falimentar**. 5ª ed. São Paulo: Leud, 1997.

4.3 CRÍTICAS

Diante da incongruência da atual sistemática falimentar com o ordenamento jurídico constitucional, é crescente o clamor pela reforma, tendo o debate se acirrado em face do Projeto de Lei nº 4.376/93 que tramita no Congresso Nacional, destinado a “instituir e regular a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência da sociedade empresária, da sociedade simples, do empresário e da pessoa física que exerça atividade econômica em nome próprio e de forma organizada”, revogando, via de consequência, o Decreto-lei de 1945.

Na verdade, a discussão acerca da necessidade da reforma do sistema falimentar brasileiro não é nova, sendo anterior até mesmo à Constituição de 1988.

Com efeito, já em 1985 Nelson ABRÃO registrava o apelo que faziam os estudiosos e os empresários, ante a defasagem do diploma normativo de 1945 em face da nova realidade sócio-econômica que emergia:

Defasada desde sua promulgação, pelas razões supra-expostas, a Lei de Falências de 1945 divorciou-se cada vez mais de nossa realidade sócio-econômica, razão pela qual são incontidos os clamores pela sua reformulação, não só da parte dos juristas, como também daqueles que mais sofrem com sua total inadequação aos tempos de hoje: os próprios empresários.¹⁷

De fato, a opinião comum, de uma maneira geral, posicionou-se a favor da modificação do paradigma norteador da metodologia falimentar em vigor, suprimindo seu espírito excessivamente processualista para enquadrá-lo numa forma procedimental sincronizada com a importância e a viabilidade econômica da empresa, para assim, finalmente, preservá-la.

No entanto, essa aclamação não é maciça, porquanto há quem diga que a solução não está na reforma do texto legal mas sim na maneira como deve ser interpretada a norma, ou seja, à luz dos preceitos constitucionais.

¹⁷ ABRÃO, N. **O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 176.

Mais ainda, há quem encontre no próprio Decreto-lei de 1945 dispositivos habilitados e suficientes para responder aos anseios que atualmente se colocam. É o caso do mestre José da Silva PACHECO que, discorrendo sobre os meios de solução para as empresas em crise no Brasil, elenca procedimentos consagrados na própria Lei de Falências:

A nossa Lei de Falência prevê, além da falência comum de que cuidam os arts. 1º, 2º e 8º, a sumária das pequenas empresas (art. 200), a especial das concessionárias (art. 201), a concordata preventiva (art. 156), a concordata suspensiva (art. 177), a continuação dos negócios (art. 74), a convocação de assembléia para deliberar sobre a realização do ativo (art. 122) e a organização de sociedade para continuar a empresa (art. 123 e parágrafos).¹⁸

E justifica:

Vê-se, pois, que a nossa lei, embora de 1945, tem os caminhos de soluções razoáveis, que bem podem ser seguidos mediante interpretação, à luz das novas idéias, tendo em vista as tendências do mundo atual.

Desse modo, não se há de ficar no plano das invectivas contra a nossa lei ou nas proclamações em favor de reformas, mas tomar atitude mais consentânea com a realidade, e, objetivamente, interpretar e aplicar a nossa lei falencial, que, em diversos dispositivos, tem o germe de soluções razoáveis para os problemas críticos das empresas.¹⁹

Como se pode ver, ainda que a atual legislação esteja material e processualmente defasada, durante esses quase sessenta anos de vigência também agregou pontos positivos, de modo que qualquer reforma que se pretenda implementar deve ser feita de maneira sensata e lúcida, para evitar que no final o resultado acabe representando um verdadeiro retrocesso normativo.

¹⁸ PACHECO, J. S. **Processo de falência e concordata**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 6.

¹⁹ Idem, p. 7.

5 ATUAIS MECANISMOS PARA SANEAMENTO E REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA

5.1 MEIOS PREVENTIVOS EXTRAJUDICIAIS

Em qualquer assunto que envolva a empresa, é impossível não destacar o fenômeno da globalização, seja no campo das comunicações seja no campo da economia, como catalisador do aumento da competição internacional, não apenas com relação a preços e custos, mas, sobretudo, com relação à conquista de novos mercados.

Nesse contexto de rápidas e significativas mudanças, a empresa que não se prepara e não procura se adaptar às novas diretrizes do mercado acaba sucumbindo.

Os movimentos societários, como são conhecidos, são táticas adotadas pelas empresas justamente para se reorganizarem, buscando manter e até mesmo aumentar o seu poder de competitividade. Neste particular, podemos elencar as fusões, transformações, cisões, incorporações, acordo pré-concursal, mudança na administração, e autogestão dos funcionários, sendo essas somente algumas das principais técnicas utilizadas pelas empresas quando não mais conseguem se autofinanciar, e sobre as quais passaremos a fazer uma breve abordagem.

A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), em seu art. 228, prescreve a fusão como a operação societária “pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”. Na mesma linha, o novo Código Civil, em seu art. 58, define que “a fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar uma sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”.

Assim, pela fusão, ocorre a extinção formal das sociedades fundidas, com transmissão patrimonial total, sucessão universal e ingresso dos sócios das sociedades extintas na nova sociedade criada.

A incorporação, em síntese, corresponde à operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, extinguindo-se a sociedade incorporada e havendo a sucessão dos direitos e obrigações. É essa a acepção do art. 227 da LSA.

Assim, ainda que a incorporação provoque a extinção da empresa incorporada, esta conserva as suas atividades, e, dessa forma, mantém os postos de empregos e o recolhimento de tributos, cumprindo com sua função social.

Com relação à cisão, de acordo com o art. 229 da LSA, trata-se de “operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para este fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”.

Na cisão, a sucessão das obrigações é objeto de acordo entre as sociedades participantes, devendo cada uma responder pelos compromissos que assumir, havendo que ressaltar, no entanto, que, no mais das vezes, as empresas envolvidas assumem solidariamente a responsabilidade pelas dívidas da companhia extinta (art. 233, LSA).

Por sua vez, a transformação refere-se à operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro, assim definida no art. 220 da LSA. O novo Código Civil perfilhou esse raciocínio em seus arts. 1.113 a 1.115.

Em suma, a transformação da sociedade consiste na modificação de sua estrutura orgânica, sem alterar, contudo, o seu patrimônio social e o da coletividade dos sócios, de forma que permanecem também todos os direitos e obrigações que a sociedade possuía antes de assumir a nova forma.

Portanto, a transformação da sociedade não implica o desaparecimento total da empresa, mas apenas à convalida em um novo tipo societário, com normas

específicas às quais deverá se submeter, sempre com a anuência dos sócios e de acordo com as previsões de seu estatuto ou contrato social.

Também dentre as técnicas de preservação das empresas, encontramos a possibilidade de se realizar um acordo pré-concursal, isto é, um pacto entre os credores e o devedor visando sanear a empresa e evitando, assim, a decretação de sua falência.

