

CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO

Aprovado em 29.08.2000

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Alberto Farracha de Castro', written over a vertical line that serves as a separator or underline.

**REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS
EM DIFICULDADES FINANCEIRAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

**Orientador:
Prof. Dr. Alfredo Assis Gonçalves Neto**

CURITIBA

2000

*Há que se refazer os caminhos,
ousar muito além do previsto,
alçar-se em vôos mais altos.
Há que se repensar os atos,
desprender as amarras,
libertar-se dos formalismos.
Há que viver com fé,
sem perder a esperança,
e sem temer recomeços.
Há que se ter transparência,
mostrar no brilho dos olhos,
a paz que existe na alma.*

Proposta - Wagner Rocha D` Angelis

Dedico esse trabalho:

Ao Professor Doutor Alfredo Assis Gonçalves Neto, excepcional comercialista, orientador deste trabalho, cujas idéias e ensinamentos foram indispensáveis para a conclusão desse estudo.

Aos meus pais, Stela e Carlos Alberto F. de Castro, sempre dispostos a resolver e auxiliar na superação das minhas dificuldades; exemplo de vida e dedicação aos filhos.

À minha amada esposa Daniela. Companheira inseparável, principalmente no sofrimento e na dor, e não apenas nas vitórias e alegrias. Obrigado pela paciência e compreensão durante o período que demandou este trabalho. Eternamente Daniela.

AGRADECIMENTOS

Para alguns cientistas e estudiosos, os agradecimentos são desnecessários, posto que desprovidos de cunho intelectual. Para outros são cansativos e demagógicos. No caso vertente, porém, os agradecimentos são imprescindíveis. Afinal, não fossem os incentivos e esforços das pessoas ora nominadas, inexoravelmente, este estudo não seria possível.

Assim, agradeço expressamente aos meus familiares, companheiros de escritório, professores do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFPR, em especial aos Professores Doutores Luiz Alberto Machado, Luiz Edson Fachin e Eduardo de Oliveira Leite

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
PARTE I - SOLUÇÕES PARA A CRISE ECONÔMICA DA EMPRESA	
CAPÍTULO 1 - O DIREITO	5
1.1 DIREITO PRIVADO.....	5
1.1.1 Dicotomia do Direito Privado.....	5
1.1.2 O Empresário.....	7
1.1.3 A Unificação do Sistema de Insolvência - Uma Proposta para Reflexão.....	10
1.2 DIREITO CONCURSAL.....	14
1.2.1 O Instituto da Falência.....	14
1.2.2 Intervenção e Liquidação Extrajudicial.....	16
1.2.3 Insolvência Civil.....	20
1.2.4 Aspectos do Direito Concursal Moderno.....	21
CAPÍTULO 2 - DO SANEAMENTO DA EMPRESA	25
2.1 MEIOS EXTRAJUDICIAIS.....	25
2.1.1 Pacto com Credores.....	25
2.1.2 Incorporação.....	26
2.1.3 Mudança na Administração.....	27
2.1.4 Autogestão dos Funcionários.....	28
2.2 MEIOS JUDICIAIS: CONCORDATA PREVENTIVA.....	29
2.2.1 Finalidade.....	30
2.2.2 Requisitos.....	32
2.2.3 Prazo para Cumprimento.....	38
2.2.4 Críticas.....	39
CAPÍTULO 3 - DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA FALIDA	42
3.1 DIREITO COMPARADO.....	42
3.1.1 Itália.....	43
3.1.2 França.....	44

3.1.3	Portugal	46
3.1.4	Estados Unidos.....	48
3.1.5	Argentina.....	51
3.1.5.1	Tendências do direito comparado	52
3.2	BRASIL	53
3.2.1	Evolução Histórica	53
3.2.2	Considerações sobre o Decreto-lei n.º 7.661/45.....	56
3.2.3	O Decreto-lei n.º 7.661/45 em face da Constituição de 1988	61
3.2.4	Possibilidade de Continuidade dos Negócios na Falência	64
3.2.5	As Omissões na Continuidade dos Negócios.....	65

PARTE II - DESENVOLVIMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA

FALIDA

CAPÍTULO 4 - CONTINUIDADE DOS NEGÓCIOS-PARTES	69
4.1 LEGITIMIDADE ATIVA.....	69
4.1.1 Falido	69
4.1.2 Síndico	70
4.1.3 Juiz	73
4.1.4 Ministério Público.....	74
4.1.5 Funcionários e Credores.....	75
4.2 ADMINISTRAÇÃO DA MASSA FALIDA	75
4.2.1 Síndico	75
4.2.2 Gestor de Negócios	80
4.2.3 Juiz	81
4.2.4 Ministério Público.....	83
4.2.5 Credores e Funcionários.....	83

PARTE III - CONSEQÜÊNCIAS E PERSPECTIVAS NA CONTINUIDADE DOS NEGÓCIOS DA EMPRESA

CAPÍTULO 5 - RESULTADO DA CONTINUIDADE.....	86
5.1 OBJETIVO	86
5.1.1 Preservação da Empresa.....	86

5.1.2	Aspecto Social.....	87
5.1.3	Manutenção dos Empregos e Credores	88
5.2	INSUCESSO DAS ATIVIDADES.....	89
5.2.1	Conseqüências Imediatas	89
5.2.2	Apuração das Responsabilidades	91
5.2.3	O Papel do Estado e dos Credores	91
5.2.4	A Responsabilidade do Síndico e do Gestor de Negócios	92
5.2.5	Penalidades.....	95
	CAPÍTULO 6 - CONSIDERAÇÕES AO PROJETO DE LEI N.º 4.736/93	97
6.1	COLMATAÇÃO DAS LACUNAS	99
6.1.1	Positivção da Jurisprudência	99
6.1.2	Plano de Recuperação Econômico e Financeiro	100
6.1.3	Alternativas	101
6.1.4	Encerramento do Plano	103
6.2	INOVAÇÕES	104
6.2.1	Credores	104
6.2.2	Administrador Judicial.....	105
6.2.3	Comitê de Credores.....	106
6.2.4	Manutenção do Devedor na Administração	107
	CONCLUSÃO.....	108
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	110

INTRODUÇÃO

A empresa, na sociedade atual, assumiu papel de importância fundamental, constituindo-se fonte de empregos, tributos e divisas. O fenômeno da globalização, inexoravelmente, aumentou a concorrência entre mercados e, por conseguinte, acentuou a crise econômica de diversas empresas, outras vezes ocasionadas por fatores externos (por exemplo: planos econômicos malsucedidos,¹ mudanças na política cambial ou fiscal, mudanças na taxas de juros etc.), ou mesmo fatores internos (por exemplo: sucessão do sócio majoritário, divergências entre os acionistas, baixa produtividade, excesso de estoques, maquinário obsoleto etc.).

Assim, “a busca de soluções para a crise econômica da empresa constitui um esforço dos hodiernos estudiosos do Direito”.² Nesse desiderato, incumbe ao jurista a missão de corrigir descompasso instalado entre o direito positivo e a realidade social.

Nessa tentativa, procuram-se tanto soluções extrajudiciais como judiciais.

O desafio do presente estudo diz respeito à apresentação de considerações sobre o regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras, com a finalidade de auxiliar os operadores do direito no exame da matéria.

Não se pretende aqui apresentar soluções inquestionáveis, mas apenas idéias, com a finalidade de avivar o debate, cujo resultado contribua para uma sociedade mais justa e solidária, garantindo o pleno emprego, como almejado pelo legislador constituinte (art.3.º *caput*, e 170 da CF/88).

Trata-se, portanto, de um trabalho simples e humilde, sem pretensão outra que a pesquisa e o estudo do direito.

¹Lembre-se do Plano Cruzado, Plano Bresser, Plano Collor etc.

²ABRÃO, Nelson. **O novo direito falimentar** : nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p.1.

É preciso esclarecer que o trabalho preocupa-se apenas com a crise da empresa no plano jurídico, não se envolvendo com problemas eminentemente econômicos. Essa ressalva é imprescindível pelo fato que

[...] como a crise econômica leva as empresas à quebra e devem se submeter ao regime concursal, tem-se feito confusão entre as deficiências próprias do regime concursal e as reformas da empresa e aquelas do próprio modelo econômico. Não é difícil verificar assim, que há no fundo, um problema ideológico, pois procura-se ocultar através das tentativas de reforma da lei de falência, as reformas que deveriam se processar em outras áreas; enfim, debita-se à lei falimentar, o que é devido por outrem.³

O fio condutor do estudo centra-se na exigência de preservação da empresa economicamente viável, ainda que atravessando dificuldades financeiras imediatas, mas passíveis de reversão.

Nesse passo, é importante proceder a uma investigação do direito concursal, o que exige a análise da dicotomia do direito civil e comercial e do direito comparado, até alcançarmos a revisão dos conceitos inerentes ao direito falimentar, de modo que se possa interpretá-lo à luz da Constituição Federal, que, ao tratar da ordem econômica, elege como princípio básico a busca do pleno emprego (art.170, VIII), que corresponde ao princípio da preservação da empresa, conforme lição externada pelo Prof. Alfredo Assis GONÇALVES NETO, no sentido de que:

[...] ao princípio da busca do pleno emprego, por exemplo, corresponde o da preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica.⁴

³BULGARELLI, Waldírio. **O novo direito empresarial**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p.156.

⁴GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba : Juruá, 1998. p.99.

A metodologia utilizada funda-se no pensamento sistemático, pelo fato de que o Direito não se resume à lei. Em verdade, é muito mais. Cuida-se de um processo axiológico, cabendo ao intérprete uma avaliação e hierarquização dos princípios e valores, como forma de solucionar os problemas reais, preservando a unidade do sistema, vez que não é apenas a vigência de um novo diploma que irá dirimir todos os problemas concretos inerentes ao direito concursal.

PARTE I

SOLUÇÕES PARA A CRISE ECONÔMICA DA EMPRESA

CAPÍTULO 1

O DIREITO

1.1 DIREITO PRIVADO

O estudo do regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras exige previamente uma investigação – ainda que de forma sucinta e despretensiosa – do direito privado, principalmente da dicotomia direito civil e comercial, como forma de entender os diversos sistemas que tratam da recuperação e/ou liquidação das empresas em dificuldades.

1.1.1 Dicotomia do Direito Privado

O Direito Comercial constitui-se um ramo do direito privado, coexistindo com o direito civil.

O Direito Comercial, na verdade, “ é o ramo do Direito Privado que regula pessoas, bens e relações jurídicas em função do exercício da atividade mercantil”.⁵

O Direito Comercial é extremamente dinâmico, inovador e cambiante.

O Direito Civil, por sua vez, “é o que regula, os bens e suas relações, em geral, na ordem privada (Cód. Civil, art.1.º)”.

Já no século passado, discutia-se a unificação do direito privado, podendo ser destacado o Esboço de Projeto de Código Civil, de 1867, de Augusto Teixeira de Freitas.

⁵GONÇALVES NETO, p.19.

