

MARCELO STIVAL

**PERSPECTIVAS PARA A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO DIREITO
BRASILEIRO – O PROJETO DE LEI 4376/93**

**Monografia apresentada como
requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em direito no
Curso de Direito da Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Professor Edson
Isfer.**

**CURITIBA
2003**

(...) “No matter how cold the winter, there's a springtime ahead” (...)

Pearl Jam

Agradeço profundamente aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal, os quais, com louvor, são responsáveis pela formação de grandes profissionais; ao professor Edson Isfer, meu orientador, que despertou meu interesse pelo tema; às profissionais do núcleo de monografias Eunice e Débora; aos amigos, sempre companheiros; à minha família, razão pela qual me considero a pessoa mais rica do mundo; e, finalmente, a Deus.

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO STIVAL

PERSPECTIVAS PARA A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO
– O PROJETO DE LEI 4376/93

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professor Edson Isfer

Professora Márcia Carla P. Ribeiro

Professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA

2003

SUMÁRIO

RESUMO.....	2
1. INTRODUÇÃO.....	3
2. FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DAS CRISES DAS EMPRESAS.....	7
3. JUSTIFICATIVA DA RECUPERAÇÃO.....	8
4. ATUAIS MEIOS DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA.....	9
4.1. MEIOS EXTRAJUDICIAIS.....	9
4.1.1. Movimentos societários.....	9
4.2. MEIOS JUDICIAIS.....	13
4.2.1. Concordata – características gerais.....	13
4.2.1.a. Concordata preventiva.....	15
4.2.1.b. Concordata suspensiva.....	16
4.2.2. Falência com continuidade dos negócios.....	17
5. O PROJETO DE REFORMA DA LEI DE FALÊNCIAS – PROJETO DE LEI 4.376/93.....	18
5.1. CRÍTICAS.....	18
5.2. INOVAÇÕES.....	39
5.2.1. Positivização da Jurisprudência.....	39
5.2.2. Plano de recuperação judicial.....	40
5.2.3. Encerramento do Plano.....	41
5.2.4. Alternativas.....	42
5.2.5. Quanto aos sujeitos e auxiliares do processo.....	44
5.2.5.a. Credores.....	44
5.2.5.b. Administrador judicial.....	44
5.2.5.c. Comitê de credores.....	45
5.2.5.d. Sujeito passivo.....	46
5.2.5.e. Ministério Público.....	47
5.2.6. Outras mudanças.....	48
5.2.7. Obrigação de informação.....	48
5.2.8. Inclusão de todos os credores no processo de recuperação judicial.....	48
5.2.9. Do cumprimento das obrigações do devedor em recuperação judicial.....	49
5.2.10. Da recuperação extrajudicial.....	49
5.2.11. Do descumprimento das obrigações do devedor em recuperação judicial.....	50
5.2.12. Da liquidação judicial.....	50
5.2.13. Da responsabilidade penal.....	52
5.2.14. Da venda dos bens do devedor em liquidação judicial.....	52
5.2.15. Da indisponibilidade de bens particulares dos réus.....	53
5.2.16. Um procedimento simplificado.....	53
6. CONCLUSÃO.....	55
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

RESUMO

A presente pesquisa versará a respeito das futuras perspectivas para a recuperação de entes que exerçam atividades econômicas no Brasil, mostrando-se de relativa importância para a realidade hodierna, devido à valoração social que as atividades econômicas apresentam na sociedade. Pois bem, o fio condutor que norteia a presente análise reside na idéia de que a economia de qualquer sociedade está relacionada com intimidade com o grau de evolução de suas empresas, bem como com a forma assaz com que esta empresa exterioriza as suas atividades, proporcionando empregos e servindo como engenho para a economia e para o mercado. Demais disso, incentivador é realizar um estudo apto a estabelecer instrumentos, modos e critérios que auxiliaram, em que pese a atualidade do tema, os operadores não apenas do direito, na solução de casos concretos que envolvam as problemáticas abordadas.

INTRODUÇÃO

A empresa, na sociedade atual, assumiu um papel de relevo capital, constituindo-se como fonte de empregos, tributos e dívidas. Considerando a empresa como um bem jurídico a ser protegido, a busca de soluções para sua manutenção hígida, e para a transposição de seus colapsos, têm sido uma das grandes preocupações dos estudiosos contemporâneos.

Neste diapasão, devemos tratar logo no início de um ponto que será de importância basilar para a interpretação do presente estudo, outrora alvo de inúmeras críticas, o qual caracteriza-se pela ausência, em 1993, de um critério específico para a determinação das pessoas sujeitas ao regime falimentar (se comerciante ou se empresário). De acordo com o parecer do Departamento de Direito Comercial do Instituto dos Advogados do Paraná de 1993¹, não possuímos no projeto uma definição normativa de empresa, tendo este vocábulo acepções variáveis, podendo até serem contraditórias.

Destarte, naquela época poderíamos nos deparar com diferentes definições da palavra empresa, dependendo do contexto com o qual fosse o tema abordado. Desta forma, se tomássemos por base de pesquisa a Consolidação das Leis do Trabalho, conceituaríamos a empresa como “empregador”, como poderemos colacionar na transcrição do *caput* do art. 2 do referido diploma legal:

Art. 2 – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Ademais, o professor Rubens Requião, apoiado nas considerações de Giuseppe Ferri, analisando do conceito jurídico de empresa elenca como um dos ângulos mais expressivos da empresa as suas relações com os seus dependentes, como podemos vislumbrar abaixo:

¹ In Revista do IAP, n.º 23, p. 221.

As relações com os seus dependentes, segundo princípios hierárquicos e disciplinares nas relações de emprego, matéria que hoje se desvinculou do direito comercial para se integrar no direito do trabalho.²

A Constituição Federal, por sua vez, esboça mais duas possíveis acepções da palavra, uma delas caracterizada por atividade de empresa, e outra a individualizando simplesmente como pessoa jurídica. A primeira podemos observar com a análise do art. 179, abaixo redigido, o qual corresponde ao dispositivo que dá azo ao tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte:

Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

No mais, devemos tecer comentários ao segundo sentido do termo, que corresponde à pessoa jurídica, que podemos encontrar nos artigos 11; 173, §1.º II; e 222 §1.º:

Art. 11 - Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

Art. 173, § 1º II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Art. 222, § 1º - Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros

² REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 22.ª ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 1995, p. 49.

natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

Devemos atentar também para a classificação disposta no Código Tributário Nacional, que também dispõe sobre empresa como pessoa jurídica. Assim, em 1993, época em que fora redigido o texto do eminente Instituto dos Advogados do Paraná, as críticas de que o Projeto de Lei não possuía uma conceituação clara de empresa eram deveras pertinentes. Porém com o advento do Código Civil de 2002, podemos ter a ousadia de dizer que, no âmbito do direito privado, a expressão empresa, segundo o art. 966, está correlacionada com a idéia de atividade:

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

Assim, com as ressalvas feitas sobre a definição de empresa cumpre, pois, indagar quais são os instrumentos disponibilizados pelo direito para efetivação da recuperação da empresa, ressaltando que muitas e sucessivas crises fizeram com que o Brasil elege-se a preservação da empresa, como se verá, à categoria de princípio constitucional³, corolário do pleno emprego.

Atualmente, a globalização é responsável pelo implemento de uma maior concorrência entre os mercados, aumentando também a competitividade nas relações mercantis, sendo protagonista de um fenômeno cruel para as empresas dos países menos desenvolvidos economicamente, a crise empresarial. Desta maneira, podemos dizer que a peculiar realidade econômica brasileira exige do direito uma resposta à altura, para a preservação deste bem.

Desta maneira, é vital ressaltar que o presente estudo centra sua análise na proteção da empresa economicamente viável, tratando dos problemas da empresa no plano jurídico, não se envolvendo com problemas eminentemente econômicos. Tal ressalva é salutar tendo em vista que:

³ Ver art. 7.º da CF, no que tange à proteção do emprego

(...) como a crise econômica leva a empresa à quebra e devem se submeter ao regime concursal, têm-se feito confusões entre as deficiências próprias do regime concursal e as reformas da empresa e aquelas do próprio modelo econômico. Não é difícil verificar assim, que há no fundo, um problema ideológico, pois procura-se ocultar através das tentativas de reforma da lei de falências, as reformas que deveriam se processar em outras áreas; enfim, debita-se à lei falimentar, o que é devido por outrem.⁴

Diante da contextualização nesta seara traçada, o intento do presente trabalho é traçar uma visão geral sobre a possibilidade da recuperação de empresas no direito brasileiro. Assim, de início, este trabalho, trata-se de uma cândida e humilde análise acerca da recuperação de empresas, fazendo ainda fulgurar que o fio condutor para a boa gerência deste estudo, deve se pautar num pensamento sistemático e interdisciplinar, tendo em mente, principalmente, que o instituto da recuperação de empresas, não poderá ser encontrado somente no Direito, quanto mais, somente na lei.

⁴ BULGARELLI, Waldírio, citado por FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. **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. 02.

1. FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DAS CRISES DAS EMPRESAS

De modo sintético, analisando o tema tão somente a partir de uma perspectiva comprometida com a sistematização meramente jurídica da matéria – certamente a economia trata a matéria com muito mais afinco, pode-se dizer, como o fez Fábio Ulhoa Coelho, que a crise da empresa pode ser: econômica, financeira e patrimonial – sendo que, em geral, uma implica em outra.

Assim, “*ela [a crise] 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*”.⁵ É claro que há situações em que esse modelo não servirá, mas se mostrará útil para a análise pretendida no presente estudo.

No mais das vezes, pode-se dizer que a sociedade empresária está em crise ao incorrer nessas três modalidades.

Conforme as causas da crise por que passam, algumas empresas podem e devem ser recuperadas, devido à função social que desempenham. Outras, melhor papel prestariam se encerradas. Só assim, os recursos presos em uma empresa que não mais contribui para a movimentação da economia poderão ser realocados, gerando riquezas para a sociedade de forma mais otimizada.⁶

Na mesma esteira reza Fábio Ulhoa Coelho quando comenta que a recuperação de empresas não é um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo, o que nos faz concluir que não podemos considerar todos os atos que venham a extinguir a empresa como um mal. No mesmo condão relata:

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,

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. 3ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2002. p. 215.

⁶ *Idem*, p. 217.

*financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza.*⁷

Paulo Penalva Santos mostra-se cordato ao ensinar que empresa recuperável economicamente “deve ser apenas aquela que pode remunerar normalmente os capitais nela aportados”⁸, e que “na grande maioria dos casos, pode-se obter uma maior eficiência através de um processo de liquidação eficiente”⁹.

De um modo geral, o próprio mercado toma as providências no caso de uma crise de empresa que merece ser recuperada; outros empreendedores e investidores dispõem-se a prover os recursos e adotar as medidas de saneamento administrativo necessários à estabilização da empresa, porque identificam nela uma oportunidade de ganhar dinheiro. Se não houver solução de mercado para determinado negócio, em princípio, o melhor para a economia é mesmo a dissolução da sociedade empresária que o explorava.

O sistema econômico capitalista, contudo, nem sempre funciona da forma esperada, e o mercado acaba por não responder da maneira adequada.

Tal constatação ganha relevo na sociedade brasileira, uma economia capitalista em desenvolvimento, em que o estágio de evolução social torna imperiosa a intervenção estatal nos mais diferentes campos econômicos. De um modo geral, o dinheiro, no país, é escasso, por ser “caro”, o que não só avoluma as crises como cria óbice ao “remédio natural” do mercado.