Jorge LOBO traça as características do acordo pré-concursal:

O acordo pré-concursal tem natureza contratual, pois se aperfeiçoa pelo mútuo consenso das partes, não os impulsionando qualquer coação estatal, mas tão-somente o propósito de compor, da melhor maneira possível para todos, o conflito real ou potencial de interesses entre o devedor e seus credores e, até mesmo, de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais. É extrajudicial, porque celebrado sem a participação ou interferência do Poder Judiciário. É consensual, porque se conclui pela simples manifestação de vontade das partes, prescindindo de qualquer formalismo. É oneroso, porque há vantagens recíprocas para os contratantes: para o devedor, eventual redução das dívidas, dilação de prazos ou medidas outras que lhe atenuem as obrigações, possibilitando-lhe continuar a desenvolver as suas atividades; para os credores, o robustecimento de suas respectivas posições, de forma a incrementar as possibilidades de efetivo recebimento dos seus créditos. É informal, porque às partes é facultado regular seus interesses da maneira que lhes aprouver. É preventivo, porque visa a prevenir a falência. É individual, porque só obriga os signatários, em função do princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos dos contratos se circunscrevem, afora expressa disposição legal, às partes que o celebram. É aberto, porque os credores não signatários podem a ele aderir quando quiserem.²⁰

Tal procedimento oferece uma séria de vantagens àqueles que se dispõem a adotá-lo, destacando-se a celeridade e o informalismo, já que não há processo judicial, e a ausência de publicidade, que, sem dúvida, tem efeitos devastadores para empresa quando sua situação de crise se torna pública.

De outro lado, encontramos adversidades, notadamente devido ao egoísmo e à intransigência de certos credores que se esforçam em obstaculizar qualquer espécie de composição amigável, tudo isso aliado à inexatidão das informações prestadas pela empresa e à renúncia aos prazos e garantias de forma a possibilitar um alongamento no passivo da empresa.

²⁰ LOBO, J. **Direito concursal**, p. 37.

Eis a sugestão de Jorge LOBO para transpor essas dificuldades:

- (...) antes de propor o acordo a seus credores, a empresa deve:
- a) elaborar demonstrações financeiras, que expressem com clareza a sua situação patrimonial, submetendo-as a auditor independente;
 - b) elaborar relatório sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos dos três últimos exercícios;
 - c) elaborar lista nominativa de todos os credores, inclusive fiscais e parafiscais, especificando as respectivas garantias, se houver, e reavaliar as contas do ativo e permanente e
 - d) pela maioria dos seus sócios, reunidos em assembléia geral, aprovar a proposta do acordo.²¹

Sob qualquer aspecto, há que se superar a mentalidade individual que hoje predomina especialmente no Brasil, pelo que os credores buscam o recebimento de seus créditos a qualquer custo, desconsiderando o interesse coletivo e a função social da empresa.

Ainda no campo dos recursos extrajudiciais utilizados pelas empresas em crise para a sua reorganização, vemos que, em muitos casos, a simples mudança na administração é capaz de devolver à empresa sua saúde econômica e financeira.

É que, conforme já visto, não raro, as dificuldades da empresa decorrem de fatores internos, como administradores despreparados e, o que é pior, indiferentes à responsabilidade social da pessoa jurídica que estão a comandar.

Mesmo assim, Nelson ABRÃO ressalva que deve haver a distinção entre a sorte da empresa e a do empresário, para que aquela não seja fulminada por conta de atos irresponsáveis deste.²²

Outro recurso para o prosseguimento da empresa e que tem se tornado comum é a autogestão dos funcionários.

²¹ LOBO, J. **Direito concursal**, p. 40.

²² “Restrições, e até mesmo punições, são impostas àquele que mal usou dos poderes de gestão, mas independentemente disso, se possui viabilidade, a empresa deverá prosseguir, uma vez que a relevância sócio-econômica que ela assume, principalmente a grande empresa, os interesses que congrega, transcendem o limitado círculo das relações individuais de seu malogrado gestor”. ABRÃO, N. **A continuidade do negócio na falência**. São Paulo: Leud, 1975, p. 66.

Tal fato é facilmente justificado porque os funcionários são interessados diretos na preservação da empresa, como forma de conservar os seus empregos, e também porque muitas vezes a empresa em dificuldades possui enorme passivo trabalhista.

Contudo, a participação dos funcionários não pode ser desmedida a ponto de afrontar o direito de propriedade dos sócios, fazendo-se amplamente necessária a regulamentação por lei específica, para salvaguardar os direitos e interesses de ambas as partes, proprietários, sócios, e empregados.

5.2 MEIOS PREVENTIVOS JUDICIAIS

5.2.1 Concordata – Características Gerais

Inicialmente, a única forma de concordata era a suspensiva, introduzida pelo Código Comercial de 1850, e correspondia a uma moratória consentida pelos credores ao devedor após a decretação da falência.

Já em 1890, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro a concordata sob a forma preventiva, de cunho extrajudicial e anterior à falência, dispensando a intervenção estatal. Aqui, os credores decidiam por maioria de votos, sendo facultado aos discordantes a não participação no procedimento.

Mas foi somente em 1945, com o Decreto-lei nº 7.661, ainda sob a poeira da Segunda Guerra Mundial, que a concordata passou a ser tratada nos moldes até hoje vigentes, conformando uma faculdade da lei e não mais um simples acordo entre devedor e credores, para deixar expressa a sua função de preservação da empresa comercial.²³

²³ O vocábulo concordata, “notadamente após o advento do Decreto-Lei nº 7.661/45, adquiriu um sentido bem peculiar. Não é acordo. Idéia totalmente superada. É uma forma legal de prorrogação de prazo ou de redução da dívida, com o objetivo de superar o estado de pré-insolvência do devedor comerciante ou industrial, evitando ou suspendendo a sua falência”. RAMALHO, R. **Curso teórico e prático de falência e concordatas**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 267.

Com isso, a concordata passou a ter natureza e efeitos de ação judicial, como bem acentuou José da Silva PACHECO “a concordata, em nosso sistema, quer seja objeto de pedido anterior à falência, quer seja objeto de pedido posterior a ela, constitui ação que decorre do fato complexo caracterizado pelos arts. 140, 158, e 177 do Decreto-Lei nº 7.661/45.”²⁴

5.2.2 Concordata Preventiva

5.2.2.1 Características e Finalidade

Carlos Alberto Farracha de CASTRO explica que “de acordo com o Decreto-lei nº 7.661/45, a concordata preventiva constitui o único meio judicial propiciado pelo Estado, com a finalidade de proteger o empresário honesto e de boa-fé, que atravessa dificuldades econômicas transitórias.”²⁵

Assim, podemos dizer que a concordata preventiva tem como objetivo imediato salvaguardar o devedor honesto e de boa-fé dos efeitos nefastos da falência, oferecendo-lhe maiores prazos para o cumprimento de suas obrigações e reduzindo o valor das suas dívidas.

Entretando, num segundo momento, podemos identificar nela uma função ainda mais nobre: a de preservar o interesse público, consoante se extrai das palavras de Jorge LOBO:

A lei, com o fim de atenuar o rigor no caso da falência, se preocupa, desde logo, em fazer que em determinadas circunstâncias a falência seja substituída ou evitada, não com o intuito de apenas salvar o devedor desafortunado, mas antes no interesse de todos os credores, assim como no propósito de permitir a conservação do seu patrimônio e o

²⁴ PACHECO, J. S. **Processo de falência e concordata**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 723.

