

**FENELON RHAFANEL DOS SANTOS**

**A NOVA LEI FALIMENTAR E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

CURITIBA  
2005

**FENELON RHAFANEL DOS SANTOS**

**A NOVA LEI FALIMENTAR E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Bacharel no Curso de  
Direito, do Setor de Ciências Humanas,  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira  
Franco .

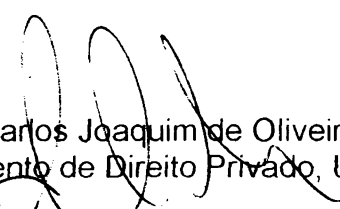
CURITIBA  
2005

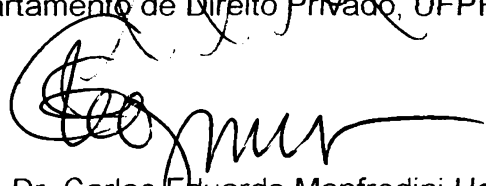
# TERMO DE APROVAÇÃO

FENELON RHAFANEL DOS SANTOS

A NOVA LEI FALIMENTAR E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

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

  
Prof. Dr. Carlos Eduardo Manfredini Hapner  
Departamento de Direito Privado, UFPR

  
Prof. Dr. Edson Isfer  
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 27 de outubro de 2005.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR</b>	
2.1. A insolvência na antiguidade.....	6
2.2. Direito Romano.....	6
2.3. Período medieval.....	9
2.4. A falência nos tempos modernos.....	13
2.5. Teoria dos atos de comércio.....	13
2.6. Teoria da empresa.....	15
<b>3. HISTÓRIA DO DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL</b>	
3.1. Período colonial.....	19
3.2. Período Imperial.....	20
3.3. Período Republicano.....	21
<b>4. INDIVIDUALIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DA EMPRESA</b>	
4.1. O Objeto da Lei de Falências: O Empresário, A Empresa ou o Estabelecimento.....	24
4.2. A empresa.....	25
4.2.1. Natureza jurídica da empresa.....	27
4.3. O empresário.....	31
4.4. O Estabelecimento.....	33
4.4.1 Natureza jurídica do estabelecimento.....	35
4.4.2 Valor imaterial acrescido ao estabelecimento.....	36
<b>5. A EMPRESA COMO OBJETO DO ORDENAMENTO JURÍDICO</b> .....	39
5.1. A dissociação entre a sorte da empresa e a do empresário.....	40
5.2. Estado regulador.....	41
5.2.1. A concepção moderna do interesse público.....	43
<b>6. A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA</b> .....	46
6.1. A concordata como benefício legal.....	47
6.2. Retorno ao contratualismo.....	48
6.3. Não aprovação do plano de recuperação. Efeitos.....	50
6.4. Função do Administrador Judicial.....	53
<b>7. MODALIDADES DE REALIZAÇÃO DO ATIVO</b> .....	60
<b>8. CONCLUSÕES</b> .....	61
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	63

## RESUMO

A preservação da atividade da empresa é necessária para o desenvolvimento econômico e social do Estado, não pode-se deixar a sorte da empresa dependente da iniciativa do devedor e do credor em mantê-la. O direito falimentar regula as relações jurídicas das empresas, estas que são representadas legalmente por pessoas físicas distintas da pessoa que a representa. A função precípua do direito falimentar moderno é a preservação da empresa protegida pelo interesse público decorrente da sua importância social e econômica. O direito falimentar não deve servir apenas para satisfação do crédito, pois este, na sua grande maioria, está nas mãos de grupos financeiros que, diretamente, não produzem riquezas, mas apenas se servem daqueles que o fazem. É para esses que o direito falimentar moderno deve servir, pois são eles que interessam à sociedade, que, quase sempre, são afetados pelo mercado financeiro, extremamente ágil e volátil. O crédito financeiro é projetado para o futuro, para o adimplemento a longo prazo, pois as instituições financeiras adquiriram uma característica de permanência no tempo, sendo muitas vezes garantidas pelo Estado, já a cadeia produtiva, diferentemente, tem como característica produtiva e econômica, a brevidade, precisam produzir no momento presente, quase que instantaneamente, e para tanto precisam de crédito e de equilíbrio econômico financeiro nas relações comerciais que possuem com outras empresas produtivas, pois umas não sobrevivem sem as outras, como se estivessem em simbiose, de modo que, inclusive para a empresa credora, a manutenção da atividade da empresa devedora é imprescindível para a sua própria atividade, pois ambas estão inseridas em uma economia de mercado e sujeitas as regras deste, diferentemente da posição de credores financeiros que só lucram com a especulação do capital. A manutenção da atividade da empresa tem interesse público, pois mantida a atividade preserva-se toda uma cadeia econômica de produção, gerando-se empregos, consumo e receitas para o Estado, sendo razoável, assim, a interferência do poder público na preservação da atividade da empresa, em prol do benefício público, ainda que isto possa ocasionar detrimento aos interesses privados, ao menos no plano imediato, pois os benefícios para estes surgiram com o decorrer do tempo, ou mesmo reflexamente, tendo em vista a sinergia do mercado de consumo,

favorecendo, inclusive, as empresas de crédito. Cabe ao Estado, através do Administrador Judicial e do Estado-Juiz, proteger o interesse público, conseqüentemente, seu próprio, mantendo a atividade da empresa economicamente viável.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a Lei Falimentar aprovada em 9 de fevereiro de 2005, sob o nº 11.101, no que tange a decretação de falência da empresa e a possibilidade de preservação de sua atividade após a declaração de falência. Tem por finalidade salientar a necessidade de manutenção da atividade da empresa viável, e por objetivo destacar a atuação do Administrador judicial e do estado-juiz, na preservação da atividade da empresa falida, sendo feita a abordagem do tema sob o ponto da manutenção da atividade da empresa em função dela própria, alheia à vontade dos particulares, quais sejam, devedor ou credor, e com ela toda as relações econômicas decorrentes da atividade.

O comércio é realizado desde os tempos mais remotos por grupos sociais<sup>1</sup> que bastavam a si mesmos<sup>2</sup> produzindo as utilidades que necessitavam, como alimentos, armas e utensílios domésticos, realizando a troca de objetos dos quais necessitavam.

Com o desenvolvimento tecnológico, crescimento populacional e o desenvolvimento da produção<sup>3</sup>, passou-se a ter um excedente de produtos e, conseqüentemente, uma maior procura de produtos, passando-se a fazer trocas<sup>4</sup> em larga escala<sup>5</sup>. Surge, então, uma nova classe social especializada em realizar trocas de

---

<sup>1</sup> “As gens, formadoras das tribos, constituem o início da família, da propriedade privada e do Estado”. ( Friedrich Engels, 1820-1895/A **origem da família, da propriedade privada e do Estado**/Friedrich Engels; tradução de Leandro Konder.- 13 ed. \_Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1995. pp 177-201.).

<sup>2</sup> MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**: Empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. Ed. revista e atualizada. –Rio de Janeiro, Forense, 2003. p.1.

<sup>3</sup> “Com o surgimento do ferro modificou-se decisivamente a produção agrícola, o poder de defesa das tribos que encerravam-se em muralhas, criando um homem individual , poderoso e ambicioso. A segunda divisão do trabalho ocorre, ela separa a agricultura do artesanato, criando especialidades de ofícios, surgindo assim a produção feita exclusivamente para troca, interna e externa, intensificando o comércio e valorizando cada vez mais os metais preciosos”. ( Friedrich Engels, 1820-1895/A **origem da família, da propriedade privada e do Estado**/Friedrich Engels; tradução de Leandro Konder.- 13 ed. \_Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1995. pp 177-201.).

<sup>4</sup> O homem também serviu como dinheiro, por ser ele próprio o negociador e produtor, possuía um valor produtivo. Os escravos eram considerados mercadorias que podiam ser compradas, no direito romano era chamada de *manus injection* (ver nota de rodapé nº25).

<sup>5</sup> Os fenícios são considerados um povo que praticou o comércio em larga escala. (Fran Martins, op. cit., p.3.).

bens com base na oferta e procura, acumulando mercadorias e moedas. Essa nova classe, denominada de burguesia, desenvolveu formas novas de negociação, como empréstimos, passando, assim, a surgir novas formas para financiar a produção<sup>6</sup>.

A troca de bens sempre encontrava problemas de valoração<sup>7</sup>, quantificação e aceitação dos bens que eram trocados, porque possuíam características naturais diferentes. Aceito o bem dado em troca, estavam quites o comprador e vendedor, porém, com o desenvolvimento das novas formas de negociação, como troca feita com base na fidúcia, concedendo-se prazo para pagamento (surge a figura do credor e do devedor) e com isso novas formas de negócios e, conseqüente, a necessidade de garantias de que o débito seria solvido. Na antiguidade, o próprio comprador, com seu corpo e a sua liberdade serviam de garantia para o credor, este que poderia aplicar inúmeras penas no devedor.

Para diminuir as dificuldades na troca e circulação de bens criou-se a *moeda*<sup>8</sup>, que inicialmente era um bem qualquer<sup>9</sup>, depois se passou a utilizar um bem com valor intrínseco, como o sal, animais, ouro, prata e cobre. Havia uma pluralidade de moedas, cada grupo possuía um tipo, e quando realizam trocas entre si, surgiam dificuldades de quantificação e valoração das moedas, o que dificultava a comercialização de produtos, não raro ocorriam embates entre os grupos sociais em razão dos negócios realizados e mal acordados. Vislumbrou-se a necessidade de proteger os grupos comerciantes e produtores de cada região. A classe burguesa, cada vez mais influente e poderosa, desestabilizou os governos monárquicos, afastou o poder temporal e, assim, possibilitou a criação do Estado Moderno<sup>10</sup>, este que foi

---

<sup>6</sup> “Um antecedente da formação da classe social dos banqueiros surge na Grécia, com os *trapezistas*, pessoas que se encarregavam de receber depósitos de particulares”. (Fran Martins, op. cit., p.4.).

<sup>7</sup> “O gado se tornou o primeiro referencial de valor para as trocas”. ( Friedrich Engels, 1820-1895/**A origem da família, da propriedade privada e do Estado**/Friedrich Engels; tradução de Leandro Konder.- 13 ed. \_Rio de Janeiro : Bertrande Brasil, 1995. pp 177-201.).

<sup>8</sup> Fran Martins, op. cit., p.1.

<sup>9</sup> Id.

<sup>10</sup> A Revolução Francesa foi um importante marco na História Moderna da nossa civilização. Significou o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza. Por outro lado, a burguesia conduziu o processo de forma a garantir seu domínio social.



incumbido, dentre outras coisas, de dar a proteção e garantias necessárias a comercialização e a produção.

O Estado passou a adotar padrões de valores para sua moeda, garantindo seu valor, a regular as trocas, editando normas para solucionar os litígios comerciais. O Estado, a princípio, não deveria intervir nos negócios privados, deveria garantir a observância das leis.

Com o desenvolvimento econômico em escala mundial, a busca incessante de novos mercados pelas economias nacionais, incrementação das atividades financeiras e com a multiplicação das casas bancárias, propiciou-se uma corrida por novos mercados e a ocorrência de crises econômicas, e até a ocorrência de guerras<sup>11</sup>, de modo que, o Estado, então, passou a intervir na economia, deixando de ser mero garantidor das atividades econômicas e passou a interferir na economia, em função do interesse público e do interesse dos credores.

O direito falimentar regula as relações jurídicas das empresas, que são realizadas pelos seus representantes legais, protegendo direitos do devedor e credor, surgindo a obrigação, para a empresa devedora, em adimplir os compromissos assumidos com outras empresas, e, para estas, o direito de exigir seu crédito, pois podem, também, sofrer um revés em sua atividade econômica, e umas não sobrevivem sem as outras, como se estivessem em simbiose, de modo que, para a empresa credora, a manutenção da atividade da empresa devedora é imprescindível para a sua própria atividade, pois ambas estão inseridas em uma economia de mercado e sujeitas as regras deste.

O Estado necessitando manter seu desenvolvimento econômico, passa a intervir na economia<sup>12</sup>, define a extensão das obrigações dos privados, as penas aplicáveis e os direitos e garantias de todos os sujeitos que comerciavam. Novos

---

<sup>11</sup> 1ª. e 2ª. guerras mundiais. A entrada de novas potências industriais imperialistas no cenário internacional aguça as rivalidades entre seus interesses econômicos, em particular sobre a repartição dos mercados e territórios.

<sup>12</sup> Martins, op. cit., p.3.

grupos sociais se desenvolvem e se organizam, exercendo forte pressão sobre o Estado, reivindicando direitos e garantias, em especial a classe dos trabalhadores.

O Estado capitalista, passa a se preocupar com questões sociais e humanitárias, afasta o capitalismo puro, alterando as normas comerciais, e especialmente o instituto da falência, especialidade do direito comercial que tenta regular os inúmeros interesses envolvidos a atividade comercial, qual seja, do Estado, dos credores, dos empresários e trabalhadores, refletindo, assim, a orientação política, econômica e social de um determinado Estado em um dado momento histórico<sup>13</sup>. Foi assim, com a tardia lei de falências de 1945<sup>14</sup>, e agora com a nova lei de falências, que adere a orientação assentada pelo direito estrangeiro, logo após a 1ª. Guerra Mundial, de que o Estado capitalista precisa manter a empresa economicamente viável, ou ao menos sua atividade.

O Estado está readquirindo um perfil regulatório, ou como preferem alguns, um perfil liberal<sup>15</sup>, com a intenção de manter<sup>16</sup> seu desenvolvimento e crescimento econômico em uma economia globalizada, de modo que interessa ao Estado manter as empresas instaladas em seu território, pois elas geram empregos e receitas. O Estado, no entanto, não pode intervir diretamente no mercado, não pode adentrar em um sistema estritamente privado, sob pena de promover a concorrência desleal, deve, propiciar as condições e garantias necessárias ao desenvolvimento empresarial e financeiro do sistema capitalista, e para isso, alguns Estados possuem, até, órgãos

---

<sup>13</sup> “Foi no espaço entre as duas guerras mundiais que a propriedade passou a representar um função social no interesse social, entretanto, ainda nos dias de hoje, por óbices de natureza jurídica e econômica impedem a realização, na prática, da teoria social da propriedade, no que condiz com o direito falimentar”. (Nelson Abrão. **Curso de Direito Falimentar**, 5ª. Ed. atualizada e ampliada por Carlos Henrique Abrão. –São Paulo : Universitária de Direito, 1997. p. 33.).

<sup>14</sup> “O Decreto Lei 7.661/45 tem nítida conotação liquidatária, refletindo as características medievais do instituto falimentar”. (Nelson Abrão, op. cit., p.45.).

<sup>15</sup> Coelho, 1959- **Curso de Direito Comercial**, volume 1. –7ª. ed. rev e atual. de acordo com o novo código civil e alterações da LSA. –São Paulo : Saraiva, 2003. p.5.

<sup>16</sup> Pode se exemplificar citando as leis norte-americanas *Bankruptcy code*, de 1978, e a francesa de 1985. Jorge Lobo, **Direito Concursal Contemporâneo**. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1999, p.26.

públicos criados especialmente para reorganizar a empresa, como é exemplo o *I.R.I. (Istituto per la Ricostruzione Industriale)* da Itália<sup>17</sup>.

Em vigor a Nova Lei de Falências, inicia-se uma nova fase do direito falimentar pátrio, teremos a oportunidade de verificar a sua eficácia, se o fim para o qual foi elaborada será atingido, podemos, desde logo, vislumbrar sua potencialidade pela comparação com institutos falimentares alienígenas, que nem sempre são eficazes<sup>18</sup>, não permitindo a recuperação, ou preservação da empresa.

Pretendemos esboçar que, sendo ineficazes os procedimentos de recuperação da empresa (por motivos suficientes a serem objeto de um extenso trabalho, mas que podemos, brevemente resumir pelo fato da lei conceder aos privados a iniciativa da recuperação, cabendo ao devedor a iniciativa do plano de recuperação e aos a credores, a aprovação do plano em assembleia<sup>19</sup>, além do interesse fiscal por parte do Estado<sup>20</sup>), será possível a preservação da empresa e de sua atividade, mesmo após a decretação de falência, ai, independentemente da vontade dos credores ou do devedor, mas sob a tutela do Estado, representado pelo Administrador Judicial, e pelo Juiz, estes que devem manter a empresa viável, através das possibilidades conferidas pela lei<sup>21</sup> e, assim, atividade da empresa e o crescimento econômico, necessários ao Estado e seus cidadãos.