O debate perdura até os dias atuais.⁶

O Código Civil de 1916, porém, ainda que contenha parte geral, optou pela separação das obrigações civis e comerciais

Projeto do novo Código Civil, aprovado pelo Senado Federal,⁷ todavia, à semelhança⁸ do Código Civil Italiano, dedica todo o Livro II, denominado “Do Direito de Empresa”, à regulação da empresa e do empresário.

Dentro dessa perspectiva, parcela da doutrina nacional sustenta que não se pode mais vislumbrar o Direito Comercial como um conjunto de normas restritas aos comerciantes, e sim, aplicáveis a todos os cidadãos indistintamente.⁹

Essa situação, todavia, não retira a autonomia do Direito Comercial como ciência, pois, como já dissera o Prof. Alfredo ROCCO:¹⁰

⁶Sobre a dicotomia do Direito Privado e tentativas de unificação, ler, dentre outros: GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba : Juruá. 1998. p.19-22; MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 13.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. p.32-37; REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23.ed. São Paulo : Saraiva, 1993. v.1, p.18-24.

⁷Trata-se do Projeto 634/75, aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, que no Senado Federal recebeu o n.º 118/84, onde também foi aprovado com emendas, retornando à Câmara para que as apreciasse. Uma de suas últimas versões encontra-se publicada no Diário da Câmara dos Deputados, Ano LIII, Suplemento ao n.º 21, em 05.02.98;

⁸Diz-se semelhança porque o Projeto do novo Código Civil não se limitou a copiar o modelo italiano. Na verdade, existem diferenças entre ambos, dentre as quais pode-se destacar o fato que o projeto brasileiro não regula a disciplina jurídica do trabalho, como ocorre com o CC Italiano.

⁹A respeito Francisco Wildo Lacerda DANTAS (In: **Manual jurídico da empresa**. Brasília : Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998. p.314-315) ensina que: “O Projeto do novo Código Civil dedica todo o Livro II, intitulado ‘Do Direito de Empresa’, à disciplina desse instituto. Acompanha, no entanto, a disciplina do Código Civil Italiano que lhe serviu de modelo. Define o empresário (*imprenditore*), no art. 969, assim considerado: “[...] quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”, onde demonstra ter acolhido o perfil funcional, sem contudo conceituar a empresa. Vale a mesma dedução de que a empresa é a atividade porque, de modo semelhante, define o estabelecimento (*azienda*), no art. 1.142, como “[...] complexo de bens organizados, para o exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária”. [...] O novo Projeto coroou a progressiva ‘generalização’ das normas jurídicas mercantis, na tendência sempre revelada da disciplina uniforme da prática econômica, tornando-a aplicável, indistintamente, a todos os cidadãos, no fenômeno identificado como ‘comercialização do direito civil’ ou ‘civilismo do direito comercial’.”

¹⁰ROCCO, Alfredo, apud REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, p.21.

Ora, que as normas concernentes ao comércio e as concernentes à vida civil estejam contidas em um ou em dois códigos não é coisa que tenha grande importância sob o ponto de vista científico. O direito comercial poderia permanecer autônomo e, portanto, a ciência comercial uma ciência jurídica autônoma, ainda que as normas do direito comercial estivessem contidas em um código único, conjuntamente com as do direito civil das obrigações.¹¹

Ainda que o direito civil e o direito comercial constituam-se ciências autônomas, no âmbito do sistema da insolvência a unificação formal e material da legislação apresenta-se como uma alternativa para solução de muitos dos problemas existentes, principalmente a preservação da empresa que atravessa dificuldades econômicas transitórias.

Antes, porém, de analisar esse tema, impõe-se a delimitação do que seria a figura do empresário, e, por conseguinte, da empresa, para fins do direito falimentar.

1.1.2 O Empresário

A empresa constitui a base do Direito Comercial contemporâneo, o que não afasta a problemática de conceituação daquela ou mesmo do comerciante.

Atualmente, o conceito tradicional de comerciante foi substituído pelo de empresário. Do mesmo modo deixou-se de analisar os atos de comércio isolado, passando ao estudo da atividade organizada desenvolvida pelo empresário.

O Projeto do Código Civil, seguindo o modelo italiano e em consonância com a jurisprudência contemporânea, em seu artigo 965, *caput*, “considera empresário que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou

¹¹No mesmo sentido a posição de Waldírio BULGARELLI (In: **Direito comercial**. 11.ed. São Paulo : Editora Atlas, 1995. p.59): “não obstante a pretendida – e em alguns casos efetivada realmente – fusão das normas civis e comerciais, num mesmo corpo de leis, ou códigos, não elimina a autonomia do direito comercial; pelo contrário, demonstrada substancialmente a autonomia do direito comercial, é de se ver que se compatibiliza perfeitamente como a unificação formal do direito privado. A propósito, assinalava Carvalho de Mendonça, a respeito do problema no direito brasileiro, que ‘as diferenças que subsistem (após a unificação do processo) entre o direito civil e o direito comercial nada têm de essencial. Bem poderíamos fundir as matérias que lhes são comuns, isto é, os contratos e obrigações e ainda a falência, estendendo-as, oportunamente, aos não-comerciantes’.”

circulação de bens ou de serviços”.¹² No parágrafo afasta a qualidade de empresário daquele que 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.

Silvio MARCONDES bem esclarece que esse conceito apresenta três elementos que formam a noção de empresário, quais sejam:

Em primeiro lugar, trata-se de atividade econômica, isto é, atividade referente à criação de riquezas, bens ou serviços. A economicidade da atividade está na criação de riquezas; de modo que aquele que profissionalmente exerce qualquer atividade, que não seja econômica ou não seja atividade de produção de riquezas, não é empresário. Em segundo lugar, esta atividade deve ser organizada, isto é, atividade em que se coordenam e se organizam os fatores da produção: trabalho, natureza, capital. É a conjugação desses fatores, para produção de bens ou serviços, que constitui a atividade considerada organizada, nos termos do preceito do Projeto. Finalmente, ela é uma atividade profissional: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente[...]”, isto é, a habitualidade da prática da atividade, a sistemática dessa atividade e que, por ser profissional, tem implícito que é exercida em nome próprio e com ânimo de lucro.¹³

Inegável, portanto, a importância da conceituação da categoria jurídica da figura do empresário, principalmente para avaliar quais são os destinatários da função da norma concursal.

Destarte, para fins metodológicos e principalmente porque o presente estudo possui como fio condutor a análise do direito da empresa em dificuldades financeiras, utiliza-se como definição o contido no artigo 1.º do Projeto de Lei n.º 4.376-A, de 1993,

¹²A respeito, Fábio Ulhoa COELHO (In: **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1, p.25) assevera que “a tendência, portanto, em termos de codificação de direito privado no Brasil, tem o sentido da adoção do modelo italiano. Mas a evolução do nosso direito não está dependendo da reforma da codificação. Pode-se afirmar, com efeito, que o direito brasileiro da atualidade já se encontra bastante próximo do modelo italiano, mesmo apesar da vigência de um Código Comercial ainda inspirado, na teoria dos atos de comércio. Isto não apenas em razão da jurisprudência – ou mesmo de decisões de juízes de primeiro grau afinadas com as modernas concepções da disciplina privada da economia, de que é significativo exemplo a concessão de concordata preventiva aos pecuaristas em Minas Gerais –, mas sobretudo em função da própria legislação em vigor”.

¹³MARCONDES, Silvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo : Saraiva, 1977. p.10-11.

que trata da reforma da lei de falências e concordatas, dada a felicidade do legislador, que dissipa os debates e controvérsias existentes na aplicação da lei falimentar.

Reza o artigo 1.º do Projeto de Lei n.º 4.376-A de 1993:

Art.1.º: Esta lei institui e regula a recuperação e a liquidação judicial das sociedades comerciais e civis de fins econômicos, das sociedades de economia mista, das sociedades cooperativas e das pessoas físicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada, com objetivo de lucro.

Parágrafo único: O disposto neste artigo não se aplica:

I - aos agricultores que explorem propriedade rural para fins de subsistência familiar;

II - às sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de atividade legalmente regulamentada e aos que prestem funções ou exerçam tarefa profissional autônoma, de forma individual ou organizada.

Metodologia semelhante é utilizada pelo legislador português, posto que o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, em seu artigo 2.º, define a noção de empresa, nestes exatos termos:

Art.2.º: Considera-se empresa, para o efeito do disposto no presente diploma, toda a organização dos factores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços.

Comentando esse dispositivo, Luís A. Carvalho FERNANDES e João LABAREDA aduzem que, embora sendo

[...] o conceito de empresa um dos mais fluidos na moderna doutrina nacional e estrangeira (Cfr., para uma colocação do problema, J. Evangelista Jorge, A Monteiro Fernandes e R. Fernandes Ferreira, v. Empresa, in Polis, Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado, vol. 2, págs. 925 e segs, com referências), a lei não hesita em fazer uso de uma noção e pragmática, válida apenas no âmbito do próprio Código, sem que necessariamente lhe deva ser imputada outra pretensão ou alcance jus-científico.¹⁴

¹⁴FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João. **Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado**. 2.ed. Lisboa : Quid Juris? Sociedade Editora Ltda., 1997. p.61.

Portanto, a definição de empresa ora utilizada, não possui outra pretensão ou alcance científico, senão o de albergá-la ao regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras, possibilitando sua preservação, independentemente da atividade exercida, isto é, mercantil ou civil.

1.1.3 A Unificação do Sistema de Insolvência - Uma Proposta para Reflexão

Sem ainda adentrar no exame das instituições financeiras, no Brasil a regulamentação da recuperação, preservação e liquidação judicial de empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas são realizadas por lei esparsas.¹⁵

De outra banda, o atual Código de Processo Civil disciplina a insolvência civil. Ou seja, regula o concurso de credores, aproximando-o da falência, sem contudo unificá-los. Ao contrário, consagra o sistema dualista.

Essa tentativa, contudo, ao que nos parece, não surtiu o efeito esperado, seja porque lacunosa, seja porque não possibilita a preservação das empresas de cunho eminentemente civil, a exemplo do que ocorre com as sociedades comerciais. Senão vejamos.

- a) diversamente do que se passa com a falência, a sentença de declaração de insolvência não estipula um período suspeito, nem goza de eficácia retroativa e muito menos gera para os credores os remédios processuais revocatórios especiais de atos do insolvente. Assim, a impugnação ou desconstituição dos negócios jurídicos fraudulentos ou lesivos do devedor, realizados anteriormente à sentença declaratória, só pode ser postulada segundo as normas gerais do Direito Civil referentes a ações comuns de fraude de credores.¹⁶
- b) a falência pode ser impedida mediante recurso à concordata preventiva. Na regulamentação da insolvência civil inexistente figura análoga.¹⁷

¹⁵Decreto-lei n.º 7.661/45; Código de Processo Civil de 1973; Lei n.º 5.764/71 que trata das sociedades cooperativas.

¹⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A insolvência civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.34.

¹⁷THEODORO JÚNIOR, p.34.

- c) a Lei de Falências possibilita ao comerciante o requerimento de concordata preventiva ou suspensiva (preservação da empresa) ou continuidade dos negócios (art.74) que incoorre na insolvência civil;

É bem verdade que o artigo 795 do CPC estabelece que “é lícito ao devedor insolvente, depois da aprovação do quadro, acordar com seus credores, propondo-lhes a forma de pagamento, caso em que, não havendo oposição, o juiz aprovará a proposta por sentença”.