²⁵ CASTRO, C. A. F. **Regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras**. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000. p. 29.

soerguimento da própria empresa comercial, razão pela qual a concordata é um benefício concedido exclusivamente ao devedor de boa-fé.”²⁶

Diante disso, vemos que a concordata preventiva se constitui em favor legis, outorgado pelo Estado por meio de sentença judicial, ao empresário que, agindo de boa-fé e sob a tutela da lei, passa por dificuldades financeiras e econômicas, sendo a atividade de sua empresa de notável interesse público.

Aliado a tudo isso, Robson ZANETTI inclina sua opinião no sentido de que:

A falência das empresas deve ser sempre evitada para não causar grandes prejuízos aos empregados, aos credores e às coletividades locais. A utilização dos processos de prevenção (o regulamento amigável francês, a administração controlada italiana e a concordata preventiva brasileira) são os meios judiciais para evitar o crescimento das dificuldades das empresas, dando a estas um fôlego para sua recuperação.²⁷

5.2.2.2 Procedimento

A legislação brasileira adota o critério da insolvência absoluta para determinar a liquidação de bens do devedor, sendo que o processo de concordata preventiva somente poderá ser aberto se o devedor não se encontrar em estado de insolvência, ou seja, sua dificuldade deve ser temporária e não irreversível.

Pelo seu procedimento, o devedor comerciante apresenta um plano de recuperação em juízo sem a necessidade de aprovação pelos credores, nem da demonstração da capacidade de recuperação da empresa. Vale dizer, pois, que a concordata preventiva reveste-se assim de um caráter essencialmente público e se trata de um benefício concedido ao devedor, porque independe do consentimento dos credores.²⁸

²⁶ LOBO, J. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993. p. 41.

²⁷ ZANETTI, R. **Direito falimentar: a prevenção de dificuldades e a recuperação de empresas**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 18.

²⁸ “O Brasil adota o sistema legal para a adesão dos credores ao processo de concordata preventiva, o qual é marcado pela ausência de aprovação dos credores ao plano de recuperação”. ZANETTI, R. **Direito falimentar: a prevenção de dificuldades e a recuperação de empresas**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 53.

Dessa forma, somente serão submetidos aos efeitos do plano apresentado pela empresa os credores quirografários, independentemente de seu consentimento, mas os credores privilegiados podem renunciar seu privilégio e aderir ao processo como quirografários.

Pode-se dizer, então, que os credores privilegiados e os credores quirografários são tratados da mesma forma, conforme a categoria de cada crédito, mas de maneira diferente entre eles, isto é, não existe uma igualdade absoluta entre os credores, pois existem os credores quirografários e os credores privilegiados, sendo que a forma de pagamento é diferenciada entre eles.

Em suma, a concordata preventiva configura-se em uma ação do devedor contra os credores, onde a decisão do juiz “substitui” a vontade dos credores na formação do contrato e estes podem questionar somente se as condições legais para a concessão da concordata foram preenchidas ou não.

Ato contínuo, não ocorre a substituição ou assistência do devedor no processo de concordata preventiva e o juiz nomeia o comissário judicial entre os maiores credores ou o maior credor quirografário para fiscalizar o andamento processual, a gestão e a administração dos bens do devedor, após a abertura do processo (Dec.-lei nº 7.661/45, art. 161).

Quanto aos prazos, tem-se que estes são uniformes para os credores quirografários, bem como as dívidas são consideradas vencidas antecipadamente. No entanto, o prazo para cumprimento da concordata inicia-se na data do ingresso do pedido em juízo, conforme estabelece o art. 175 do Decreto-lei n.º 7.661/45.

Ocorre, porém, que a obtenção do benefício legal da concordata preventiva exige que sejam cumpridos alguns requisitos. Entre eles, temos os de caráter genérico, na forma de impedimentos, elencados nos incisos do art. 140 do Decreto-lei nº 7.661/45. Assim, na forma do referido dispositivo, não pode impetrar concordata:

- I) o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio, os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio;
- II) o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do artigo 8º;
- III) o devedor condenado por crime falimentar, furto e roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular;
- IV) o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.

Já pelos requisitos propriamente ditos, estabelecidos no art. 158 do Decreto-lei nº 7.661/45, exige-se do devedor: o exercício regular do comércio há mais de dois anos; que possua ativo superior a 50% do seu passivo quirografário, ressalvados os bens constituídos em garantia, apenas no valor que exceder da importância dos créditos garantidos; que não seja falido, ou, se o foi, que estejam declaradas extintas as suas responsabilidades; que não tenha título protestado por falta de pagamento.

Afora tudo isso, não será autorizada a abertura do processo de concordata preventiva quando o devedor possuir dívidas junto ao Fisco e à Previdência, e no pedido apresentado em juízo deverá se demonstrar fielmente a real condição econômica da empresa, sob pena de ser declarada a sua quebra.

Enfim, há que se enfatizar que a inexecução do plano será motivo para abertura do processo de falência, sem chance para implementação de um novo processo de recuperação da empresa.

5.2.2.3 Críticas

As opiniões não são uníssonas, mas muitas são as ponderações acerca da concordata preventiva.

Ao que parece, a maioria dos operadores jurídicos se posiciona de forma contrária à sua configuração atual, encontrando apoio nos mais ilustres expositores. É o caso do eminente professor Rubens REQUIÃO, que assevera:

O erro fundamental do sistema da concordata preventiva e mesmo da concordata suspensiva, em nossa Lei de Falências, é permitir sua concessão, atendidos apenas alguns pressupostos formais. Não se cogita de saber as verdadeiras causas da insolvência do devedor; não se cogita sequer indagar se ele tem um projeto viável para a reorganização de sua empresa; não se indaga se foi ele inepto ou incompetente. Atendidos os pressupostos legais e formais, os juízes geralmente complacentes, estão dispostos a fazer vista grossa sobre os desmandos econômicos e financeiros evidentes, para conceder logo a concordata.

Nesse sistema legal, a concordata não poderia deixar de constituir um meio hábil de enriquecimento dos devedores mais sagazes e menos escrupulosos.²⁹

De fato, como exemplo mais paupável, tome-se o fato de que o prazo para pagamento é de apenas 02 (dois) anos, além de a concordata abranger somente credores quirografários, sendo que, na prática, todos os credores exigem garantias, notadamente quando se trata de operações bancárias.

A esse respeito, ZANETTI aduz que “as medidas de prevenção de dificuldades seriam melhores a partir do momento em que todos os credores fossem igualmente admitidos ao processo, mesmo sem seu consentimento”. E, ao citar Nelson Abrão, acrescenta “concordamos também com o professor e entendemos que nosso sistema falimentar deva ser aperfeiçoado, mas não modificado profundamente, porque o processo de concordata preventiva brasileiro se revela como um meio muito eficiente para recuperar as empresas”.³⁰

Com efeito, já em 1985 Nelson ABRÃO arrazoava:

(...) concebido com todos os defeitos, supra-apontados, da elaboração da Lei de Falências em geral, o instituto da concordata apresentou o gravame de deixar ao único e exclusivo arbítrio do devedor a conveniência e a oportunidade de ingressar um juízo, o que, geralmente, é feito numa fase tardia, de irrecuperabilidade da empresa, caminharmento inexorável para a falência e prejuízo total de todos os interessados, além de ocupar-se a

²⁹ REQUIÃO, R. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 2, p. 247.