---

<sup>17</sup> Lobo. op. cit., p. 18.

<sup>18</sup> “A experiência estrangeira em matéria de acordo pré-concursal tem demonstrado que, quanto maior o número de credores, mais difícil é chegar-se a um consenso...” (Lobo, Jorge, op. cit., p. 41).

<sup>19</sup> Art. 35; Art. 48; Art. 56; Art. 73 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>20</sup> Art. 6º da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>21</sup> Art. 139; Art. 140; Art. 141; Art. 142; Art. 143; Art. 144; Art. 145; Art. 146 e Art. 147 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR

### 2.1. A insolvência na antiguidade

Nas civilizações antigas o comércio existia através de trocas, e através do empréstimo de valores. O devedor que não paga-se suas dívidas, ou não possui-se algo para dar em pagamento, era submetido a castigos físicos, ou seria escravo do credor, ou caso viesse a falecer, poderia, ainda, o credor, tomar o cadáver como penhora, privando seus parentes das cerimônias fúnebres, como espécie de coação moral à parentes e amigos, como se permitia no Egito.

O Código de Hammurabi da Babilônia<sup>22</sup> e o Código de Manu são exemplos de normas que permitiam que o credor cobrasse sua dívida, que não recebendo poderia impor ao devedor castigos físicos e outras penas admitidas pelos costumes da época, no entanto, essas normas não configuravam um sistema que se pudesse ser chamado de direito comercial. Essas regras tinham por objetivo atingir diretamente a pessoa do devedor, pois, geralmente, os negócios se davam estritamente com base na confiança e nos costumes locais, cabendo ao credor exercer seu direito diretamente sobre o devedores.

### 2.2. Direito Romano

A fase mais primitiva do direito romano foi o direito quiritário, nessa fase do direito romano a pessoa do devedor era adjudicada ao credor, que poderia reduzir o

---

<sup>22</sup> “Código de Hammurabi é uma consolidação de leis babilônicas mandada realizar pelo célebre monarca Hammurabi (1728-1688 a.C.), mandou escrever em 21 colunas, 282 cláusulas que ficaram conhecidas como Código de Hammurabi, embora abrangesse também antigas leis. Ficou famosa por preconizar a lei do talião, princípio sintetizado na expressão “olho por olho, dente por dente”, e pela qual aplica-se, ao faltoso, um castigo rigorosamente proporcional ao dano que causou.” (E. Bouzon, **O Código de Hammurabi**, Petrópolis, Vozes, 19-).

devedor a cárcere privado, caso não solve-se sua dívida. A execução dirigia-se contra a pessoa do devedor e se dava através da *legis actio per manus injectionem*<sup>23</sup>.

Após a *lex Papiria*, no ano de 428 a.C, extinguiu-se a *manus injection*<sup>24</sup>, esta que dava ao credor o direito de levar o devedor consigo, caso este, ou alguém em seu lugar, não paga-se pelas dívidas apresentadas ao magistrado, retendo o devedor em cárcere privado por sessenta dias, podendo levá-lo a três feiras locais, apregoando seu crédito e, caso ninguém o solve-se, poderia matá-lo, ou vendê-lo *trans tiberim*, ou seja, podia vendê-lo como escravo no estrangeiro, e até mesmo matá-lo. No caso da execução ser coletiva, isto é, em havendo vários credores, o devedor poderia ser retalhado.

Inicia-se um processo de relativização do princípio primitivo de que o devedor responde pelas suas dívidas com o próprio corpo. Surge, a partir da Lei das XII Tábuas<sup>25</sup>, a execução coletiva, isto é, quando o devedor devia a vários credores. O rigor desumano desapareceu em Roma, o magistrado tinha maior poder de atuação, demonstrando uma conotação pública do direito ao crédito, onde não se permitia a execução extrajudicial, e os bens do devedor passavam a responder por suas dívidas e não mais o seu corpo<sup>26</sup>, impedindo, assim, a *manus injection*.

---

<sup>23</sup> As ações executórias previstas na *legis actio per manus injectionem* era destinada a fazer valer sentença obtida em ação de declaração. É considerada uma das mais antigas *legis actiones*. Acredita-se que era utilizada em duas hipóteses: a) contra o *iudi catus*, aquele que numa ação de declaração fora condenado a pagar certa importância; b) contra o *confessus*, aquele que na fase *in iure* confessou que o autor tinha razão. só podia ser utilizada para execução de quantia certa, por isso, através de um processo pouco conhecido, o *arbitrium lite aestimandae*, onde as condenações imprecisas eram reduzidas ao pagamento de quantias certas para que se aplica-se a *manus injection*.

<sup>24</sup> BUZAID, Alfredo. **Do Concurso de Credores no Processo de Execução**, p. 44. citado por Rubens Requião *in*: **Curso de direito comercial**. Vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.1. p. 7.

<sup>25</sup> “Lei das Doze Tábuas, conjunto de costumes romanos resumidos e reunidos em caráter oficial ao longo de diversas épocas da história romana.” (Jose Carlos Moreira Alves. **Direito Romano** –vol 1. –6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.).

<sup>26</sup> Requião, op. cit., pp. 6-7.

Depois da lei *Aebutia*<sup>27</sup>, que fez substituir o processo das *legis actiones* pelo processo formular, o pretor Rutilio Roffo instituiu formas de alienação dos bens do devedor ao credor, ou a uma pessoa, através da *missio in bona*<sup>28</sup> ou *missio in possessionem*, o devedor podia negociar, dentre varias formas, como solveria seu débito. Pela *bonorum venditio*<sup>29</sup>, o devedor obrigava se a pagar os credores e, havendo mais de um, oferecia-lhes um rateio, em percentual, para a satisfação dos créditos, formando-se, portanto, espécie de concurso de credores, sem classificação dos créditos.

Inúmeras formas de fraudar esse sistema foram utilizadas, de modo que para solucionar este problema permitiu-se que o credor imitisse na posse do patrimônio do devedor, não podendo deles dispor, tinham a mera detenção, denominada *missio in bona*, que para ser concedida, pelo magistrado, dependia da confissão da dívida, da fuga ou ausência do devedor. Era procedimento preliminar, objetivando a venda dos bens do devedor, tornada pela lei a garantia dos credores<sup>30</sup>. Iniciou-se, assim, a diferenciação entre o devedor desonesto e o devedor sem culpa, este que pela *bonorum cessio*<sup>31</sup>, poderia abandonar seus bens aos credores e, assim, demonstrar não ter pretensão de prejudicar ninguém.

---

<sup>27</sup> Com a *Lex Aebutia*, fórmulas escritas da lei, as regras de procedimento já não são tão rígidas e são mais adaptadas as reclamações da comunidade. (José Carlos Moreira Alves. - **Direito Romano**; –vol 1. –6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998).

<sup>28</sup> “A *missio in bona*, criada pelo direito romano, em razão das fraudes motivadas pelo rateio da venda dos bens entre os credores, permitia que o credor se imitisse na posse dos bens do devedor, sob a supervisão do Pretor.”. (Rubens Requião, op. cit., p. 8.).

<sup>29</sup> Perdia, então, o devedor a administração de seus bens, que passavam ao *curator*, nomeado pelo magistrado. O credor dava, então, publicidade a *missio (bonorum prescriptio)* para que os outros credores pudessem vir a concorrer, dentro de trinta dias. Se passado esse prazo o devedor não solvesse seus compromissos, o *curator* alienava (*bonorum venditio*) ao melhor ofertante (*bonorum emptor*) o patrimônio do devedor e que o sucedia a título universal e respondendo,conseqüentemente, pelas obrigações assumidas pelo devedor, pagando proporcionalmente caso o ativo fosse insuficiente para a satisfação completa de todos e obedecendo a mais perfeita igualdade.

<sup>30</sup> Requião, op. cit., p, 8.

<sup>31</sup> “O procedimento da *bonorum cessio* teria surgido nos princípios do Império Romano (por volta de 737 d.C.), através da *Lex Julia*, editada sob o domínio de César ou de Augusto, e permitia que o insolvente, sem culpa, abandona-se seu patrimônio aos credores, para saldar suas dívidas. Teria, assim, o instituto que deu origem a concordata preventiva da falência”. (Rubens Requião, op. cit., p, 8.).

Os bens eram vendidos em massa e repartido o valor obtido entre os credores, posteriormente foi permitido que o *curator*, que administrava a venda dos bens, que o fizesse em lotes, para depois repartir entre os credores. Então, a *missio in possessionem* e a *bonorum cessio*, deram origem ao tratamento conjunto do crédito dos credores, inaugurando o *concursum creditorum*.

Surge, desta forma, o primitivo instituto da falência, instituto voltado a satisfazer o direito dos credores sobre os bens do devedor e, com eles, solver a dívida, todavia, em virtude da base rural da economia romana, essas regras também não corporificaram algo que pudesse ser chamado de direito comercial.<sup>32</sup>

### 2.3. Período medieval

Através dos usos e costumes, consagrados nas decisões dos juízes consulares, o primitivo direito “comercial” predomina, integrando-se muitas vezes ao direito romano, germânico<sup>33</sup> e canônico<sup>34</sup>, formando o direito comunal. Ainda não se distinguia a figura do devedor comerciante da figura do devedor não comerciante, todos eram considerados devedores, não importando a motivação da dívida nem em prol do que, ou de quem, ela se realizava. O devedor declarado falido era considerado infame, recaindo sobre ele um réprobo social intenso perante toda a localidade em que comerciava.

---

<sup>32</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 63

<sup>33</sup> Direito Germânico: Não era composto de leis escritas, apenas costumes. Tinha fortes características de vingança privada, sendo só mais tarde aplicada a lei de talião por influência do Direito Romano e do Cristianismo. Não havia a distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato em relação ao dano causado e não de acordo com o aspecto subjetivo do ato. No processo, vigoravam as "ordálias" ou "juízos de Deus" (prova de água fervente, de ferro em brasa) e os duelos judiciais, com os quais se decidiam os litígios, "pessoalmente ou através de lutadores profissionais".

<sup>34</sup> Direito Canônico: Também chamado de Direito Penal da Igreja, foi influenciado decisivamente pelo cristianismo. Assimilou e adaptou o Direito Romano às novas condições sociais, contribuindo de forma relevante para a humanização do Direito Penal; Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir ordálias e os duelos judiciais.

Havia apenas um regime único de concurso de credores, oriundo do direito romano, em que não havia distinção do devedor em razão da característica de sua atividade econômica, isto é, se sua atividade era de subsistência, realizando comércio de bens para suprir suas necessidades, ou lucrativa, ou modernamente, como expõe o novo código civil, no artigo 966, entre empresário e não empresário.

Todos eram considerados devedores. Esse entendimento permaneceu assim até o início do século XIX, onde iniciou-se a diferenciação dos tipos de devedores que estariam sujeitos a falência, ou a insolvência, conforme fossem considerados comerciantes ou não.

Neste período, a característica da desonestidade sobrepuja a do mal comerciante, isto é, eram consideradas sinônimas, aplicando-se à ambos os tipos de devedor, penas de prisão, penas de castigo físico e dilaceração de partes do corpo<sup>35</sup>. Não havia a distinção entre o devedor desonesto e o devedor que sofreu infortúnio na administração dos negócios, como ocorria no direito romano<sup>36</sup>, que pela *cessio*, evitava a execução e a imposição da infâmia.

A falência poderia ser decretada com base em três ocasiões: a) quando o devedor se ocultava sem deixar bens que saldasse sua dívida; b) a requerimento do devedor; c) a pedido do credor.

Nesta época o devedor não raro fugia, ou escondia-se, o que impedia a *bonorum cessio*, e possibilitava que o cônsul, *pelo primo decreto*, concedesse, sob rito de cognição sumária, aos credores, a possibilidade de imissão e assumissem a *custodia et defensio* sobre os bens do devedor, podendo, o devedor resgatar seus bens, caso apareça-se e solve-se os débitos. Não satisfeito o crédito do credor, ou dos credores, o cônsul, expedia um segundo decreto, iniciando uma nova fase, permitindo que os

---

<sup>35</sup> Del Marmol, *La faillite em droit anglo-saxon*, p. 15. citado por Rubens Requião, *in* : Curso de direito comercial. Vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.1, p. 9.

<sup>36</sup> Requião, *op. cit.*, p. 8.



credores se habilitassem no processo e examinassem os créditos e os privilégios estipulados nos contratos privados.

Vigorava a regra de que o primeiro credor que procedia à penhora dos bens do devedor, tinha prioridade no pagamento, regra que perdurou por muito tempo no direito germânico, mas que, com a influencia do direito francês, a partir de 1673, com o *Code da França*, passou a incorporar o princípio a igualdade entre credores do direito romano, que ainda serve ao direito comercial contemporâneo, é o princípio do *par conditio creditorum*, este não permite distinção entre os tipos de credores, e veio a constituir um dos motivos determinantes do direito falimentar, constituindo, na verdade um dos motivos determinantes dos modernos sistemas falimentares.

Começasse a desenvolver um direito comercial essencialmente baseado em costumes. Como sistema, porém, a formação e o florescimento do Direito Comercial só ocorreu, na Idade Média, a partir do século XII, com o desenvolvimento do comércio, e através das corporações de ofícios<sup>37</sup>, em que mercadores criavam e aplicavam um Direito próprio. É o início do direito comercial como direito especial, onde os mercadores estavam submetidos a jurisdições próprias, submetendo-se as decisões aplicadas pela corporação àqueles que eram comerciantes.

Com a formação das corporações de mercadores (corporações de ofício) nas cidades, em especial nas cidades italianas, Gênova, Florença, Veneza, surgidas em virtude das condições favoráveis ao desenvolvimento do comércio, os comerciantes unidos passaram a ter “alguma força”, frente aos poderes dos senhores feudais e o poder da igreja (o poder econômico e militar de tais corporações foi tão grande que foi capaz de operar a transição do regime feudal para o regime das monarquias absolutas).

Na época, as pendências entre os mercadores eram decididas sem grandes formalidades (*sine strepitu et figura iudicii*), apenas de acordo com usos e costumes e sob os ditames da equidade (*ex bono et aequo*), o direito comercial de então se caracteriza pelo acento subjetivo e aplicado aos comerciantes associados a corporação.

---

<sup>37</sup> Coelho, op. cit., pp. 12-13.

Havia o chamado critério corporativo (sistema subjetivo), pelo qual se o sujeito fosse membro de determinada corporação de ofício, o direito a ser aplicado seria o da corporação a que pertencia.

Esse período é dividido em duas fases: Durante a primeira fase, e com intensidade maior no início da segunda, houve critérios ecléticos para dizer a quem seria aplicado o direito das corporações, combinando o critério subjetivo (ser comerciante associado a corporação de ofício) com o objetivo (praticar atos de comércio).

Na última metade do século XVI, com o florescimento do mercantilismo e a unificação nacional, com a formação dos estados nacionais, surgem normas jurídicas sobre as atividades econômicas, e o surgimento da jurisdição estatal na França, esta que, aos poucos, foi absorvendo a jurisdição das corporações de ofício, já na Inglaterra, a absorção da jurisdição das corporações foi total, destoando completamente da forma adotada pelo continente, na França continuou se aplicando um direito fundado no subjetivismo, aos usos e costumes dos comerciantes e apenas a eles aplicável, porém o direito era aplicado pelo próprio Estado, o que caracterizou a segunda fase do direito comercial corporativo.

“O direito comercial surgiu, conforme se vê, não como obra legislativa nem criação de jurisconsultos, porém como trabalho dos próprios comerciantes, que o construíram com os seus usos e com as leis que, reunidos em classe, elaboraram”<sup>38</sup>.