Porém, a morosidade processual, inerente às lides forense, inviabiliza a reabertura de uma empresa que permaneça às vezes anos paralisada, posto que ao atingir a fase processual do dispositivo em análise, as máquinas estarão sucateadas. Ademais, como bem ensina o saudoso Prof. Rubens REQUIÃO:

Essa norma está longe de configurar a concordata suspensiva de execução concursal, pois o acordo depende da concordata dos credores, não constituindo um benefício outorgado pelo Estado, através do juiz, como é da doutrina da concordata falimentar. O acordo só é possível por aceitação unânime de todos os credores. O veto de um torna impossível o acordo. Como se vê, conquanto o atual Código de Processo Civil, na hipótese de concurso universal, tenha evoluído, aproximando-se do instituto da falência, falta decisões legislativas importantes para identificá-lo como tal. [...] Como efeito, ao se ler o Código de Processo Civil no Tít. IV, relativo à execução por quantia certa contra devedor insolvente, sentimos claramente tratar-se de um procedimento falimentar, sem as vantagens e rigor com que se trata na falência o devedor comerciante insolvente.¹⁸

A Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, elencou como princípios fundamentais a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano.

Portanto, o sistema da insolvência deve ser interpretado e analisado de acordo com os princípios elencados pela Constituição Federal, sob pena de se constituir um obstáculo a preservação do crédito público e da empresa.

Assim, deve ser afastada qualquer interpretação literal e dogmática do Decreto-lei n.º 7.661/45, isto é, qualquer interpretação sem valoração crítica ou mesmo sem uma visão funcional do direito.

¹⁸REQUIÃO, Curso de direito comercial, p.82.

Do mesmo modo, a cisão do sistema da insolvência, proveniente de uma realidade em que se exigia um estatuto próprio aos comerciantes, cuja insolvência poderia abalar o crédito público e a confiança do mercado, daí a necessidade de uma proteção especial, não se mais se justifica, dada a atual importância do empresário civil na economia, cuja insolvência também pode acarretar as mesmas repercussões originadas pelos comerciantes em casos tais.¹⁹

Atente-se que o vetusto Decreto-lei n.º 7.661/45 refere-se de maneira sistemática ao comerciante individual, não distinguindo a pessoa física da pessoa jurídica.

Nesse sentido a posição de Nelson ABRÃO: “refere-se de maneira sistemática, ao comerciante individual. As sociedades mercantis, não só as chamadas de pessoas, como a sociedade por ações, são mencionadas em plano secundário”.²⁰

Na mesma esteira a abalizada posição de Jorge Pereira de ANDRADE:

A LF só atinge o comerciante. Comerciante, no Brasil, é quem pratica atos de comércio, com habitualidade, com intuito de lucro e como profissão (artigos 3.º e 4.º do Ccom). O comerciante pode ser pessoa física ou jurídica, sendo esta última qualquer tipo de sociedade mercantil (artigo 16, II do CC). Apesar de nosso direito positivo não contemplar a definição de empresário, o direito comercial moderno o admite como sendo aquele que “exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim de produção ou de troca de bens e de serviços” (artigo 2.082 do CC italiano) [...] Por outro lado, o legislador e a jurisprudência vêm admitindo o conceito de empresário, pois este, ao exercitar determinada empresa, enquadra-se por força desta atividade em normas que não mais são exclusivas de quem pratica atos de comércio e, temos verificado, decisões por tribunais alcançando empresário civil, que na realidade pratica atos de comércio.²¹

¹⁹A respeito oportuna a observação de Humberto THEODORO JÚNIOR (In: op. cit., p.32): “Para se dar um tratamento jurídica igualitário a comerciante e não comerciante, nesse tema, em realidade não é imprescindível unificar inteiramente o processo concursal. Basta que, paralelamente, os mesmos problemas enfrentados por uns e outros encontrem soluções completas, inspiradas nos mesmos critérios, embora respeitadas as diferenças inerentes às características de cada atividade. O que não se pode tolerar é que haja solução protetiva para uns, enquanto outros, em igual estado, mas por simples diferença de qualificação profissional, se vejam privado de proteção similar ou equivalente, em violação flagrante do secular princípio de justiça do ‘ubi eadem legis ratio, eadem legis dispositio’”.

²⁰ABRÃO, N., **O novo direito...**, p.163.

²¹ANDRADE, Jorge Pereira de. **Manual de falências e concordatas**. São Paulo : Atlas, 1996. p.20-21.

Pode-se dizer, então, que o sujeito passivo da falência é a pessoa, física ou jurídica, que pratica, em caráter profissional, atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens ou serviços.

Logo, interpretações como aquelas que sociedade civil e cooperativas²² não se sujeitam à falência, podem tornar-se motivo de discussões e divergências.²³ Afinal, desde que pratiquem em caráter profissional atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens ou serviços, sujeitam-se à falência.

Nesse particular, a Lei de Duplicatas n.º 5.474/68 deu grande avanço ao permitir a extração de duplicatas por prestadoras de serviços, como ensina Jorge Pereira de ANDRADE.

A duplicata, desde sua criação, sempre foi essencialmente um efeito comercial. A sua inclusão aos prestadores de serviços civis e também profissionais liberais, mesmo não sendo em caráter obrigatório, pois que obrigatória é a fatura, reflete o novo entendimento conceitual de empresário, que este exercita a empresa e que esta nada mais é que a atividade do empresário. Enquadra-se o empresário pela sua atividade, ou seja, sua empresa e a responsabilidade dela decorrente nas normas concernentes a cada atividade.²⁴

Nos Tribunais, já existe acórdão que vem ajustando certas atividades civis no sentido empresarial, como se verifica no RTJ 65/226.

Essa interpretação, ao nosso ver, encontra apoio nos princípios fundamentais da ordem econômica da Constituição Federal, seja na livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, seja na preservação do crédito público e na manutenção das empresas. Afinal, sujeitando as sociedades civis que explore atividade econômica, com o objetivo de produzir bens ou serviços ao mercado ao regime do Decreto-lei

²²À guisa de informação, o já mencionado Projeto de Lei n.º 4.376-A, de 1993, dispõe no seu artigo 1º que as sociedades cooperativas sujeitam-se à recuperação e liquidação judicial. Já o artigo 2.º do mesmo diploma dispõe que as cooperativas de crédito sujeitam-se a leis complementares, razão pela qual parece-nos que apenas essas últimas espécies de cooperativas não se encontram abrangida pelo diploma em comento.

²³Dentre os que defendem que as cooperativas não se sujeitam a falência, encontra-se Nelson ABRÃO (**Curso de direito falimentar**. 5.ed. São Paulo : Leud Editora, 1997. p.70-71).

²⁴ANDRADE, p.21.

n.º 7.661/45, tais empresas poderão impetrar concordata preventiva, a qual ainda que possua defeitos, visa preservar a empresa, o que constitui o principal objetivo do Direito Concursal Moderno.

Entendimento diverso, ao que nos parece, poderia implicar afronta ao princípio da isonomia, positivado no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal.

No Direito comparado, encontram-se posições semelhantes à que ora se apresenta, como esclarece Rubens REQUIÃO: “A tendência, no direito moderno, é a extensão da falência aos empresários civis. Na França, recente lei estendeu a falência às empresas civis de fins econômicos”.^{25,26}

O Projeto de Lei n.º 4.376/93, que trata da reforma da atual Lei Falimentar (Decreto-lei n.º 7.661/45), encontra-se em consonância com a tendência do direito comparado.

Portanto, somente uma releitura do instituto da insolvência à luz da ordem econômica constitucional possibilitará a preservação da empresa e do emprego, e, por conseguinte, a valorização do emprego e da livre iniciativa. Aliás, não se pode olvidar, que no direito concursal moderno, o Estado detém interesse direto na preservação da empresa.

1.2 DIREITO CONCURSAL

Embora a unificação do sistema da insolvência constitua uma tendência, inclusive no direito comparado, impõe-se analisar alguns regimes que tratam da falência e da insolvência civil, como aquele que regula a intervenção e liquidação das instituições financeiras.

1.2.1 O Instituto da Falência

²⁵REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. São Paulo : Editora Saraiva, 1975. p.39.

²⁶O Direito Concursal Francês é regido pela Lei n.º 95-98, de 25 de janeiro de 1985, com as modificações da Lei n.º 94-910, de 21.10.1994.

O crédito é a mola mestra da atividade mercantil, posto que possibilita a circulação de riquezas, conforme destaca Paulo Penalva SANTOS:

É inquestionável que o crédito pode ser comparado ao oxigênio para dar vida a qualquer sistema econômico, pois o mecanismo da circulação das riquezas tem nele um dos elementos essenciais de propulsão. Sem operações de créditos, as atividades econômicas encontrariam maiores limites muito estreitos para se reproduzirem, ainda maiores para se expandirem.²⁷

Crédito e confiança, portanto, estão diretamente ligados. Afinal, aquele que possui crédito, inexoravelmente, possui prazo para pagar, e se detém prazo é porque merece confiança.

A ruptura do crédito, motivada pelo não pagamento no prazo prometido, cria verdadeira desconfiança, que se não for reparada imediatamente, ocasiona uma instabilidade do comércio geral. Daí o nascimento da falência, a qual se destina a reprimir a utilização anormal do crédito.

Percebe-se, então, que a “falência é o efeito da função anormal do crédito”.²⁸

José Francelino de ARAÚJO conceitua a falência como “um conjunto de bens de execução forçada coletiva patrocinada pelo Estado que visando a proteção do crédito, como fator de riqueza, cumpre a promessa de partilhar os bens do devedor para que haja a *par conditio creditorum*”.²⁹

Rubens REQUIÃO, por sua vez, define a falência como “solução judicial da situação jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida”.³⁰ Já Trajano de Miranda VALVERDE assevera que “o instituto da falência é

²⁷SANTOS, Paulo Penalva. **Falência requerida pela fazenda pública**. Doutrina/coordenação James Tubenclak, Rio de Janeiro : Instituto de Direito, 1997. v.4, p.402.

²⁸CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1963. v.7:8, n.3.

²⁹ARAÚJO, José Francelino de. **Manual de falências e concordatas**. Porto Alegre : Sagra-Luzzatto, 1996. p.11.

³⁰REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, p.5.

o complexo de regras jurídicas, técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial, de ordem econômica, a falência”.³¹

Conclui-se, então, que todas as definições possuem uma semelhança, qual seja: o instituto da falência decorre do mau funcionamento do crédito, servindo, pois, para preservar o crédito. Ou seja, declarando falido o comerciante que utiliza o crédito defeituosamente, estar-se-á obstando que os efeitos desse ato alcance outros comerciantes que ainda o possuem. Logo, o crédito continuará preservado.