³⁰ ZANETTI, Robson. **Direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 2, p. 80.

organização judiciária esterilmente, por muitos anos, contrariando-se a sua própria natureza de serviço público.³¹

E, nessa esteira, Jorge LOBO é pontual e incisivo ao tecer suas críticas, afirmando que:

Para enfrentar tantos e tão complexos e variados problemas, o instituto da concordata preventiva não é solução, nem mesmo paliativa, porque:

- a) leva em conta apenas o pequeno empresário, o comerciante individual, ignorando, por completo, a moderna teoria da empresa como organismo propulsor da atividade econômica;
- b) não distingue a figura da empresa da do empresário;
- c) embora vise prevenir a falência, acaba privilegiando a relação devedor-credores em detrimento da continuação da atividade e do emprego;
- d) tem caráter eminentemente processual e não econômico;
- e) a sua concessão baseia-se exclusivamente em requisitos formais;
- f) permite aos administradores permanecerem à frente da empresa, mesmo que tenham agido em fraude à credores, tenham demonstrado total incapacidade para o exercício das funções ou tenham praticado crimes falimentares;
- g) faz do maior credor o comissário;
- h) atribui ao comissário a designação do perito;
- i) limita os seus efeitos aos credores comuns, sem garantia;
- j) privilegia os créditos fiscais e parafiscais, deixando-os à margem da concordata e conferindo-lhes superprivilégios em caso de falência.³²

Enfim, em que pese o objetivo vislumbrado pelo legislador, a atual conformação da concordata preventiva não é suficiente para possibilitar o saneamento e a preservação da empresa em crise, sendo imperiosa uma alteração nos seus mecanismos. E justamente por isso ela foi suprimida no Projeto de Lei nº 4.376/93, que pretende substituir a Lei Falimentar vigente.

5.2.3 Concordata Suspensiva

Mesmo após a decretação da falência, pode o devedor socorrer-se da concordata, agora, porém, com caráter suspensivo. Trata-se, pois, de alternativa conferida pela lei ao devedor para evitar o trâmite do processo falimentar.

³¹ ABRÃO, N. **O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 174/175.

³² LOBO, J. **Da recuperação da empresa no direito comparado.** Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1993, p. 45/46.

Da mesma forma que a concordata preventiva, a suspensiva só alcança os credores quirografários, não atingindo os credores privilegiados e aqueles com garantia real, que, por sinal, readquirem o direito de promover as medidas cabíveis para recebimento dos seus créditos.

Caso o pedido de concordata suspensiva seja negado pelo juiz, procede-se à realização do ativo e pagamento do passivo. Em sendo aceito, os bens arrecadados são entregues ao concordatário, que retoma o direito de livre dispor do seu patrimônio, nos termos do art. 183 do Decreto-Lei n.º 7.661/45.

Assim, permanece o próprio concordatário como responsável pela gestão da empresa, sendo essa uma diferença marcante para com a continuidade dos negócios na falência, procedimento previsto no art. 74 do aludido diploma legal.

5.2.4 Continuidade dos Negócios na Falência

As mesmas razões que impulsionam a concessão da concordata preventiva ou da concordata suspensiva servem também para justificar a autorização para a continuação do negócio do falido, ou seja, as particularidades da sociedade falida podem evidenciar que o prosseguimento das suas atividades seja muito mais vantajoso do que a paralisação, especialmente para os credores.

A atual Lei de Falências prevê essa possibilidade, singelamente, em seu art. 74³³. Tal faculdade combina com a perspectiva constitucional de preservação da empresa, e, inclusive, figura como um dos principais pontos positivos do Decreto-lei de 1945.³⁴

³³ Art. 74. O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para gerí-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico.

³⁴ “O prosseguimento da atividade na falência tem como escopo possibilitar a preservação da empresa e evitar a desintegração do estabelecimento. Reveste-se o assunto de grande importância, a ponto de se constituir na preocupação revalecente no moderno Direito Falimentar.” ABRÃO, N. **Curso de direito falimentar**. *Apud* CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *op.cit.* p. 65.

Essa é a visão de Carlos Alberto Farracha de CASTRO ao interpretar o referido dispositivo legal, e ao que salienta "(...) verifica-se que o deferimento da continuidade dos negócios na falência vincula-se à conveniência do pedido. O legislador, porém, não positiva o que seria a conveniência do pedido, motivo pelo qual (.....) tal possibilidade deve ser interpretada à luz da Constituição e, por conseguinte, no sentido de preservar a empresa." ³⁵

De se notar que a administração dos negócios da empresa durante o processo judicial da falência é atribuída ao gestor de negócios, e não mais ao síndico, que se limita a indicar o gestor, sendo de competência do juiz aceitá-lo ou não.

E, muito embora a autorização para a continuidade do negócio do falido seja admissível de acordo com o interesse dos credores, não compete à eles requerê-la, sendo tal iniciativa de exclusividade do representante legal da sociedade falida.

Apesar de tudo, verifica-se que a intenção do legislador era bem menos abrangente e eficaz, o que corrobora as opiniões favoráveis à implementação de uma nova legislação falimentar, voltada prioritariamente à preservação da empresa.

Nesse mister, veja-se o abalizado entendimento de Marcelo M. BERTOLDI e Marcia Carla Pereira RIBEIRO:

Nossa lei, nos termos em que foi apresentada em 1945, não atendeu à função básica da falência de reorganização da atividade empresarial. Esse artigo é a porta pela qual a falência acaba exercendo a função de reordenação (.....) Em razão de a lei vigente não estar centrada precipuamente na busca da reorganização e manutenção da empresa, o art. 74 é muito citado para fins de reorganização da atividade empresarial. Na verdade, sob a ótica da preservação da empresa, o 'caput' e os parágrafos da norma deveriam ser o núcleo da lei de falência, quando pensar-se-ia na elaboração de planejamento para que a empresa fosse viabilizada (.....) Contudo, a previsão do art. 74 está bem aquém de uma opção pela prioridade na reorganização da empresa, pois estabelece uma situação transitória, destinada à defesa dos interesses da massa de credores e não no princípio da preservação da empresa. ³⁶

³⁵ CASTRO, C.A.F. **Regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras.** Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000. p. 87/88.

³⁶ BERTOLDI, M. M.; RIBEIRO, M. C. P. **Curso avançado de direito comercial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 283/284.

Filiado a esse entendimento, Farracha de CASTRO vai adiante e declina o que seriam, para ele, as omissões práticas na continuação dos negócios promovida com base no art. 74:

- I) não regula o prazo de funcionamento da empresa falida, deixando-o ao arbítrio do Juiz, exceto nos casos de impetração de concordata suspensiva;
- II) não distingue diretamente a responsabilidade do Síndico e do Gestor de Negócios;
- III) enfatiza o requerimento de continuidade dos negócios ao próprio falido, o qual geralmente é o principal responsável pela situação caótica da empresa;
- IV) não confere nenhuma garantia aos credores, em caso de insucesso da continuidade dos negócios;
- V) não estabelece os poderes e limites do Gestor de Negócios;
- VI) não dispõe como requisito específico a apresentação prévia de um plano de reorganização e preservação da empresa, com objetivos almejados de certo lapso temporal, definindo as etapas para consecução dos aludidos (...)³⁷

Assim, a continuidade dos negócios na falência, na forma como está prevista atualmente, não tem os mesmos efeitos de um projeto de recuperação da empresa, mas se a sua implementação tem alcançado objetivos semelhantes, se deve propriamente à atividade dos operadores do Direito, que acabam interpretando a norma de acordo com os ditames constitucionais e com vistas às necessidades sociais.