2. JUSTIFICATIVA DA RECUPERAÇÃO

O direito falimentar brasileiro sempre foi definido pelo chamado “dualismo pendular”: a característica do corpo legislativo era ora a proteção dos credores, ora os interesses do devedor, nunca o interesse social da empresa a ser preservada. A primeira Lei a preocupar-se com a função social da empresa foi, pode-se dizer, a lei 6.404/76, ao enumerar

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.* p. 217

⁸ SANTOS, Paulo Penalva. *O novo Projeto de Recuperação da Empresa. In Revista da EMERJ. Vol 2. N.º 7. 1999. Rio de Janeiro: EMERJ. p. 50.*

⁹ *Idem*, p. 49.

os deveres e responsabilidades dos administradores. É obsoleta a concepção puramente individualista da empresa.¹⁰ Explica-se:

A Constituição estabelece como fundamentos básicos da República Federativa do Brasil a valorização do trabalho e a livre iniciativa – art. 1º, inciso IV. Define como objetivo fundamental do Estado “garantir o desenvolvimento nacional” – art. 3º, II. Garante a função social da propriedade – inciso XXII do art. 5º. Reconhece o trabalho como direito básico – art. 6º. Ademais, funda a ordem econômica – art. 170 – na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, albergando como princípio a busca do pleno emprego – inciso VIII do mesmo preceito. O princípio da preservação da empresa é erigido, assim, a princípio constitucional. A leitura de toda a legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica da preservação da empresa¹¹.

3. ATUAIS MEIOS DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

3.1. MEIOS EXTRAJUDICIAIS

3.1.1. MOVIMENTOS SOCIETÁRIOS

A globalização das comunicações, o desenvolvimento das sociedades e das economias, aumentou significativamente a competição internacional com relação não apenas a preços e custos, mas, sobretudo a conquista de novos mercados. Neste panorama, as alianças entre empresas vão exercendo novo e significativo papel, visando expansão e o não perecimento de sociedades empresárias.

Dentre os meios para reorganizar as empresas em crise, os movimentos societários, hoje mundialmente difundidos, podem ser a saída. Pode-se elencar, neste particular, as fusões, transformações, cisões, incorporações, grupos de sociedade, consórcios e *joint ventures*, que representam as principais técnicas utilizadas quando a empresa não mais

¹⁰ CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS CÍVEIS, FAZENDA PÚBLICA, FALÊNCIAS E CONCORDATAS. *Cadernos do Ministério Público do Paraná*. V. 4. N.º 9. Novembro de 2001. Curitiba. p. 1-18.

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *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. 63.

tem condições de se auto-financiar, ou pelo aporte de recursos ou pela capitalização, quando não mais consegue financiamentos financeiros e bancário.

A fusão corresponde a uma operação societária “pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma sociedade nova que lhes sucederá em direitos e obrigações” (LSA, art. 228). O novo CC estipula que a “fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar uma sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”¹². Há extinção formal das sociedades fundidas, ou de pelo menos uma, e não dissolução; transmissão patrimonial integral e englobada, com sucessão universal e congeminação dos sócios, isto é, ingresso dos sócios da sociedade ou sociedades extintas na nova sociedade criada.

A fusão exige, a princípio, a realização de assembleia-geral em cada uma das sociedades; após, aprovar-se-á laudos de avaliação da sociedade e de seu respectivo patrimônio. A propósito do patrimônio, este corresponde à soma dos patrimônios líquidos das sociedades fusionadas.

Para FÁBIO ULHOA COELHO, “incorporação é a operação pela qual uma sociedade (incorporada) é absorvida por outra (incorporadora).” Implica somente na extinção da incorporada. Pode ocorrer entre sociedades de tipo igual ou diferente.

Outrossim, é comum a realização de tal operação para fins de planejamento tributário. Todavia, pela norma “antielisiva”, é necessário que a operação possua uma razão societária, logística, patrimonial ou mercadológica, a fim de que ela não venha a ser desconsiderada para fins tributários. Não poderá, portanto, ser usada simplesmente como um meio para reduzir a carga tributária, pois esta não é a sua finalidade.

A incorporação não pode causar prejuízo ao direito dos credores, sendo que a incorporadora sucede a incorporada, isto é, o credor desta exerce o direito contra aquela. Se considerar tal situação prejudicial, o credor poderá, nos sessenta dias subseqüentes à publicação dos atos de incorporação, pedir a sua anulação.

Conforme o artigo 229, da LSA, a cisão é a 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. Deste modo, conclui-se que a

¹² Art. 58 do Código Civil

cisão pode ser de dois tipos: parcial ou total. Se a sociedade para a qual os bens são transferidos já existe, a operação obedece às regras da incorporação.

A sucessão, quanto às obrigações, deve ser negociada pelas sociedades participantes, sendo que cada uma responde pelas obrigações que assumir. Em caso de omissão na cisão total quanto a alguma obrigação da cindida, cada sociedade envolvida irá responder na proporção do patrimônio recebido. No entanto, estas regras são apenas para o exercício do direito de regresso, pois, conforme o artigo 233, da LSA, as empresas para as quais os bens da cindida foram vertidas, e mesmo a própria cindida, na cisão parcial, são solidárias pelas dívidas desta, regra geral.

Explanando sobre as joint ventures e sua contextualização, a expansão atende a métodos internos das próprias empresas e a métodos externos tendentes a fortalecer a relação destas com centros de pesquisa e outras empresas. As alianças entre empresas apresentam vantagens no tocante a diminuição de custos, a união de esforços tendentes a fins precípuos, a redução de riscos. É vista como forma organizativa intermediária de desenvolvimento das empresas no âmbito de uma alternativa entre desenvolvimento interno e recurso às transações de mercado. Os acordos de cooperação para formação de joint ventures e grupos de empresas consistem em relações jurídicas flexíveis, cuja tipologia comporta enumeração apenas exemplificativa. Inserem-se num domínio onde vigora plenamente o princípio da liberdade contratual, com contratos típicos e atípicos e submetem-se, não raro, apenas aos princípios de ordem pública que regem genericamente as relações contratuais e aos preceitos do direito da concorrência, do direito do trabalho, do direito do consumidor e do meio ambiente.

As joint ventures aqui inserem-se como uma aliança estratégica estável, de regime jurídico particular, entre duas ou mais empresas com personalidades jurídicas individualizadas através da qual surge uma terceira entidade negocial, mantendo, as empresas contratantes, sua própria autonomia. A forma jurídica pode ser a tomada de participação e controle de uma empresa já constituída, a constituição de uma nova empresa, controlada em comum pelas empresas participantes, ou apenas um simples arranjo contratual entre duas ou mais empresas. É frequente a distinção entre empresa comum não societária (unincorporated joint venture), quando se trata de arranjo contratual entre empresas para o desempenho de atividades comuns e empresa societária (incorporated joint venture), quando uma nova entidade é criada.

Os grupos de sociedade são táticas extremamente estratégicas e revolucionárias na organização das empresas modernas. Caracterizados pela reunião de empresas através de um processo de concentração e sob uma direção comum, mas sem fusão de patrimônios e nem a perda da personalidade jurídica de cada empresa integrante, tais grupos visam à concretização de empreendimentos comuns. Os grupos de sociedade podem ainda mostrar-se como alternativa aos movimentos societários convencionais.

O grupo de sociedades pode resultar em três diferentes situações: grupos de fato, grupos de direito e os consórcios. Os grupos de fato se estabelecem entre sociedades coligadas ou entre a controladora e a controlada. Coligadas são aquelas em que uma participa de 10% ou mais do capital social da outra, sem controlá-la. Já controladora é aquela que detém o poder de controle de outra companhia.

O grupo de direito é o conjunto de sociedades cujo controle é titularizado por uma brasileira (a comandante) e que, mediante convenção acerca de combinação de esforços ou participação em atividades ou empreendimentos comuns, formalizam esta relação empresarial. (artigo 267 da LSA). A disciplina legal está contida na Lei 6.404/76.

A transformação de sociedades, em termos amplos, é o movimento societário, a operação pela qual a sociedade ou empresa passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro. Assim a denomina o art. 220 da LSA.

Com o advento do Novo Código Civil, a disciplina foi transferida para dentro deste em seus artigos 1.113 a 1.115 do Novo Código Civil, além de outros preceitos legais esparsos.

Em linhas gerais, a transformação de sociedades consiste na modificação da estrutura organizacional da empresa, mas, contudo, com a manutenção do patrimônio social e da coletividade de sócios. O substrato material das sociedades perdura sob outra forma, ou não se justificaria a manutenção dos direitos e obrigações das sociedades existentes no momento anterior à transformação, isto é, à adoção da nova forma.

A forma, portanto, não é elemento integrante da causa do contrato de sociedade, ainda que os efeitos jurídicos decorrentes da adoção de uma ou outra forma possam ser distintos em relação às obrigações incumbentes aos sócios.

A transformação da sociedade não implica o desaparecimento total da empresa que se pretende modificar, mas sim implica a modificação desta em um novo tipo societário, o qual, para ter existência válida, deve se submeter às normas que disciplinam a sua subsistência. Tal ato está condicionado ao consentimento de todos os sócios, salvo se esta

transformação estiver anteriormente prevista no estatuto da companhia ou no contrato social da empresa. O sócio, que se opuser à transformação, pode se retirar da sociedade. A transformação da empresa não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.

O consórcio é formado através de um processo de cooperação e se caracteriza por sua efemeridade, ou seja, a reunião de empresas tem um período de duração pré-estabelecido. Não se constituem novas sociedades; apenas se agregam num plano horizontal, mantendo cada uma sua peculiar estrutura jurídica, mantendo-se suas personalidades jurídicas intangíveis. Também mantém, estes agrupamentos, patrimônios distintos. Pode-se dizer tranquilamente que a caracterização destes agrupamentos passaria pelo seguinte trinômio: manutenção das personalidades jurídicas das empresas agrupadas, manutenção de seus patrimônios e direção unitária de interesses.

Poucas são, de fato, em nosso país, as grandes empresas capazes de se apresentarem com seus próprios e exclusivos recursos técnicos ou financeiros para suportar encargos que se lhes pretenda cometer. Impõe-se, assim, a permissibilidade para que se unam, formando tais agrupamentos ou consórcios.

Ocorre essa movimentação quando duas ou mais se ligam para atender as necessidades ou interesses dos figurantes e que mantém a autonomia e unidade econômica de cada uma das sociedades coligadas, principalmente em que respeito a terceiros que com elas negociem.

A legislação esparsa, no direito brasileiro, não oferece ainda uma definida disciplina sobre a matéria, merecendo por isso melhor e oportuna atenção do legislador nacional que refere a esse instituto em poucas leis com destaque para a lei das SA.

3.2. MEIOS JUDICIAIS

3.2.1. Concordata – Características gerais

A concordata foi introduzida no direito brasileira, sob a modalidade “suspensiva”, em 1850, com o Código Comercial. Após a decretação da quebra (falência) os credores concordavam em outorgar ao devedor moratória para pagamento de suas obrigações. Em 1890, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a possibilidade de uma concordata

preventiva – ocorre antes da falência – extrajudicial – entendia-se que se poderia prescindir da participação estatal. Os credores, aqui, decidiam por maioria e aquele que não concordasse não estaria inserido no âmbito da concordata¹³.

Surge, então, no pós-guerra, em 1945, a atual legislação sobre o assunto, que engloba tanto a concordata como a falência. Aqui, a concordata desvincula-se de sua significação primitiva, que guardava estreita relação com sua etimologia – de acordo entre credores e devedores – passando a ser uma possibilidade da lei, a ser apreciada pelo. A definição de Rubens Requião se mostra lapidar:

"O instituto jurídico da concordata visa resolver a situação econômico de insolvência do devedor, ou prevenindo e evitando a falência (concordata prevenindo) ou suspendendo a falência (concordata suspensiva), para proporcionar a recuperação e restauração da empresa comercial."

A Lei passa a traçar critérios objetivos para que o juiz decida o pedido de concordata. Ocorre que tais critérios não são suficientes, além de que o juiz nem sempre está preparado para apreciar a viabilidade dos negócios.

Os efeitos da concordata são, em linhas gerais, aqueles indicados pelo artigo 147 do Decreto-lei 7667/45, que estabelece que apenas os credores quirografários são obrigados pela concordata, sejam ou não comerciantes.¹⁴ Frise-se que à lei não importa se algum credor não foi relacionado no momento do pedido.

Do ponto de vista prático, o que realmente difere a concordata da falência com continuidade dos negócios é o responsável pela gestão dos negócios da sociedade: naquele caso é o próprio concordatário, neste é o gestor de negócios.

Os pressupostos para concessão da concordata estão elencados no art. 140 da Lei de Falências.