Com o passar do tempo os comerciantes passaram a praticar atos acessórios, que surgiram ligados a atividade comercial, mas logo se tornaram autônomos (títulos cambiários), sendo praticados até por quem não era comerciante, não sendo mais suficiente a concepção de direito comercial, como direito dos comerciantes, era necessário estender o âmbito de aplicação para disciplinar relações que não envolviam comerciantes, mas desenvolviam atividades econômicas importantes, como as atividades de intermediadores comerciais. Desenvolve-se a partir desse momento o

---

<sup>38</sup> Carvalho de Mendonça, op. cit., p. 69.

sistema objetivista, o qual desloca o centro do direito comercial para os chamados atos de comércio.

#### 2.4. A falência nos tempos modernos

De acordo com a teoria francesa dos atos de comércio, a matéria comercial deixa de ser baseada na figura do comerciante e passa a ser definida pela prática dos atos de comércio enumerados na lei<sup>39</sup>. Assim, para se qualificar como comerciante e submeter-se ao direito comercial, deixou de ser necessário ser que a pessoa que se dedica a exploração de uma atividade econômica pertencesse a uma corporação, bastando a prática habitual de atos de comércio descritos na lei. Essa objetivação do direito comercial atendia aos princípios difundidos pela Revolução Francesa em 1789.

Então, a terceira fase, a chamada de período objetivo, inicia-se com o liberalismo econômico, e se consolida com o Código Comercial francês, de 1808, que teve a participação direta de Napoleão. Foram abolidas as corporações e estabelecida a liberdade de trabalho e de comércio, extensivo a todos que praticassem determinados atos previstos em lei, tanto ao comércio e indústria, como em outras atividades econômicas, denominados atos de comércio.

#### 2.5 Teoria dos atos do comércio

Tal sistema foi adotado pelo Código Comercial napoleônico, o qual influenciou diretamente a elaboração do nosso Código Comercial de 1850, posteriormente complementado pelo Regulamento 737 de 1850.

---

<sup>39</sup> Na enumeração realizada nos artigos 632 e 633 do Código francês, o legislador considerou de natureza comercial os atos que eram tradicionalmente realizados pelos comerciantes na sua atividade, não sendo possível identificar nessa enumeração legal qualquer critério científico para definir quando um ato é ou não de comércio. A ausência de um critério científico na separação das atividades econômicas em civis e comerciais e a exclusão de importantes atividades do regime comercial em razão do seu gênero, constituíram os principais fatores para o desprestígio da teoria francesa, contribuindo para a sua superação.

Com o avanço das idéias individualistas e utilitaristas que a economia liberal deflagrava, em França, e em decorrência do autoritarismo de Napoleão Bonaparte, o *Code de Commerce*, de 1808, passou-se a exigir maior rigor com os comerciantes falidos, o que só veio a ser atenuado, em 1832, com o fim do período napoleônico, diminuindo-se a severidade no tratamento com o devedor faltoso, tendo em vista as idéias humanistas e liberais da época.

Adotada pelo Código Comercial de 1850, derogado na primeira parte pelo novo Código Civil, mas que ainda continua vigente em sua segunda parte, levava em conta a *atividade desenvolvida*, exigindo a prática de “atos de comércio” como critério identificador de quem seria comerciante.

O Decreto nº. 737 de 1850, em seu artigo 19, enunciava os atos de comércio. Atualmente, apesar de revogado, vinha sendo utilizado como parâmetro para identificar aqueles que seriam comerciantes.

De acordo com as disposições legais e interpretações fornecidas pela Doutrina e Jurisprudência, tem-se em regra os seguinte atos de comércio: compra, venda ou troca de bens moveis ou semoventes, no atacado ou varejo, industrializados ou não, para revenda ou locação.

No período entre os séculos XVIII e XIX, existia duas modalidades de entendimento sobre o instituto da falência : a) Sistema Franco-Italiano, onde estavam as leis que conferiam a falência um caráter exclusivamente comercial; e b) O Sistema Anglo-Saxônico, que não diferenciavam o alcance da falência, fazendo-a incidir sobre qualquer devedor. Já nessa época o procedimento falimentar era por demais demorado, permitindo a diluição do patrimônio do devedor, surgindo necessidade do Estado afastar diversas espécies de atividade econômicas e financeiras de seu interesse, do instituto da falência, prevendo para elas procedimentos mais céleres e eficazes, como a liquidação forçada.

Inicia-se, em meados do século XIX, o predomínio econômico sobre o direito comercial, percebeu-se a necessidade de distinguir a falibilidade à fraude, o que veio a se dar com a edição de normas legais, afim de adequar a falência a realidade dos fatos, surgindo, na legislação falimentar francesa, dentre elas as seguintes normas : a) Lei de 1838, que restringiu despesas com o processo falimentar simplificando seus termos; b) Lei de 1865, que disciplinou a concordata por abandono de ativo; e c) Lei de 1889, que regulamentou a liquidação comercial, preservando o nome e a honra do devedor.

O instituto da falência era incapaz de atender todos os interesses da atividade econômica, cada vez mais complexa, ante a ausência de um critério científico que separasse as atividades econômicas em civis e comerciais, além da exclusão de importantes atividades econômicas do regime comercial, em razão do seu gênero, esses problemas constituíram os principais fatores para o desprestígio da teoria francesa, contribuindo para a sua superação.

## 2.6 Teoria da empresa

Em consonância com o desenvolvimento das atividades econômicas e de acordo com a tendência de crescimento do direito comercial, surgiu na Itália, em 1929, com Cesare Vivante<sup>40</sup>, quando foi nomeado presidente da comissão reformadora da legislação comercial da Itália, a teoria da empresa, que substituiu a teoria francesa dos atos de comércio, superou os seus defeitos e ampliou o campo de abrangência do direito comercial. Vivante unificou a matéria de direito civil e de direito comercial em um mesmo código, o *Código Civile* de 1942. Introduzindo a teoria da empresa, denominada de teoria jurídica da empresa, a qual caracterizava-se por não dividir as atividades econômicas em dois grandes regimes, como fazia a teoria francesa, Vivante ficou conhecido por ter realizado a unificação legislativa do direito privado na Itália,

---

<sup>40</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Itália: Giuffrè Editore, 1898.

dando origem a denominação de direito da empresa, essência do direito comercial, atendendo as exigências que surgiram, já no século XIX, com as grandes empresas, a movimentação financeira e social, passando-se a considerar comerciante a atividade de produção e circulação de bens ou de serviços, além da necessidade da permanência da empresa, e não mais a sua liquidação.

Vivante unificou a matéria de direito civil e de direito comercial em um mesmo código, o *Código Civile* de 1942, introduzindo a teoria da empresa, denominada de Teoria Jurídica da Empresa, a qual caracterizava-se por não dividir as atividades econômicas em dois grandes regimes, como fazia a teoria francesa. Vivante ficou conhecido por introduzir no ordenamento jurídico a teoria da empresa que atendia perfeitamente as novas exigências econômicas que surgiram com as grandes empresas e a movimentação financeira e social.

Em razão da evolução operada no comércio mundial, notadamente com a difusão e aquisição de importância da prestação de serviços, passa a doutrina e jurisprudência, com o fim de proteger determinadas empresas que não se enquadravam na teoria francesa, iniciaram o alargamento interpretativo das regras falimentares existentes e ligadas a teoria francesa, a fim de enquadrá-las no regime falimentar, mas rígido que a insolvência civil a que estariam disciplinadas.

Diante dos problemas interpretativos da velha teoria e a dificuldade de adaptá-la as novas realidades comerciais, foi criada a teoria da empresa para identificar o “empresário”, desconsiderando-se a espécie da atividade desenvolvida pelo empresário, e passa a considerar a estrutura organizacional, relevância social e a atividade econômica para o fim de colocar em circulação mercadorias e serviços.

A teoria da empresa foi adotada expressamente pelo novo Código Civil Brasileiro, no artigo 966, acabando com a dicotomia comerciante/não comerciante oriunda da teoria dos atos do comércio.

Na prática a Nova Lei de Falências adota a Teoria da Empresa, pois considera que estão sob seu regime o empresário e a sociedade empresaria, que são definidos pelo Código Civil.

Com o advento da teoria da empresa, passou-se a pensar a falência, não apenas em seus aspectos processuais, mas também como instrumento de interesse público, o que se iniciou no direito norte americano, com o *Chandler act*, de 1938, que alterou a lei falimentar americana de 1898, permitindo que a grande sociedade anônima insolvente também pudesse ser submetida ao processo de *corporate reorganization*<sup>41</sup>, pois a concordata não era instrumento capaz de salvaguardar os interesses públicos na manutenção da empresa. Em 1978, com o *New Bankruptcy Code*, eliminou-se o *Arrangements*, devido a sua ineficácia, conferindo, assim, a discricionariedade necessária ao tribunal, para permitir a permanência da empresa viável. Permaneceu a *Reorganization* que obrigava todos os credores à aceitarem o plano de recuperação apresentado pelo devedor ou por terceiro.

Na França, com a *Ordennance* 67.800 de 23 de outubro de 1967 foi criado um processo, semelhante ao americano, possibilitava a suspensão provisória de ações e execuções e de apuração coletiva do passivo do devedor, permitindo que o devedor continuasse a atividade produtiva da empresa que estava passando por um infortúnio nos negócios, mas que seria resolvido com o reerguimento da empresa, por esta ser viável. Com a promulgação da Lei nº 84-148, em 1984 e a lei 85-98 de 1985, ambas complementadas pela lei 85-99, em França, a liquidação judicial da empresa tem por finalidade a manutenção da empresa, a continuação de suas atividades e a proteção dos trabalhadores, materializadas com uma série de medidas que podem culminar com a cessão da empresa. Nesta fase, o direito comercial reencontra sua justificação, não na

---

<sup>41</sup> Este procedimento permitia que o devedor apresentasse um plano de reorganização da empresa, antes da concordata, demonstrando a inaplicabilidade da concordata ao seu caso. Posteriormente, em 1952, permitiu-se que um representante do governo federal, através do órgão *Securities and Exchange Commission*, solicitasse ao juiz, em qualquer concordata de sociedade anônima, seja o processo transformado em reorganização societária, o mesmo acontecendo nos processos de falências, tal o interesse público em tais empresas. (Jorge Lobo, op. cit., p.26).

tutela do comerciante, nem do credor, mas na tutela do crédito e da circulação de bens ou serviços e, conseqüentemente da empresa<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup>.Lobo, op. cit., p. 27.



### 3.HISTÓRIA DO DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL

#### 3.1. Período colonial

Como colônia de Portugal naturalmente se aplicava o direito português, consubstanciado nas Ordenações do reino. Ao tempo do descobrimento pelos portugueses, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, regulavam o concurso de credores, quando não havia bens suficientes para solver as dívidas do devedor, prevalecendo a prioridade de pagamento àquele que primeiramente inicia-se a execução, dada a influência do direito visigótico<sup>43</sup>.

O devedor era denominado, pelas Ordenações Manoelinas, assim denominada em razão das Ordenações Afonsinas terem sido revistas por Dom Manoel, como “quebrado”, declarada sua insolvência, ficavam suspensas todas as diligências de execução ou penhora, pelo período de um mês, sendo permitida a prisão do devedor, até que este, ou alguém, paga-se suas dívidas.

Com as Ordenações Filipinas, transcrevendo uma lei especial de 1597, que tratava em título especial dos *mercadores que quebram* comparando-os a criminosos<sup>44</sup>, aplicando-se no Brasil o direito espanhol, pois Portugal estava submetido ao reino de Castela. Não se podia prender o devedor caso este fizesse a cessão de seus bens e desde que, ao tempo que contratou, possui-se garantia suficiente, segurando, assim, os credores, e a falta de sua inadimplência não decorrer de culpa sua, ou se logo, ao contratar, declarou aos credores que não possuía garantia, ou tinha dado a mesma em garantia a outrem<sup>45</sup>.

As Ordenações Filipinas, também, trouxe para o direito falimentar institutos de direito criminal, diferenciando a falência culposa da inocente, prevendo penas

---

<sup>43</sup> LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 6ª. ed. –Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p.35.

<sup>44</sup> Ibid p.30.

<sup>45</sup> Requião, op. cit., p. 14.

diferentes conforme o tipo de devedor, sendo imposta a pena de morte aos *públicos ladrones*, já aos que quebrassem sem culpa não seria imposta pena alguma de crime, neste caso seriam aplicadas as penas previstas nos regimento dos Cônsules do Consulado, ao qual seriam remetidos os atos do devedor. As Ordenações Filipinas foram modificadas pelo Alvará nº13 de novembro de 1756, que serviu de modelo à terceira parte de nosso Código Comercial, de 1850.

### 3.2. Período Imperial

Com a chegada da família real portuguesa em 1808 e proclamada a Independência, continuou-se a aplicar as leis portuguesas e espanholas, no entanto, com a lei da Boa Razão, esta que possibilitava a aplicação de leis das nações cristãs, em caso de lacuna na legislação utilizada, passando-se a aplicar o antigo direito dos povos cultos e, conforme CARVALHO DE MENDONÇA, aplicou-se de preferência o Código Comercial Francês<sup>46</sup>, originando, assim o início do direito comercial brasileiro.

A Constituição do Império, de 1824, permitiu que fossem diferenciados os institutos civis dos criminais, sendo previsto neste último, penas para os crimes de falência, cuja qualificação seria feita na conformidade das leis do comércio. Em 1850, com o Código Comercial de 25 de junho, em sua terceira parte, denominou à falência “Das quebras”, estabelecendo um processo para as falências, inaugurando a primeira fase histórica do instituto no direito brasileiro, permanecendo até a República. Nessa primeira fase já se delineavam os problemas do processo falimentar, sua morosidade, dispendioso, prejudicando credores e devedores, tendo em vista que o Código Comercial de 1850 baseava-se nas legislações portuguesa, espanhola e francesa, de nítida conotação subjetiva, evidenciada já no artigo 4º, que determinava a aplicação do código aos que fossem inscritos em alguns dos Tribunais do Comércio do Império, no entanto, o Código de 1850 não enumerava os atos de comércio, como fazia o Código

---

<sup>46</sup> Carvalho de Mendonça, op. cit., nº36.

francês, tal enumeração veio a ser no Regulamento nº 737 de 1850, especificamente nos artigos 19 e 20.

O Regulamento nº 737, tratava do processo comercial e a enumeração dos atos de comércio baseou-se no Código de Comércio francês. Já nessa época verificava-se a dificuldade de obter um acordo entre credores<sup>47</sup> e devedor, pois, a concordata dependia da aceitação dos credores, mas precisamente de 2/3 terços dos credores.

### 3.3. Período Republicano

Com a República, iniciou-se uma nova fase no direito falimentar brasileiro, revogou-se a parte do código comercial que regulava o processo falimentar através do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, inspirado na lei Suíça. Esse decreto caracterizava a falência por atos e fatos previstos pela lei e na impontualidade no pagamento de obrigação mercantil, e já trazia meio preventivo para evitar a decretação da “quebra”, como a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva<sup>48</sup>.

Com a Lei nº 2.204, de 17 de dezembro de 1908, elaborada por Carvalho de Mendonça, iniciou-se a terceira fase do direito falimentar pátrio, conforme relata Nelson Abrão:

“Apresentou como características essenciais: a impontualidade como caracterizadora da falência; a enumeração das obrigações cujo inadimplemento denota a falência; alinhou os chamados atos falimentares, a exemplo do Direito Inglês; suprimiu a concordata amigável, admitida só a judicial; conceituou os crimes falimentares e estabeleceu que o procedimento penal correria em autos apartados e, a partir do recebimento da denúncia (àquela época pronúncia) perante o juiz criminal;

---

<sup>47</sup> “Foi o que sucedeu com MAUÁ, que não pode obter concordata em virtude de possuir três mil credores, o que o levou a representar à Câmara, levando a ser modificada a legislação para salvar o banqueiro”. ( J.C. Sampaio de Lacerda, op. cit., pp. 31-32.).

<sup>48</sup> Ibid. p.32.

determinou a escolha de um até três síndicos, conforme o valor da massa, entre os maiores credores”.<sup>49</sup>

Essa lei representava uma síntese dos princípios trazidos pelo decreto 917 com inovações oriundas do direito estrangeiro.