³⁷ CASTRO, C. A. F. Op. cit. p. 66.

6 A REFORMULAÇÃO DO REGIME JURÍDICO FALIMENTAR – O PROJETO DE LEI Nº 4.376/93

Conforme já visto, existe hoje no Brasil um anseio muito forte pelas mudanças na sistemática da falência, mormente porque o Projeto de Lei nº 4.376/93 está em vias de finalmente ser aprovado pelo Congresso Nacional.

Na verdade, trata-se hoje do Projeto de Lei 4.376-B/93, que carrega consigo uma série de mudanças em relação ao projeto original, com várias emendas e subemendas. Por conta disso, e tendo em vista que ainda não houve a tramitação definitiva com sua aprovação final, nos limitaremos a fazer uma abordagem tão-somente das linhas gerais e diretrizes do regime jurídico falimentar que está por vir.

De se ressaltar, desde já, que mesmo com todas as alterações promovidas no projeto, ele está longe de representar a melhor e mais completa solução para as dificuldades da empresa, inclusive porque não só repete problemas existentes nos diplomas normativos anteriores, mas também porque instaura outros.

Por outro lado, não há como deixar de reconhecer que o novo diploma apresenta inúmeros avanços, especialmente por consolidar a supressão de lacunas, algo que até hoje sempre ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Assim, seus principais aspectos é o que, ao menos em linhas gerais, passaremos a abordar.

6.1 ASPECTOS POSITIVOS E INOVAÇÕES

6.1.1 O Plano de Recuperação

Pela metodologia atual, o devedor apresenta ao juízo uma proposta de pagamento a ser feita aos seus credores seguindo as condições estabelecidas em lei para a realização dos pagamentos. Dessa forma, estando preenchidos os

requisitos legais, o julgador determinará a abertura do processo de concordata, sem que para isso tenha de ouvir previamente as demais partes envolvidas.

Já pela sistemática projetada na nova lei, o devedor deve necessariamente apresentar um plano de recuperação judicial, devidamente abalizado e fundamentado em termos técnicos e contábeis, que revele detalhadamente de que forma ocorrerá a reorganização da atividade da empresa.

Assim dispõe o art. 51 “a petição inicial de recuperação judicial será instruída com: (...) VII – o plano de recuperação judicial e o respectivo resumo, com a estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento.”

Sem dúvida a existência do plano de recuperação é de suma importância, posto que possibilita que se promova, a partir de dados técnicos e contábeis, a fiscalização e o acompanhamento do procedimento da recuperação, estendendo-se tal prerrogativa não só ao administrador judicial, ao comitê de credores, juiz e ministério público, mas também a todos os credores interessados, incluindo-se também os funcionários.

Nesse mister, importante é a sustentação dada pelo art. 69 do aludido Projeto, possibilitando uma maior diligência e integração da coletividade, unindo esforços para a recuperação da empresa.³⁸

Enfim, transparece aí o aspecto social de que se reveste o plano de recuperação, sendo importante para demonstrar a viabilidade econômica da empresa, conforme se infere da leitura dos artigos 45, caput e 46, verbis:

Art. 45. A recuperação judicial é a ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, e viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa.

³⁸ Art. 69: “O devedor, o Ministério Público, membro do Comitê ou qualquer interessado no procedimento de recuperação judicial poderá requerer, mediante pedido fundamentado, a dissolução do Comitê ou a destituição de quaisquer de seus membros, assim como do administrador judicial, diante do descumprimento de seus deveres ou por omissão, negligência ou prática de ato lesivo à administração da empresa ou prejudiciais a terceiros”.

Art. 46. Na demonstração da viabilidade da recuperação judicial serão considerados, além de outros, os seguintes aspectos:

I - importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional;

II - mão-de-obra e tecnologia empregadas;

III - volume do ativo e do passivo, obtido por meio da elaboração de balanço patrimonial, de conformidade com as normas brasileiras de contabilidade;

IV - tempo de constituição e de funcionamento do negócio desenvolvido pelo devedor;

V - faturamento anual e nível de endividamento da empresa, bem como sua condição, se for o caso, de microempresa ou empresa de pequeno porte, de acordo com a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.

Saliente-se, ao demais, que o plano deve ser submetido à votação dos credores, que poderão considerá-lo inadequado, fato esse que não impede ao juiz de aceitá-lo. Contudo, se assim ocorrer, faculta-se aos credores, ao administrador judicial ou mesmo ao comitê de recuperação apresentar um plano alternativo.

Pois bem, pagos os credores e cumpridas as obrigações, o devedor pode requerer ao juiz que seja julgada cumprida a recuperação judicial.

Porém, se não forem observadas as obrigações assumidas, e tampouco pagos os credores no prazo fixado, a recuperação judicial convola-se em liquidação judicial. Na verdade, sequer é preciso aguardar a fluência de todo o prazo previsto para o pagamento dos credores, bastando o simples descumprimento do plano ou a ocorrência de prejuízos itinerantes para que a convolação se consuma, segundo estabelecem os artigos 79 e 80 do diploma em análise.

Todavia, também não é correto pressupor que, expirado o prazo acordado sem que haja o pagamento dos credores, imediatamente a recuperação judicial é convertida em liquidação. Com efeito, em se tratando de devedor honesto, o legislador foi extremamente prudente, outorgando-lhe a possibilidade de prorrogação do plano, desde que tenha havido mudanças na sua situação econômico-financeira, vejamos:

Art. 62. Ocorrendo mudança substancial na situação econômico-financeira do devedor, o plano de recuperação judicial poderá ser revisto no prazo previsto no art. 57, § 2º, desde que os novos termos sejam ratificados pelos credores reunidos em assembléia geral, na forma dos arts. 43 e 44.

§ 1º O pedido deve vir acompanhado de exposição circunstanciada, com indicação das alterações propostas, instruído com prova documental pré-constituída e o respectivo balancete patrimonial, elaborado de conformidade com as normas brasileiras de contabilidade, assinado pelo contador, que evidencie a mudança ocorrida nos termos do caput deste artigo.

§ 2º Serão asseguradas aos interessados, as possibilidades de manifestação e amplas informações a respeito das condições do devedor que se fizerem necessárias ao exercício de juízo de valor acerca das alterações propostas.

Nesse ponto, importante notar o paralelo com a previsão insculpida no art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece expressamente a possibilidade de revisão dos contratos em razão de fatos supervenientes que os tornem excessivamente onerosos, valendo dizer, pois, que a real intenção do legislador do Projeto foi possibilitar a revisão do plano de recuperação, desde que se consumem fatos supervenientes a sua apresentação em juízo.