¹³ "Os juristas também criticavam o Código Comercial por conceder demasiada autonomia aos credores, na organização falimentar, restando ao juiz apenas o papel de homologar as decisões dos credores, tomadas nas assembleias gerais. Neste sentido, o artigo 898 do C. Comercial condicionava a concessão de moratória à concordância de dois terços dos credores quirografários, com ampla liberdade para inclusive decidirem sobre a decretação da falência." SANTOS, Paulo Penalva. *O novo Projeto de Recuperação da Empresa*. In Revista da EMERJ. Vol 2. N.º 7. 1999. Rio de Janeiro: EMERJ.

¹⁴ "Art. 147. A concordata concedida obriga a todos os credores quirografários, comerciais ou civis, admitidos ou não ao passivo, residentes no país ou fora d'ele, ausentes ou embargantes."

3.2.1.a. Concordata Preventiva

A concordata preventiva visa a evitar a falência¹⁵: o devedor, antes de que alguém busque em juízo o reconhecimento de sua quebra, reconhece seu estado ao requer ao juiz a decretação de sua concordata preventiva.

Como expõe Jorge Lobo, os doutrinadores da matéria têm entendimento diverso acerca da função econômica da concordata preventiva. Para Rocco e Bento de Faria, por exemplo, o instituto serviria para, em última análise, efetivação dos pagamentos dos credores, evitando-se a “vexação” da execução coletiva. O entendimento mais aceito, e mais atual, porém, aquele que vislumbra a concordata preventiva como instrumento do interesse público. Para Jorge Lobo, constitui-se em “benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa-fé, infeliz em seus negócios (...) que visa principalmente a salvar o devedor da catástrofe da falência (...) e lançar uma tábua de salvação aos credores, nem sempre imunes de responsabilidade na catástrofe do devedor”¹⁶.

Nessa modalidade de concordata, a lei exige certos requisitos específicos (art. 158): o exercício regular do comércio por mais de dois anos; ativo (ressalvados os bens que servem a garantias, no valor apenas suficiente para a garantia) superior a 50% de seu passivo quirografário; não ser falido ou, se o for, estarem declaradas extintas suas obrigações.

Observe-se, ainda, que, quando o devedor busca a tutela do Estado para a concessão da concordata (preventiva), está reconhecendo sua incapacidade de honrar suas dívidas. Nesta ocasião, portanto, duas alternativas se colocam ao juiz: ou reconhece presentes os requisitos para a concessão da concordata e defere seu processamento, ou entende ausente um (ou mais) dos requisitos e, inexoravelmente, decreta a falência do devedor.

A concordata preventiva foi suprimida do Projeto de Lei n.º 4.376/1993, que regula a recuperação judicial de devedores que exercem atividades econômicas, sob a alegação de que seria incompatível com o instituto da recuperação econômica da empresa.

Porém, importante notar o aspecto peculiar da concordata, até para compreender um dos pontos da crítica que abaixo tecer-se-á acerca do Projeto de Recuperação Judicial em trâmite: a concordata, no mais das vezes, “resolve situações de liquidez

¹⁵ “Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva. § 1º O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 40%, se for à vista, II - 60%, se for a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano.”

¹⁶ LOBO, Jorge. *A crise da empresa: a busca de soluções*. in *Revista dos Tribunais*. N.º 668. Junho de 1991.

conjuntural, que não exigem processo de recuperação, mas apenas dilação ou remissão de créditos”¹⁷. Ademais, a concordata seria, relativamente à recuperação judicial, mais fácil de ser obtida pelo devedor, e versa tão somente sobre parte de seu passivo (ao contrário do que ocorreria com a recuperação judicial)¹⁸.

3.2.1.b. Concordata Suspensiva

Decretada a falência, é, ainda, possível ao devedor tentar sua recuperação por meio de concordata, sob a modalidade suspensiva – inclusive com aumento do *quantum* que pode ser objeto de remissão.¹⁹ O pedido de concordata suspensiva deve ser feito “dentro dos cinco dias seguintes ao do vencimento do prazo para a entrega, em cartório, do relatório do síndico (art. 63, n° XIX)” (art. 178).

Se o processamento da concordata for negado pelo juiz, procede-se à realização do ativo e pagamento do passivo. Se aceito, os bens arrecadados são entregues ao concordatário, que readquire o direito a sua livre disposição (art. 183).

Com efeito, é justamente aí que reside uma das grandes notas diferenciadoras da concordata, em relação à falência com continuidade dos negócios: é o próprio concordatário o responsável pela gestão da sociedade.

Como bem observado em Parecer ao Anteprojeto de Lei de Falência do Instituto dos Advogados do Paraná, elaborado por comissão designada por seu Departamento de Direito Comercial, a recuperação de empresa no projeto constitui-se, na verdade, numa concordata suspensiva, mantendo inclusive o cunho individualista que hoje tem o instituto e é criticado pela doutrina.²⁰

¹⁷ CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS CÍVEIS, FAZENDA PÚBLICA, FALÊNCIAS E CONCORDATAS. *Cadernos do Ministério Público do Paraná*. V. 4. N.º 9. Novembro de 2001. Curitiba. p. 1-18.

¹⁸ Foi o que lembrou o Deputado Jovair Arantes, em 27 de novembro de 1999, ao apresentar a Emenda Aditiva n.º 85, ao defender que “a criação do instituto da recuperação judicial não deve excluir o da concordata preventiva”.

¹⁹ “Art. 177. O falido pode obter, observadas as disposições dos artigos 111 a 113, a suspensão da falência, requerendo ao juiz lhe seja concedida concordata suspensiva. Parágrafo único. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 35%, se for a vista; II - 50%, se for a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano.”

²⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (presidente da comissão). *O Anteprojeto de Lei de Falência*. in Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. n.º 23. 1994. p. 219.

3.2.2. Falência com continuidade dos negócios

Em vista das inúmeras e contundentes críticas que o Projeto de Lei n.º 4.376/93 tem recebido, há de se cogitar de alternativas para adequar a vetusta regulação pertinente à recuperação de empresas à realidade atual. Como aponta Carlos Alberto Farracha de Castro, a possibilidade de continuidade dos negócios da empresa falida (art. 74)²¹ figura como um dos mais significativos pontos positivos do Decreto-lei 7.661/45, principalmente se lido de modo sistemático, sob a perspectiva constitucional, possibilitando a preservação e a reorganização da empresa.²²

Sobre o assunto, Nelson Abrão afirma que:

*“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.”*²³

Ensina Farracha de Castro 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”²⁴. Defende, assim, que “tal possibilidade deve ser interpretada à luz da Constituição e, por conseguinte, no sentido de preservar à (sic) empresa”²⁵.

O §6º do artigo 74 do DL 7661/45 estatui que cabe ao juiz cassar a autorização para continuar o negócio do falido, a requerimento do síndico ou dos credores. A cassação resulta do insucesso das atividades.

Destaca-se, na continuidade dos negócios da empresa falida, a figura do **gestor dos negócios**, a quem é outorgada a gerência – administração direta do negócio. Isto é, na

²¹ 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 geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico.

²² CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **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. 59.

²³ ABRÃO, Nelson. **Curso de direito comercial**. Apud CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *op. cit.* p. 65.

²⁴ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *op. cit.* p. 87.

²⁵ *Idem*, p. 88.

hipótese de continuidade dos negócios a gerência não cabe ao síndico. O gestor de negócios não se confunde nem com o síndico nem representa o falido.

É que o síndico, ao que estabelece o art. 60, é, em regra escolhido entre os maiores credores do falido – apesar de não ser isso o que ocorre, usualmente, na prática. Assim, tendo já o síndico que se preocupar com a gestão de seus próprios negócios, não seria razoável exigir que zelasse também pelos do falido.

Frise-se que o gestor de negócios é tão somente “indicado” pelo síndico, cabendo a nomeação ao juiz, que pode aceitar a indicação do síndico ou determinar que este indique outra pessoa.

4. O PROJETO DE REFORMA DA LEI DE FALÊNCIAS – PROJETO DE LEI 4.376/93

No afã de modernizar a Lei de Falências, projetou-se Lei que versa sobre a “recuperação judicial de devedores que exercem atividades econômicas e dá outras providências”. A doutrina, de um modo geral, condena a pretensão de reforma, da forma apresentada. Várias são as críticas.

4.1 CRÍTICAS

Um dos pontos que foi alvo de muitas críticas foi a ausência de critério específico para a determinação das pessoas sujeitas ao regime falimentar (se comerciante ou se empresário). De acordo com o parecer do Departamento de Direito Comercial do Instituto dos Advogados do Paraná de 1993²⁶, não possuímos no projeto uma definição normativa de empresa, tendo este vocábulo acepções variáveis, podendo até serem contraditórias. Deve-se ressaltar também, com relação à terminologia adotada pelo Projeto de Lei original, que o título “pessoas jurídicas de natureza civil que explorem atividade econômica” traz uma certa incoerência em como realmente o PL deseja dar tratamento jurídico aos entes que por si serão tutelados.

²⁶ In Revista do IAP, n.º 23, p. 221.

Assim, o Projeto de Lei número 4376-B tenta sanar as críticas referentes ao projeto original 4376 aperfeiçoando a redação do seu art. 1.º sobre a abrangência dos efeitos da lei:

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.

Inicialmente, podemos fazer luzir que, as mudanças terminológicas utilizadas causam inúmeras polêmicas, inclusive nos textos mais atuais do Projeto de Lei. Neste contexto, cabe explicar que as concordatas preventiva e suspensiva e a continuidade de negócios do falido após a declaração de falência que são mecanismos de recuperação da empresa, passariam, com a aprovação do projeto de lei, a dar lugar a um único processo, chamado de *recuperação judicial* que ocorre sempre antes da *liquidação judicial*. Este último substituiria a *falência*.

Sendo assim, apesar de não constituir uma mudança de conceitos, o PL altera nomenclaturas que faziam parte do cotidiano daqueles que operam com o direito. Diante disso, compreende-se que haverá relutância na utilização destas novas alcunhas, as quais pretendem tratar o síndico como administrador judicial, a concordata como recuperação

judicial, a falência como liquidação judicial e a massa falida como massa liquidanda, dentre outras. Vejamos como trata a doutrina sobre o assunto:

(...) alterar os nomes dos institutos inutilmente só faz criar uma confusão absolutamente desnecessária, como ocorre com o conceito de “massa falida” que passa a ser “massa liquidanda”, sem qualquer justificativa. Também não há razão para a falência se chamar “liquidação judicial”, pois, na realidade, a liquidação é apenas uma das fases da própria falência. Ademais, nem toda a liquidação judicial é sinônimo de falência. A lei de Sociedades por Ações, por exemplo, no art. 206, II cuida de três hipóteses de liquidação judicial, sendo que apenas uma demais é falimentar.

Outro exemplo impressionante é a consagrada expressão “declaração de falência” que virou “declaração de inviabilidade econômica e financeira”, apesar de ter como principal causa o tradicional conceito de impontualidade, que não se presta para demonstrar o insucesso econômico da empresa.²⁷

Ainda temos:

O Projeto promove, sem qualquer justificativa plausível, a troca de nomes de institutos já consagrados: chama a falência de “liquidação judicial”, quando a liquidação é tão somente uma fase do procedimento falimentar, causa espécie ao denominar a “declaração de falência” como “declaração de inviabilidade econômica e financeira” - quando no mais das vezes o que leva à falência é a impontualidade e não a inviabilidade econômica. Ademais, não apresenta uma ordenação de apresentação dos diversos institutos e procedimentos.²⁸

²⁷ Em, Revista da EMERJ, v.2, n.7, 1999

²⁸ CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS CÍVEIS, FAZENDA PÚBLICA, FALÊNCIAS E CONCORDATAS. *Cadernos do Ministério Público do Paraná*. V. 4. N.º 9. Novembro de 2001. Curitiba. p. 3-5.