1.2.2 Intervenção e Liquidação Extrajudicial

Ensina o saudoso Professor Rubens REQUIÃO que “muitas empresas, pela sua importância no meio social e pela sua dimensão, envolvem tantos interesses privados e públicos que não é lícito nem possível ao Estado desconhecer as suas necessidades e vicissitudes. Outras, pela sua finalidade, não podem ser tratadas como uma simples organização privada, assumindo a feição, como já se as classificou, de empresas quase-públicas”.³²

Portanto, ainda que a falência de uma empresa privada do ramo de tecidos a ninguém beneficie, inexoravelmente, a falência de organizações bancárias ou securitárias acarreta repercussões financeiras e sociais gravíssimas, bem como superiores à empresa privada. Afinal, a falência das instituições financeiras gera repercussões negativas direta no mercado, podendo inclusive pôr em risco o próprio crédito, instaurando verdadeira situação de intranqüilidade.

Em face da importância das instituições financeiras e empresas com atividades afins, o Estado dedica atenção especial à insolvência dessas. Efeito disso diz respeito ao regime de insolvência dessas empresas, as quais não se sujeitam ao regramento geral, e sim a lei específica.

³¹VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentário à lei de falências**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1949. p.12.

³²REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**. 13.ed. São Paulo : Saraiva, 1992. v.2, p.199.

O artigo 17 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que trata do Sistema Financeiro Nacional, conceitua instituição financeira nestes exatos termos: “Consideram-se instituições financeiras para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”. A respeito, J.C. Sampaio de LACERDA, assevera que

[...] atualmente, estão as instituições financeiras, privadas e as públicas não-federais, bem como as cooperativas de crédito, sujeitas à intervenção ou liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo da liquidação (arts. 208 e 209 da Lei n. 6.404, de 1976) ou da falência, nos termos da legislação vigente, de conformidade com a Lei n. 6.024, de 13.3.1.974, que revogou toda a legislação anterior. As disposições desta lei serão também aplicadas às sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais (art.5.º da Lei n. 4.728, de 14.7.1.965), assim como às sociedades ou empresas corretoras de câmbio.³³

A Lei n.º 6.024, de 13.03.1974, dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

A intervenção constitui uma medida administrativa, de natureza cautelar, aplicada a empresas não federais, e que se lhes aplica em caso de sofrer prejuízo decorrentes de má administração, de reiteradas violações à lei ou em caso de comprovada insolvência. A liquidação extrajudicial, conhecida por liquidação coacta administrativa ou liquidação forçada, constitui uma forma de extinção da empresa determinada pelo Estado *ex officio*, ou a requerimento dela própria, quando ocorrerem graves indícios ou evidência de insolvência ou quando lhe for cassada a autorização para funcionar.³⁴

As anormalidades nos negócios constituem-se requisitos para a declaração de intervenção. Dentre essas, o artigo 2.º da Lei n.6.024/74 elenca:

- a) má administração;

³³LACERDA, J.C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 14.ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1999. p.326.

³⁴REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, p.201-202.

- b) infrações a dispositivos bancários;
- c) impontualidade e/ou presunção de insolvência.

No que diz respeito à liquidação extrajudicial, de acordo com o artigo 15, I e II da Lei n.º 6.024/74,

[...] será decretada *ex officio* pelo Banco Central do Brasil: a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira, especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração da falência; b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais; c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários; d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos noventa dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízo para os credores. E a requerimento dos administradores da instituição ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida, pode aquele banco oficial ainda declarar a liquidação extrajudicial.³⁵

De acordo com a Lei n.º 6.024/74, incumbe ao Banco Central do Brasil a competência para decretar a intervenção ou liquidação das instituições financeiras, cabendo ressaltar, desde logo, que a intervenção não constitui pressuposto para decretação da liquidação. Nada impede que a liquidação seja decretada de imediato. Em verdade, a intervenção visa apenas evitar a liquidação.

Havendo previsão nos estatutos sociais, os administradores das instituições financeiras podem postular pedido de intervenção ou liquidação extrajudicial.

Com a intervenção ou liquidação, os administradores ficam com os bens indisponíveis, cujo responsabilidade deve ser apurada em ação própria, nos termos do artigo 46 da Lei n.º 6.024/74.

As disposições da Lei de Falências, no que couberem e não colidirem, aplicam-se às liquidações extrajudiciais.

³⁵REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial*. São Paulo : Saraiva, 1996. v.3, p.96.

Por derradeiro, à guisa de informação, a importância da preservação e reorganização das instituições financeiras, para efeito de resguardar o Sistema Financeiro Nacional, e sobretudo os interesses dos consumidores, pode ser constatada num passado recente, quando do advento do Plano Real.

O Sistema Financeiro Nacional desenvolveu-se embasado em um processo inflacionário, que proporcionava ganhos astronômicos as instituições. Com a implantação do Plano Real, houve uma mudança radical e abrupta no cenário econômico nacional, ocasionando sérias dificuldades aos agentes financeiros, como esclarece Luiz TZIRULNIK:

A partir da implementação do Plano Real, e, portanto, diante do novo quadro de estabilidade econômico no país, constatou-se uma total incapacidade de nossas instituições financeiras em promover espontaneamente os ajustes necessários para sua sobrevivência no novo ambiente econômico e de mercado. Esta incapacidade pode ser mensurada pelo fato de, desde 01.07.1994, ter sido decretada a intervenção, liquidação extrajudicial ou regime de administração especial temporária em 22 bancos múltiplos e comerciais, ou seja, uma média de um banco por mês, até esta data. Este processo, além de gerar enormes custos financeiros e sociais, também acarreta imensuráveis transtornos especialmente aos segmentos sociais de menor poder aquisitivo.³⁶

A instabilidade e desconfiança instauradas na economia nacional obrigaram o Governo Federal a instituir o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, conhecido como PROER.³⁷

O PROER foi criado para evitar precedentes ocorridos em outros países da América Latina, como o México, Venezuela e Argentina, bem como para possibilitar que os bancos se adaptassem ao novo cenário econômico, conforme dispõe o artigo 1.º da Medida Provisória n.º 1.179, de 03.11.1995: “O Programa de Estímulo à Reestruturação ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, instituído pelo

³⁶TZIRULNIK, Luiz. **Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.27-28.

³⁷O PROER foi instituído pela Medida Provisória n.º 1.179 de 03.11.1995 e a Resolução n.º 2.208 de 03.11.1995, originando, posteriormente, a Lei n.º 9.710 de 19.11.1997, que dispõe sobre a medida de fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências.

Conselho Monetário Nacional com vistas a assegurar liquidez e solvência ao referido sistema e a resguardar os interesses de depositantes e investidores, será implementado por meio de reorganizações administrativas, operacionais e societárias, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil”.

1.2.3 Insolvência Civil

O atual Código de Processo Civil – Decreto-lei n.º 5.869 de 1973 –, nos artigos 748 a 786, disciplina a execução por quantia certa contra devedor insolvente, para aqueles casos que não se subsumem à legislação que regula a recuperação e liquidação de empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas, como, por exemplo, às sociedades civis constituídas por profissionais liberais, aos agricultores que explorem atividade rural para fins de subsistência familiar, cientistas etc.

Humberto THEODORO JÚNIOR define a insolvência civil como “um sistema de liquidação do patrimônio de determinado devedor que não dispõe de meios para satisfazer integralmente a todos os seus credores”.³⁸ E acrescenta: “Pode-se, em vista disso, definir a insolvência civil, que o Código atual denomina ‘execução por quantia certa contra devedor insolvente’, como o procedimento destinado a expropriar todos os bens penhoráveis do devedor não-comerciante, cujo passivo seja superior ao ativo, a fim de pagar a todos os seus credores, na proporção de seus créditos e de acordo com a ordem de preferências estabelecidas pela lei”.

A insolvência civil não se funda apenas no critério da impontualidade, e sim subordina-se ao *déficit* patrimonial do devedor. Em outras palavras, sem o desequilíbrio patrimonial, isto é, passivo do devedor superior ao ativo, não há que se falar em execução concursal civil.

O sistema da insolvência civil apresenta lacunas. Nada dispõe sobre a fluência ou não dos juros após a declaração de insolvência, ou mesmo do cumprimento ou não dos contratos celebrados pelo devedor insolvente, dentre outros assuntos. Em

³⁸THEODORO JÚNIOR, p 29-30.

virtude dessas lacunas, a doutrina passou a sustentar a aplicação analógica de regras do direito falimentar ao concurso civil, conforme se verifica da lição extraída de Humberto THEODORO JUNIOR:

Entre a falência e o concurso civil há, sem dúvida, exata identidade de causa e fim, pois ambos se fundam no estado patrimonial deficitário e ambos têm em vista a realização de todo o patrimônio do devedor para rateio entre todos os credores do insolvente. Assim, tudo aquilo que estiver expressamente regulado pela lei falimentar e se achar em lacuna no Código de Processo Civil, no Título pertinente à execução do insolvente, deve ter o seu efeito normativo ampliado, pelo processo analógico, a fim de que as situações iguais encontrem as soluções iguais, já preconizadas pelo próprio legislador.³⁹

Nos Tribunais, colhe-se o seguinte precedente: “Aplica-se subsidiariamente a Lei de Falências ao processo de execução contra devedor insolvente, disso defluindo a possibilidade da restituição de mercadorias vendidas a crédito ao insolvente e entregues nos 15 dias anteriores ao requerimento da insolvência” (TARS, Ap. 188.046.312, Rel. Juiz Ivo Gabriel da Cunha, in: JTARS 70/250).

1.2.4 Aspectos do Direito Concursal Moderno

Sob o prisma histórico o direito concursal pode ser dividido em três fases: a primeira vai desde o nascimento da falência nas cidades medievais até a Primeira Guerra Mundial; a segunda abrange o período entre a Primeira e Segunda Guerra Mundial; a terceira inicia-se na Segunda Guerra Mundial até os dias atuais.⁴⁰

³⁹THEODORO JÚNIOR, p 36.

⁴⁰Nelson ABRÃO (*Curso de direito...*, p.20) entende que essas fases merecem reformulações: “Sob o prisma histórico, sói apontar-se três fases no envolver dos procedimentos concursais: I - a primeira vai desde o surgimento da falência nos estatutos das cidades medievais italianas até a Primeira Guerra Mundial; II - a segunda abrange o período compreendido entre as duas Grande Guerras Mundiais; III - o terceiro começaria com a Segunda Guerra Mundial, indo até nossos dias. Todavia, por motivos que serão adiante explanados, parece-nos necessário introduzir algumas retificações nesse esboço demarcatório. Em primeiro lugar, a terceira fase histórica dos procedimentos concursais, delinea-se com mais nitidez a partir de 1965, com o relatório da Inspeção Geral de Finanças da França; em segundo lugar, torna-se mister acrescentar a essas três fases históricas mais uma, a quarta, que se inicia com a lei francesa de 1985, a qual introduziu características originais na enfocação e na metodologia dos procedimentos concursais”.

A primeira fase trata apenas da execução patrimonial dos bens do devedor, com finalidade eminentemente liquidatária. Ou seja, nada mais é do que um procedimento global expropriatório dos bens do devedor.

A segunda fase insere uma nova visão de continuidade da empresa e sua não liquidação total, a despeito dessa continuidade permanecer nas mãos de particular.⁴¹

A terceira fase, iniciada após a Segunda Guerra, instaura os procedimentos preventivos e a moratória, bem como o interesse público na empresa adquire relevo.