Do contrário, estar-se-ia dando margem a uma prorrogação infinita do pagamento dos créditos, instaurando verdadeira insegurança junto aos credores que refletiria negativamente no comércio em geral.

Por outro vértice, o Projeto em análise não disponibiliza apenas o pagamento em dinheiro como meio de recuperação judicial.

Pelo contrário, consoante dispõe o seu artigo 50, vislumbra-se, dentre outras medidas: concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; emissão de debêntures; venda parcial dos bens; celebração de acordo coletivo de trabalho, inclusive para reduzir salários e aumentar ou reduzir a carga horária dos trabalhadores; a transferência ou arrendamento, de preferência à sociedade constituída por empregados da própria empresa, atendendo às exigências de seguro dos bens e outras que o juiz entender necessárias, etc.

No que concerne especificamente a esta última modalidade mencionada, importa assinalar que mesmo sob a égide do Decreto-lei nº 7.661/45 já se encontrava apoio para o arrendamento do estabelecimento a terceiros, como oportunizou o prof. Carlos Alberto Farracha de CASTRO:

Em que pese as opiniões em contrário, o arrendamento do falido é medida salutar, posto que possibilita a preservação do parque fabril, a geração de empregos, e principalmente de rendas para a massa falida, beneficiando assim, os credores em geral. Na verdade, essa medida encontra guarida na própria Constituição Federal/88, onde tratando da ordem econômica, elege como princípio fundamental a valorização do trabalho humano (art. 170). Não se pode olvidar, que o processo falimentar se arrasta por longos anos, ocasionando a depreciação do parque fabril, sendo que, geralmente, quando da liquidação do ativo, restam apenas sucatas. Ademais, a continuidade dos negócios da empresa falida, tem se mostrado medida ineficaz, vez que na prática dificilmente apresenta resultados positivos, dada ausência de capital de giro, crédito, ou mesmo estímulo dos funcionários. Portanto, o arrendamento do estabelecimento do falido, na pior das hipóteses, possibilita a preservação do parque fabril e manutenção dos empregos, além de animar os funcionários. Em outras palavras, evita conseqüências nefastas de ordem social, econômico e político, que resultam da desapropriação de um patrimônio produtivo.³⁹

6.1.2 Créditos Trabalhistas

Merece destaque também a questão atinente à situação dos créditos trabalhistas, dada a sua natureza alimentar. E, como é cediço, tais créditos têm sido classicamente tratados com privilégios, como assim ocorre com o Decreto-Lei nº 7.661/45, em seu artigo 102.

Sob o aspecto processual, o Projeto debatido avançou, na medida em que consolidou o posicionamento já hoje firmado na jurisprudência de que: *a ação de natureza trabalhista em curso ou que venha a ser proposta contra o devedor será processada perante a Justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, habilitando-se na forma desta lei, sem prejuízo do disposto no art. 25, facultado ao credor requerer ao juízo universal a reserva da importância estimada para a ação até o trânsito em julgado da sentença.*⁴⁰

Tal previsão, anote-se, coaduna-se perfeitamente com a disposição do artigo 4º do mesmo diploma, assim redigido:

Art. 4º O juízo da recuperação judicial e da falência é uno, indivisível e universal, sendo competente para conhecer todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios do devedor, ressalvadas as causas trabalhistas e fiscais, bem como as demandas em que o devedor figurar como autor ou litisconsorte ativo.

³⁹ CASTRO, C.A.F. **Ao arrendamento do estabelecimento do falido.** In: Shopping Jurídico, n. 4, Curitiba, 1998.

⁴⁰ Artigo 7º, § 3º, do PL nº 4.376-B/93.

6.2 DOS SUJEITOS E AUXILIARES DO PROCESSO

Conforme já posto, o projeto que trata da reforma da Lei de Falências apresenta inúmeros avanços, nenhum deles, porém, é tão significativo para o êxito de um diploma que trata da recuperação e liquidação judicial de empresas quanto o papel desempenhado pelos auxiliares do processo.

Desta feita, cabe-nos realçar as suas funções e características.

6.2.1 Credores

Salta aos olhos que os novos rumos do regime jurídico concursal trazem consigo a superação do binômio credor-devedor hoje arraigado no instituto vigente.

Mais do que isso, através de uma interpretação sistemática do Projeto de Lei nº 4.736/93 é possível se ver que o legislador outorgou poderes aos credores para participarem de forma direta e ativa tanto na recuperação judicial como na liquidação judicial.

Quer dizer, aos credores é facultado solicitarem informações sobre o andamento do processo, postularem a dissolução do Comitê, a destituição do Administrador Judicial, além de comporem o Comitê de Recuperação.

Pode-se dizer, então, que, se de um lado a participação dos credores aumenta, de outro, confere-lhe o legislador maiores responsabilidades pelo sucesso do processo de recuperação judicial, o que até se justifica em face da multiplicidade de interesses que rodeiam a empresa.

Dessa forma, afasta-se definitivamente a possibilidade de o credor omissor auferir resultados no processo de recuperação, já que, de acordo com a vontade do legislador, sua participação direta é imprescindível para o êxito da recuperação judicial.

6.2.2 Administrador Judicial

Quanto ao administrador judicial, figura que adveio para substituir o síndico, compete-lhe gerir e administrar a empresa durante o procedimento de reorganização, cumprindo as determinações fixadas pelo juiz.

Sua atividade não é o resultado em si, mas somente um instrumento à disposição do ajuste financeiro da empresa insolvente, não podendo, assim, ser responsabilizado por uma eventual frustração na execução do plano de recuperação, mas isso não quer dizer que esteja isento de arcar com o ônus relativo aos prejuízos que porventura causar à empresa. É o que preceitua o § 4º do artigo 70 do Projeto, senão vejamos, “§ 4º O administrador judicial responde pelos prejuízos que causar à recuperação judicial por culpa, dolo ou má-fé em sua administração ou por infringir qualquer disposição desta Lei.”

De toda sorte, nada obstante as diferentes alcunhas atribuídas, na prática a figura do síndico em muito se assemelha à do Administrador Judicial. Ao que parece, a modificação na designação foi mera opção do legislador, no intuito de suprimir a imagem pejorativa que se extraía da figura do síndico nas lides forenses, e também com a finalidade de profissionalizar a função.

6.2.3 Comitê de Credores

Representa o Comitê dos Credores uma nova tentativa de aumentar a fiscalização da administração da empresa que enfrenta dificuldades financeiras, bem como aumentar a participação dos credores no procedimento de recuperação.

Sua composição se dará da seguinte forma:

- 1 (um) representante dos empregados, com 2 (dois) suplentes;
- 1 (um) representante da classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes; e
- 1 (um) representante da classe de credores quirografários, subordinados ou com privilégios gerais, com a indicação de 2 (dois) suplentes (art. 66).