Diante do clamor das críticas realizadas, principalmente no que concerne às terminologias utilizadas, deve-se fazer luzir que, de acordo com o parecer da Comissão Especial (CESP), que pugna pela aprovação de um substituto geral de n.º 4376-B, tais críticas perderão, em parte, a razão de existir, tendo em vista que este projeto de lei traz em seu corpo o termo “falência”, bem como o termo “massa falida” ao invés da liquidação judicial e massa liquidanda respectivamente. Porém ainda figuram vocábulos como “administrador judicial” ao invés de “síndico”, e “recuperação judicial” em lugar de “concordata”.²⁹

Outra crítica pertinente emerge da dicotomia existente no direito privado. O Direito Comercial coexiste com o Direito Civil na esfera do direito privado, sendo aquele, o responsável por regular as pessoas, bens e relações jurídicas atrelados ao exercício da atividade empresarial, e este regula os bens, pessoas e relações jurídicas, em geral, na esfera privada. Nesta esteira, ao mesmo passo que o Direito Comercial pauta, através de legislação esparsa, o concurso de credores pelo meio da falência, o Direito Civil regula o concurso de credores, aproximando-o da falência, sem, contudo, unificá-los. Sendo assim, vejamos o que relata o manifesto do IAP sobre a unificação do direito privado:

A opção de decretar a unificação do direito privado (mal posta) através de uma lei falimentar não pode ter curso. Ela apenas seria viável dentro de um contexto global, onde todas as demais regras fossem objeto de reforma (v.g., obrigações inerentes à escrituração, ao regime jurídico societário, registro do comércio, etc.) para dar tratamento unificado capaz de gerar as conseqüências necessárias prevista na lei de quebras. O art. 41³⁰, por exemplo, determina que

²⁹ Substituto Geral apresentado em Parecer Reformulado em Plenário, em data de 30/07/2003, pelo Deputado Federal Oswaldo Biolchi, PMDB/RS

³⁰ É mister expor que o manifesto do Instituto dos Advogados do Paraná é datado de 05 de agosto de 1993, e teve suas críticas pautadas na análise do Projeto de Lei originário. Atualmente, este texto já sofreu 484 emendas de plenário, 39 emendas de Comissão, dentre outros trâmites legislativos, que fizeram que o art. 41 fosse redigido da seguinte maneira, levando em consideração o substituto de n.º 4376-B:

Art. 41. Nas deliberações, considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem a maioria dos créditos presentes à assembléia geral ou da classe respectiva.

§ 1º Os sócios ou acionistas do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios ou acionistas detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembléia geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação previsto no art. 38 e de deliberação previsto nos arts. 42 e 43.

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o segundo grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do acionista controlador, de diretor ou

a sentença que conceder a concordata seja comunicada ao órgão regional do Registro de Comércio. Mas, se o devedor não estiver sujeito a esse registro (sociedades não comerciais e, principalmente, pessoas naturais que, exercendo atividades econômicas não estão sujeitas a registro algum)?

O critério seletivo para essa unificação do regime da insolvência, embora não precisado, parece ser o da empresa. Mas a expressão, com toda a imprecisão já referida, foi utilizada na expressão simplista de “pessoa jurídica”, que nada resolve, pois o ponto de partida para as medidas que o Anteprojeto quis implantar está, justamente, na separação entre empresa e empresário.

Porém, vê-se importante ressaltar o que colaciona professor Humberto Theodoro Júnior, 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”.³¹

Desta maneira, trata o projeto de lei 4376-B de realçar que a insolvência civil não será tutela por ele, assim como trata:

Art. 217. Não se aplicam as disposições desta lei às atuais ações relativas a insolvência civil.

membro dos conselhos consultivo, administrativo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções.

³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **A insolvência Civil**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 32.

Deve-se destacar também que o Projeto de Lei em trâmite, ignora as normas que tangem às empresas estrangeiras, mais especificamente sobre a nacionalidade das pessoas jurídicas e do funcionamento de sociedades estrangeiras no país. Seria muito mais fácil, de acordo com as considerações do Instituto dos Advogados do Paraná, reportar-se aos dispositivos do Decreto-lei n.º 2627/40, que dispõe sobre a Sociedade por Ações, como estão alocados os artigos 59 e seguintes.³²

Segundo as críticas, a extensão da falência aos sócios solidários das sociedades falidas e aos seus controladores acarretaria em um anacronismo legislativo. Primeiramente vejamos o dispositivo no Substituto 4376-B que dá azo a esta crítica:

Art. 105. A sentença que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis, diretores e administradores solidários por lei, também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar defesa, se assim o desejarem.

§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 02 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

§ 2º Os sócios com responsabilidade ilimitada, os diretores e administradores solidários por força de lei, que serão previamente citados, poderão exercer o direito de defesa que esta lei assegura à sociedade devedora.

Sendo assim, passemos para a pertinente crítica do Instituto dos Advogados do Paraná:

³² Devemos atentar que esta matéria encontra-se, atualmente, disposta no Código Civil de 2002

A extensão da falência aos sócios solidários das sociedades falidas e aos controladores é um retrocesso. A lei atual, com vantagem, estabeleceu a regra de respeitar a personalidade jurídica das sociedades falidas, determinando a formação de massas particulares dos sócios solidários que se sujeitam, assim, aos seus efeitos, mas não incorrem na falência. Quanto ao controlador, as regras de responsabilização contidas na lei das sociedades por ações são mais do que suficientes. Restaria, apenas, assegurar a indisponibilidade de seus bens – o que pode ser alcançado através de ação cautelar. Ademais, a falência pressupõe a insolvência; não se pode, a título de punição ou de repressão, transformar em falido quem não se encontra insolvente nem exerce atividade econômica.

Diante da sanha das críticas realizadas, optou o legislador em reproduzir a norma do decreto em vigor, posto que, em ordem confusa, sendo uma delas relatada no art. 70, § 4.º, e outra no art. 95, parágrafo único.

Devemos elencar também o que trata o art. 106 do projeto de lei ora sopesado, o qual traça linhas mestras sobre a possibilidade de promover a indisponibilidade dos bens particulares dos réus.

Art. 106. A responsabilidade solidária dos controladores e administradores da sociedade por ações e a dos administradores da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, estabelecidas nas respectivas leis, bem como a dos sócios comanditários e do sócio oculto, previstas em lei, serão apuradas no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo.

(...)

§ 6º Para os fins do disposto no caput deste artigo, na sentença que decretar a falência, o juiz poderá, de ofício, ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade dos bens particulares dos réus, compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

É importante aclarar que, “Os princípios básicos das leis americana, francesa e portuguesa, são em resumo: 1) a separação nítida entre o homem (titular da empresa) e a empresa, com o fim de criar condições de soerguimento das empresas competitivas vítimas de uma falta acidental imputável a seus dirigentes ou provocadas por condições excepcionais; (...)” como bem relata o professor Jorge Lobo.³³ Neste contexto, faz-se mister processar o que ocorre fora da legislação pátria, em seu auxílio, para podermos lapidá-la de maneira salutar.

A falta de sistematicidade deste projeto de lei também contribuiu para que uma nuvem de ponderações fossem interpostas em seu desfavor. Em suma, a recuperação deveria aparecer regulada antes da falência, mas o projeto entende que aquela pressupõe esta (o que por si só é contestável). Vejamos como trata deste tema o Parecer da Comissão Permanente de

Direito Comercial do Instituto do Advogados Brasileiros, aprovado em unanimidade em 24 de maio de 2000:

O projeto – não se sabe a razão – se inicia pelas “Disposições Preliminares”, englobando cinco artigos, quando deveria tão somente indicar os objetivos da lei, a definição dos termos que adota, conseqüentemente os esclarecimentos prévios.

Ao contrário, as chamadas “Disposições Preliminares” versam sobre temas específicos que fazem parte da lei, representando evidente deformação legislativa.

Com efeito, reportamos abaixo, *in verbis*, a transcrição dos cinco primeiros artigos do projeto 4376-B, os quais, segundo o IAB estariam em flagrante confronto com a técnica legislativa:

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

³³ Em **A crise da empresa: a busca de soluções**. in Revista dos Tribunais. N.º 668. Junho de 1991.

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.

Art. 2º Leis específicas disporão sobre as formas de intervenção do Estado e a liquidação na instituição financeira pública e privada, na cooperativa de crédito, no consórcio, na sociedade de previdência privada, na sociedade operadora de plano de assistência à saúde, na sociedade seguradora, de capitalização e em outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

§ 1º O disposto nesta lei não afeta as obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, que serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos.

§ 2º O produto da realização das garantias prestadas pelo participante das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação financeira submetidos aos regimes de que trata esta lei, assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros seus ativos, objeto de compensação ou liquidação, serão destinados à liquidação das obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços.

Art. 3º É competente para homologar o acordo de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tenha situado o seu principal estabelecimento ou filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

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.

Art. 5º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.

Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta lei, o representante do Ministério Público poderá intervir em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.

Deve-se destacar também que, “Do ponto de vista sistemático, se a recuperação da empresa pressupõe (com o que não concordam, em absoluto, os membros da comissão do IAP) a falência não poderia aquela vir regulada em primeiro lugar. A sistemática da lei atual é muito melhor e mais coerente”.³⁴

O projeto de lei, sob o rótulo de “recuperação da empresa” nada mais faz do que reapresentar a conhecida concordata suspensiva, mantendo-lhe o cunho individualista, tanto condenada pelos doutrinadores. Assim, a maioria dos meios de recuperação apresentados no art. 50, abaixo transcrito, pode, sem maiores problemas, ser utilizados pelo devedor em concordata³⁵.

³⁴ In Revista do IAP, n.º 23, p. 221.

³⁵ Ademais, algumas hipóteses de recuperação propostas, seriam praticamente ineficazes, tendo em vista que nenhum empresário concordará com um Plano de Recuperação que envolva a sua substituição do bloco administrativo. Com efeito, como bem relata o Departamento de Direito Comercial do IAP, “A substituição do bloco de controle envolve violação do direito de propriedade, como atualmente assegurado pela constituição: a propriedade das quotas ou ações não pode ser eliminada por lei ordinária nem o juiz detém poderes para desapropriá-las”.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial da empresa, dentre outros:

I - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II - cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos cotistas ou acionistas, nos termos da legislação civil vigente;

III - substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos, concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

IV - aumento de capital social;

V - 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;

VI - celebração de acordo coletivo de trabalho, inclusive para reduzir salários e aumentar ou reduzir a carga horária dos trabalhadores;

VII - dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

VIII - constituição de sociedade de credores;

IX - venda parcial dos bens;

X - equalização dos encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto nas legislações específicas que disciplinam a matéria;

XI - usufruto da empresa;

XII - administração compartilhada;

XIII - emissão de debêntures;

XIV - constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar em pagamento dos créditos os ativos da empresa em recuperação judicial, ressalvado o direito dos credores dissidentes receberem seus créditos quando

da realização dos ativos, pelo valor que lhes caberia em rateio proporcional aos valores de avaliação;

XV - substituição de garantia;

XVI – a transformação de créditos em capital da empresa, no montante que estabeleça seu equilíbrio econômico-financeiro e viabilize suas operações.

É deveras pacífico entre os doutrinadores que o instituto da concordata preventiva, não é incompatível, tampouco antagônico com o da recuperação da empresa. Tendo em mente as considerações do mestre Paulo Penalva Santos³⁶, dever-se-ia consentir a recuperação econômica somente em casos especiais, nos quais estaria presente a noção de interesse social relevante, acima dos interesses dos credores. Neste mesmo caminho, serviria a concordata preventiva para as pequenas e médias empresas, as quais tentam obstar a quebra mediante a obtenção de meios que lhes permitam oferecer aos credores remissão ou dilação no pagamento de suas dívidas.

Cientes devemos ficar de que a concordata preventiva, tendo em vista a forma como se apresenta atualmente, deve ser aperfeiçoada, mas não abolida, ressaltando o que giza o mestre Penalva:

O Projeto, se vier a ser sancionado, terá vida curtíssima. A concordata, sem dívida, deve ser aprimorada mas jamais suprimida. Tenha ou não natureza contratual, seja ou não um mero favor legal, ela terá sempre o relevante papel de regularizar as relações patrimoniais entre o devedor e seus credores quirografários, evitando-se a falência. O seu objetivo é de resolver o conflito de interesses meramente patrimoniais, ou seja, questões típicas das relações de interesse privado, protegendo a empresa contra a ameaça de sua destruição.

(...)