Em 1939, mais precisamente em 31 de outubro, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, elaborou um anteprojeto de lei de falência a pedido pelo Ministro Francisco Campos. Em seu anteprojeto, Trajano de Miranda Valverde, salientando que a lei de falências interessava profundamente a ordem econômica, deveria amparar o devedor honesto para que a empresa, sob sua direção, continuasse como unidade da economia nacional e, um segundo objetivo, seria o de punir o devedor desonesto, porque é um elemento perturbador da economia, repercutindo na ordem social, com a cessação das relações de trabalho.

Esse anteprojeto não transformou-se em lei, foi necessário elaborar um novo anteprojeto em 1943, então por uma comissão designada pelo Ministro da Justiça ALEXANDRE MARCONDES, formada por FILADELFO AZEVEDO, HAHNEMANN GUIMARAES, NOÉ AZEVEDO, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, SÍLVIO MARCONDES e LUÍS LOPES COELHO, o anteprojeto transformou-se na lei de falências nº 7.661, de 21 de junho de 1945, dentre as novidades trazidas, além de outras que já haviam figurado no anteprojeto de Miranda Valverde, a nova lei eliminou a figura do liquidatário e deixou a concessão da concordata preventiva alheia a vontade dos credores, porém já era deficitária no tratamento das relações comerciais, pois os tribunais e os doutrinadores já se orientavam na aplicação da Teoria da Empresa, e a nova lei querendo preencher o vácuo deixado pelo código de processo civil de 1939, por este ter revogado o Regulamento nº 737 de 1850, que enumerava os atos de comércio, tratou de enumerar os atos de comércio, definindo quem seria comerciante.

---

<sup>49</sup> Abrão. op.cit. p. 45.

A Teoria da empresa, então, prestigiada pela doutrina e pela jurisprudência, vinha sendo utilizada subsidiariamente, como se evidência em decisões que consideram como comerciais a atividade de clínicas de serviços médicos, além de estar consubstanciada em importantes leis comerciais (p. ex.: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 - Lei das Sociedades Anônimas; Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994 - Lei de Registro Público de Empresas; Lei nº 8.884, de 20 de julho de 1994 - Lei de Defesa da Livre Concorrência; Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 - Lei da Propriedade Industrial; Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999 - Novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), é finalmente superado com o surgimento do novo Código Civil brasileiro e a positivação da teoria da empresa no art. 966 do referido diploma.

## 4. INDIVIDUALIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DA EMPRESA

### 4.1. O Objeto da Lei de Falências: O Empresário, A Empresa ou o Estabelecimento

Diante do que vimos expondo, a história do direito comercial, o nascimento de teorias e doutrinas que tentam compreender e racionalizar os relacionamentos oriundos da atividade produtiva, suas relações com a sociedade e com o Estado, clareasse que há separação entre a entidade de produção, de comercialização, e o proprietário, entre a autonomia daquelas em relação a este, além de separar-se a figura do titular da entidade produtora da pessoa natural que a representa.

“O Estado, com o dever de proporcionar o desenvolvimento econômico e social, regula, através das normas jurídicas, as relações oriundas da atividade comercial”<sup>50</sup>. Conforme a opção política de um estado, teremos legislações que privilegiam os interesses individuais ou de determinados grupos, onde “a determinação do interesse que deve prevalecer é definida por vários fatores, quais sejam: políticos, econômicos, sociais e globais.”<sup>51</sup>

A lei de falências utiliza-se dos termos empresa, estabelecimento,<sup>52</sup> empresário e sociedade empresaria<sup>53</sup> sem deter-se as diferenças existentes entre ambos, trata a empresa como se estabelecimento fosse, sendo que são coisas distintas, bem como o empresário e a sociedade empresaria. Para uma melhor compreensão do direito falimentar sentimos necessidade de explicar mais detidamente as diferenças jurídicas entre os termos, afim de demonstrar a separação entre a empresa e o empresário e a sorte deste em relação àquela.

---

<sup>50</sup> Coelho, op. cit., p. 5.

<sup>51</sup> Ibid. p.7.

<sup>52</sup> Art. 140. da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>53</sup> Art. 1º da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. “(...) Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”

## 4.2. A empresa

A idéia de empresa surgiu no âmbito do direito comercial através do Código francês de 1808<sup>54</sup>, colocada no art. 632, ao enumerar os atos de comércio, incluiu: “todas as empresas de fornecimento, de transporte...”, estudiosos do direito comercial da época<sup>55</sup> chegaram a conceituar a empresa juridicamente como atividade metódica, organizada para a produção de bens e serviços, mas sem diferenciar a empresa da figura do comerciante.

Foi com a teoria da empresa, positivada no Código Civil italiano de 1942, no art 2028, que iniciou-se mais detidamente o estudo sob a empresa como entidade autônoma. No Brasil a teoria da empresa somente foi positivada em 2002, com o Novo Código Civil, positivando o que a doutrina e a jurisprudência já vinham utilizando para suprir as deficiências da antiga lei falimentar. Nessa seara, a teoria dos perfis da empresa elaborada por ALBERTO ASQUINI foi a que melhor esclareceu<sup>56</sup> o conceito de empresa, ele defrontou-se com a inexistência de um único conceito de empresa, e analisando o diploma legal chegou a conclusão que haveria uma diversidade de perfis no conceito, para ele: “ o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno jurídico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que ali concorrem”<sup>57</sup>.

O primeiro perfil da empresa identificado por Asquini foi o perfil subjetivo pelo qual a empresa se identificaria com o empresário, cujo conceito é dado pelo artigo 2.084 do Código Civil Italiano como sendo: “quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada com o fim da produção e da troca de bens ou serviços”. Neste aspecto, a empresa seria uma pessoa. Asquini também identifica na empresa um perfil funcional, identificando-a com a atividade empresarial, a empresa

---

<sup>54</sup> REQUIÃO, Rubens.1918-1997. **Curso de Direito Comercial**, -São Paulo : Saraiva 2003. vol 1. 25ª. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião.

<sup>55</sup> Maurice Chavier, Jean Escarra e Georges Ripert, Michel Despax, citado por Rubens Requião, op. cit., pp.52-53.

<sup>56</sup> “Deve-se a Wieland a formulação harmônica da teoria da empresa, embora o pioneirismo do conceito seja atribuído a Endemann”. Nelson Abrão , op. cit., p. 39.

<sup>57</sup> Coelho, op. cit., p.18.

seria aquela “particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo”<sup>58</sup>. Neste particular, a empresa representaria um conjunto de atos tendentes a organizar os fatores da produção para a distribuição ou produção de certos bens ou serviços. Há, ainda, o perfil objetivo ou patrimonial que identificaria a empresa como o conjunto de bens destinados ao exercício da atividade empresarial, distinto do patrimônio remanescente das mãos da empresa, vale dizer, a empresa seria um patrimônio afetado a uma finalidade específica. Por derradeiro, haveria o perfil corporativo, pelo qual a empresa seria a instituição que reúne o empresário e seus colaboradores, seria aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e por seus prestadores de serviço, seus colaboradores, organizado em função de um fim econômico comum. Este perfil na verdade não encontra fundamento em dados, mas apenas em ideologias populistas, demonstrando a influência da concepção fascista na elaboração do Código italiano<sup>59</sup>.

Tais concepções já se encontram superadas, mas tiveram o mérito de trazer à tona vários conceitos intimamente relacionados ao conceito de empresa, os quais traduziriam o “fenômeno da empresarialidade”, como definiu WALDIRIO BULGARELLI em seu Tratado de Direito Empresarial<sup>60</sup>.

Todavia, com exceção do perfil corporativo, que reflete a influência de uma ideologia política, os demais perfis demonstram três realidades intimamente ligadas, e muito importantes na teoria da empresa, a saber, a empresa, o empresário e o estabelecimento.

Superada qualquer imprecisão terminológica do ordenamento jurídico, há que se esclarecer de imediato o que vem a ser juridicamente a empresa, vale dizer, a empresa é a “atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços”<sup>61</sup>, ou seja, equivale ao perfil funcional da teoria de Alberto Asquini. Trata-se

---

<sup>58</sup> Asquini, op.cit., pp.6;9; tradução livre de: "quella particolare forza in movimento che é l'attività imprenditrice diretta a un determinato scopo produtivo".

<sup>59</sup> Coelho, op. cit., pp. 18-20.

<sup>60</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**, p. 99.

<sup>61</sup> Coelho, op. cit., p. 19.



de atividade, isto é, do conjunto de atos destinados a uma finalidade comum, que organiza os fatores da produção, para produzir ou fazer circular bens ou serviços. Também, é traço característico da empresa a organização dos fatores da produção, pois o fim produtivo da empresa pressupõe atos coordenados e programados para se atingir tal fim. Diante da necessidade dessa organização, deve ser ressaltado que as atividades relativas a profissões intelectuais, científicas, artísticas e literárias não são exercidas por empresários, a menos que constituam elemento de empresa (art. 966, parágrafo único do Novo Código Civil). Portanto, é a relevância dessa organização que constitui a empresa e diferencia a atividade empresarial de outras atividades econômicas.

#### 4.2.1. Natureza jurídica da empresa

A empresa entendida como a atividade econômica organizada não se confunde, nem com o sujeito que exerce a atividade, nem com o complexo de bens por meio dos quais se exerce a atividade, que representam outras realidades distintas. Atento à distinção entre essas três realidades, Waldirio Bulgarelli nos fornece um conceito analítico descritivo de empresa, nos seguintes termos: “Atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”<sup>62</sup>. Tal conceito tem o grande mérito de unir três idéias essenciais sem confundi-las, quais sejam, a empresa, o empresário e o estabelecimento.

A empresa não possui personalidade jurídica, e conseqüentemente não pode ser entendida como sujeito de direito, pois ela é a atividade econômica que se contrapõe ao titular dela, isto é, ao que exerce aquela atividade é o que atua em juízo. O titular da empresa é o que denominaremos de empresário, este que responde pela empresa, a lei de falências coloca que estão sujeitos as suas regras<sup>63</sup> o empresário e a

---

<sup>62</sup> Bulgarelli, op. cit., p. 100.

<sup>63</sup> Art. 1º da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

sociedade empresaria, ambos representados por pessoas naturais existentes na realidade.

RUBENS REQUIÃO, MARCELO BERTOLDI e JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA qualificam a empresa como objeto de direito, concebendo a atividade como objeto de direito, vislumbrando a empresa como matéria dos direitos subjetivos do empresário, principalmente dos direitos reais, vale dizer, a atividade pode, assim, ser transferida, pode ser alienada<sup>64</sup>, neste sentido dispõe a Nova Lei de Falências no art. 140 *caput*, §1º<sup>65</sup>, que prevê a alienação da empresa, e não mais apenas dos bens que a compõe, como previa o diploma anterior<sup>66</sup>, sendo alienado com a empresa tudo o que a compõe, o estabelecimento, o nome, a força de trabalho, sua organização e bens da empresa.

No entanto, a Nova lei de falências se contradiz no artigo seguinte<sup>67</sup>, quando diz que os empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e, ainda, sem a ocorrência de sucessão das dívidas trabalhistas, retirando, assim, um dos elementos da empresa e da atividade empresarial, que é a força de trabalho, pois os prestadores de trabalho são sob certo sentido associados ao empresário, deixou, a lei, os trabalhadores a margem do processo falimentar, restando-lhes apenas o seu direito de crédito, afastando a incidência dos artigos 448 e 449<sup>68</sup> da C.L.T., declarando explicitamente a quem a Nova Lei Falimentar protege, ou seja, o sistema financeiro. No entanto, a empresa é mais que objeto de direito, não é um simples fato jurídico em sentido amplo, pois é dotada de características particulares, não chegando, contudo a ser classificada como sujeito

---

<sup>64</sup> Requião. op. cit. p. 60; Marcelo M., **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: RT, 2001, p. 56; Borba, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 27.

<sup>65</sup> Art. 140 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>66</sup> Art. 116. A venda dos bens pode ser feita englobada ou separadamente. (Lei nº 7.661 de 21 de Junho de 1945, lei de falências).

<sup>67</sup> Art. 141 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>68</sup> Art. 448 da C.L.T. Consolidação das Leis Trabalhistas: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Art. 449. Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa”.

de direito<sup>69</sup>, como achamos conveniente<sup>70</sup>, em face da posição da empresa na sociedade moderna, porém, podemos considerar a empresa como uma instituição<sup>71</sup>, um organismo<sup>72</sup> que medeia entre o indivíduo e o Estado<sup>73</sup>.

A empresa, se alienada, ou seja, ocorrendo o trespasse, com ela são alienados todos os bens que a compõe, em especial a força de trabalho, ocorrendo a sucessão, porque, então, a lei falimentar afastou a sucessão na alienação falimentar? a permanência da empresa é necessária, e somente permanecerá a empresa economicamente viável aos olhos do mercado, então, o legislador afastou toda espécie de sucessão quando houver a alienação da empresa ou dos bens que a compõe,

---

<sup>69</sup> Martins, op. cit., p.377.

<sup>70</sup> “Podemos em síntese, constatar a existência de cinco grupos principais de teorias, para explicar a natureza jurídica do estabelecimento comercial: 1.º) O estabelecimento com personalidade jurídica, tido como sujeito de direito. Tal teoria, de origem germânica, devida sobre tudo a Endemann, afirma que o estabelecimento comercial é sujeito, e não objeto de direito. Após ser criado pelo proprietário, adquire vida própria e autônoma, decaindo o proprietário da qualidade de dono para a qualidade de primeiro empregado do estabelecimento. Face a nossa lei, tal teoria não pode ser aceita (art 16 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 44 do Código Civil de 2002 ). Nem mesmo face a lei alemã. Como adverte Eunápio Borges, para determinados efeitos, porém, no interesse do fisco e dos empregados, o estabelecimento adquire certa autonomia, que se reflete na pessoa e nos direitos e obrigações de seu proprietário. O Art. 28, §2.º da lei do imposto de renda (lei 4.504/64) parecendo dar personalidade ao estabelecimento, afirma que nenhum estabelecimento comercial ou industrial poderão funcionar sem a respectiva firma ou sociedade proprietária no Registro das Pessoas Jurídicas mantido pela repartição lançadora do imposto de renda de sua jurisdição. A CLT, no Art. 448, dispõe que, a mudança na propriedade ou na estrutura da empresa não afetara os contratos de trabalho dos respectivos empregados.” (Marcio Antonio Inacarato revista de direito civil imobiliário, agrário, empresarial. Ano 5, abril/junho 1981. ed. RT.).

<sup>71</sup> Rui de Souza, o qual destaca que: “a empresa é uma instituição jurídica não personalizada, caracterizada pela organização de uma atividade econômica, essa organização deverá ter uma certa permanência; a organização deverá ter autonomia administrativa; a atividade econômica dessa instituição destinar-se-á à produção e circulação de bens e serviços; a organização porá em funcionamento um fundo de comércio, a que se liga; que é acionado pelo empresário- ente personalizado- que representa juridicamente a empresa; tal empresário, tanto pode ser individual, como revestir a forma coletiva, de sociedade” citado por: Marcio Antonio Inacarato, revista de direito civil imobiliário, agrário, empresarial. Ano 5, abril/junho 1981. ed. RT.

<sup>72</sup> “As instituições, termo de natureza sociológica, são grupos sociais dotados de uma determinada ordem e uma organização interna, que se criam e se justificam por um fim comum, como a família, a **empresa**, o Estado.” (grifo nosso). Francisco Amaral, Direito Civil: Introdução. –3. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 7

<sup>73</sup> Abrão, op. cit., p. 42.

excepcionando alguns casos para evitar fraude e lei<sup>74</sup>, facilitando a continuação da atividade da empresa e a manutenção do número de empregos.

Ajustes na organização da empresa são necessários, no entanto, não se deve punir, com o empresário devedor, os trabalhadores e a empresa, pois, como é caso cediço no direito trabalhista, o trabalhador não participa do negócio, é considerado força de trabalho, não poderia, assim, sofrer com falência, ainda mais, quando seu direito ao crédito trabalhista é limitado pela própria lei de falências<sup>75</sup> e, ainda, pelo fato do saldo de tais créditos, constituírem créditos quirografários, aparecendo em 6º lugar na ordem dos pagamentos, ou seja, a lei falimentar considera os créditos trabalhistas como créditos oriundos de relação empresarial entre empresário e trabalhadores, como se os trabalhadores auferissem lucro através da força de trabalho, participando, assim dos riscos da atividade, considerando-os como espécie de fornecedor de insumos.