A evolução do direito falimentar, portanto, consolidou verdadeira deslocação da matéria do campo privatístico para o publicístico. Do mesmo modo, preocupa-se excessivamente com a preservação da empresa.

A respeito Jorge LOBO esclarece que:

Essa “nova filosofia do Direito da insolvência” e esse “novo Direito da empresa em crise”, além de estimularem a criação de procedimentos pré-concursais e pré-falimentares, de natureza extrajudicial e judicial, com vistas a sanear, reorganizar e recuperar a empresa em dificuldades, deixam ao largo teorias e ideologias já superadas e substituem o caráter privatístico e a concepção liberal do Direito concursal clássico por uma revolucionária concepção publicística e social, provocando uma sensível modificação na maneira de encará-lo, entendê-lo e aplicá-lo.⁴²

Esse novo conceito teve como marco fundamental a Lei Francesa n.º 85-98 de 25.1.85, como ensina Nelson ABRÃO:

A Lei francesa 85-98, de 25.1.85, inaugurou, inequivocadamente, uma nova fase na histórica dos procedimentos concursais. O princípio da preservação da empresa, apontando como roteiro pelo relatório da Inspeção Geral de Finanças, em 1965, converteu-se no enunciado finalístico fundamental da nova lei que, em seu art.1.º, dispõe: “É instituído um procedimento de reerguimento judicial destinado a permitir a salvaguarda da empresa, a manutenção da atividade e do emprego e a apuração do passivo”. O reerguimento judicial é assegurado segundo um plano estabelecido por decisão de justiça, resultante no período de observação. Este plano prevê, seja a continuação da empresa, seja sua cessão. Quando nenhuma dessas soluções se mostre possível, procede-se à liquidação judicial.

⁴¹Nesse sentido Nelson ABRÃO, **O novo direito...**, p.9.

⁴²LOBO, Jorge. **Direito concursal**. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p.8.

Vê-se que a preocupação fundamental da lei reside em preservar a empresa, garantindo-se a continuação da atividade e, conseqüentemente, os postos de trabalho. O pagamento dos credores, que se constituía na preocupação fundamental dos procedimentos concursais em suas duas primeiras fases históricas, é relegado a um terceiro plano; não que ele seja sem importância, mas no sentido de que advirá naturalmente como conseqüência da prossecução da atividade e da manutenção dos empregos. Apenas nos casos em que a continuação da empresa, sob a mesma titularidade, ou por meio de cessão, se torna inviável, é que se procede à sua liquidação.⁴³

Outros países têm se preocupado com a preservação da empresa.⁴⁴ Portugal, por exemplo, recentemente, promulgou Código específico dos “Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência”.⁴⁵

A Itália, por sua vez, possui o instituto da administração controlada que visa ao saneamento da empresa, isto é, finalizado o procedimento judicial, a empresa volte a ser viável. Como afirma GAMBINO,⁴⁶ “o procedimento da administração controlada revela-se como o mais idôneo para realizar a não utópica finalidade da conservação em vida do complexo empresarial com o seu nível ocupacional, sem a traumática dissolução feita pelo bloqueio falimentar da atividade da empresa”.

Já a legislação francesa⁴⁷ autoriza a apresentação ao Judiciário de um plano de reerguimento da empresa, contendo exposição e justificativas sobre o nível e as perspectivas de empregos, bem como as condições sociais consideradas para o prosseguimento da atividade.

Sem prejuízo das características próprias de cada país, verifica-se no direito comparado uma preocupação com a preservação da empresa.

⁴³ABRÃO, N., *Curso de direito...*, p.34-35.

⁴⁴Como veremos nos capítulos seguintes.

⁴⁵Decreto-lei n.º 123/93 de 23 de abril.

⁴⁶GAMBINO, apud LOBO, Jorge. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1993. p.111.

⁴⁷Lei n.º 85-98 de 25.01.1985 e Lei n.º 94-975 de 10.06.1994.

Contudo, essas legislações também esclarecem que os programas de recuperação não se constituem “planos de caridade evangélica”, como consta da exposição de motivos do Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência de Portugal, *verbis*: “ Os programas de recuperação económica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio. Só a real viabilidade económica da empresa em dificuldade pode legitimar, sobretudo numa economia de mercado como a que hoje vigora no espaço comunitário europeu, o cerceamento da reacção legal daqueles cujos direitos foram violados”.

Ao cabo desse tópico, pode-se dizer que o direito falimentar moderno preocupa-se não só com a preservação do crédito, mas também com a preservação das empresas.

CAPÍTULO 2

DO SANEAMENTO DA EMPRESA

2.1 MEIOS EXTRAJUDICIAIS

2.1.1 Pacto com Credores

Dentre as medidas extrajudiciais que visam à preservação da empresa, encontra-se o pacto entre credores, também denominado acordo pré-concursal, realizado entre a parte devedora e credores, com a finalidade de sanear a empresa, no sentido de honrar suas obrigações.

Sobre as características do acordo pré-concursal, Jorge LOBO assevera que:

[...] tem natureza contratual, pois se aperfeiçoa pelo mútuo consenso das partes, não os impulsionando qualquer coação estatal, mas tão-somente o propósito de compor, da melhor maneira possível para todos, o conflito real ou potencial de interesses entre o devedor e seus credores e, até mesmo, de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais. É extrajudicial, porque celebrado sem a participação ou interferência do Poder Judiciário. É consensual, porque se conclui pela simples manifestação de vontade das partes, prescindindo de qualquer formalismo. É oneroso, porque há vantagens recíprocas para os contratantes: para o devedor, eventual redução das dívidas, dilação de prazos ou medidas outras que lhe atenuem as obrigações, possibilitando-lhe continuar a desenvolver as suas atividades: para os credores, o robustecimento de suas respectivas posições, de forma a incrementar as possibilidades de efetivo recebimento dos seus créditos. É informal, porque às partes é facultado regular seus interesses de maneira que lhes aprouver. É preventivo, porque visa a prevenir a falência. É individual, porque só obriga os signatários, em função do princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos dos contratos se circunscrevem, afora expressa disposição legal, às partes que o celebram. É aberto, porque os credores não signatários podem a ele aderir quando quiserem.⁴⁸

⁴⁸LOBO, *Direito concursal*, p.37.

Dentre as vantagens do acordo pré-concursal, encontram-se a celeridade, em face da ausência de processo judicial, bem como a ausência de formalismo e publicidade inerentes ao processo judicial e, principalmente, a possibilidade de continuidade das atividades da empresa, por intermédio do empenho comum de credores, funcionários, sócios, fornecedores, evitando, destarte, a decretação da falência.

No tocante às adversidades, encontram-se o egoísmo de certos credores desanimando os demais, a falsidade e nulidades das declarações prestadas pela empresa, bem como a renúncia a prazos e garantias de forma a possibilitar um alongamento no passivo da empresa. Como forma de evitar essas dificuldades, Jorge LOBO sugere que:

[...] antes de propor o acordo a seus credores, a empresa deve: a) elaborar demonstrações financeiras, que expressem com clareza a sua situação patrimonial, submetendo-as a auditor independente; b) elaborar relatório sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos dos três últimos exercícios; c) elaborar lista nominativa de todos os credores, inclusive fiscais e parafiscais, especificando as respectivas garantias, se houver, e reavaliar as contas do ativo e permanente e d) pela maioria dos seus sócios, reunidos em assembléia geral, aprovar a proposta do acordo.⁴⁹

No Brasil, ainda predomina uma cultura meramente individual, ou seja, os credores objetivam, tão-somente, o recebimento dos seus créditos, desconsiderando a função social da empresa, dificultando, portanto, a concretização do acordo pré-concursal.

2.1.2 Incorporação

A Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/76) define a incorporação como a “operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra que lhe sucede em todos os direitos e obrigações” (art.227).

Os parágrafos do artigo 227 estatuem, por seu turno, o procedimento da incorporação, iniciando por uma assembléia geral da incorporadora que terá como finalidade: (a) aprovar o protocolo; (b) autorizar o aumento do capital a ser subscrito e

⁴⁹LOBO, *Direito concursal*, p.40.

integralizado pela incorporadora mediante versão do seu patrimônio líquido, e (c) nomear os peritos que avaliarão esse patrimônio líquido.

A incorporação constitui um meio legal para que uma empresa, que enfrente dificuldades financeiras, possa afastar a declaração da falência.

Ainda que a incorporação constitua uma forma de extinção da incorporada, elenca-se neste trabalho dentre os meios extrajudiciais de saneamento da empresa pelo fato que, mesmo sob outra personalidade jurídica, a incorporada mantém os postos de empregos, recolhimento de tributos e suas atividades, atendendo, portanto, a uma finalidade social, além de propiciar que os acionistas da incorporadora, assumam todos os direitos e obrigações da incorporada.

2.1.3 Mudança na Administração

Conforme já dito, as dificuldades econômicas da empresa podem advir de fatores internos, como uma administração infeliz, muitas vezes decorrentes da falta de capacidade profissional dos sócios que exercem a administração, alguns dos quais ascendidos a essa condição em face de simples sucessão familiar, desconsiderando totalmente os requisitos de capacidade e competência profissional, pressupostos imperativos em um mercado capitalista.

Portanto, a simples mudança na administração pode representar a reorganização e recuperação da empresa. Conforme ensina Frederico Augusto Monte SIMIONATO, “este afastamento reside no interesse público que a atividade empresarial passou a ter e não mais se permite cometer, na administração da empresa, abusos e desmandos. O interesse social deve estar presente na conduta do empresário”.⁵⁰

Impõe-se, destarte, a separação entre a sorte da empresa e a do empresário. Logo, “restrições, e até mesmo punições, são impostas àquele que mal usou dos

⁵⁰SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A reforma da lei de falências frente à reorganização econômica da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n.108, p.43, 1997.

poderes de gestão, mas independentemente disso, se possui viabilidade, a empresa deverá prosseguir, uma vez que a relevância sócio-econômica que ela assume, principalmente a grande empresa, os interesses que congrega, transcendem o limitado círculo das relações individuais de seu malogrado gestor”.⁵¹

A mudança na administração, porém, não implica a perda da qualidade de acionista ou quotista de eventual sócio-administrador, ainda que suas ações ou quotas sirvam para garantir os prejuízos causados por abuso de poder ou dolo.

2.1.4 Autogestão dos Funcionários

Os funcionários são interessados diretos na preservação da empresa, como forma de conservar seus empregos. Ademais, muitas vezes, a empresa em dificuldade econômica possui enorme passivo trabalhista, o que aumenta o interesse dos funcionários na preservação e recuperação da empresa.

Frederico Augusto Monte SIMIONATO explica a participação dos empregados na direção da empresa:

[...] o afastamento do dirigente faltoso que agiu incorretamente no gerenciamento da empresa fundado no princípio da dissociação entre a sorte da empresa para o empresário são os argumentos jurídicos e teóricos que viabilizam a entrada dos empregados na direção da empresa. Desta forma a teoria contrária à participação dos empregados na direção de uma empresa em razão desta interferência modificar o conceito de propriedade, não mais pode prevalecer na conjuntura brasileira. Com efeito, os empregados são qualificados para gerenciar a empresa na qual estão trabalhando.⁵²

Porém, nesse tipo de gestão, a participação dos empregados na direção da empresa deve ser regulada de forma criteriosa, por intermédio de lei específica, sob pena de ofensa ao direito de propriedade dos sócios, bem como surgimento de conflitos entre funcionários e empregadores. Novamente a matéria é elucidada de

⁵¹ABRÃO, Nelson. **A continuidade do negócio na falência**. São Paulo : Leud, 1975. p.66.