A concordata preventiva ainda é de grande valia. Pequenas alterações seriam suficientes para atender às demandas dos empresários e juristas. A fraude constatada nas legislações anteriores, ocasionada pela desmedida influência dos credores, levou o legislador de 1945 a afastar qualquer possibilidade de

³⁶ SANTOS, Paulo Penalva. *op. cit.* p. 53-57.

acordo entre credores e devedor, dando ao instituto uma natureza de favor legal. Talvez uma flexibilização do instituto, permitindo, em determinadas hipóteses, uma composição entre credores e devedor fosse uma boa solução.

Diante da situação em tela, não se pode considerar a concordata preventiva uma aberração ao sistema da recuperação de empresas, já que ela possui o condão de, freqüentemente, resolver situações de iliquidez conjuntural, que não necessita de um projeto de recuperação, mas sim de um aumento no prazo para pagamento de dívidas, ou a remissão dos créditos. Diante disso, deve-se ponderar que a obrigatoriedade de um “Plano de Recuperação”, seria extremamente antagônico à intenção de recolocar a empresa dentro dos trilhos, já que seria onerar demais o procedimento da reestruturação da empresa em dificuldades, tendo em vista que tal “Plano de Recuperação” teria um custo elevado, já que demandaria um serviço de consultoria especializado, o que, de certa forma, seria contraditório às empresas de pequeno e médio porte que não necessitariam de uma reformulação de tamanha complexidade.

Para finalizar, uma reorganização empresarial bem sucedida resulta de um completo diagnóstico da empresa, a qual teria como ponto de partida a análise da situação financeira e econômica da empresa, bem como os recursos de que se dispõe ou que possam ser captados no mercado financeiro e de capitais, o alongamento da dívida, a entrada de novos sócios, a indicação de administradores competentes, etc. Assim, com um planejamento bem orientado, seria mais propício optar por um meio de recuperação mais adequado à situação que passa a empresa.

Merecem considerações também, as críticas que dizem respeito à possibilidade de que o projeto de lei não solucione um problema que atualmente acontece com freqüência nos processos de falência: a morosidade.

Temos o fato de que o projeto de lei ao instituir o Comitê de Recuperação, formado por três credores, em paralelo com o administrador, cuja divergência entre eles, indubitavelmente, pode ir contra a celeridade processual, prejudicando a empresa, cujo dinamismo do comércio dispensa os efeitos nefastos que essa divergência pode ocasionar, em termos de preservação e recuperação da empresa. Diante disso, devemos citar o posicionamento da Comissão de Direito Comercial do Instituto dos Advogados Brasileiros:

No processo de reorganização, sua eficiência e agilidade ficarão, em muito, na dependência da máquina judiciária, evitando o alongamento das decisões principais e não admitindo insucessos que agravem a situação do devedor e enfraqueçam a força da massa falida, em prejuízo óbvio para todos os credores.

O nosso judiciário não está hoje, preparado para essas relevantes funções no caso de implementação do processo de recuperação.

Desta maneira, tenta o legislador, de maneira confusa, estabelecer prazos máximos para a tramitação das ações judiciais deste gênero, sendo que para a falência normal é estipulado um prazo máximo de 4 (quatro) anos, e para a falência das micro e pequenas empresas o prazo máximo é de 5 (cinco) anos, como podemos colacionar na transcrição abaixo:

Art. 106 - § 7º Nenhuma falência perdurará por prazo superior a 4 (quatro) anos, cabendo ao juiz tomar todas as providências, inclusive, se for o caso, a remessa ao representante do Ministério Público das peças necessárias à propositura de ações civis e criminais contra os responsáveis.

Art. 186. Nenhuma falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte perdurará por prazo superior a 5 (cinco) anos, cabendo ao juiz tomar todas as providências para tal, inclusive, se for o caso, a remessa ao representante do Ministério Público das peças necessárias à propositura de ações civis e criminais contra os responsáveis.

Será que a falência da microempresa é mais complicada que a execução concursal de uma multinacional, para motivar tal mandamento?

O projeto de lei possui um conceito impróprio de empresa recuperável, permitindo até sua aplicação à pessoas físicas como relata o art. 1.º transcrito alhures. Desta

maneira, é de forma salutar que coloquemos o que entende por empresa recuperável o mestre Paulo Panalva Santos:³⁷

(...) resumindo os elementos que identificam uma empresa recuperável economicamente, Paillusseau conclui que deve ser apenas aquela que pode remunerar normalmente os capitais nela aportados. Em consequência, se a empresa não é capaz de remunerar o capital nela empregado, uma fonte essencial de ser financiamento desaparece. Neste cenário, a empresa tenderia a ser subvencionada pelo Poder Público, cujos inconvenientes são evidentes.

O projeto de lei afasta a possibilidade de exigência de qualquer tipo de multa na falência, e não apenas aquelas derivadas da infração de leis penais e administrativas,³⁸ salvaguardando aquelas relativas às multas ambientais, e depósitos de FGTS, como traduz o artigo abaixo posicionado.

Art. 6º Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:
 § 1º *Não são exigíveis na falência as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas, salvo se houver saldo após o pagamento de todos os credores quirografários.*
 § 2º *As multas ambientais e os depósitos no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS serão sempre exigíveis na recuperação judicial e na falência.*

Tal mandamento pode trazer uma certa insegurança no mundo jurídico, já que uma pequena gama de multas serão legítimas de cobrança durante a falência (multas ambientais e referentes à FGTS), e as que estão fora deste elenco têm seu pagamento condicionado à existência de créditos após o pagamento de todos os credores quirografários. Assim, na continuidade de negócios durante a falência, ficaria mais difícil firmar contratos sem proporcionar ao outro contratante uma garantia diversa das penas pecuniárias.

³⁷ Ob. Cit., p. 48

³⁸ Como existe em vigor no art.23 III da Lei 7661/45

A manutenção da prisão do falido, nas hipóteses de descumprimento de suas obrigações, sanção coercitiva de caráter discutível, em face do contido nos incisos LXI e LXVII do art. 5.º da Constituição Federal que vedam a prisão civil por dívidas, como abaixo posicionado:

Art. 5.º LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Devemos colocar também a crítica da Comissão Permanente de Direito Comercial do Instituto dos Advogados Brasileiros que diz: “No furor de inovar (para pior), o projeto, já no artigo 9.º, disciplina a classificação dos créditos antes de sua adequada verificação, violentando a lógica jurídica”.³⁹

O projeto que tramita atualmente estabelece realmente uma classificação de créditos na fase de recuperação judicial, o que dá ensejo às críticas do IAB. Além disso, o art. 9.º dá a impressão de que o projeto de recuperação judicial pode implementar qualquer ordem de classificação dos créditos, ressalvados os de natureza trabalhista. Assim sendo, a falta de harmonia no cerne do texto legal é o principal ponto polêmico do projeto.

Art. 9º Na recuperação judicial, a ordem de classificação dos créditos será definida no plano de recuperação judicial aprovado.

Art. 10. ~~É assegurada, para todo e qualquer plano de recuperação judicial, a prioridade para os créditos individuais derivados das relações de trabalho, como especificados no art. 11, I, que se sobrepõem, inclusive, ao pedido de restituição previsto no art. 28, observado ainda o disposto no art. 49.~~

Art. 11. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

³⁹ In Caderno do Ministério Público do Paraná – Curitiba v. 4 n. 9 p. 03 nov. 2001

I – créditos decorrentes do contrato de trabalho, por salários e por indenizações, sobrepondo-se, inclusive, ao pedido de restituição previsto no art. 28;

II - créditos fiscais, independente da sua natureza e tempo de constituição;

III - créditos com direitos reais de garantia;

IV - créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V - créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei;

VI - créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelos produtos dos bens vinculados ao seu pagamento;

VII - créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos de qualquer natureza dos administradores da empresa sem vínculo trabalhista, bem como dos cotistas, acionistas controladores e diretores.

Um dos pontos que causaram mais furor nos doutrinadores, principalmente aqueles que militam no direito do trabalho. Aponta-se, o desarrazoado sacrifício imposto ao trabalhador pelo art. 41 do Projeto n.º 4376-A, que figurava com a seguinte redação:

Art. 41 - Os créditos de natureza trabalhista, ressalvados os salários atrasados até a data do pedido de recuperação judicial, deverão ser

regularizados até o limite previsto no art. 9.º, caput, desta lei, no prazo de 1 (um) ano, atendendo às disponibilidades financeiras do devedor.

§ único – Se os recursos disponíveis não forem suficientes para a quitação dos créditos trabalhistas, na forma do caput deste artigo, o juiz poderá prorrogar o prazo acima previsto, mantida a preferência em relação aos demais credores.

Deve-se aclarar que não podem ficar os assalariados na dependência das disponibilidades financeiras do devedor. Ainda mais, o parágrafo único deste artigo estabelece a possibilidade de se fixar um prazo indeterminado, com excessiva liberalidade, o que vai contra a proteção legal dos direitos dos trabalhadores.

No projeto 4376-B, o artigo 41 foi re-posicionado e também teve a sua redação alterada, mantendo apenas o prazo de um ano para regularização dos créditos trabalhistas, como podemos averiguar:

Art. 49. Os créditos de natureza trabalhista vencidos até a data do pedido de recuperação judicial deverão ser regularizados no prazo de 1 (um) ano.

Impende luzir também que o projeto de lei não considera a hipótese de caracterização da falência elencada no art. 2.º, III, do Decreto-Lei n.º 7661/45 que relata:

Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:

III - conyoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens;

“Na prática, tal fundamento, representa a confissão extrajudicial do estado de falência realizada pelo devedor a seus credores, fato identificado na proposta por ele suscitada, constituindo-se numa moratória amigável. Essa atitude constitui a quebra do princípio fundamental da falência – a **par condicio creditorum**^{40,41}.”

⁴⁰ Todos os credores devem acorrer ao procedimento falimentar para receber seus créditos, para que se possa estabelecer a legitimidade e a qualidade do crédito, de acordo com a *par condicio creditorum*, isto é, todos os credores devem concorrer em iguais condições, sem que qualquer deles seja injustamente privilegiado em detrimento dos demais;

⁴¹ In Caderno do Ministério Público do Paraná – Curitiba v. 4 n. 9 p. 07 nov. 2001

O Projeto nada reproduz no que diz respeito à obrigatoriedade do aviso prévio para os trabalhadores. Apesar de tal discussão ser pacificamente tratada pela doutrina e jurisprudência, as quais não consideram a falência como um caso de força maior, foi singelo o projeto ao não registrar este posicionamento. Vejamos como trata do assunto o mestre Mozart Vitor Russomano⁴²:

Se a falência não configura força maior, tal qual é definida na lei trabalhista, e se o Código, além disso, atribui ao empregado demitido por motivo de falência do empregador todos os direitos previstos na legislação em vigor, é claro que, mesmo entendendo não caber aviso prévio, quando houver força maior, esse direito perdura na falência.

Ainda podemos citar o julgado do Juiz Tobias de Macedo Filho:

FALÊNCIA. AVISO PRÉVIO. PAGAMENTO. A decretação da falência do empregador não justifica a falta de pagamento de aviso prévio aos empregados despedidos. Tem-se a rescisão contratual como de iniciativa do empregador e sem justo motivo. TRT-PR-RO 8.294-96 - Ac.1ª T 2.657-97 - Rel. Juiz Tobias de Macedo Filho⁴³.

Outro ponto que gera controvérsias é o fato elencado no artigo 47, vejamos:

Art. 47 - Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida por qualquer credor e, conforme o caso, pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

Assim, como poderá o credor requerer a recuperação judicial sem juntar todos os documentos descritos no art. 51, dentre eles: a) II - demonstrações contábeis, elaboradas

⁴² RUSSOMANO Mozart Vitor. *O aviso prévio no direito brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 4.ª ed.

⁴³ Tribunal Regional do Trabalho 9.ª região - 31-01-1997

em conformidade com as normas brasileiras de contabilidade, relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais; b) VII - o plano de recuperação judicial e o respectivo resumo, com a estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento; c) IX - os extratos atualizados das contas bancárias da empresa e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; dentre outros.

Permitir então ao credor requerer a recuperação é deveras oportuno, tendo em vista o princípio de recuperação da empresa, mas impô-lo a juntar todos estes documentos torna o pedido inviável, até porque, poderá o credor, na forma do capítulo VI, artigos 81 a 89, requerer a falência do devedor, a qual poderá ser transformada em recuperação judicial caso argüida pelo devedor como forma de defesa.