Argumenta-se que mantendo-se a empresa preserva-se os empregos, porém não há supedâneo na lei falimentar para escorar tal entendimento, pois esta não faz nenhuma referência a manutenção dos empregos, estes poderão ser mantidos, totalmente, ou apenas alguns postos, e até mesmo nenhum, pois a lei não protege os trabalhadores com ocorre na sucessão trabalhista, em caso de alienação da empresa

A continuidade da atividade da empresa se funda na preservação da atividade da empresa e com esta todos os elementos que a compõe, não podem ser responsabilizados os trabalhadores, limitando seu crédito e decaindo do direito de continuar trabalhando, em havendo alienação da empresa falida, enquanto o devedor manterá seus bens pessoais, auferidos com atividade empresarial. A lei deveria proteger trabalhadores, dando-lhes opções de permanência no emprego, ou através de outras medidas, como a demissão voluntária.

---

<sup>74</sup> Art. 141. da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>75</sup> Art. 83. da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

A limitação dos créditos trabalhistas na falência ofende inúmeros princípios e garantias constitucionais<sup>76</sup>, tal limitação revela que a Lei Falimentar pretende, em nome de uma suposta preservação da empresa, manter os empregos, porém sacrifica o direito dos trabalhadores em receber o crédito oriundo do seu trabalho diário. Deve-se considerar que se os credores quiserem recuperar a empresa e garantir seu crédito poderiam fazê-lo antes mesmo da decretação da falência, através dos procedimentos recuperatórios, estes que dificilmente terão a participação dos trabalhadores, devido à morosidade da justiça trabalhista, ainda que seja, senão a mais célere, uma das mais céleres no âmbito do poder judiciário. Satisfazer os credores após todo o procedimento pré-falimentar, prejudicando os trabalhadores, demonstrando que este Governo, incluindo-se os Poderes Legislativos e Judiciário, não está preocupado com os direitos sociais, mas apenas com o direito de crédito.

#### 4.3. O empresário

A empresa é uma atividade, é o meio pelo qual se exerce uma atividade, e como tal deve ter um sujeito que a exerça, o titular da atividade é o empresário, a figura central da empresa<sup>77</sup>. Este é quem exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços<sup>78</sup>, é quem assume os riscos da atividade, mas, também, é aquele que colhe os frutos produzidos pela empresa. O empresário comercial, ou simplesmente empresário é o sujeito de direito, ele é que possui personalidade jurídica, pode ele tanto ser uma pessoa física na condição de empresário individual, quanto uma sociedade empresária. A configuração do sujeito exercente da empresa pressupõe uma série de requisitos cumulativos,

---

<sup>76</sup> WALDRAFF, Célio Horst. O Tratamento Jurídico do Empregador Insolvente e a (Nova) Lei de Falência Ed. Gênese

<sup>77</sup> Requião, op. cit., p. 75.

<sup>78</sup> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Asquini, além da condição de sujeito de direito, destaca a atividade econômica organizada, a finalidade de produção para o comércio de bens e serviços e a profissionalidade<sup>79</sup>. Rubens Requião<sup>80</sup> coloca que “servem para caracterizar a figura do empresário: a iniciativa e o risco”, como já salientado supra quando nos referimos a legislação trabalhista.

A organização e a economicidade já foram esclarecidas quando da formulação do conceito da empresa. Desse modo, resta destacar a profissionalidade, pois só é empresário quem exerce a empresa de modo profissional. Tal expressão não deve ser entendida com os contornos que assume na linguagem corrente, porquanto não se refere a uma condição pessoal, mas a estabilidade e habitualidade da atividade exercida<sup>81</sup>. Não se trata de uma qualidade do sujeito exercente, mas uma qualidade do modo como se exerce a atividade, ou seja, a profissionalidade não depende da intenção do empresário, bastando que no mundo exterior a atividade se apresente objetivamente com um caráter estável, como prevê o Código Civil de 2002, no art. 966<sup>82</sup>, dispondo que será empresário aquele que exercitando sua profissão caracterize elemento de empresa. Não se exige o caráter continuado, mas, apenas uma habitualidade, tanto que atividades de temporada também podem caracterizar uma empresa, mesmo com interrupções impostas pela natureza da atividade.

O empresário, ou a sociedade empresaria, são elementos orgânicos da empresa e que devem sofrer o revés da falência, somente eles podem ser sujeitos de direito, respondem pelos atos que praticam em nome da empresa e no limite de suas responsabilidades estatuídas no contratos sociais. As penas impostas a eles não atingem a pessoa natural que representa a empresa, exceto se virem a praticar ilicitude falimentar ou ato fraudulento, oportunizando a desconsideração da pessoa jurídica e,

---

<sup>79</sup> Asquini, op. cit., p. 7 e 9.

<sup>80</sup> Requião, op. cit., p. 77.

<sup>81</sup> Ibid. p. 83.

<sup>82</sup> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

conseqüentemente, atingindo seus bens particulares a fim de solver os débitos contraídos.

Não parece salutar a limitação dos créditos trabalhistas, muito menos o afastamento da sucessão trabalhista quando há alienação da empresa falida, pelos motivos supra mencionados, enquanto os créditos com garantia real, créditos tributários, ou com privilegio especial e geral não sofrem qualquer espécie de limitação e são os que são mais intimamente ligados a atividade produtiva, com a obtenção de lucro. A legislação falimentar ab-rogada não limitava os créditos trabalhistas, nitidamente mais preocupado com as questões trabalhistas e sociais, e agora, com a nova lei, passam os trabalhadores a suportar o ônus do risco do negócio com seus créditos, sendo a classe credora que menos aproveita os ganhos do negócio, quando comparada com demais indivíduos que se relacionam com a empresa.

#### 4.4. Estabelecimento

A natureza do estabelecimento comercial é um tanto controversa na doutrina<sup>83</sup>, existem doutrinas que consideram o estabelecimento comercial como sujeito de direito<sup>84</sup>, em razão da autonomia entre a empresa e o empresário. Há doutrinadores que não vêem importância alguma para o direito<sup>85</sup> em definir a natureza jurídica do estabelecimento comercial.

---

<sup>83</sup> Coelho, op. cit., p. 99.

<sup>84</sup> “Podemos em síntese, constatar a existência de cinco grupos principais de teorias, para explicar a natureza jurídica do estabelecimento comercial: 1.º) O estabelecimento com personalidade jurídica, tido como sujeito de direito. Tal teoria, de origem germânica, devida sobre tudo a Endemann, afirma que o estabelecimento comercial é sujeito, e não objeto de direito. Após ser criado pelo proprietário, adquire vida própria e autônoma, decaindo o proprietário da qualidade de dono para a qualidade de primeiro empregado do estabelecimento.” (Marcio Antonio Inacurato, revista de direito civil imobiliário, agrário, empresarial. Ano 5, abril/junho 1981. ed. RT.).

<sup>85</sup> “Grupo das teorias atomísticas: é constituído pelos autores que negam relevância jurídica ao estabelecimento como um conjunto, não entendendo o mesmo como unidade, mas como uma pluralidade de coisas distintamente consideradas”. ( Marcio Antonio Inacurato revista de direito civil imobiliário, agrário, empresarial. Ano 5, abril/junho 1981. ed. RT.).

A atividade (empresa) é exercida por um sujeito (o empresário), este que viabiliza o exercício da atividade por meio de um complexo de bens, que denominamos “estabelecimento ou fundo de comércio”<sup>86</sup>. Assim, podemos conceituar estabelecimento comercial como “o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica”<sup>87</sup>. Este conceito guarda uma certa correspondência com o conceito do artigo 1.142 do Novo Código Civil<sup>88</sup>, bem como com o conceito do artigo 2.555 do Código civil italiano<sup>89</sup>. Trata-se de um conjunto de bens ligados pela destinação comum de constituir o instrumento da atividade empresarial.

Tal liame entre os bens que compõem o estabelecimento permite-nos tratá-lo de forma unitária, distinguindo-o dos bens singulares que o compõem, classificando-o como uma coisa coletiva ou universalidade de fato, adquirindo um valor agregado. Tanto isto é verdade que o novo Código Civil permite expressamente que o estabelecimento seja, como um todo, objeto unitário de direitos e negócios jurídicos<sup>90</sup>, sem contudo, proibir a negociação isolada dos bens integrantes do estabelecimento.

As universalidades de fato são o conjunto de coisas singulares, simples ou compostas, agrupadas pela vontade da pessoa, tendo destinação comum, identificando exatamente a noção de estabelecimento, pois, se trata de conjunto de bens, ligados pela vontade do empresário a uma finalidade comum, o exercício da empresa<sup>91</sup>. A atual lei de falências, em mais de uma oportunidade, se refere ao estabelecimento comercial como um todo: no art. 94º, III, “c” e “d” V, no art. 50, VII, no art. 129, VI.

---

<sup>86</sup> Martins, op. cit., p. 425; Requião, op. cit. p. 244.

<sup>87</sup> Coelho, op. cit., p. 96.

<sup>88</sup> Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

<sup>89</sup> Para Asquini, o Código Civil italiano, em seu art. 2.555, ao definir a “azienda” ou estabelecimento, como o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa, considera-a como “res”, citado por Nelson Abrão, op. cit., p. 41.

<sup>90</sup> Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

<sup>91</sup> Requião, op. cit., p. 271;



#### 4.4.1 Natureza jurídica do estabelecimento

A natureza jurídica do estabelecimento não se confunde com a natureza da empresa, pois, não se trata de atividade empresarial, nem com a natureza do empresário, pois, não se trata de ente personalizado<sup>92</sup>. O estabelecimento não é pessoa jurídica, nem é atividade empresarial, é uma universalidade de fato que integra o patrimônio do empresário, podendo ser objeto de negócio jurídico.

Como restou patenteado o estabelecimento é composto de um conjunto de bens, abrangendo tanto bens materiais quanto bens imateriais<sup>93</sup>. Na primeira categoria encontramos mercadorias do estoque, mobiliário, equipamentos e maquinaria. Já na segunda categoria encontramos patentes de invenção, marca registrada, nome empresarial, título do estabelecimento, e o ponto comercial. Todos estes elementos formam o estabelecimento, não havendo que se confundir o mesmo com o local do exercício da atividade. O estabelecimento é um conceito mais amplo que abrange todos esses bens, unidos pelo empresário para o exercício da empresa.

Tal conjunto de bens, enquanto articulado para o exercício da atividade da empresa possui um sobrevalor. O estabelecimento comercial ou industrial, uma empresa em funcionamento tem um valor acrescido pelo *avviamento*, pelo *goodwil*, pela clientela, pelo local que se acha instalado, pelo fundo de comércio, em suma, tem um valor em marcha (*going value*), uma aptidão para produzir lucros que vai muito além da simples adição dos valores das máquinas e equipamentos<sup>94</sup>, em relação à soma dos valores individuais dos bens que o compõe, relacionado a uma expectativa de lucros futuros, a sua capacidade de trazer proveitos. O direito não ignora este fato, protege os negócios relacionados ao estabelecimento, de forma a garantir que o

---

<sup>92</sup> Coelho, op. cit., p. 99.

<sup>93</sup> Ibid, p. 100.

<sup>94</sup> Ibid, p. 97.

investimento realizado pelo empresário na organização do estabelecimento não seja indevidamente apropriado por concorrentes<sup>95</sup>.

#### 4.4.2- Valor imaterial acrescido ao estabelecimento

O aviamento pode ser subjetivo quando ligado às qualidades pessoais do empresário, ou objetivo quando ligado aos bens componentes do estabelecimento na sua organização. Em qualquer acepção o aviamento deve ser entendido como o sobrevalor em relação a simples soma dos valores dos bens singulares que integram o estabelecimento e resumem a capacidade do estabelecimento, por meio dos nexos organizativos entre os seus componentes singulares, de oferecer prestações de empresa e de atrair clientela. Em outras palavras, o aviamento é a aptidão da empresa para produzir lucros, decorrente da qualidade e da melhor perfeição de sua organização<sup>96</sup>, ou como diz Waldemar Ferreira<sup>97</sup>: “é o potencial de lucratividade da empresa”.

O aviamento não pode ser objeto de tratamento separado, não podendo ser considerado objeto de direito<sup>98</sup>, porquanto não há como se conceber a transferência apenas do aviamento. Assim, não se pode conceber o aviamento como um bem no sentido jurídico, e conseqüentemente não se pode incluí-lo no estabelecimento, vale reforçar, o aviamento não integra o estabelecimento<sup>99</sup>.

Parte da doutrina<sup>100</sup> considera que o aviamento não é um bem de propriedade do empresário, mas apenas o valor econômico do conjunto, é antes uma qualidade que um elemento, mas que não deixa de ter valor comercial.

---

<sup>95</sup> Coelho, op. cit., p. 97.

<sup>96</sup> Requião, op. cit., p. 307.

<sup>97</sup> FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo, Saraiva, 1962.

<sup>98</sup> Requião, op. cit., p. 309-310;

<sup>99</sup> “ O nome comercial e o fundo de comércio integram o patrimônio porque são direitos. A clientela , embora com valor, não o integra”. Francisco Amaral. op. cit., p.328.

<sup>100</sup> Coelho, op. cit., p. 101.

“Não é um elemento isolado, mas um modo de ser resultante do estabelecimento enquanto organizado, que não tem existência independente e separada do estabelecimento, quando se negocia o estabelecimento empresarial, a definição do preço a ser pago pelo adquirente se baseia fundamentalmente no aviamento, isto é, nas perspectivas de lucratividade”<sup>101</sup>.

Esta qualidade do estabelecimento é medida essencialmente pela clientela do empresário, vale dizer, quanto maior for o número de clientes maior é o aviamento. A clientela é “o conjunto de pessoas que, de fato, mantêm com a casa de comércio relações contínuas para aquisição de bens ou serviços”<sup>102</sup>. Tal conjunto de pessoas como se pode intuir não é um bem, e conseqüentemente não pode ser objeto de um direito do empresário, não havendo que se falar em um direito à clientela.

A clientela é uma situação de fato, fruto da melhor organização do estabelecimento, do melhor exercício da atividade. Diante disso, não pode restar dúvida de que também não se pode incluir a clientela como um elemento do estabelecimento.

Não obstante seja incorreto falar-se em direito à clientela<sup>103</sup>, é certo que há uma proteção jurídica à mesma, consistente nas ações contra a concorrência desleal. Todavia, tal proteção não torna a clientela objeto de direito do empresário, pois, o que se protege na verdade são os elementos patrimoniais da empresa, aos quais está ligada a clientela, esta recebe uma proteção apenas indireta.

Por derradeiro, há que se ressaltar que a proibição da alienação do nome empresarial sem a alienação do estabelecimento<sup>104</sup> não significa que o nome deixa de integrar o estabelecimento. Tal regra visa a compatibilizar os interesses do empresário numa eventual alienação do nome empresarial que pode assumir um valor econômico, com o interesse dos consumidores em não ser enganados a respeito da proveniência e qualidade de bens ou serviços negociados sob determinado nome empresarial.

---

<sup>101</sup> Id.

<sup>102</sup> Id.

<sup>103</sup> Coelho, op cit p. 101.

<sup>104</sup> Art. 1.164. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação. Código Civil Brasileiro.

A lei de falências ao determinar que poderão ser alienados estabelecimentos comerciais, refere-se a empresa como um todo, esta que engloba o conceito de estabelecimento, visto que não há empresa sem estabelecimento, devendo, portanto, quando for realizado o ativo, ser considerado todos os aspectos econômicos do estabelecimento, seus bens imateriais e materiais, devendo-se igualmente determinar o valor que cada espécie de bem adquire para formar o valor total do conjunto, devendo o Administrador Judicial atentar para todos bens, inclusive pela clientela e a capacidade da empresa em auferir lucros.

## 5. A EMPRESA COMO OBJETO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A empresa como uma instituição componente da sociedade e do Estado, deve ser compreendida dentro do ordenamento jurídico, ela é regulada por diversos ramos do direito, como tributário, trabalhista, penal, comercial, ou seja pelo direito.