Sua competência está assim definida no § 1º do art. 67:

- I - elaborar, se for o caso, um plano de recuperação judicial alternativo, mediante estudo fundamentado que comprove a inviabilidade econômico-financeira do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, o qual deverá ser aprovado pela assembléia geral de credores nos termos dos arts. 43 e 44;
- II - fiscalizar a administração do devedor no decorrer do processo de recuperação judicial, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório circunstanciado de sua situação;
- III - apurar quaisquer reclamações dos interessados e emitir parecer sobre as mesmas;
- IV - fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- V - submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

E, na conformidade do § 2º do art. 66, caberá aos próprios membros do Comitê indicar, entre si, quem irá presidi-lo, afastando, dessa forma, o equívoco cometido em redações anteriores, pelas quais todo o processo permaneceria sob o controle do administrador, relegando-se ao Comitê simples aspecto formal, sem qualquer participação direta e efetiva no processo, o que acabaria por retirar a sua eficácia material.

Não se pode olvidar, outrossim, do papel fundamental desempenhado pelo juiz, que deve resolver imediatamente eventual desídia do Comitê, inclusive de ofício se necessário, nada impedindo que proceda à destituição do Comitê ou desse e do Administrador.

6.2.4 Outras alterações

O projeto em exame possibilita que a manutenção do devedor honesto na administração dos seus negócios, o que se justifica pelo fato de que ele conhece todas as peculiaridades da empresa, bem como o meio empresarial em que desenvolve suas atividades.

Entretanto, a continuidade na direção dos negócios pelo devedor sujeita-se à imediata fiscalização do administrador judicial ou do comitê de credores, quando for o caso, além de estar impossibilitado de alienar ou onerar bens e direitos de seu

ativo permanente, salvo evidente utilidade, reconhecida pelo juiz, depois de ouvidos o administrador, o comitê e o Ministério Público.

A propósito, a intervenção do Ministério Público continua obrigatória. Porém, em não havendo manifestação, e com vistas à dinamização do processo, este será desde logo encaminhado ao juiz. A intervenção passa a ocorrer, então, antes mesmo da liquidação judicial, e não somente nos casos de falência como hoje acontece.

Verifica-se, também, que o novo diploma torna obrigatória a inclusão de todos os credores no processo de recuperação judicial, inclusive daqueles com garantia real, da Fazenda Pública e do INSS, ao mesmo tempo em que despoja do atual sistema as sociedades de economia mista e as sociedades cooperativas, que receberão um tratamento jurídico diferenciado.

Quanto às empresas públicas, bem como as instituições financeiras públicas e privadas, as cooperativas de crédito, os consórcios, as sociedades seguradoras, de capitalização e demais sociedades constituídas com objeto idêntico ficam sujeitas à leis complementares ou liquidação judicial de seus ativos. Entretanto, enquanto não houver a edição e a publicação de tais leis complementares, deverão se submeter à liquidação judicial, consoante a definição do art. 221.

Não se pode deixar de destacar, ainda, o procedimento simplificado, semelhante àquele anteriormente delineado, destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Dentre as prerrogativas contidas nesse procedimento especial, pode-se citar, exemplificativamente: a possibilidade de manutenção de escrituração contábil simplificada; necessidade de instruir o pedido com um ou mais títulos executivos, devidamente protestados quando necessário, tirados contra o devedor no período de 90 (noventa) dias, anteriores à data do pedido, e os quais, individuais ou somados, deverão corresponder ao valor equivalente a, pelo, menos, 20 (vinte) salários mínimos; prazo máximo de 5 (cinco) anos para o trâmite judicial da falência,

cabendo ao juiz, por si só ou em conjunto com o Ministério Público, adotar as providências cabíveis para a responsabilização civil e criminal dos responsáveis; entre outras.

Outro ponto que merece realce é o estabelecimento de novo critério para que seja reconhecida a “quebra” do devedor.

Com efeito, pela atual legislação, basta que o devedor seja impontual e ter sido protestado por um único credor, independentemente do valor da dívida, para que seja considerado falido. Já pela nova lei, além de outros requisitos, existe um crédito mínimo cuja soma deve equivaler a 40 (quarenta) salários mínimos para que se possa requerer a declaração da falência do devedor, nos termos do artigo 81.

No que pertine à responsabilização penal do falido, tem-se que a nova lei é mais rigorosa nesse aspecto, tipificando novos crimes e aumentando as penas previstas, com a possibilidade inclusive de prisão preventiva do devedor e/ou de seus representantes.

Por fim, trata o Projeto da recuperação extrajudicial, ou seja, procedimentos específicos não ensejadores de ato de falência, que consistem na formulação de acordo extrajudicial, sujeito à posterior homologação judicial. Para tal desiderato, necessária se faz a instrução do pedido com todos os documentos arrolados no artigo 74.

6.3. CRÍTICAS

A despeito dos perceptíveis avanços anteriormente delineados, o Projeto de Lei 4.376/93, desde a sua propositura, tem sido alvo de muitas críticas, não raramente com fundadas razões.

Um dos pontos mais bombardeados é a ausência de critério específico para se determinar as pessoas sujeitas ao regime falimentar, eis que ora se fala em comerciante ora se fala em empresário, sendo certo que tratam-se de duas figuras significativamente diferentes.

O Projeto de Lei 4.376-B, na tentativa de aperfeiçoar o texto original da proposta de reforma, fixou em seu art. 1º:

Art. 1º Esta lei institui e regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência da sociedade empresária, da sociedade simples, do empresário e da pessoa física que exerça atividade econômica em nome próprio e de forma organizada, que doravante serão denominados simplesmente “devedor”.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica:

- I- à sociedade cooperativa;
- II- ao agricultor que explore propriedade rural para fins de subsistência familiar;
- III- ao artesão, ao que presta serviços ou ao que exerce atividade profissional organizada preponderantemente com o trabalho próprio ou dos membros da família, para fins de subsistência familiar;
- IV- ao profissional liberal e à sua sociedade civil de trabalho;
- V- à empresa pública e à sociedade de economia mista.

Outro ponto negativo a ser destacado são as alterações terminológicas totalmente descabidas e sem propósito. Veja-se que a figura do síndico dá lugar ao administrador judicial, a concordata é suprimida e em seu lugar entra a recuperação da empresa, e a falência passa a ser designada liquidação judicial. Também a massa falida passa a ser massa liquidanda, e a expressão “declaração de falência” se transforma em “declaração de inviabilidade econômica e financeira”.

Contudo, tais alterações não têm fundo, uma vez que a mudança se processa somente na nomenclatura, sem que o mesmo ocorra nos seus conceitos. Trata-se, pois, de intenção inútil e que trará como resultado prático apenas uma enorme confusão, especialmente no meio jurídico.

Atento a isso, Carlos Alberto Farracha de CASTRO elenca uma série de características que considera como defeitos do Projeto de Lei, vejamos:

- a) altera a nomenclatura de síndico para administrador judicial, de recuperação de empresa em vez de concordata e liquidação judicial ao invés de falência, sem contudo alterar os conceitos;
- b) institui lista de administradores judiciais perante as Juntas Comerciais, sendo que em épocas pretéritas, tal expediente resultou em notório insucesso, inclusive denominado de “ali babá e os quarenta ladrões”;
- c) institui o comitê de recuperação, formado por 03 (três) credores, em paralelo com o administrador, cuja divergência entre ambos, indubitavelmente, pode procrastinar o processo, prejudicando a empresa, cujo dinamismo do comércio dispensa os efeitos nefastos que essa divergência pode ocasionar, em termos de preservação e recuperação da empresa;

- d) mantém a prisão do falido, na hipótese de descumprimento de suas obrigações, sanção coercitiva de caráter discutível, em face do contido nos incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal que vedam a prisão civil por dívida;
- e) a possibilidade de o comitê apresentar o plano de recuperação, inclusive proposta alternativa, pode procrastinar indefinidamente o processo. Aliás, nada impede eventual “chicana” entre o falido e um dos membros do comitê (quicá até amigo próximo que já recebeu seu crédito), apresentando proposta substitutiva, coma finalidade única de procrastinar o feito;
- f) afasta a possibilidade de exigência de qualquer tipo de multa na liquidação judicial, e não apenas aquelas derivadas da infração de leis penais e administrativas.⁴¹

No entanto, muitas dessas críticas perderam em parte sua razão de ser, ante a aprovação do substitutivo geral de nº 4.376-B, que acabou por sanar várias dessas deficiências.