Outro assunto que merece ser repensado é o fato da obrigatoriedade de se acrescentar o termo “*em Recuperação Judicial*” nos contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito a este procedimento.

Ora, se uma empresa precisa se recuperar deverá ela dispor de credibilidade para efetuar seus negócios. Assim, este mandamento cria obstáculos para a continuação dos negócios da empresa, dificultando que novas chances de negócios que possam ser salutares para a recuperação da empresa vejam a ser entabuladas.

Art. 61. Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome ou razão social, a expressão "em Recuperação Judicial".

Ainda temos:

Art. 216. As publicações ordenadas nesta lei serão feitas preferencialmente na imprensa oficial e, se o devedor ou a massa falida comportar, em jornal ou revista de circulação regional ou nacional, bem como em quaisquer outros periódicos que circulem em todo país.

§ 3º As publicações ordenadas nesta lei conterão a epígrafe "recuperação judicial de...", "recuperação extrajudicial de..." ou "falência de..."

Devemos fazer luzir também o que relata a proposição do art. 165 do projeto de lei 4376/93-B:

Art. 165. Aprovadas as contas e pagas as remunerações do administrador judicial e de seus auxiliares, o juiz determinará a distribuição do rateio, obedecida a classificação dos créditos, incluídos os créditos objeto de reserva.

Assim, já que primeiramente são pagas as remunerações do administrador e de seus auxiliares, como ficaria a classificação de credores do art. 11. Clínico seria ressaltar que no bojo do artigo 11 nada está disposto sobre a classificação dos créditos extraconcursais. Desta maneira, cabe ainda ser pensado se os créditos resultantes da administração da falência ou da recuperação judicial são realmente mais meritórios do que aqueles que resultam do contrato de trabalho.

Destarte, o inciso III do artigo 52⁴⁴ exige certidão negativa, para habilitação nas licitações, para contratação com a Administração Pública. Não se justifica a certidão negativa de concordata ou, pelo Substitutivo, da recuperação da empresa, pelos motivos que autorizam essa mesma recuperação. Conseqüentemente, a concordatária ou a empresa, em recuperação, não pode ser impedida de contratar com o Poder Público. A concordata, com efeito, não pode ser óbice para o exercício de suas atividades empresariais.

Qualquer obstáculo caracterizar-se-ia atentatório à Constituição. A restrição para contratar com a Administração Pública, simplesmente, porque concordatária, encontra barreira intransponível, na definição constitucional do princípio fundamental da isonomia e da livre iniciativa, porque a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observada a livre concorrência.

A todos assegura a Lei Maior o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da permissão de órgãos públicos, salvo nos casos previstos na lei. A lei, entretanto, deverá regular o exercício dessa mesma atividade, sem restringir ou fazê-lo, de modo a impedir esse exercício.

⁴⁴ Art. 52 - III - determinará a dispensa da apresentação de quaisquer certidões negativas para que o devedor exerça ~~suas atividades comerciais, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, sendo sempre obrigatório em todos os atos e documentos observar o disposto no art. 61;~~

Há que se inserir um dispositivo, neste sentido, deixando bem claro que a recuperação da empresa não será óbice para a contratação com o Poder Público.

4.2 INOVAÇÕES

4.2.1. Positivação da jurisprudência

Dentre os avanços, encontra-se a positivação de entendimento jurisprudencial consolidado no sentido em que as Ações de natureza trabalhista em curso ou que venham a ser propostas, serão processadas perante a justiça especializada, até a apuração do respectivo crédito, habilitando-se posteriormente no juízo falimentar bem como as despesas com o procedimento da liquidação judicial serão consideradas extraconcursais e pagas na medida em que incorridas e dentro dos limites da disponibilidade da massa liquidanda⁴⁵.

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.

Art. 7 - § 3º 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.

TRT-2000-09-01 EXECUÇÃO. MASSA FALIDA. AUSÊNCIA DE PENHORA. LIQUIDAÇÃO. COMPETÊNCIA. Decretada a falência, mesmo diante da ausência de constrição patrimonial, persiste competência material a esta Especializada para dar prosseguimento ao processo de cognição e liquidação

⁴⁵ Sobre este assunto ver o que dispõe o ponto de críticas, bem como o art. 165, já transcrito.

até a fixação do quantum debeatur, com o fornecimento da certidão que possibilite a habilitação do exequente perante o Juízo Falimentar. (AP 688/00 -06-07-2000) TRT-PR-AP-688/2000-PR-AC 19123/2000-5a.T-Relator ARNOR LIMA NETO - DJPr. TRT-01-09-2000

Laudável, igualmente, a possibilidade de o devedor agenciar, na ocasião da recuperação, a concessão de prazo de 15 (trinta) dias, prorrogável por período igual, para a complementação das cópias exigidas por lei, vez que geralmente a empresa se encontra em situação de emergência para impetrar o pedido, o que lhe possibilita a apresentação imediata de toda a documentação⁴⁶.

4.2.2. Plano de recuperação judicial

Atualmente o devedor apresenta ao juízo uma proposta de pagamento que será feita aos seus credores seguindo as condições estabelecidas em lei para a realização dos pagamentos. Uma vez preenchidos os requisitos da legislação, o julgador, sem ouvir ninguém, determina a abertura do processo de concordata. Com a nova lei, o devedor apresenta seu pedido com um plano detalhado de recuperação, dizendo de que forma vai se recuperar e pagar seus credores. No plano, se necessário, ele mencionará se haverá cisão, incorporação, fusão ou cessão de quotas ou ações da sociedade, substituição total ou parcial dos administradores, aumento do capital social etc. O prazo para a recuperação não poderá, em princípio, ultrapassar dois anos. Os credores votam este plano. Se o plano for julgado inadequado pelos credores, o juízo ainda assim poderá aceitá-lo, mas os credores, o administrador judicial ou o comitê de recuperação (não existe nas pequenas empresas) podem apresentar um plano alternativo de recuperação. O plano pode ser revisto se houver modificações substanciais na situação econômico-financeira do devedor. O fato de o devedor ter título de crédito protestado não será mais obstáculo para a sua recuperação

A apresentação de um plano de recuperação, plano pelo qual submete-se a empresa tendo em vista o saneamento de sua situação deficitária, constitui-se imperativo para o deferimento da recuperação judicial.

⁴⁶ Art. 51, § 3.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.

A sua existência é medida capital, já que possibilita, a partir de estudos norteados por dados técnicos e contábeis, ao invés de meras projeções e idéias, que proporciona que todos os credores interessados, inclusive os funcionários fiscalizem e acompanhem a recuperação judicial, não apenas o administrador judicial, comitê de credores, juiz e ministério público. Aliás, o artigo 69⁴⁷ do aludido Projeto corrobora com essa possibilidade, tendo em vista que, ao nosso ver, possibilita uma maior diligência e integração da coletividade, unindo esforços para a recuperação da empresa.

É salutar destacar que o Plano de Recuperação deverá ser cingido por um aspecto social, sendo importante para a demonstração de viabilidade econômica da empresa, critérios elencados no art. 46, tais como: a) importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; b) mão-de-obra e tecnologia empregadas; c) volume do ativo e do passivo, obtido por meio da elaboração de balanço patrimonial, de conformidade com as normas brasileiras de contabilidade; dentre outros.

4.2.3. Encerramento do Plano

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

De outro lado, não observadas as obrigações assumidas, e tampouco pagos os credores no prazo fixado, a recuperação judicial convola-se em falência. Em verdade, nem é preciso aguardar a fluência de todo o prazo previsto para o pagamento dos credores, basta o simples descumprimento do Plano ou prejuízos continuados, ou ainda, inviabilidade

⁴⁷ 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 ou 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.

econômica da empresa, para que a convolação se consume, *ex vi* dos 79 e 80 do diploma em análise.

Imagina-se, portanto, que expirado o prazo avençado sem o pagamento dos credores, imediatamente a recuperação é convolada em falência. Todavia, em se tratando de devedor honesto o legislador foi extremamente cauteloso e feliz, outorgando-lhe a possibilidade de prorrogação do plano, desde que tenha havido mudanças na situação econômico-financeira do devedor, como dispõe o art. 182, §2.º, *in verbis*:

Art. 182 - § 2º O juiz, atendendo a pedido fundamentado do devedor e ouvidos os credores e o representante do Ministério Público, poderá homologar outra forma de pagamento ou parcelamento, facultada prorrogação por no máximo 1 (um) ano, desde que haja amênia expressa da maioria dos credores, que serão intimados para se manifestarem no prazo de até 10 (dez) dias

Parece-nos aqui, todavia, que a real intenção do legislador foi possibilitar a revisão do plano, desde que se consumem fatos supervenientes à sua apresentação em juízo. Lembre-se que dentre os meios de recuperação, foi elencada a possibilidade de revisão dos contratos, com base no artigo 6.º, V do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸, o qual prevê expressamente a revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Entendimento diverso, ao nosso ver, possibilitaria a prorrogação infinita do pagamento dos créditos, instaurando verdadeira insegurança junto aos credores, prejudicando o comércio em geral.

4.2.4 Alternativas

O Projeto em análise não estabelece como meio de recuperação judicial da empresa apenas o pagamento em moeda. Pelo contrário, são determinadas formas alternativas para o implemento de tal desígnio. Dispõe o art. 50, dentre outras medidas, como meios de recuperação da empresa as seguintes formas: a) I - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; b) emissão de debêntures; c) a

⁴⁸ ~~Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) - V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.~~

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.

Tratam-se, em verdade, de técnicas habituais no comércio contemporâneo, bem como nas lides forenses, em que as empresas em dificuldades imediatamente postulam as revisões dos contratos.

Interessante também, o fato que, dentre os meios de recuperação judicial, encontra-se o arrendamento. Sob a égide do Decreto-lei 7661/45, algumas vezes da doutrina, como a de Farracha de Castro, consideravam legítimo o arrendamento do estabelecimento a terceiros como, flagra-se abaixo:

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)⁴⁹. 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 desapareção de um patrimônio produtivo.⁵⁰

⁴⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
VIII - busca do pleno emprego

⁵⁰ FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. **O arrendamento do estabelecimento do falido**. In: Shopping Jurídico, n. 4, Curitiba, 1998

4.2.5. Quanto aos sujeitos e auxiliares do processo

Indiscutivelmente, o êxito de um diploma que trata de recuperação e falência de empresas, está vinculado diretamente aos auxiliares do processo. Assim, procuraremos enfatizar o papel destes auxiliares.

4.2.5.a. Credores

Com a reforma do Decreto-lei n.º 7661/45, o binômio credor-devedor encontra-se definitivamente superado.⁵¹

Uma interpretação sistemática do Projeto de Lei 4376- demonstra que, mais do que nunca, o legislador outorgou poderes aos credores para participarem de forma direta e ativa tanto na recuperação judicial, como na falência.

Faculte-se aos credores também, solicitar informações sobre o andamento do processo, postular a dissolução do Comitê, a destituição do Administrador Judicial e ainda compor o próprio Comitê.

Portanto, se de um lado a participação dos credores aumenta, por 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 se misturam na empresa.

Assim, fica afastada em definitivo a possibilidade de o credor omissor auferir resultados no processo de recuperação. Afinal, sua participação direta é imprescindível para o êxito da recuperação judicial.

4.2.5.b. Administrador judicial

No diploma em estudo, a conhecida figura do síndico foi substituída por uma nova: o Administrador Judicial, o qual, segundo Frederico Augusto Montes Simionato:

⁵¹ Segundo Nelson Abrão, em nota citada por Carlos A. Farracha de Castro, "(...) o princípio basilar em que se assentou a nossa Lei de Falências foi o de disciplinar meios tendentes a acertar a situação obrigacional entre devedor-credores, o que, até certo ponto se constitui em objetivo normal dos procedimentos concursais. Mas, exacerbou-se num processualismo tal que as tricas formais acabaram ofuscando a realidade econômica, de modo que o próprio fim precípua a que a lei se propõe – realização dos direitos dos credores – acaba frustrado."