⁵²SIMIONATO, p.57.

forma ímpar por Frederico Augusto Monte SIMIONATO: “Ressalvamos que a participação dos empregados (autogestão) é um mecanismo que necessita estar regulamentado através de lei específica, porque do contrário poderiam ser causados reflexos prejudiciais à ordem econômica e social se esta participação fosse realizada de maneira inadequada e distante dos preceitos legais”.⁵³

Cumprе esclarecer, todavia, que não se deve confundir autogestão dos funcionários (gerenciamento da empresa) com co-gestão, que

[...] significa a participação do empregado na direção da atividade econômica, assumindo, juntamente com o empresário, a responsabilidade pela sua condução. É a forma mais alta e aperfeiçoada de co-gestão que, superando a oposição empregado x empregador (ou seja, capital x trabalho), integra-os numa unidade eficiente e harmônica, onde a cooperação substitui a oposição e a igualdade se coloca no lugar da subordinação, valorizando igualmente ambos os fatos na atividade econômica e social que se propõem.⁵⁴

2.2 MEIOS JUDICIAIS: CONCORDATA PREVENTIVA

De acordo com o Decreto-lei n.º 7.661/45, a concordata preventiva constitui o único meio judicial propiciado pelo Estado, com a finalidade de proteger o empresário honesto e de boa-fé, que atravessa dificuldades econômicas transitórias.

Antigamente a concordata no Brasil era conceituada como um “acordo especial entre o devedor e os seus credores”. Otávio MENDES sustentara que a concordata consistia em “um contrato entre o falido e a maioria ou unanimidade dos seus credores, pelo qual se encerra a falência, pagando o falido aos seus credores uma porcentagem sobre o crédito dos mesmos, à vista ou a prazo”.⁵⁵

Porém, conforme esclarece Rubem RAMALHO, com o advento do Decreto-lei n.º 7.661/45 o vocábulo concordata “adquiriu um sentido bem peculiar. Não é

⁵³SIMIONATO, p.57.

⁵⁴SILVA, Antônio Álvares. **Co-gestão no estabelecimento e na empresa**. São Paulo : LTr, 1991. p.264.

⁵⁵MENDES, Otávio. **Falências e concordatas**. São Paulo : Livraria Acadêmica, 1930. p.331.

acordo. Idéia totalmente superada. É uma forma legal de prorrogação de prazo ou de redução da dívida, com o objetivo de superar o estado de pré-insolvência do devedor comerciante ou industrial, evitando ou suspendendo a sua falência”.⁵⁶

Ao nosso ver, conceito de concordata preventiva, tal como posto pelo Decreto-lei n.º 7.661/45, é definido de forma ímpar por Jorge LOBO, razão pela qual faço minhas as suas palavras: “no Direito brasileiro, concordata preventiva é um favor ou privilégio legal, em benefício do devedor comerciante honesto e de boa-fé, que preenche determinados requisitos formais taxativamente previsto em lei e que não pode satisfazer no vencimento obrigação líquida e certa, constante de título que legitima a ação executiva”.⁵⁷

2.2.1 Finalidade

A Concordata Preventiva tem por escopo proteger o comerciante honesto e de boa fé, mediante a dilação do prazo de pagamento de suas obrigações, possibilitando, assim, a recomposição do seu patrimônio.

A regularização da situação patrimonial da empresa, por intermédio da concordata preventiva, evita sua falência e ainda possibilita aos credores o recebimento dos créditos, bem como a manutenção dos empregos e o recolhimento de tributos ao Estado.

A concordata preventiva, portanto, também objetiva preservar o crédito público, como ensina José Francelino de ARAÚJO:

O crédito, no mundo dos negócios, não pode parar, isto é, deve fluir normalmente, como o sangue flui no corpo humano. Parando, há uma patologia creditícia, um atraso nos negócios em prejuízo não só do credor, mas também do devedor, porque ficará sujeito às execuções que o credor julgar necessárias.

⁵⁶RAMALHO, Ruben. **Curso teórico e prático de falência e concordatas**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p.267

⁵⁷LOBO, **Direito concursal**, p.45.

Como se observa, o crédito precisa de proteção. A proteção maior que se lhe pode dar é pagar no prazo estabelecido no título. No caso da concordata, o devedor quando verifica que a situação da empresa é difícil, por falta de encaixe, isto é, a situação financeira não é boa, apesar da econômica, ao pedir a concordata o devedor está evitando o pior, que é a falência, instituto prejudicial a todos, tanto para o próprio falido, quanto aos credores e o fisco e a sociedade em geral, principalmente aos trabalhadores, que perdem seus empregos e, às vezes, se arruinam com a família. Então, ao pedir o favor legal da concordata, o devedor está tentando evitar o prejuízo de todos e, desta maneira, está protegendo o crédito, posto que é preferível que os credores recebam os seus créditos com o atraso equivalente ao prazo da concordata, do que perder todo o crédito, principalmente os quirografários, no caso de falência.⁵⁸

Destarte, ousamos discordar da opinião de Jorge Pereira ANDRADE quando sustenta que “a concordata é um benefício para o devedor e um sacrifício para os credores”.⁵⁹ Afinal, em que pese a propriedade de algumas críticas existentes ao instituto da concordata preventiva,⁶⁰ tal como positivado no Decreto-lei n.º 7.661/45, parece-nos que a falência traz conseqüências bem mais nefastas aos credores, principalmente aos quirografários (que se sujeitam aos efeitos da concordata), os quais quase nunca recebem seus créditos, em face da ordem de preferência estabelecida pelo legislador de 1945.

Em suma, a proteção ao devedor honesto e de boa-fé não constitui a única finalidade da concordata preventiva, a qual também visa salvaguardar os interesses dos credores, vez que a falência a ninguém beneficia. Giovanni Lo CASCIO, citado por Jorge LOBO,

[...] destaca, fazendo eco das palavras de todos os tratadistas que a falência constitui um procedimento extremamente grave, seja para o devedor, seja para os credores, seja para a economia pública, bastando atentar no fato de que o empresário, com a quebra, perde seu negócio e bens materiais e bens imateriais que o compõem, quando se assiste a destruição de valores e de créditos, sem se falar em uma longa e onerosa demanda judicial. A cessação das atividades de uma empresa,

⁵⁸ARAÚJO, p.333.

⁵⁹ANDRADE, p.205.

⁶⁰Vide tópico posterior.

a interrupção de seus negócios e as repercussões do desastre econômico que provoca, até mesmo no âmbito de outras complexas organizações, podem gerar um estado de crise de ordem geral na economia nacional. O instituto da concordata, prossegue o notável Magistrado de Milão, visa atenuar as conseqüências negativas da falência e impedir que se concretize situações de notável dano público e privado, permitindo que o devedor conserve a administração de seus bens, não sucumba aos efeitos negativos de uma liquidação forçada extinga, definitivamente, as próprias obrigações e fique livre para recomençar suas atividades.⁶¹

2.2.2 Requisitos

A obtenção do favor legal da concordata preventiva, nos termos do Decreto-lei n.º 7.661/45, exige a observância de alguns requisitos. Na realidade, primeiramente, o legislador estabelece impedimentos genéricos (art.140 do Dl 7.661;45), aduzindo que não pode impetrar concordata: I) o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio, os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio; II) o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do artigo 8.º; III) o devedor condenado por crime falimentar, furto e roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular; IV) o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.

Nos impedimentos positivados nos incisos I e IV do artigo 140 do Decreto-lei n.º 7.661/45, justifica-se a cautela do legislador, posto que a concordata preventiva visa albergar o empresário honesto e de boa-fé, que atravessa dificuldades econômicas excepcionais e transitórias. Logo, não deve fazer jus ao benefício aquele empresário que não mantém sua contabilidade em ordem, devidamente registrada e arquivada nos

⁶¹LOBO, *Direito concursal*, p.47.

órgãos competentes, bem como que postula sucessivas e contínuas moratórias, sob pena de instaurar verdadeira “indústria de concordatas”.⁶²

O impedimento elencado no II do dispositivo em tela trouxe inúmeros dissabores, razão pela qual acabou abrandado pela jurisprudência, como informa José Francelino de ARAÚJO: “Em época de crises econômicas o comerciante que não requeria a falência nos 30 dias, tentava recompor a situação com a concordata preventiva e, juízes rigorosos, presos à letra da Lei, negavam o favor declarando a falência. Depois de muitos julgados, o STF amenizou o problema com a Súmula n.190 que estabelece: “o não pagamento do título vencido há mais de 30 (trinta) dias sem protesto não impede a concordata preventiva”.⁶³

No que diz respeito à proibição positivada no III, parece-nos que se distancia do moderno direito concursal, o qual separa a sorte da empresa e a do empresário. Nesse sentido a lição de Nelson ABRÃO: “em obediência ao princípio que rege o moderno Direito Falimentar – o da separação entre a sorte da empresa e a de seus diretores, gerentes e administradores – a condenação de um desses não obstaculiza a concordata à sociedade, pessoa jurídica: os indivíduos sem idoneidade para continuar à testa da empresa são afastados, mas essa deve prosseguir em sua atividade”.⁶⁴ No mesmo sentido a posição de Jorge LOBO: “o moderno Direito Concursal, ao separar a sorte da pessoa dos sócios, acionistas ou dirigentes da empresa, não admite a extensão dos efeitos da condenação criminal de qualquer daqueles à sociedade, de molde a paralisar suas atividades”.⁶⁵

⁶²Pertinente, nesse caso, transcrever a observação de Nelson ABRÃO (In: **Curso de direito falimentar**. 5.ed. São Paulo: Leud, 1997, p.311-312): “Tendo a concordata por finalidade atender uma situação emergencial da empresa, possibilitando sua recuperação financeira mediante a concessão de abatimento, prazo, ou ambos, ao devedor desditoso, mas honesto, não se faz, porém, sem sacrifício dos credores. Por isso, é salutar que sua concessão se verifique em caráter excepcional, sob pena de ensejar-se a vulgarmente chamada ‘indústria das concordatas’. É justo, pois, delimitar em espaço de tempo, mais ou menos longo, a carência a uma nova utilização dos benefícios do instituto, para aquele que a obteve e cumpriu, como também vedá-la a quem a tenha conseguido sem, contudo, cumpri-la”.

⁶³ARAÚJO, p.339.

⁶⁴ABRÃO, N., **Curso de direito...**, p.311.

⁶⁵LOBO, **Direito concursal**, p.59.