Sendo a empresa reconhecida pelo direito em geral, não se pode enquadrá-la em um, ou outro ramo do direito, até mesmo porque a imbricação entre o direito público e o privado é cada vez mais permeável, não há compartimentos estanques no ordenamento jurídico, todos os ramos decorrem de um tronco principal, do qual todos os ramos se originam.

FABIO KONDER COMPARATO<sup>105</sup>, em razão da sua arguta observação já vem demonstrando a tempo o interesse público sobre a empresa, e a sua relação com os diversos ramos do direito, mostrando sua visão interdisciplinar sobre o tema. Não há mais como ignorar o interesse público sobre a empresa<sup>106</sup>.

A nova lei falimentar não atinge apenas os elementos que compõe a empresa, mas atingem-na como um todo, ainda que imediatamente possa recair sobre apenas um de seus elementos, como no caso de alienação de parte de seus bens e até de apenas um de seus estabelecimentos, pois a empresa é uma realidade que está unida ao complexo de bens e estabelecimentos que a compõe, sendo que o interesse público sobre a empresa deve prevalecer, e não os interesses egoísticos do direito de crédito, ou das fraudes cometidas pelos devedores, devendo-se ter em mente que a empresa é regulada pelos diversos ramos do direito que se completam.

---

<sup>105</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Ed. Forense, Rio de Janeiro. 1978. p. 453 e ss.

<sup>106</sup> Na esteira desta nova orientação, deve ser considerado também Calixto Salomão Filho, igualmente Professor de Direito Comercial da USP, que trata da empresa à luz das mais modernas teorias, e ante a própria evolução do Direito. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. Ed, Malheiros, p 13)

## 5.1 Dissociação Entre A Sorte Da Empresa E A Do Empresário

Com o desenvolvimento do comércio e a formação dos estados, ambos imbricados intimamente como já salientamos supra<sup>107</sup>, inicio-se a despersonalização da figura do devedor em relação à empresa. No início o direito tutelava a idéia preconizada pelo Código De Hammurabi, devia se punir a pessoa do devedor, após inclinou-se à idéia de que eliminando a empresa punia-se o devedor. Nelson Abrão, citando Alfred Sobral (em razão deste ter comentado a nova legislação francesa de 13 de Julho de 1967), que apregoava separação da sorte da empresa da sorte do empresário, expõe: “Uma solidariedade orgânica ligava a empresa a seus dirigentes, solidariedade baseada sobre noções conjugadas de propriedade e de responsabilidade do indivíduo, que são fundamentos da filosofia de que estava impregnado o código civil”<sup>108</sup>.

Percebeu-se a necessidade econômica de manutenção da empresa, afastando-a da sorte do empresário que a representa, como salienta Nelson Abrão: “...estimamos que uma Legislação Moderna da falência deveria atender à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos que o direito não pode e nem deve desconhecer. A continuação e permanência da empresa são um desses imperativos, por motivos de interesse social e econômico...”<sup>109</sup>.

Há necessidade de dar-se proteção aos sócios e aos próprios credores, porque esses não se aproveitam de uma liquidação que intervém em mas condições e não permite acertar senão com os credores privilegiados, melhor situados e mais vorazes, isto é, a fazenda e a previdência social<sup>110</sup>, não interessa a eles a eliminação da empresa. Segundo Nelson Abrão a dissociação da sorte da empresa da do empresário permite que se elimine o empresário incapaz, passando a empresa ao controle de terceiros, ou liquidem-se as empresas condenadas em razão da fraqueza de suas estruturas e das

---

<sup>107</sup> Introdução, pagina 3, . nota de rodapé nº10.

<sup>108</sup> Nelson Abrão, op. cit., p.50.

<sup>109</sup> Idem, ibidem, p.49.

<sup>110</sup> Idem.

dificuldades que encontram em uma economia moderna<sup>111</sup> e não apenas pelo fato de querer punir o empresário através da empresa.

A nítida separação da empresa e o homem (titular da empresa) é pressuposto essencial para soerguimento das empresas competitivas e economicamente viáveis que sofreram com a má administração. A nova lei de falências não adotou expressamente essa posição, deixou, a empresa dependente da vontade do devedor e dos credores pela sua manutenção, sequer deixou margem para que existisse a possibilidade de nomeação de um curador, que intervisse, apresentando um plano de recuperação a ser aprovado independentemente da vontade dos credores ou da iniciativa do devedor, como seria salutar<sup>112</sup>, possibilidade presente em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive nos que serviram de base para a elaboração da Nova Lei de Falências, como é o caso da legislação francesa que prevê a intervenção do procurador da República de ofício, ou pelo administrador nomeado pelo tribunal<sup>113</sup>.

## 5.2 O Estado Regulador

Há ordenamentos jurídicos que extinguiram o instituto da concordata, porém, concederam outras possibilidades de continuação da atividade pelo próprio falido, por terceiros, ou através da intervenção de administrador nomeado pelo poder público ou, ainda, através de órgão especializado e instituído para gerir a empresa falida, saneando a empresa e, assim, revende-la a um maior valor de mercado, pois a empresa falida perde significativamente seu valor de mercado. Este mecanismo previsto em ordenamentos alienígena, os quais são exemplos de intervenção do Estado no procedimento falimentar: o I.R.I ( Instituto per la Ricostruzione Industriale) da Itália, o *Société Nationale d'investissement* da Bélgica e, até mesmo o C.O.D.E.F ( Comités Departementaux pour le Financement) da França, esta que serviu de modelo a

---

<sup>111</sup> O princípio da separação da sorte da empresa e a do empresário é consagrado pela lei francesa nº.85-98 e pela lei italiana nº. 95.

<sup>112</sup> Jorge Lobo, op. cit., p. 234.

<sup>113</sup> Idem, p. 228-229.

elaboração da Nova Lei Falimentar, que no entanto, não previu nenhum tipo de intervenção do Estado brasileiro no procedimento falimentar, o que seria normal em uma lei que pretende recuperar a empresa, até mesmo como forma de coibir possíveis fraudes, tendo se em vista que, na alienação da empresa falida, não haverá a sucessão dos débitos anteriores a decretação da falência, então, poderá ocorrer uma forma dissimulada de falência para vender a empresa sem os passivos fiscais, trabalhistas, dentre outros relativos aos bens da empresa.

O direito falimentar brasileiro extinguiu a concordata, não permitiu a intervenção do Ministério Público, para que estes perseguissem a manutenção da atividade, tutelando a empresa, esta que ficou a sorte da vontade dos credores e do devedor, em acordarem um plano de recuperação da empresa. A volta da assembléia de credores, esta que há muito, desde a antiga lei de falências, é apontada pela doutrina como sendo o principal empecilho à aprovação do plano de recuperação, sendo sua composição extremante complexa, exigindo quorum específico de cada classe credora<sup>114</sup>.

A grande tarefa política do Estado brasileiro dos anos 90 é a reforma, ou reconstrução do Estado. Entre os anos 30 e 60, do século XX, o Estado foi o grande responsável pelo desenvolvimento econômico e social, nesse período, e particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, assistiu-se a um período de prosperidade econômica no Brasil e em diversos países.

A partir dos anos 70, face ao crescimento econômico distorcido e o processo de globalização, o Estado brasileiro entrou em crise, e se tornou responsável pela desestabilização econômica e social, que inclusive ocorreu em outros países em desenvolvimento. O neoconservadorismo e as reformas econômicas orientadas para o mercado foram a resposta a crise que passava o país. Reformas que, a princípio, significavam que o Estado seria mínimo, entretanto, quando nos anos 90, verificou-se a inviabilidade da proposta neoliberal, em face da necessidade do Estado regular a

---

<sup>114</sup> LOBO, op. cit. P. 41.



economia, mantendo suas tarefas clássicas de garantia da propriedade e dos contratos, mas também garantidor dos direitos sociais e de promotor da competitividade do seu respectivo país.

O Estado não financia o desenvolvimento econômico mas, também, não deixa à iniciativa privada o destino da economia. A exploração dos serviços e obras, antes funções exclusivas do Estado, passam para a iniciativa privada, cabendo ao Estado fiscalizar e regular o exercício dos serviços concedidos. O Estado brasileiro deixa de ser interventor, para ser regulador, equipando-se com agências de regulação e fiscalização dos serviços realizados pela iniciativa privada, compreendendo, para esta regulação e fiscalização, regras de direito público e direito privado.

A empresa, devido a importância que possui no desenvolvimento econômico e social, ainda que exclusivamente da iniciativa privada, deveria ser protegida contra abusos e fraudes, até mesmo contra o próprio exercício de direito, da vontade do privado, em extinguir sua empresa, sem repassá-la a outrem, simplesmente acabando com a atividade. Deveria o Estado brasileiro possuir órgãos semelhantes ao que possui a França e Itália, que tem por objetivo manter a atividade em prol do interesse público e bem estar social e econômico.

#### 5.2.1 A concepção moderna do interesse público

Nas palavras do Professor Marçal Justen Filho<sup>115</sup>, “interesse é a adequação de um bem a uma necessidade de um sujeito, ou de um grupo de sujeitos”.

Interesse público, então, é a adequação de um bem, que se torna público em decorrência de uma necessidade de um sujeito ou de um grupo de sujeitos, raramente será de toda uma coletividade, pois o Estado de Direito não se coaduna ao totalitarismo, que poderia ocorrer caso o Estado servisse ao Interesse coletivo de uma

---

<sup>115</sup> Palestra realizada, em 22 de setembro de 2005, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sobre “A Concepção Moderna do Interesse Público”.

minoria mais influente, frente a um interesse coletivo de uma minoria menos influente nos estratos políticos, jurídicos e governamentais. Percebe-se que uma minoria detentora de poder econômico pode conseguir defender seus interesses, mais efetivamente dentro do Estado, influenciando o poder legislativo, executivo e como sabemos o próprio judiciário, legitimando suas conquistas através de leis e decisões governamentais e jurídicas.

Ora a caracterização do seja interesse público não é quantidade de indivíduos afetados por determinada situação, nem o fim da proteção do bem público que se ira tutelar, mas se tal interesse público, se o conteúdo de tal direito é definido pelos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal.

Os direitos fundamentais embasam a declaração de que um dado bem da vida é de interesse público, ainda que colidente com outros direitos fundamentais, sendo que tal choque a muito é conhecido no direito constitucional, que possui princípios específicos a resolver tal problema.

A empresa possui diversas funções que decorrem de sua atividade, ela possibilita que os cidadãos supram a falta Estatal através de seu trabalho, provendo suas necessidades de maneira mais eficaz e efetiva, desonerando o Estado de sua função público de prestar serviços essenciais à população, e contribuindo para a excelência na prestação de tais serviços, como o de saúde publica, pois haverá menos necessitados. É sabido que quando o setor produtivo esta em expansão a sociedade e o Estado se desenvolvem, porem, estando o setor produtivo em dificuldades, aumentam a utilização dos serviços públicos dentro outros índices sociais que indicam o declínio econômico da sociedade.

O encerramento da atividade empresarial pode ser justificado apenas quando esta não ser mais viável, quando sua manutenção gerara prejuizos para a sociedade, devendo-se realizar o ativo, para que estes créditos sejam novamente investidos na produção, no entanto, a Nova Lei Falimentar deixa a continuidade da atividade

empresarial nas mãos dos credores e do devedor, refém da assembléia de credores, estes que nem sempre estarão interessados em manter a atividade.

Os interesses que incidem sobre a manutenção da atividade são inúmeros. Há a necessidade de suprir, com a manutenção da atividade empresarial, direitos fundamentais que cabem, a princípio ao Estado, que reconhecendo estes dados deveria ter propiciado a continuação da atividade empresarial, mesmo após a decretação de falência, e até contra a vontade dos credores e devedor, através do Administrador Judicial ou órgão criados para tal fim.

A Nova Lei de Falências busca, evidentemente, proteger o direito dos credores financeiros, tendo, talvez, por via inadequada, preservar o crédito financeiro como forma deste retornar seus investimentos na produção industrial, porém, fica simplesmente na mera expectativa, depende da iniciativa privada em investir na produção, não há regra impositiva, o capital pode simplesmente ser dirigido a especulação.

## 6. A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E A MANUTENÇÃO DA EMPRESA

A lei de falências revogada, possuía um caráter liquidatário, refletia a mentalidade medieval de punir-se o devedor com extinção da empresa e, ainda, satisfazer o interesse dos credores com a venda dos bens da empresa, no entanto, permitia a preservação da empresa através do instituto da concordata, em especial da concordata suspensiva<sup>116</sup>.

A Nova Lei de Falência acabou com os procedimentos da concordata preventiva e suspensiva, mantendo a possibilidade constituição de sociedade. Nelson Abrão<sup>117</sup>, apontando algumas características negativas da lei antiga, não se refere a concordata suspensiva, pois “a feição da concordata suspensiva era de nítida preservação da empresa e independia da aceitação dos credores”<sup>118</sup>. A Nova Lei de Falências não traz essa possibilidade de continuação do negócio pelo devedor, pois fracassando os procedimentos de recuperação, deve o juiz decretar a falência da empresa.

Declarada a falência, a continuação empresa poderá ocorrer apenas através das formas de realização do ativo, determinadas pela lei, ou por outras modalidades, desde que aceitas pelos credores, em assembléia de credores. O Direito Falimentar da Áustria, Espanha e Portugal, além dos procedimentos recuperatórios, prevêm o

---

<sup>116</sup> “A concordata suspensiva visava suspender a decretação da falência, onde preenchidos certos requisitos concedia-se a suspensão da falência quando o devedor assim requere-se, não podendo se oporem os credores quirografários”. ( Jorge Lobo, op. cit., p. 163.).

<sup>117</sup> “a) inadequação da justiça para tomar com urgência as providências necessárias e o desconhecimento técnico dos julgadores têm dado margem à ocorrência de casos calamitosos em matéria de falências e concordata no Brasil; b) o grande problema do Direito Falimentar brasileiro está na sua índole eminentemente processual e repressiva. A ênfase de nossa legislação recai sobre questões de ordem puramente técnico-jurídica, quando fundamental nessa matéria e o elemento econômico; c) a falência, entre nós, acaba tendo finalidade única de liquidar a empresa e punir penalmente o empresário; d) em outros países, como a Inglaterra, os Estados Unidos, a França e, mesmo, a Argentina, a lei tem uma função preventiva e saneadora; e) a criação de varas especializadas em falência capacitaria melhor os julgadores em matéria econômica; f) a concordata preventiva, tal qual se encontra regulada atualmente, de concessão baseada puramente em elementos formais. enseja fraudes e prejuízos aos credores ( cf. Gazeta Mercantil, São Paulo, ed. de 9 de julho de 1977, p.7)”. (Nelson Abrão, op. cit., p.57-58.).

<sup>118</sup> Nelson Abrão, op. cit., p.359-360.

procedimento da concordata<sup>119</sup> como meio de preservação da empresa, e não como instrumentos de prevenção ou de suspensão da liquidação do patrimônio do devedor, como era utilizado no direito falimentar pátrio e que possibilitava a dilapidação do patrimônio empresarial.

### 6.1. A Concordata como Benefício Legal

A concordata suspensiva apresenta-se no mundo jurídico como instituto do direito falimentar mais suave que a falência, com o escopo de proteger o direito de crédito e a recuperação imediata do devedor em crise. A concordata é favor legal colocado a disposição do devedor comerciante com a finalidade de regularizar sua situação econômica, evitando a decretação da falência<sup>120</sup>.

Há natureza jurídica da concordata, no entanto, é controversa. Há dois grupos que divergem, há o que considera concordata como sendo um contrato, e outro que considera como sendo um acontrato.

- a) Contratualista: diz que a concordata tem forma de um contrato, em que devedor e credor estabelecem um acordo.
- b) Acontratualista: diz que a concordata não tem resquício de um contrato ou acordo, é benefício legal colocado a disposição do devedor, que pode lançar mão deste direito para afastar a decretação de falência.

Os doutrinadores modernos concluem que não há contrato na concordata, mas uma pretensão jurídica, um favor, ou faculdade legal da utilização da concordata. Não se trata de um negócio jurídico, porém de um direito de pleitear a prestação

---

<sup>119</sup> Lobo, op. cit., p. 24-30.