(...) é o encarregado, o procedimento reorganizatório, de gerir e administrar a empresa sob reerguimento econômico, cumprindo as determinações fixadas pelo juiz. Será, em poucas palavras, um administrador empresarial. A atividade do Administrador Judicial não é de resultado, mas um meio para o ajuste financeiro da empresa insolvente, desta forma não será responsabilizado se o plano não alcançar resultados positivos devendo, contudo, zelar pelos interesses da empresa.⁵²

Ocorre que, neste ponto, levando em consideração o que fora apontado alhures pelo mestre Simionato, devemos fazer resplandecer que existe uma linha tênue entre a impossibilidade de cumprimento do plano e os prejuízos causados pelo administrador à empresa em recuperação. Neste último caso, há preceito positivado (art.70, § 4.º) que demonstra a responsabilização do administrador se, no exercício de seu cargo, sua chefia incorrer em prejuízos à empresa, como podemos bispar abaixo:

§ 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.

Parágrafo único. A autorização do juiz, ou a aprovação de suas contas, não isentam o administrador judicial de responsabilidade civil e penal, quando ignorarem o prejuízo para a recuperação judicial que possa resultar de seus atos ou quando infringirem disposição legal.

Em verdade, em que pese as nomenclaturas diversas, ao nosso ver, analisando sob o prisma material, a figura do síndico prevista pelo diploma em vigor, assemelha-se em muito com a do Administrador, a perceber na exposição do mestre Fábio Ulhôa Coelho:⁵³

O síndico é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de

⁵² SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **A reforma da lei de falências frente à reorganização econômica da empresa.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, 1997. n. 108, p. 55

⁵³ Op. Cit. P. 258/59

auxiliar do juiz na administração da falência, o síndico é também o representante da comunhão de interesses dos credores (massa falida subjetiva)

Ao que parece, o legislador optou em modificar a nomenclatura. A uma, em face da imagem pejorativa que se extraía das lides forenses, no tocante à figura do síndico; a duas, com a finalidade de profissionalizar o exercício da função. Resta saber se na prática esse expediente irá funcionar ou se as mazelas existentes ainda continuarão, com a figura do síndico sendo exercida por poucos profissionais, os quais não possuem interesse em agilizar o processo, sendo muitas vezes amigos particulares dos Magistrados.

4.2.5.c. Comitê de credores

O comitê de credores representa uma nova tentativa de o legislador aumentar a fiscalização da administração da empresa em dificuldades, bem como aumentar a participação dos credores no processo de recuperação.

O comitê será formado por 3 (três) membros⁵⁴: 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).

Compete ao Comitê⁵⁵: (i) elaborar, se for o caso, um plano de recuperação alternativo, mediante estudo fundamentado que comprove a inviabilidade econômico-financeira do plano de recuperação apresentado pelo devedor; (ii) fiscalizar a administração do devedor no decorrer do processo de recuperação, apresentando, mensalmente, 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

⁵⁴ Cabe ressaltar o que relata o art. 65 do referido projeto de lei:

Art. 65. Os membros do Comitê não terão sua remuneração custeadas pela empresa em recuperação judicial, mas as despesas realizadas em razão do negócio em recuperação judicial, se devidamente comprovadas e com a autorização do juiz, serão prontamente ressarcidas atendendo às disponibilidades de caixa da empresa.

⁵⁵ Art. 67

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; (vi) a qualquer de seus membros cabe requerer, mediante pedido fundamentado, a dissolução do Comitê ou a destituição de quaisquer de seus membros ou 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 terceiros⁵⁶

Atualmente, segundo o parágrafo segundo do art. 66, a presidência do comitê fica a juízo crítico da deliberação de seus membros, cabendo-lhes, dentre si, escolher qual o mais apto para a ocupação do cargo. Em redações anteriores, o administrador judicial além de fazer parte do comitê, era quem o presidia, engendrando preocupações nos estudiosos, tendo em vista que centralizaria na figura do administrador judicial todo o controle do processo de recuperação, relegando-se ao Comitê de Credores, simples aspecto formal, sem qualquer participação direta e efetiva no processo.

4.2.5.d. Sujeito passivo

As sociedades de economia mista e as sociedades cooperativas passam expressamente a estar excluídas da lei de falências, e receberão um regime jurídico diferenciado. As empresas públicas, bem como as instituições financeiras públicas e privadas, as cooperativas de crédito, os consórcios, as sociedades seguradoras, de capitalização e outras sociedades voltadas para objeto idêntico, ficam sujeitas à leis complementares ou liquidação judicial de seus ativos. Ocorre que, enquanto não forem publicadas estas leis complementares estas empresas estão sujeitas à liquidação judicial. Assim trata o projeto de lei:

Art. 221. Enquanto não forem aprovadas as leis específicas de que trata o art. 2º desta lei, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, o Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, se reportam, em caráter subsidiário, a esta lei.

⁵⁶ o item (vi) está disposto no art. 69, tendo competência para tanto o Ministério Público, o devedor, ou qualquer interessado no processo de recuperação.

4.2.5.e. Ministério Público

A intervenção do Ministério Público continua obrigatória, todavia, visando dinamizar o processo, este será imediatamente encaminhado ao juiz, se não houver manifestação daquele órgão em tempo hábil, em consonância com as fundas reformas exigidas e a compensação das dívidas dos credores poderá ser feita com os créditos que tiverem contra o devedor, com alvissareiras perspectivas.

O Ministério Público então passa a intervir antes da liquidação judicial do devedor nos casos previstos na lei e não somente nos casos de falência como ocorre com a atual Lei de Falências e Concordatas.

4.2.6. Outras mudanças

O projeto de lei revoga o decreto 669/1969 e os artigos 187 a 191 do decreto 7565/1986. Aquela exclui do benefício da concordata as empresas que exploram serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica e da outras providencias e esta dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. (substitui o Código Brasileiro do Ar).

4.2.7. Obrigação de informação

As ações e execuções que demandarem quantia ilíquida devem ser levadas ao conhecimento do juízo universal, sob pena de nulidade dos atos processuais posteriores ao requerimento da recuperação ou da liquidação judicial. Atualmente a legislação falimentar não estabelece que o devedor publique seu estado de dificuldade formalmente, isto infelizmente ocorrerá com a nova lei se ela não for alterada antes de sua publicação⁵⁷.

4.2.8. Inclusão de todos os credores no processo de recuperação judicial

⁵⁷ Ver a parte de críticas

A atual legislação privilegia os já privilegiados credores com garantias reais, a Fazenda Pública e o Instituto Nacional de Seguridade Social, os excluindo do processo de concordata. Com a nova lei, os privilegiados têm enfraquecido seus privilégios, e passam a ser submetidos ao processo de recuperação judicial do devedor.

4.2.9. Do cumprimento das obrigações do devedor em recuperação judicial

Atualmente o devedor somente assume obrigações quanto ao pagamento de seus credores no processo de concordata, e com a nova lei ele poderá assumir outros compromissos além dos pagamentos e todos estes compromissos⁵⁸ devem ser cumpridos para ela ser considerada recuperada.

4.2.10. Da recuperação extrajudicial

Relata o Projeto de Lei, procedimentos específicos, não ensejadores de “ato de falência”, sobre a recuperação extrajudicial. Segundo o mestre Fábio Ulhoa Coelho, podemos considerar “atos de falência” aqueles que: “(...) correspondem a comportamentos normalmente praticados pela sociedade empresária que se encontra em insolvência econômica, isto é, com o ativo inferior ao passivo (patrimônio líquido negativo)”. Exemplifica ainda, na mesma obra, como atos de falência: a) a execução frustrada; b) a liquidação precipitada; c) a convocação de credores; d) o negócio simulado; e) a alienação irregular de estabelecimento; f) a instituição de garantia real posterior à constituição do crédito; g) o abandono do estabelecimento comercial.⁵⁹

Tal procedimento, consiste na formulação de acordo extrajudicial, que posteriormente pode ser homologado em juízo, sendo instruído com a justificativa do pedido de recuperação extrajudicial, o plano de recuperação extrajudicial devidamente firmado pelos credores que a ele aderirem ou os documentos produzidos na assembléia geral de credores que comprovem a aprovação desse plano a relação nominal completa dos credores abrangidos pelo plano, a relação atualizada de processos judiciais que possam afetar o quorum necessário em assembléia de credores para aprovação do plano de recuperação extrajudicial e os documentos necessário para a petição inicial de recuperação judicial.

⁵⁸ Estes compromissos estarão dispostos no Plano de Recuperação aprovado pelos credores.

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso....* p. 236-238

4.2.11. Do descumprimento das obrigações do devedor em recuperação judicial

Atualmente o devedor que deixa de cumprir com suas obrigações pecuniárias no processo de concordata tem, em condições normais, sua falência decretada. Na atual lei não somente pelo descumprimento das obrigações pecuniárias, mas também pela realização de outros atos pelo devedor será declarada sua liquidação judicial, tais como: a) procede à liquidação desordenada de seus ativos ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos; b) realiza por atos inequívocos ou tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou totalidade de seu ativo a terceiros, credores ou não; c) transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo;

4.2.12. Da liquidação judicial

Com a atual legislação basta o devedor ser impontual e ser protestado por um único credor, independente do valor da dívida, para ele ser considerado falido. Com a nova lei existe um crédito mínimo que deve ser atingido para se possa requerer a falência do devedor e ele deve ser protestado por mais de um credor com antecedência de 90 dias anteriores à data do pedido de falência. Ele é de 40 salários mínimos para as médias e grandes empresas e 20 salários mínimos para as pequenas. Existem fatos na lei de falências atualmente que dão ensejo à falência e estes fatos, juntamente com a impontualidade do devedor, que caracterizam sua falência, passam somente a presumir sua liquidação judicial porque se ele apresentar sua defesa, inclusive com um prazo maior para essa, contendo um plano de recuperação viável, não será, em princípio, declarada sua liquidação judicial.

Art. 81. Será decretada a falência da pessoa que exercer atividade empresarial e que:

I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, dívida líquida constante de título executivo cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos vigentes no país, considerado o valor originário;

Art. 180. Para requerer a falência de microempresa ou empresa de pequeno porte, deverá o credor instruir o pedido com um ou mais títulos executivos, devidamente protestados quando necessário, acompanhado de certidão de protesto de dois ou mais credores distintos, tirados contra o devedor no período de 90 (noventa) dias, anteriores à data do pedido.

Parágrafo único. Os protestos, individuais ou somados, deverão corresponder ao valor equivalente, pelo menos, a 20 (vinte) salários mínimos.

Deve-se ressaltar que o critério da insolvência não é eficaz para determinar a viabilidade econômica de uma empresa. Diante da situação em tela, devemos vislumbrar a contextualização que envolve a empresa, não olvidando das sábias palavras de Paulo Penalva Santos:

*Naturalmente, a apreciação da viabilidade não deve se limitar a uma análise meramente financeira da empresa. Este estudo não teria sentido senão num contexto global, considerando as reais perspectivas de rentabilidade da empresa. A viabilidade dependeria, em resumo da resposta à seguintes indagações formuladas pelo Professor **Pailtusseau**: Qual a importância em relação aos concorrentes? Quanto valem seus produtos e serviços no mercado? Qual é a qualidade da sua organização de produção? Quais são os investimentos a serem feitos? Todas essas perguntas e outras mais é que permitem traçar ao menos um parâmetro para se saber se a empresa é ou não viável.⁶⁰*

Desta maneira, clínico seria formular um conceito de empresa recuperável. O Projeto de Lei trata este assunto da seguinte forma, sendo este pré-requisito para o processo de Recuperação Judicial:

⁶⁰ In: Revista da EMERJ, v.2, n.7, 1999, p. 51

Art. 45 - Parágrafo único. Reputa-se devedor em estado de crise econômico-financeira aquele sujeito a dificuldades temporárias do seu negócio, com iliquidez, insolvência ou em situação patrimonial a merecer readequação planejada de sua atividade.