Porém, é preciso consignar que essa opinião externada pela hodierna doutrina concursal não pode ser aplicada de forma generalizada e indistintamente, sob pena de vulgarizar o instituto da concordata, beneficiando sócios negligentes e desonestos, os quais, após praticarem atos contrários ao comércio, retiram-se da administração da empresa, ou mesmo da própria empresa, com a finalidade de possibilitar requerimento de concordata preventiva. Na realidade há que se perquirir se a conduta reprimida pelo artigo 140, IV do Decreto-lei n.º 7.661/45 diz respeito a apenas um sócio ou a maioria, pois nesse último caso o pedido de concordata preventiva deve ser negado, sob pena de desvirtuamento do instituto e prejuízo ao comércio em geral.

No tocante aos requisitos propriamente ditos, o Decreto-lei n.º 7.661/45, mediante o artigo 158, estabelece os seguintes:

- ***Exercer regularmente o comércio há mais de dois anos.***

Aqui, objetiva o legislador evitar que o comerciante esporádico, irregular e aventureiro, seja amparado pela moratória dos seus débitos.

Não é dado, pois, pleitear concordata preventiva ao empresário com menos de dois anos de registro, muito menos ao de fato ou à sociedade irregular. É claro o propósito de favorecer aquele que exerce regularmente a atividade empresária. Do contrário, surgiriam da noite para o dia, como cogumelos, aqueles que se estabeleceram na véspera para, no dia seguinte, sob o beneplácito da lei, propor-se a liquidar os seus débitos na base de cinquenta por cento.^{66,67}

No entanto, José Francelino de ARAÚJO comenta que

[...] a respeito da exigência do inciso I, do art.158, há, na jurisprudência, séria confusão e divergência. Com efeito, em julgados sobre se o devedor podia completar o biênio com o tempo do exercício de fato do comércio, a 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, colhendo lição de Miranda Valverde, entende que sim. Só não seria deferida se o registro fosse efetuado para instruir o pedido de concordata, isto é, registro recente ou próximo ao pedido do favor legal.⁶⁸

⁶⁶À guisa de informação, a expressão “a base de cinquenta por cento”, decorre do artigo 156, par.1.º, II do Decreto-lei n.º 7.661/45, que possibilita na concordata preventiva, o pagamento de 50% do passivo, se for à vista”.

⁶⁷ABRÃO, N., *Curso de direito...*, p.331.

⁶⁸ARAÚJO, p.353.

“Concessa Vênia”, nesse particular, discordo da posição do mestre Miranda Valverde e, por conseguinte, da jurisprudência ora transcrita, posto que prevalecendo esse entendimento, estar-se-ia privilegiando o comerciante que pratica gestão empresarial duvidosa e suspeita (quixá até burlando o fisco), em detrimento do empresário honesto e devidamente inscrito no Registro de Comércio, que se sujeita a todo tipo de fiscalização e deveres, gerando, talvez, uma concorrência desleal.

- ***Possuir ativo cujo valor corresponda a mais de 50% do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia, será computado tão-somente pelo que exceder da importância dos créditos garantidos.***

A finalidade desse inciso é assegurar que a empresa, postulante da concordata preventiva, detenha condições financeiras concretas para honrar seu passivo quirografário.

A prática forense, todavia, tem demonstrado a ineficácia dessa regra, posto que se trata de requisito meramente formal, facilmente burlável, mediante realização de balanços e inventários para essa finalidade única, divorciando-se totalmente da realidade da empresa. Conforme esclarece Nelson ABRÃO

[...] as artimanhas e os expedientes dos quais lançam mãos os impetrantes são inimagináveis, apresentando um balanço que não se coaduna com a situação da empresa, apropriando-se de créditos ilíquidos ou duvidosos, os quais sequer poderiam fazer parte da contabilidade geral, exatamente nesse ponto reside uma das grandes falhas da legislação em vigor. Não apenas nessa seara, mas em diversas outras, quando o pedido não se acha devidamente instruído é comum (usos e costumes) a concessão de prazo suplementar, no intuito de poder o impetrante adequar sua pretensão com a formalidade legal, quando o interregno propicia outras situações e ainda colabora para o esvaziamento do patrimônio, ou no mínimo as seqüelas que resta pela administração, destoando da imprimida na direção da empresa.⁶⁹

⁶⁹ABRÃO, N., *Curso de direito...*, p.332.

- ***Não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades.***

Nessa exigência, o legislador impede o falido de valer-se da concordata preventiva, a menos que suas obrigações tenham sido declaradas extintas por decisão judicial.

Não se deve confundir, todavia, encerramento da falência com extinção das obrigações, mesmo porque a falência pode ser encerrada por ausência de bens (art.75 do DI 7.661/45).⁷⁰ Em outras palavras “não basta, ao falido, que sua falência seja encerrada por sentença, pois, mesmo assim, vê-se o falido perseguido pelos seus credores, que o executam pelos saldos. Só então, quando julgadas extintas as suas obrigações, pode o falido exercer sua atividade despreocupadamente”.⁷¹

- ***Não ter título protestado por falta de pagamento.***

A jurisprudência e doutrina abrandaram essa exigência. Não obstante, esse dispositivo cuida unicamente de título protestado por falta de pagamento. Ou seja, “o protesto a que se refere a lei falimentar, como impediante à concessão da concordata preventiva, é o tirado por falta de pagamento do título, não pela falta de aceite e devolução do mesmo”.⁷²

Do mesmo modo, como ensina Pontes de MIRANDA “título pago não é óbice ao nascimento do direito à concordata preventiva, mesmo se houve protesto”.⁷³

Enfrentando a matéria, o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu nesses exatos termos:

⁷⁰Art. 75 do Decreto-lei n.º 7.661/45: “Se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o síndico levará imediatamente o fato ao conhecimento do juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, marcará por editais o prazo de dez dias para os interessados requererem o que for a bem dos seus direitos”.

⁷¹LACERDA, J.C. Sampaio de, apud ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e concordata.** 11.ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1993. p.353.

⁷²REVISTA dos Tribunais, n.387, p.143.

⁷³MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 2.ed. Rio de Janeiro : Editora Borsoi, 1960. v.30, p.60.

Concordata Preventiva. Devedor. Protesto de título. Existência. Deferimento.

A existência de protesto de título contra o devedor não impede o deferimento da concordata preventiva, eis que a empresa deve ser preservada, para que atenda a sua finalidade social, como corolário do princípio fundamental insculpido na CF/88, art.1º. O valor social do trabalho do empresário, assim como a livre iniciativa estão consagrados no referido dispositivo constitucional, que tem de servir como norte ao intérprete do direito. E, havendo incompatibilidade entre o disposto na Lei Maior e na lei ordinária, a inadequação verificada resolve-se em favor da norma fundamental. (TJMG - Agravo 136.240/9, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 04.03.99, DJ de 29.10.99).

Além dos requisitos analisados, a petição inicial da concordata preventiva deve conter os requisitos exigidos pelo artigo 282 do CPC, bem como explicar minuciosamente o estado econômico da empresa e as razões que justificam o pedido (art.159 do Decreto-lei n.º 7.661/45). Deve ser instruída com os documentos elencados no artigo 159, par.1.º,⁷⁴ cuja prova geralmente se faz com documentos contábeis, livros e certidões oficiais.

⁷⁴Art.159, par.1.º do Decreto-lei n.º 7.661/45: “A petição será instruída com os seguintes documentos: I - prova de que não ocorre o impedimento do n.I do artigo 140; II - prova do requisito exigido no n.I do artigo anterior; III - contrato social, ou documentos equivalentes, em vigor; IV - demonstrações financeiras referentes ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de lucros ou prejuízos acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; V - inventário de todos os bens e a relação das dívidas ativas; VI - lista nominativa de todos os credores, com domicílio e residência de cada um, a natureza e o valor dos respectivos créditos; VII - outros elementos de informação, a critério do órgão do Ministério Público”.

2.2.3 Prazo para Cumprimento

Por força do estatuído no artigo 175 do Decreto-lei n.º 7.661/45, o prazo para cumprimento da concordata inicia-se na data do ingresso do pedido em juízo; portanto, independentemente da data que o Juízo deferiu o processamento da concordata, ou mesmo deferiu a concordata em si.

A finalidade do legislador é evitar “chicanas” da concordataria, muitas vezes em conluio com um dos credores, no sentido de protelar os depósitos em Juízo. Assim, independentemente, da morosidade judicial no deferimento do processamento da concordata, o prazo para pagamento começa a fluir do ingresso do pedido em juízo, isto é, da distribuição da concordata.

Portanto, o prazo para os depósitos a que alude o artigo 156 do Decreto-lei n.º 7.661/45, passa a fluir a partir do ingresso da concordata em Juízo, independentemente de impugnação dos créditos ou mesmo embargos à concordata. Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “O depósito para pagamento das dívidas da concordata é exigível mesmo no curso da tramitação de embargos à concordata”.⁷⁵

Importante destacar que, hodiernamente, observadas as condições e peculiaridades do caso concreto, visando à preservação e à manutenção da empresa, o Judiciário tem acolhido pedidos de dilação de prazo para pagamento, ainda que, algumas vezes, exijam-se garantias.⁷⁶

⁷⁵STJ - 3.ª Turma - Ag. 15.583-Pr.-AgRg, Rel. Min. Cláudio Santos, j.9.12.91, negaram provimento, v.u., DJU 9.3.92, p.2.578.

⁷⁶Na imprensa nacional colheu-se a seguinte notícia: “Complica-se situação da Arapuã. O processo de concordata da Lojas Arapuã está se complicando. O juiz da 6.ª Vara Cível de São Paulo, Urbano Borges, confirmou que a empresa tem apenas cinco dias para fazer o depósito total da primeira parcela da concordata vencida em 22 de junho e estimada em 240 milhões. A alternativa para a Arapuã livrar-se da falência – a adesão de 100% dos credores ao plano de reestruturação da rede – parece cada vez mais remota, pois algumas empresas mantêm a posição em não aceitar o acordo. [...] Para Alfredo Bumachar, presidente da comissão do Ministério da Justiça que elaborou a nova Lei de Falências que tramita no Congresso, há uma forma de a Arapuã evitar a decretação de falência, caso não consiga a adesão de 100% de credores ao plano de estruturação. ‘Ela pode oferecer como garantia alguns ativos, uma espécie de hipoteca judicial’, diz. ‘Com a garantia, a concordatária mostra sua capacidade de superar a dívida’”. (GAZETA MERCANTIL. São Paulo, 15 jul. 1999. p.A-8).

2.2.4 Críticas

Em que pese a finalidade almejada pelo legislador, o fato real é que a concordata preventiva, da forma como se encontra positivada no Decreto-lei n.º 7.661/45, não é suficiente para possibilitar a recuperação e preservação da empresa que atravessa dificuldades econômicas transitórias.

Dentre os problemas, pode-se apontar o prazo exíguo de 02 (dois) anos para pagamento, o fato da concordata abranger apenas credores quirografários (art.147 do Decreto-lei n.º 7.661;45),⁷⁷ quando na prática comercial, principalmente operações bancárias, todos os credores exigem garantias.