<sup>120</sup> ALEMIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 14ª. Ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 372

jurisdicional do Estado para conceder uma forma de viabilizar a reorganização e a reestruturação econômica e financeira do devedor comerciante.

Conclui-se que a natureza jurídica da concordata é de um favor legal, e não de um contrato entre devedor e credor, como é a recuperação extrajudicial e judicial trazidos pela Nova Lei Falimentar. Portanto, a concordata tem natureza jurídica processual e não contratual.

## 6.2. Retorno ao Contratualismo

A assembléia de credores da Nova Lei Falimentar é resquício da antiga maneira de pensar o direito falimentar como instrumento de satisfação dos interesses dos credores, abandonada, inclusive na ab-rogada lei de falências, que já percebendo a desnecessidade e ineficácia de tal órgão, tornou a facultativa no procedimento falimentar e limitou a vinculação de suas decisões ao síndico e ao Juiz.

Os ordenamentos jurídicos mais modernos extinguiram a assembléia de credores ou diminuíram seu poder sobre o destino da empresa. Os ordenamentos dos Estados Unidos da América e da França são exemplos, eles conferem maior autonomia aos Tribunais para decidirem sobre o destino da empresa, tolhendo os credores e até o devedor, caso estes não efetivem o plano de respiração da empresa, do destino da empresa, de sua manutenção. É exemplo o instituto da *Reorganization* dos E.U.A. que obriga os credores a aderirem ao plano apresentado pelo devedor, ou por terceiro. No direito francês, a manutenção da empresa pode ser dar pela intervenção do poder público ou através de um agente público, além da possibilidade de saneamento da empresa por órgão público ou pelo administrador judicial.

Deixar a possibilidade de continuação do negócio a cargo da vontade do devedor é criticado pela doutrina nacional, a antiga lei de falências, em especial em seu artigo 74, previa que a continuação do negócio dependia da iniciativa do devedor,

pois tal individualismo, nas palavras de Rubens Requião, “é retrogrado, e não condiz com a evolução do direito, quando se depara com interesses objetivos que integram o conceito de empresa...”<sup>121</sup>, ou como assevera Carvalho de Mendonça: “Tratando-se de falência de sociedade em que há sócios de responsabilidade ilimitada, o requerimento para a continuação do negócio a cargo da sociedade pode ser apresentado por todos, por um, ou mais de um desses sócios, e na falência da sociedade anônima, pelos administradores”<sup>122</sup>.

O plano de recuperação, configura uma verdadeira concordata contratualista, espécie de acordo entre devedor e credores, em que é celebrado um contrato, cuja aprovação depende da elaboração de um plano que deve ser aprovado pela assembléia de credores, não havendo possibilidade de verificação pelo Juízo de que o devedor poderá se reerguer, caberá ao Juiz apenas homologar o plano de recuperação apresentado, ou diante do caso concreto, aprovar o plano independentemente da aprovação da assembléia de credores. Será possível o Juiz agir legitimamente desta forma, ainda que não esteja previsto na lei tal possibilidade, com base no ordenamento Jurídico, no interesse público.

A dependência da assembléia de credores, coloca o devedor em posição extremamente inferior a dos credores, facilmente cederá a vontade dos credores, estes que irão impor a confecção de um plano de recuperação que lhes seja favorável. Há uma volta ao contratualismo, onde as moratórias eram feitas de forma convencional com os credores chamados à negociar.

A concordata suspensiva não deveria ter sido extinta, seu uso distorcido que vinha sendo utilizado pelo devedor poderia ser corrigido com a Nova Lei Falimentar, fazendo com que o instituto fosse utilizado para recuperar a empresa, conforme doutrina Walter Álvares:

---

<sup>121</sup> Requião, op. cit. p. 230.

<sup>122</sup> Mendonça, op. cit. p. 95.

“Não é tanto favorecer ao falido, nem muito menos proteger aos interesses dos credores, ainda que no plano mediato esses dados entrem na composição da medida, mas, de maneira imediata, o objetivo da lei é a desobstrução dos vasos comunicantes creditícios, á rápida eliminação de um foco patológico e ainda a recuperação da empresa, que, não indo à liquidação, não se dissolve, não se extingue”<sup>123</sup>.

A lei de falências deixou o poder Judiciário tolhido dos poderes necessários para preservar a empresa, esta adstrito a vontade do devedor e dos credores em manter a atividade, indo de frente a necessidade do direito falimentar moderno de preservação da empresa, em que o interesse público sobrepuja dos privados, embora aquele também sirva a estes reflexamente<sup>124</sup>.

Nelson Abrão, diante do substitutivo ao projeto de lei nº 4.376, já apontava os rumos que deveria tomar o direito falimentar brasileiro, “a reforma deve caracterizar um procedimento ordenado e diretamente orientado pelo Juízo, e corpo técnico capaz de elucidar os problemas e sugerir os caminhos”<sup>125</sup>, demonstrando, assim, que estava otimista com a redação dada ao substitutivo enviado à Câmara, em 26 de outubro de 1996, no entanto, entre as inúmeras alterações sofridas desde então, o projeto ficou desconfigurado, sendo aprovado com inúmeras alterações que acabaram por deixar a Lei aprovada com sérias mazelas, algumas delas apontadas neste trabalho.

### 6.3. Não aprovação do Plano de Recuperação. Efeitos Jurídicos

Há ordenamentos jurídicos que extinguiram o instituto da concordata, porém, concederam outras possibilidades de continuação da empresa pelo próprio falido, por terceiros, ou através da intervenção do administrador nomeado pelo poder público ou, ainda, com a administração do negócio através de órgão público, especializado na reorganização e recuperação da empresa, criado especialmente para adquirir o controle da empresa, saneá-la e, assim, finalmente, revender as ações ao investidor de mercado. São exemplos de órgãos públicos: o I.R.I (Istituto per la Ricostruzione Industriale)

---

<sup>123</sup> Álvares, op. cit. p.

<sup>124</sup> Lobo, op. cit. pp. 20, 309,310.

<sup>125</sup> Abrão, op. cit. p. 446.



da Itália, o N.E.B. ( National Enterprise Board) da Inglaterra, o Société Nationale d'Investiment da Bélgica, o F.I.D.G (Financieringsmaatschpyy Industrieel Garantie Fond) da Holanda, o Fòir Teòrant da Irlanda, as holdings industriais da Alemanha e dentre outras nações, o C.O.D.E. F. ( Comités Departementaux pour le Financement) da França.

O direito falimentar brasileiro extinguiu a concordata e não fez menção à possibilidade de serem constituídos órgãos públicos para a persecução da manutenção da atividade da empresa, mas também não excluiu tal possibilidade, não permitiu a intervenção do administrador, ou do próprio Ministério Público, impedindo-os de oferecer planos de preservação da empresa, deixou, assim, a empresa a sorte da vontade do devedor em apresentar um plano de recuperação, e sua respectiva aceitação pelos credores reunidos em assembléia, esta que é apontada, há muito, pelos ordenamentos alienígenas, como sendo o principal empecilho para a aprovação do plano de recuperação, pois sua composição é extremamente complexa<sup>126</sup>. A assembléia de credores estatuída na Nova Lei Falimentar é resquício da antiga maneira de pensar o direito falimentar, como o direito dos credores à satisfação de seu crédito. A Nova Lei Falimentar ressuscitou a importância da assembléia de credores, esta que já havia sido minimizada em sua importância na antiga lei, que já percebendo a ineficácia de tal órgão, tornou a facultativa no procedimento falimentar e limitou a vinculação de suas decisões ao síndico e ao juiz<sup>127</sup>. Os ordenamentos jurídicos mais modernos extinguiram a assembléia de credores, ou diminuíram sensivelmente a sua importância para decidir sobre as formas de realização do ativo, ou na aprovação do plano de recuperação da empresa economicamente viável. Os ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos da América e da França são exemplos, eles conferem maior discricionariedade aos tribunais para decidirem sobre o destino da empresa, tolhendo os credores e até o devedor, caso estes não se entendam na formação do plano de recuperação da empresa, do destino da empresa, de sua manutenção, como faz o instituto falimentar da *Reorganization* dos E.U.A, que obriga os credores a aderirem

---

<sup>126</sup> Jorge Lobo, op. cit., p. 41.

<sup>127</sup> Nelson Abrão, op. cit., p. 279-280.

ao plano apresentado pelo devedor ou por terceiro. No direito francês a manutenção da empresa, pela intervenção do poder público, se dá através de um agente público, além da possibilidade de saneamento da empresa por órgão público, podendo, ainda, o administrador, nomeado pelo tribunal, apresentar um plano de recuperação judicial da empresa<sup>128</sup>.

Deixar a possibilidade de continuação do negócio a cargo da vontade do devedor é criticado pela doutrina nacional, a antiga lei de falências, em especial em seu art. 74, previa que a continuação do negócio dependia de iniciativa do devedor, pois tal individualismo, nas palavras de Rubens Requião<sup>129</sup>: “é retrógrado, e não conduz com a evolução do direito, quando se depara com interesses objetivos que integram o conceito de empresa...”, ou como assevera Carvalho de Mendonça: “Tratando-se de falência de sociedade em que há sócios de responsabilidade ilimitada, o requerimento para a continuação do estabelecimento ou negócio a cargo da sociedade pode ser apresentado por todos, por um, ou mais de um desses sócios, e na falência da sociedade anônima, pelos administradores”.<sup>130</sup>

A Nova Lei de Falências possui os mesmos defeitos, ou mais defeitos, quando nos referimos a extinção da concordata suspensiva, da antiga lei, a de ser o Direito Falimentar um instrumento de execução patrimonial do devedor e de possuir normas destinadas exclusivamente a compor os conflitos de interesses entre devedor e seus credores, deixando a empresa por conta risco desses elementos, não refletindo o interesse coletivo e, conseqüentemente, público sobre a empresa, apreendendo-se que não se deve deixar a sorte da empresa apenas à capacidade de seu administrador, muito menos à solidariedade de seus credores.

A lei de falências deixou o Poder Judiciário tolhido, não tem a discricionariedade necessária para decidir sobre a manutenção da empresa, está adstrito apenas a compor os conflitos de interesse, não pode intervir decisivamente no

---

<sup>128</sup> Jorge Lobo, op. cit., p. 26-28.

<sup>129</sup> Rubens Requião, op. cit., p. 230.

<sup>130</sup> J. X. Carvalho de Mendonça, op. cit., p. 95.

processo falimentar, refletindo, assim, o que existia no antigo diploma, e que sempre foi combatido pela doutrina, em razão da nova orientação do direito falimentar moderno, em que o interesse público sobrepuja o interesse dos privados, embora aquele também sirva a estes reflexamente<sup>131</sup>.

Nelson Abrão<sup>132</sup> diante do substitutivo ao projeto de lei nº4.376, já apontava os rumos que deveria tomar o Direito Falimentar, “à reforma deve caracterizar um procedimento ordenado e diretamente orientado pelo Juízo, e corpo técnico capaz de elucidar os problemas e sugerir os caminhos obedecidos”, o Ilustre Mestre estava satisfeito com a redação dada ao substitutivo enviado a Câmara em 26 de outubro de 1996<sup>133</sup>, no entanto, entre as inúmeras emendas sofridas desde então, o projeto ficou desconfigurado, sendo aprovado com inúmeras alterações que acabaram por deixar a Nova Lei de Falências com sérias mazelas, algumas delas apontadas neste trabalho.

#### 6.4. A Função do Administrador Judicial e a Preservação da Empresa

A denominação de Administrador Judicial, substituindo a denominação de “síndico” da antiga lei, induz à idéia de que o Direito Falimentar brasileiro aderiu as concepções modernas do direito falimentar, quais sejam, de recuperar a empresa economicamente viável através do Estado-Juiz e seus órgãos falimentares, capazes de orientar e administrar o procedimento falimentar dirigido a preservar a empresa.

O síndico é aquele que regula interesses de proprietários diversos e, na concepção da antiga lei falimentar, é o indivíduo que protegeria os interesses dos credores na administração da massa falida, representava o devedor no processo falimentar ativa ou passivamente, sua função era exercida para a satisfação dos credores, tendo como limite os direitos do devedor e de terceiros. Já o administrador é aquele que administra, que gere uma situação a fim de obter o melhor resultado e faz

---

<sup>131</sup> Jorge Lobo, op. cit., p.20,309-310.

<sup>132</sup> Nelson Abrão, op. cit., p. 446.

<sup>133</sup> Idem p. 456 e 503.

com autoridade suprema<sup>134</sup>, não ficando a margem do interesse dos administrados, mas tão somente a regras previamente estabelecidas e, na concepção do Direito Falimentar moderno, é o individuo responsável pelo reerguimento da empresa<sup>135</sup>, aquele que deve velar pela manutenção da empresa economicamente viável. As diferenças conceituais e finalísticas dos termos é significativa, no entanto, a Nova Lei Falimentar, apesar de adotar denominação mais moderna, para indicar o elemento que auxiliará o juízo no procedimento falimentar, não conferiu os poderes necessários para que o administrador judicial defenda os interesses públicos<sup>136</sup> sobre a empresa, conferindo-lhe as mesmas e restritas atribuições que a antiga lei conferia ao síndico, qual seja, a de, basicamente, velar pelo correto procedimento falimentar, de arrecadar os bens do falido e realizar o ativo conforme preceitua a lei, e agora, ainda, na nova lei, conforme permitir a assembléia de credores<sup>137</sup>.

O Administrador Judicial do Direito Falimentar moderno, possui instrumentos hábeis para preservar a empresa, não é representante dos credores, nem do devedor, age independentemente da vontade dos credores, pode apresentar ao juízo da falência plano de recuperação judicial e praticar outros atos destinados a preservação da empresa<sup>138</sup>. Representa o interesse da coletividade sobre a empresa, ele é nomeado pelo juízo da falência, dentre profissionais especializados na recuperação de empresas. Nesse aspecto a Nova Lei Falimentar deu um importante avanço, pois o síndico deveria ser escolhido entre os maiores credores do falido e, somente após a recusa sucessiva de três nomeados, poderia ser indicado, pelo juízo, pessoa estranha ao procedimento falimentar<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI

<sup>135</sup> “As leis francesas 85-98 e 85-99 instituíram o administrador judicial como o responsável pelo reerguimento da empresa.”(Nelson Abrão, op. cit., p. 192.).

<sup>136</sup> “É ponto pacífico, aceito e consagrado universalmente, que o legislador deve inspirar-se, na elaboração das novas regras do direito concursal, em normas de direito público e por de lado o caráter privatístico que sempre o dominou...” ( Jorge Lobo, op. cit., p. 19.).

<sup>137</sup> Art. 22 e art. 145 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>138</sup> “Art. 81 da Lei 85-98, segundo o qual o administrador é responsável pela elaboração e apresentação de um relatório que especifique a situação econômica e social da empresa, propondo seja um plano de recuperação, seja liquidação judiciária.”( Jorge Lobo, op. cit. p. 229.).

<sup>139</sup> Art. 60 do Decreto-Lei 7.661 de 21 de junho do 1945

A Nova Lei Falimentar permite que seja nomeado administrador judicial pessoa jurídica especializada, no entanto, não confere os poderes necessários para que o administrador possa intervir no procedimento falimentar afim de preservar a empresa economicamente viável, como seria salutar em uma lei que pretende a recuperação das empresas em dificuldades.

Pontes de Miranda<sup>140</sup>, analisando a antiga lei falimentar, no que se refere a forma de extração do valor dos bens constituintes da massa falida, faz menção a venda englobada dos bens quando haver contrato de locação que possa ser renovado, protegido pelo decreto nº24.150, de 20 de abril de 1934, indicando que o síndico deveria proceder a venda do estabelecimento comercial na sua integridade, incluindo-se na alienação a transferência do contrato de locação.

A nova lei falimentar não faz menção ao decreto nº24.150, de 20 de abril de 1934, por óbvio, tendo em vista que a antiga lei de falências já afastava a obrigatoriedade do síndico realizar a venda englobada dos bens, deixando que o síndico, conforme o caso concreto, realiza-se a venda separada ou englobada dos bens, dado a conveniência de tais formas, podendo optar pela resolução do contrato de locação<sup>141</sup>.