Mesmo assim, outros problemas persistem. É o caso da dicotomia existente no Direito Privado, onde se verifica a coexistência entre o Direito Comercial, que pauta o concurso de credores por meio da falência, e o Direito Civil, que regula o concurso de credores aproximando-o da falência, sem, contudo, unificá-los.

Em que pese haja a possibilidade da aplicação dos institutos às empresas civis que explorem atividade econômica, e não apenas ao devedor empresário, é de se notar que a insolvência civil ficou excluída do tratamento jurídico da nova lei. Veja-se, pois, a disposição expressa do art. 217, verbis “art. 217. Não se aplicam as disposições desta lei às atuais ações relativas a insolvência civil.”

Diante disso, convém atentar para as relevantes ponderações feitas pelo professor Humberto Theodoro Junior sobre o tema em questão:

Para se dar um tratamento jurídico igualitário a comerciante e não comerciante, nesse tema, em realidade não é imprescindível unificar inteiramente o processo concursal. Basta que, paralelamente, os mesmos problemas enfrentados por uns e outros encontrem soluções completas, inspiradas nos mesmos critérios, embora respeitadas as diferenças inerentes às características de cada atividade. O que não se pode tolerar é que haja solução protetiva para uns, enquanto outros, em igual estado, mas por simples diferença de qualificação profissional, se vejam privados de proteção similar ou equivalente, em violação flagrante do secular princípio de justiça do “ubi eadem legis ratio, eadem legis dispositio”.⁴²

⁴¹ CASTRO, C.A.F. Op. cit. p. 97/98.

⁴² THEODORO JUNIOR, H. **A insolvência civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.

Além disso, recrimina-se o termo “recuperação da empresa”, sob o argumento de que se trata da mesma concordata suspensiva como a conhecemos e tanto condenada pela doutrina. Assim, a maioria dos meios previstos no artigo 50 para a recuperação judicial das empresas poderia muito bem ser utilizada pelo devedor na concordata.

Enfim, é certo que, afora essas, outras críticas poderiam ser desferidas contra o Projeto da Nova Lei de Falências, porém, este sequer já teve seu trâmite final, com a aprovação definitiva, de modo que qualquer aprofundamento na matéria torna-se absolutamente impertinente.

7 CONCLUSÃO

De um modo geral, os institutos normativos sempre apresentam uma certa defasagem com relação à realidade, seja social, política ou economicamente, mas certo é que o Direito não pode se conformar com essas dificuldades, devendo estar em constante atualização.

Isso se aplica a todos os seus ramos, mas em especial no direito falimentar, ante a enorme importância que as empresas assumiram nos últimos tempos. Esse é parecer de Fábio Konder COMPARATO ao enfrentar a questão:

A implementação dos princípios constitucionais de desenvolvimento nacional e justiça social impõe a completa reforma do direito falimentar, partindo-se da distinção básica entre empresas de interesse social e de interesse particular. A insolvabilidade das primeiras deve ser tratada com o objetivo de reerguimento econômico e financeiro, sacrificando-se o interesse de todos os credores não-trabalhistas, inclusive o Poder Público, aos fins sociais que devem orientar a atividade empresarial. É somente no tocante às empresas de interesse particular que se justifica tratar a insolvabilidade como questão meramente creditória. Em qualquer das hipóteses, porém, é inegável que a sorte da empresa não pode ficar jungida à conduta do empresário, como se entre eles houvesse uma relação dominial.⁴³

Pode-se dizer, então, que a Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica, elegeu como princípios jurídicos fundamentais a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e, dessa forma, acabou por elevar à categoria de princípio basilar também a preservação das empresas.

E sob essa ótica é que deve ser realizado o estudo do direito concursal, ao mesmo tempo em que o direito seja compreendido como sistema, para que assim seja possível vislumbrar o verdadeiro aprimoramento dos direitos sociais, principalmente a garantia do pleno emprego almejada pelo legislador constituinte.

⁴³ COMPARATO, F.k. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 9.

É consabido que a aprovação do Projeto representa enorme desafio, tendo em vista os diversos interesses políticos que se interpõem na elaboração do texto da lei, direcionando e por vezes retardando a sua votação, mas não se pode perder de vista a evidente necessidade de um aprimoramento na legislação que trata das empresas em dificuldades financeiras, de forma a tornar a disciplina jurídica falimentar consentânea com o contexto no qual está inserida a economia nacional.

Porém, antes de reformas legislativas, não se pode descuidar que o estudo e o conhecimento do direito falimentar pelos operadores do direito seja desenvolvido de forma sistemática e à luz dos princípios orientadores de nosso sistema jurídico, sob pena de nada se resolver com as sucessivas reformas.

Quanto ao novo diploma, percebe-se nele claramente o prenúncio de uma perspectiva muito mais protetiva à empresa do que propriamente extintiva, passando a caracterizar o procedimento falimentar não só pela sua natureza processual mas também – e principalmente – pela sua projeção material, o que já é uma boa razão para se lhe considerar bem-vindo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, N. **Curso de direito falimentar**. 5ª ed. São Paulo: Leud, 1997.

_____. **O novo direito falimentar**: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **A continuidade do negócio na falência**. São Paulo: Leud, 1975.

BERTOLDI, M. M.; RIBEIRO, M.C.P. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BIOLCHI O. **Projeto de lei nº 4.376-B/93**, autoria do Excelentíssimo Deputado Federal do PMDB/RS.

CASTRO, C.A.F. **Regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras**. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2000.

_____. **O arrendamento do estabelecimento do falido**. In: Shopping Jurídico, n. 4, Curitiba, 1998.

COELHO, F.U. **Curso de direito comercial**. 3ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. V. 3, São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, F.k. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, A.B.H. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.

GONÇALVES NETO, A.A. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 99.

LOBO, J. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

_____. **Direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PACHECO, J. S. **Processo de falência e concordata**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RAMALHO, R. **Curso teórico e prático de falência e concordatas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REQUIÃO, R. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1993.

RÉGNIER, L. M. **A empresa no direito e a sua função normativa**. Tese apresentada para a obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003.

SANTOS, P.P. **Falência requerida pela fazenda pública**. Doutrina/coord. James Tubenchlak, v. 4, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997.

THEODORO JUNIOR, H. **A insolvência civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ZANETTI, R. **Direito falimentar: a prevenção de dificuldades e a recuperação de empresas**. Curitiba: Juruá, 2000.