4.2.13. Da responsabilidade penal

A lei de falências tipifica determinados comportamentos como crime falimentar. São condutas cuja tipicidade depende da declaração da quebra de um empresário ou sociedade empresária. Quer dizer, quem age de acordo com o descrito como conduta criminosa na lei falimentar sem que tenha falido (ou, melhor, sem que alguém tenha falido) não comete crime.⁶¹ Neste sentido corrobora o projeto de lei ao transcrever: “Art. 201. A existência e validade da sentença que defere a recuperação judicial ou decreta a falência é condição objetiva de procedibilidade das infrações penais descritas nesta lei.”

A nova lei é mais rigorosa no aspecto penal, tipificando novos crimes e aumentando as penas, tais como o disposto no art. 204⁶² por exemplo, dando ensejo também à prisão preventiva do devedor e/ou de seus representantes⁶³.

4.2.14. Da venda dos bens do devedor em liquidação judicial

Com a nova lei, os bens arrecadados do devedor serão vendidos de forma mais rápida para pagar os credores porque não é necessário formar o quadro geral de credores para ocorrer a venda. Tais dispositivos encontram-se elencados entre os art. 153 e art. 160 e têm como principais inovações: a) o estabelecimento de uma ordem de preferência para a venda dos bens do falido; b) em prol da celeridade, a realização do ativo poderá começar antes da formação do quadro geral de credores; c) a possibilidade de o juiz optar pela venda em hasta

⁶¹ Fábio Ulhoa Coelho, op. cit. p. 389

⁶² Art. 204. Violar, sem justa causa, sigilo empresarial, operação ou serviço, contribuindo para a condução da empresa a estado de inviabilidade econômica ou financeira.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁶³ Art. 89 - VII - determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do devedor ou dos representantes da empresa falida, quando requerida com fundamento em provas que demonstrem a prática de crime definido nesta lei;

pública através de leilão (por lances orais), ~~pregão~~⁶⁴; ou propostas fechadas; após ouvidos o administrador judicial e o Comitê; d) fica a massa falida, qualquer que seja a forma de realização do ativo adotada, dispensada da apresentação de quaisquer certidões negativas; dentre outras

4.2.15. Da indisponibilidade de bens particulares dos réus

Está expresso na futura lei que o juiz poderá tornar indisponíveis os bens particulares dos réus quando houver responsabilidade solidária dos controladores e administradores da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, estabelecidas nas respectivas leis, bem como a dos sócios comanditários e do sócio oculto, assim como determina.⁶⁵

4.2.16. Um procedimento simplificado

Um procedimento simplificado baseado essencialmente no procedimento de recuperação e liquidação judicial do devedor acima exposto é aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte, que se encontra localizado no Capítulo VII, nomeado “Do Procedimento especial da Recuperação Judicial e Falência de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte”, entre os arts. 178 a 188.

⁶⁴ Sobre esta modalidade reza o artigo 155:

Art 155 - § 4º A venda por pregão constitui modalidade híbrida das anteriores, comportando duas fases:

I - recebimento de propostas, na forma do parágrafo anterior;

II - leilão por lances orais, de que participarão somente aqueles que apresentarem propostas não inferiores a 90% (noventa por cento) da maior proposta ofertada, na forma do § 2º deste artigo.

§ 5º A venda por pregão respeitará as seguintes regras

I - recebidas e abertas as propostas na forma do parágrafo anterior, o juiz ordenará a notificação dos ofertantes, cujas propostas atendam ao requisito de seu inciso II, para comparecer ao leilão;

II - o valor de abertura do leilão será o da proposta recebida do maior ofertante presente, considerando-se esse valor como lance, ao qual ele fica obrigado;

III - caso não compareça ao leilão o ofertante da maior proposta e não seja dado lance igual ou superior ao valor por ele ofertado, fica obrigado a prestar a diferença verificada, constituindo, a respectiva certidão do juízo, título executivo para a cobrança dos valores pelo administrador judicial.

⁶⁵ Como giza o art. 106, § 6.º, transcrito alhures. Ademais, deve-se fazer luzir a crítica sobre este ponto que se encontra no tema “críticas”

A justificativa de dar tratamento jurídico diferenciado à microempresa e empresa de pequeno porte encontra respaldo na Constituição Federal, em seus artigos 170, IX, e 179, abaixo transcritos:

170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX – tratamento favorecido para as empresa de pequeno porte constituídas sobre as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

179 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento diferenciado, visando incentiva-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Ademais, o conceito jurídico de microempresa em empresa de pequeno porte é dada pela Lei 9.841/99, em seu artigo 2.º, abaixo posicionado:

Art. 2.º - Para os efeitos desta Lei, ressalvado o disposto no artigo 3.º considera-se:

I – microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais);

II – empresa de pequeno porte a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)

Dentre as prerrogativas contidas neste procedimento especial estão: a) a possibilidade de manutenção de escrituração contábil simplificada; b) os títulos protestados, para o requerimento da falência deverão ser tirados contra o devedor no período de 90 (noventa) dias, anteriores à data do pedido, os quais individuais ou somados, deverão

corresponder ao valor equivalente, pelo menos, a 20 (vinte) salários mínimos; c) poderá o empresário titular de microempresa, prevendo a possibilidade de crise econômico-financeira, requerer a recuperação judicial, por intermédio da apresentação de uma proposta de renegociação de seu passivo junto a seus credores, a qual deverá observar o prazo estabelecido no art. 182;⁶⁶ d) homologada a proposta de recuperação judicial, o devedor passará a cumprir as obrigações assumidas, não podendo determinar o aumento de despesas ou contratar empregados, exceto se houver expressa concordância do juiz, ouvidos os credores; e) o estabelecimento de prazo máximo de 5 (cinco) anos para o trâmite judicial da falência da empresa de pequeno porte, cabendo ao juiz e ao Ministério Público tomar as medidas para tal fim⁶⁷; f) a ação revocatória será cabível na falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, devendo ser proposta no prazo de 1 (um) ano, contado do trânsito em julgado da sentença que decretar a falência.

5. CONCLUSÃO

“Em matéria de falência não há previsões legislativas que bastem nem reformas que muito durem.” Era a admoestação que, ainda em 1889, o Ministro da Justiça Conselheiro Borges Cabral fazia na Exposição de Motivos ao apresentar o Código de

⁶⁶ Cabe ressaltar que o art. 182 descreve inúmeras vicissitudes para o estabelecimento do prazo, para cumprimento dos pagamentos da recuperação, a saber:

Art. 182. A recuperação judicial, solicitada pelo devedor e homologada pelo juiz, consistirá no parcelamento automático dos valores dos débitos existentes no momento da sua solicitação, devendo todos os credores serem pagos em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas.

§ 1º A primeira parcela deverá ser paga 180 (cento e oitenta) dias após a apresentação do pedido de recuperação judicial em juízo.

§ 2º O juiz, atendendo a pedido fundamentado do devedor e ouvidos os credores e o representante do Ministério Público, poderá homologar outra forma de pagamento ou parcelamento, facultada prorrogação por no máximo 1 (um) ano, desde que haja anuência expressa da maioria dos credores, que serão intimados para se manifestarem no prazo de até 10 (dez) dias.

§ 3º Cabe ao devedor reunir a anuência expressa de cada um dos credores, apresentando-as ao juiz, de modo que este possa verificar a sua legalidade e, se for o caso, homologar a proposta alternativa.

§ 4º Os débitos tributários não se sujeitam ao parcelamento previsto neste artigo, devendo ser pagos na forma da legislação específica.

§ 5º Os débitos trabalhistas deverão ser pagos em 6 (seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, a contar do prazo previsto no § 1º deste artigo.

⁶⁷ Um dos recursos para realizar tal mandamento, é a possibilidade de o Ministério Público promover a responsabilização civil e criminal daqueles que agiram de modo tal, que viesse a procrastinar o processo.

Falências ao Rei de Portugal. A assertiva, no desenrolar dos tempos, não perdeu sua atualidade.

Urge a introdução do instituto da recuperação econômica no sistema legal brasileiro, mas não como previsto no Projeto. Devemos ainda ter em mente as críticas do mestre Jorge Lobo sobre a reorganização econômica da empresa:

(...) é mister a elaboração de um “anteprojeto” de “lei de reorganização econômica da empresa”, “anteprojeto”: 1) que se oriente por considerações de ordem econômica e não de natureza processual, como sói acontecer com a atual Lei de Falências e Concordatas, e 2) tenha presente que as mazelas das empresas no Brasil não decorrem apenas de altos índice de endividamento, mas, também, de muitos outros fatores v. g.: 1) sucessão do controlador; 2) desentendimento entre sócios; 3) falta de profissionalização da administração e de mão-de-obra desqualificada; 4) baixa produtividade; 5) excesso de imobilização e de estoques; 6) mudanças nas políticas cambial (defasagem cambial), fiscal (aumento da carga tributária e parafiscal) e creditícia (redução dos financiamentos bancários para exportação); 7) obsolescência dos equipamentos; 8) surgimento de novos produtos; 9) redução das exportações; 10) queda da cotação dos produtos agrícolas no mercado internacional; 11) investimentos em novos equipamentos; 12) inadimplência dos devedores, em particular o próprio Estado; 13) retração do mercado consumidor; 14) restrição das linhas de crédito de curto prazo pelos bancos; 15) altos juros etc.⁶⁸

Dai que cabe ao intérprete, por ora, como observa Carlos Alberto Farracha de Castro, bem interpretar os institutos jurídicos que já tem: “o estudo do direito concursal exige uma releitura de seus institutos fundamentais à luz da Constituição Federal, que, ao tratar da ordem econômica, elegeu como princípios fundamentais a valorização do trabalho humano e a

⁶⁸ LOBO, Jorge. *A crise da empresa: a busca de soluções*. in *Revista dos Tribunais*. N.º 668. Junho de 1991.

livre iniciativa”⁶⁹. Subjaz à Constituição, portanto, o princípio da preservação da empresa, que deve servir de pré-conceito para a leitura das normas infraconstitucionais.

De importância ímpar, é ressaltar que a recuperação de empresas⁷⁰ não é um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo, o que nos faz concluir que não podemos considerar todos os atos que venham a extinguir a empresa como um mal.⁷¹

Por fim, devemos aclarar que a reformulação do direito concursal deve ser realizada tendo sempre como norte a nossa Carta Magna, e ser ainda coerente com o sistema jurídico no qual será inserido.

⁶⁹ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **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. 108.

⁷⁰ Considere-se “recuperação de empresas” em sua forma genérica, tal qual recuperação econômica, não confundindo-se com o procedimento judicial.

⁷¹ Sobre isso ver transcrição da página 7/8 do mestre Fábio Ulhoa Coelho.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AMARAL, Gilberto Luiz do (coordenador). **Planejamento Tributário e a Norma Geral Antielisão**. 1ª edição, Curitiba, Editora Juruá, 2002.
2. BERTOLDI, Marcelo M. (coordenador). **Reforma da Lei das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001**. 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
3. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 3ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2002.
4. _____. **Manual de direito comercial**. São Paulo : Saraiva, 1999.
5. CARVALHOSA, Modesto. **A nova lei das sociedades anônimas**.
6. CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **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.
7. CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS CÍVEIS, FAZENDA PÚBLICA, FALÊNCIAS E CONCORDATAS. ~~Cadernos do Ministério Público do Paraná~~. V. 4. N.º 9. Novembro de 2001. Curitiba. p. 1-18.
8. COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**.
9. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (presidente da comissão). **O Anteprojeto de Lei de Falência**. *in* Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. n.º 23. 1994.
10. LOBO, Jorge. **A crise da empresa: a busca de soluções**. *in* Revista dos Tribunais. N.º 668. Junho de 1991.
11. Projeto de lei n.º 4376-B/93, de autoria do Excelentíssimo Deputado Federal Oswaldo Biolchi, PMDB/RS
12. RASMUSSEN, U. W. **Holdings e joint ventures: uma análise transnacional de consolidações e fusões empresariais**. São Paulo: Aduaneiras, 1988.
13. REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**. São Paulo : Saraiva, v.1, 1988.

14. _____. Curso de direito comercial. 22.^a ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 1995.

14.SANTOS, Paulo Penalva. **O novo Projeto de Recuperação da Empresa.** *In* Revista da EMERJ. Vol 2. N.º 7. 1999. Rio de Janeiro: EMERJ.

15.SZTAJN, Rachel. Contrato de sociedade e formas societárias. São Paulo: Saraiva, 1989.