A antiga lei não obrigava o síndico a tentar, primeiramente, a venda englobada, para após proceder a venda separada dos bens, a preocupação que o síndico deveria ter, era a de vender os bens de forma a auferir o maior valor possível para a satisfação dos credores, não se preocupando diretamente com a manutenção da empresa, mas tão somente com venda dos bens para satisfação dos credores. A nova lei falimentar, e toda a sua carga de preservação da empresa, não faz menção ao antigo decreto que protegia o estabelecimento comercial com contrato de locação renovável, dado ao caráter preservador da lei, então, o Administrador Judicial, dentre as inúmeras funções que possui, enumera a lei que o administrador fará a realização do ativo

---

<sup>140</sup> Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXIX. Rio de Janeiro, 1960. p. 294.

<sup>141</sup> Idem.

conforme a forma e ordem prescrita em lei<sup>142</sup>, não importando a vontade da assembleia de credores quanto a forma de realização do ativo, podendo o administrador judicial realizar o ativo sob mais de uma forma dentre as prescritas pela lei, então cabe ao administrador judicial optar a forma pela qual realizará o ativo.

Sendo a reivindicação social pela manutenção da empresa economicamente viável, deve o administrador realizar o ativo sob a forma prescrita em lei, quanto a modalidade<sup>143</sup> em que se dará a realização do ativo, cabe ao administrador judicial optar por aquela que facilite a preservação da empresa, podendo optar pelas modalidades previstas pela lei, sendo livre a escolha da modalidade, ou outras modalidades<sup>144</sup>, estas que se homologadas pela assembleia de credores, vinculam seu deferimento pelo juiz, caso contrário, isto é, não havendo aprovação pela assembleia de credores, o Juiz apenas considerara a manifestação do comitê de credores e do Administrador judicial para deferir outras formas de alienação não previstas na lei e não aprovadas pela assembleia de credores, então, o Administrador Judicial tem a possibilidade de realizar o ativo conforme o fim da nova lei, qual seja a de preservar a empresa economicamente viável, pois o juiz devera considerar sua manifestação neste sentido.

Os dados necessários ao convencimento do magistrado serão apresentados pelo administrador judicial de forma objetiva, com a mostra de planilhas e outros dados contábeis que assegurem a viabilidade econômica da empresa, vendida como um todo, independente do valor a ser alcançado com a alienação.

Surge, após a decretação da falência, a possibilidade de preservação da empresa, na realização do ativo, independentemente da vontade dos credores, fica, assim, o juiz, adstrito apenas a viabilidade econômica da empresa, devendo considerar apenas a empresa, tendo papel decisivo, neste dado, o administrador judicial, que neste momento do processo falimentar, fica livre do interesse da assembleia de credores e do

---

<sup>142</sup> Art. 140 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>143</sup> Art. 142 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>144</sup> Art. 145 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

comitê dos credores, podendo exercer o que se espera de um administrador judicial moderno, que é a análise do perfil econômico da empresa e sua viabilidade e, tendo a nova lei falimentar afastado a sucessão dos encargos da empresa falida, inclusive os encargos trabalhistas e fiscais, fica facilitada a preservação da empresa.

Importa saber que a lei não impõe que administrador judicial proceda a realização do ativo conforme a maior arrecadação possível, mas o que é conveniente conforme o tipo de modalidade adotada e não pela forma adotada, isto é, o administrador judicial deve optar pela forma de realização do ativo enumerada pelo artigo 140 da nova lei de falências, devendo ser observada a ordem prescrita em lei, sendo obrigatória a observação da ordem de preferência, que somente será afastada se demonstrado objetivamente a inviabilidade da forma preferencial segundo as condições de viabilidade da preservação da empresa.

Definida a forma ou as formas conjuntas de realização do ativo, passa para a escolha da modalidade de realização do ativo definida no art. 142. da lei falimentar, ou por outra modalidade não prevista em lei, mas desde que aprovada pela assembléia de credores, caso em que o juiz deverá homologar a modalidade adotada, caso a assembléia rejeite a proposta alternativa, o juiz decidirá qual a modalidade a ser adotada, levando em consideração a manifestação do comitê de credores e do administrador judicial.

O juiz deve considerar que a regra é a preservação da empresa, ainda que isto seja feito com a arrecadação de valores menores para a massa falida. A ab-rogada lei de falências previa que o síndico poderia realizar a venda de bens englobada ou separadamente, dependendo a escolha pela natureza dos bens, a ligação ou conexão que entre eles existisse ou ao fim econômico que se destinam<sup>145</sup> e dos preços que se possam ser obtidos pelo conjunto ou por alguns bens em face dos fatores que, em dado momento, estimulam a concorrência<sup>146</sup>, como por exemplo, a demanda de certo

---

<sup>145</sup> Trajano Miranda Valverde, Comentários à lei de falências: (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). Rio de Janeiro: Forense, 1999.ob cit., nº.722;

<sup>146</sup> J.C. Sampaio de Lacerda, op. cit., p.204.

produto que está em falta no mercado, ou seja, o síndico deveria avaliar qual melhor forma de fazer a liquidação do ativo, considerando todos os aspectos expostos e optar por uma ou outra forma e submeter a modalidade de alienação a forma de realização do ativo adotada, a antiga lei, bem como a nova lei de falências, não impõe que o síndico, ou agora o administrador judicial, deve realizar o ativo de forma a conseguir o maior valor possível sobre o ativo, mas agora não faculta a opção da escolha de uma forma ou outra segundo a arrecadação que irá se obter, mas segundo a possibilidade de preservação da empresa economicamente viável.

A Nova Lei de Falências tem por escopo a preservação da empresa, e não mais a satisfação plena dos credores, como se dava na antiga lei de falências, e não há impedimentos para que isto ocorra após a decretação da falência, ao contrario, a nova lei de falências enumera as formas de realização do ativo, tornando obrigatório o procedimento previsto pela lei, devendo o administrador obedecer a ordem de preferência enumerada pela lei<sup>147</sup> e de modo que seja possível a operação rentável da empresa<sup>148</sup>.

É possível, então, preservar a empresa, caso os planos de recuperação não atinjam o objetivo de preservar a empresa, pelos motivos expostos anteriormente, qual seja, ao número de interesses em jogo e a desproporcionalidade de poderes entre os credores e devedor, e a total inoperância do administrador judicial e do estado-juiz nesta fase do procedimento falimentar, sendo, ai, verdadeiramente um processo de jurisdição voluntária, dado a total dependência do estado-juiz ao que transigem as partes<sup>149</sup>. Parece-nos que a Nova lei falimentar tem dois momentos, um primeiro momento dado ao devedor e credores para que, juntos, recuperem a empresa, e um segundo momento, dado ao interesse público, que através do administrador judicial e do estado-juiz, seja possível a preservação da empresa e todos os bens que a compõe, independentemente da vontade do devedor e dos credores, em especial a força de

---

<sup>147</sup> Art. 140 da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>148</sup> Idem.

<sup>149</sup> Alcides Alberto Munhoz da Cunha em conferencia realizada, por ocasião da “Semana Rubens Requião”, em junho de 2005 na Universidade Federal do Paraná.



trabalho, tendo em vista o que foi exposto no capítulo 4, item 4.2, em que tratamos da definição de empresa.

A Nova Lei Falimentar prescreve que a forma pela qual deve ser realizada a alienação dos bens se dará segundo a ordem definida pela lei, ou por outra forma ou formas que convenham a realização do ativo<sup>150</sup>, note-se que a legislação é obscura, no *caput* do artigo 142, do aludido diploma legal, há referência aos bens e, diante do exposto no capítulo 4, item 4.4, os bens formam o estabelecimento comercial e são apenas um aspecto da empresa, já nos incisos do aludido artigo, há referência à empresa<sup>151</sup>, e como foi exposto sabemos que os componentes da empresa englobam os bens que a compõe, a atividade, a força de trabalho e toda a organização da atividade, então, faz necessário esclarecer que as formas de alienação são referentes a empresa como um todo, ou seja, tudo aquilo que compõe a empresa e que permitem possibilitem a realização da atividade para qual foi criada, inclusive com a força de trabalho.

A Lei falimentar em vigor, também não diz como deve ser verificados os critérios que irão definir qual será a melhor forma de realização de ativo, diz apenas que deverá ser observada a ordem “preferencialmente” sem, no entanto, definir quais critérios seriam capazes de afastar a ordem preferencial, mas que podemos entender como sendo o critério de viabilidade econômica da empresa, da permanência da atividade, e não através do valor que será alcançado a realização do ativo, tendo em vista que o escopo da nova lei é preservar a atividade em prol do interesse público e não mais apenas de satisfazer o direito de crédito dos credores.

---

<sup>150</sup> Art. 140. da Nova Lei Falimentar, Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

<sup>151</sup> (...)... I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados

## 7. MODALIDADES DE REALIZAÇÃO DO ATIVO

O artigo 142 da lei falimentar vigente, prescreve algumas modalidades para realização do ativo, enumera as modalidades de alienação por leilão, por propostas fechadas e por pregão. Prevê que poderão ser adotadas outras modalidades de alienação, conforme deliberação da assembleia de credores, cabendo ao Juízo, após a manifestação obrigatória do Ministério Público, obrigatoriamente, homologar a modalidade deliberada.

As modalidades por leilão e por propostas já eram utilizadas, com a Nova Lei há possibilidade de realizar o ativo por pregão, que é uma forma híbrida do leilão com a modalidade de propostas fechadas, confere maior agilidade e menores custos para a massa, com um possível aumento do valor do ativo, tendo-se em vista a propostas terá como valor referencial inicial o da avaliação e somente prosseguiram no leilão, aqueles que alcançarem 90% do maior valor ofertado, prosseguindo-se no leilão.

A não obrigatoriedade da proposta, ou lance, no valor da avaliação, beneficia a manutenção da atividade, considerando-se que a venda englobada dos bens, ou do estabelecimento, facilitará a venda conjunta, em razão dos bens somarem no conjunto, inclusive bens que não teriam valor comercial, quando isolados, mas acabam por reforçar o interesse sobre o conjunto de bens, até com valores maiores para massa.

O §2º do artigo 142 da lei falimentar, permite que sejam feitas propostas inferiores ao valor da avaliação, o que é um disparate na realização do ativo, pois a lei deve proteger o interesse dos credores, deixando aberta a possibilidade fraudes na realização do ativo, onde devedor e alguns credores, e até mesmo com participação do Administrador Judicial, podem prejudicar interesses de credores, de terceiros até do próprio devedor, este sabendo que o ativo poderá ser realizado por valor inferior ao da avaliação, certamente provocará uma dilapidação do patrimônio da empresa, tomando para si esses bens, esvaziando a possibilidade de prosseguimento das atividades do estabelecimento.

## 8. CONCLUSÕES

O direito falimentar moderno tem a difícil função de regular os litígios que versam sobre direito de crédito de credores sobre os devedores, tendo que regular as relações econômicas dos empresários, sem tratar desigualmente credores e devedores e, ainda, manter o equilíbrio concorrencial de mercado. Somando-se a essa difícil missão, aparece o interesse público e o interesse social sobre a empresa, esta que se torna elemento imprescindível ao desenvolvimento da sociedade e do estado. A recuperação da empresa, na nova lei falimentar, permite que seja mantida a atividade da empresa impedindo que seja declarada a falência desta, porém a nova lei de falências ficou aquém das expectativas, tendo em vista os defeitos que possui, e que podem dificultar os procedimentos recuperatórios. Sendo ineficaz, ou inexistente o procedimento de recuperação da empresa, não há outra opção se não a declarar a falência da empresa e, assim, permitir a manutenção da atividade da empresa viável através da realização do ativo.

O Juiz e o Administrador Judicial não podem ser afetados pela pressão de credores e devedores em realizar o ativo conforme seus interesses particulares, devem ter por objetivo a manutenção da atividade da empresa e de tudo mais que ela proporciona à sociedade, é claro que isto não significa que a empresa deve ser mantida a qualquer custo, mas também não se pode ceder a conveniência de liquidação da empresa e a extinção da mesma, por certo que manter a empresa economicamente viável será um processo mais longo e até menos rentável aos credores e devedor, no entanto, esses tiveram a oportunidade de manter a empresa economicamente viável, antes mesmo de esta ser declarada falida, agora após a decretação da falência o interesse público deve prevalecer, devendo o administrador judicial ter como objetivo preservar a empresa viável, sendo assim entendemos ser possível a manutenção da atividade da empresa após a decretação de falência, o que somente o tempo e a prática dos tribunais confirmaram essa realidade, cabendo aos Juristas e Doutrinadores construir o entendimento correto para a solução dos litígios comerciais e, assim,

definirem os caminhos a serem percorridos no vácuo deixado pela lei e que levem a preservação da empresa economicamente viável.

## BIBLIOGRAFIA

1. ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**, 5ª. Ed. atualizada e ampliada por Carlos Henrique Abrão. –São Paulo : Universitária de Direito, 1997;
2. ————. **Direito Bancário**. 8. ed. rev., e atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. – São Paulo : Saraiva, 2002;
3. ALMEIDA, Amador Paes. **Manual Das Sociedades Comerciais**. 10. ed., São Paulo;
4. ÁLVARES, Walter T. **Curso De Direito Falimentar**. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979;
5. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**; Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965, vol. 1, c. XVII E XVIII;
6. ————. **Direito Romano** –vol 1. –6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998;
7. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. ed. –Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
8. AULETTA, Giuseppe. **L'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al Codice Civile del 1942**. In: 1882-1982 Cento Anni dal Codice di Commercio. Milano: Giuffrè, 1984;
9. BERTOLDI, Marcelo M., **Curso Avançado De Direito Comercial**. São Paulo: RT, 2001;
10. BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998;
11. BOUZON, E.. **O Código de Hammurabi**, Petrópolis, Vozes, s.d.;

12. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 9 de fevereiro de 2005;
13. BRASIL, **Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Regula a falência do comerciante. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 21 de junho do 1945;
14. BULGARELLI, Waldirio, **Tratado De Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, s.d.;
15. ————. **Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999;
16. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado De Direito Comercial Brasileiro**. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1;
17. COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial**, volume 1. –7ª. ed. rev e atual. de acordo com o novo código civil e alterações da LSA. –São Paulo : Saraiva, 2003;
18. ————. ————. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1;
19. DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO SÉCULO XXI;
20. ENGELS, Friedrich, 1820-1895/**A Origem Da Família, Da Propriedade Privada E Do Estado**/Friedrich Engels; tradução de Leandro Konder.- 13 ed. \_Rio de Janeiro: Bertrande Brasil, 1995;
21. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo, Saraiva, 1962;
22. FRANCO, Vera Helena de Mello. **Lições De Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1995;

23. INACARATO, Márcio Antonio. **Revista De Direito Civil Imobiliário, Agrário, Empresarial**. Ano 5, abril/junho 1981. ed. RT;
24. JÚNIOR, J. CRETILLA - **Curso de Direito Romano**; 19ª edição; Ed. Forense; Rio, 1995;
25. LACERDA, José Candido. Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 6ª. ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959;
26. LARA PEINADO, Federico, **Código de Hammurabi**, Madrid, Editora Nacional, 1982. (Marky, Thomas, *Curso Elementar de Direito Romano*, ed. Saraiva, 6ª ed., 1992) Saraiva, 1998;
27. LOBO, Jorge. **Direito Concursal Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999;
28. MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: Empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. Ed. revista e atualizada. –Rio de Janeiro, Forense, 2003;
29. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo XXIX. Rio de Janeiro, 1960;
30. REQUIÃO, Rubens. **Curso De Direito Comercial**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, Vol. 1;
31. —————. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, Vol 1;
32. —————. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, Vol. 1;
33. TRICI, J. R. C.; AZEVEDO, L.C. - **Lições de História do Processo Civil Romano**; Ed. Revista dos Tribunais, c. 3,4 e 5;

34. VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários À Lei De Falências:** (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

35. WALDRAFF, Célio Horst .**O Tratamento Jurídico do Empregador Insolvente e a (Nova) Lei de Falência.** Curitiba, Ed. Gênese, 2005