Pertinente, portanto, a crítica de Rubens REQUIÃO:

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

Nesse sistema legal, a concordata não poderia deixar de constituir um meio hábil de enriquecimento dos devedores mais sagazes e menos escrupulosos.⁷⁸

No mesmo sentido a posição de José Francelino de ARAÚJO:

A lei brasileira não é rigorosa com o devedor na formulação do pedido de concordata preventiva. Ao contrário, é até benéfica, pois as exigências do arts.158 e 159, [...], não tem nada de especial, basta não sofrer os impedimentos do art.140 e a concordata é deferida sem qualquer plano de recuperação da empresa. A prova é feita unilateralmente, pelo devedor, através dos balanços e demonstrações exigidas pela lei, ficando ao *bel prazer* do devedor *experto, preparar* os documentos. Assim,

⁷⁷“Art.147: A concordata concedida obriga a todos os credores quirografários, comerciais ou civis, admitidos ou não ao passivo, residentes no país ou fora dele, ausentes ou embargantes”.

⁷⁸REQUIÃO, *Curso de direito...*, São Paulo : Saraiva, 1982. v.2, p.247.

a viabilidade do pedido de concordata preventiva é uma demonstração apenas do devedor, ficando o Estado para o exame posterior destas alegações, através do perito designado pelo comissário, conforme autorizado pelo inciso VI do art.169.⁷⁹

Impõe-se, destarte, a implementação de mecanismos e procedimentos que propiciem uma análise material e real da situação econômico-financeiro da empresa, e não simples estudo formal, como o que deriva de uma interpretação literal do Decreto-lei n.º 7.661/45.

Essa missão incumbe aos militantes na área do direito falimentar (juizes, Ministério Público, advogados, peritos etc.), sob pena de prejuízo à sociedade em geral e principalmente de a concordata não alcançar a finalidade almejada, e sim servir para albergar devedores astutos, que se limitam a impetrá-la, com a finalidade de prorrogar o vencimento das obrigações e, ultrapassado ano dia, não se opõe a declaração de falência, mesmo porque, geralmente, nesse caso, seu patrimônio já estará desfalcado, quando senão bem inferior ao existente por ocasião do ingresso do pedido de concordata. Nessa hipótese, a despeito das diligências do síndico, Ministério Público e credores, a prática forense demonstra que dificilmente o patrimônio do agora falido é recomposto, ainda que impetrando medidas judiciais no sentido de declarar ineficazes alienações praticadas no período suspeito.

Nessa tarefa, o comissário desempenha papel fundamental, devendo expor ao Juiz minuciosamente as atividades da empresa, inclusive exigindo dos administradores a apresentação e cumprimento de um plano de recuperação da empresa, evitando, destarte, que a falência seja decretada somente ao cabo de um ano. Ou seja, se já nos primeiros meses a empresa apresenta fatos concretos que não conseguirá honrar a primeira parcela, a convocação imediata da concordata em falência é a medida que se impõe, como forma de preservar os credores e o crédito público. Em suma, o

⁷⁹ARAÚJO, p.357.

comissário, no exercício de suas atividades, não deve se limitar a simples manuseio no caderno processual de concordata e incidentes, pena de responsabilidade.⁸⁰

Na tarefa de buscar um aperfeiçoamento do instituto da concordata e, por conseguinte, concretização da preservação e recuperação da empresa, merece elogios a iniciativa do Ministério Público Estadual do Paraná e outros Estados, os quais instauraram serviço de assessoria pericial-contábil, integrado por contadores profissionais, no sentido de analisar a contabilidade da empresa concordatária, independentemente da perícia realizada pelo *expert* indicado pelo comissário (art.169,VI c/c art.169 X do Decreto-lei n.º 7.661/45).

Nesse diapasão, passível de censura a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que rejeitou a iniciativa desenvolvida pelo Ministério Público, posto que impede a modernização do processo concursal com a finalidade de propiciar a reorganização das empresas honestas, e, de outro lado, penalizar aquelas que aproveitam as benesses da legislação, ou mesmo da falta de mecanismos do Poder Judiciário, com a finalidade de lesar terceiros. Segundo decidiu o Tribunal Mineiro:

Concordata - Perícias ou Análises Contábeis - Elaboração pelo Parquet - Impossibilidade - Inteligência do art.169, VI, do DL 7.661/45. Não pode o Parquet ou seus setores de assessoria elaborar perícias ou análises contábeis nas escritas de empresas que se socorrem do Poder Judiciário, buscando que lhes seja deferida a concordata, para se reerguerem no mundo dos negócios. A designação do perito para o exame dos livros das referidas empresas compete exclusivamente ao comissário, conforme estatuído no art.169, VI, do DL 7.661/45 (TJMG - 4.ª Cciv - Ag.Inst. 64.709-9, Rel. Des. Francisco Figueredo, DMG 12.03.97)⁸¹

⁸⁰Sobre a responsabilidade do comissário, Jorge LOBO (**Direito concursal**. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p.126) assevera que: “o comissário deve manter-vigilante, acompanhando, por si e/ou auxiliares, especialmente contratados com apoio no art.63, VII, da Lei de Falências, a administração dos negócios sociais do concordatário, pois, embora não haja, no Decreto-Lei n.7.661/45, norma expressa tornando-o responsável pelos prejuízos causados aos credores, é evidente que se aplica à ação ou omissão do comissário nociva aos direitos e interesses dos credores o princípio genérico da responsabilidade civil, que determina responda o autor do ato ilícito por dolo ou culpa quando no desempenho de suas funções, particularmente por culpa in vigilando, já que não se pode exigir da vítima do ato ilícito que prove ter o comissário agido com dolo”. E com na base jurisprudência, acrescenta o ilustre Professo (p.129): “A 5a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n.240.058, de São Paulo, Rel. Des. Penido Burnier, decidiu que: ‘na concordata preventiva, cabe ao comissário fiscalizar, e denunciar ao juiz, os atos de dilapidação patrimonial praticados pelo concordatário. A sua omissão obriga-o a reparar os prejuízos daí decorrentes para os credores’”.

⁸¹Revista Jurídica, n.238, p.65.

CAPÍTULO 3

DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA FALIDA

3.1 DIREITO COMPARADO

Embora inúmeras vezes passe despercebido, não suscitando maiores interesses, o direito comparado desempenha papel fundamental no estudo do direito, máxime em tempos de globalização, como o presente. Afinal, a despeito de suas peculiaridades regionais, a humanidade evolui universalmente. A importância do direito comparado é ressaltado por René DAVID:

Não só o legislador pode utilizar o direito comparado para aperfeiçoar o direito. Idêntica possibilidade está aberta à doutrina e à jurisprudência. A lei pode ter um caráter nacional; o direito jamais se identifica efetivamente com a lei. A ciência do direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional. O que é editado, escrito, julgado em outro país com a mesma estrutura e a mesma tradição do nosso, não é indiferente ao modo como o direito do nosso próprio país será explicado, interpretado e por vezes renovado, mesmo sem qualquer intervenção do legislador.⁸²

No âmbito do direito das empresas em dificuldades, o direito comparado também exerce papel fundamental, posto que

[...] os principais diplomas normativos estrangeiros contemplam a racionalidade disposta na preservação da empresa, no afastamento do administrador despreparado para aquele tipo de negócio, e mais do que isso um conjunto de técnicas que busca conhecer, em primeiro lugar, diagnosticando, o fundamento que levou à crise temporária. Essencialmente, a concatenação demanda uma investigação que se vincula ao retrato de flexibilizar pactos sociais e conseguir alavancar recursos que resultem numa salvaguarda inexorável ao reerguimento da atividade empresarial.⁸³

⁸²DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1986. p.6.

⁸³ABRÃO, Carlos Henrique. Os créditos bancários e a recuperação da empresa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n.3, p.79, 1998.

Destarte, ainda que de forma sucinta e despretensiosa, analisaremos o direito concursal de outros países, cujos estudos e institutos, ao nosso ver, podem contribuir para o aperfeiçoamento de um **regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras**.

3.1.1 Itália

A exemplo do que atualmente ocorre no Brasil, “durante muitos anos, os tribunais italianos viram-se compelidos a adotar uma interpretação extensiva e atualizadora das normas vigentes, no propósito de regular as situações surgidas com o desenvolvimento do país, aplicando tanto à concordata preventiva, quanto à administração controlada”.⁸⁴

Formou-se, então, uma Comissão de juristas, composta por juristas renomados e presididas pelo Prof. Pajardi, que apresentou algumas conclusões que, ao nosso ver se assemelham, em muito, com as intenções buscadas no Projeto de Lei n.º 4.736/93, que visa à reforma do Decreto-lei n.º 7.661/45, que trata das falências e concordatas. Jorge LOBO⁸⁵ cita as principais conclusões da aludida comissão de estudos:

- a) a nova lei deve ser uma síntese entre o velho e o novo, entre os direitos do credor, os interesses da coletividade e a necessidade de manter-se a empresa;
- b) deve-se buscar um perfeito equilíbrio entre a celeridade do processo, tornando-o simples, e a garantia das partes, prestigiando-se, assim, o princípio do contraditório;
- c) deve-se dar ênfase ao caráter publicístico do moderno Direito de Quebras;
- d) deve-se lutar pela conservação da empresa;
- e) numa situação de crise, em que a tendência é todos os envolvidos saírem perdendo, deve-se procurar proteger o empregado.

⁸⁴LOBO, *Direito concursal*, p.28.

⁸⁵LOBO, *Direito concursal*, p.29.

A legislação italiana, além da concordata e falência, prevê o instituto da administração controlada.

A administração controlada possui como finalidade básica o saneamento da empresa. Não implica desapossamento de bens do devedor e abrange todos os credores. Não autoriza a redução dos débitos, e sim simples dilação. Dentre os requisitos encontram-se: (i) a apresentação, pelo empresário, de um plano de saneamento; (ii) dificuldades temporárias; (iii) estar a empresa regularmente matriculada e com a contabilidade em ordem; (iv) possuir a empresa devedora capacidade econômico-financeira que lhe permita pagar os credores, por intermédio da aplicação do plano de saneamento.

O jurista italiano Francesco FERRARA, citado pelo não menos ilustre professor brasileiro Jorge LOBO,

[...] distingue a falência da administração controlada e da concordata porque, na administração controlada, assim como na concordata, o objetivo é tornar possível o adimplemento do devedor; naquela, fixando um período de espera de no máximo dois anos, mantidos os débitos originários; nesta, diminuindo os débitos, com novas datas de vencimento; a falência, ao contrário, apenas tem em vista a realização dos direitos dos credores, mediante a realização do ativo e do pagamento do passivo, através da liquidação do patrimônio da empresa. Distingue, ainda, FERRARA, a administração controlada da concordata preventiva porque a primeira propõe-se a reconstrução da solvência do empresário por meio do afluxo de novos bens ao seu patrimônio; afluxo este que se prevê provável e próximo; e a Segunda propõe-se ao contrário a pagar a todos os credores.⁸⁶

3.1.2 França

Numa análise do direito concursal comparado, ainda que brevemente, não se pode deixar de consignar algumas palavras sobre o direito francês.

A França é um dos países pioneiros no estudo da empresa com dificuldades financeiras. Já em 1965, a Inspeção-Geral de Finanças iniciou estudos a respeito do

⁸⁶LOBO, Da recuperação da..., p.108.

regulação da crise econômica da empresa. O resultado do relatório da pesquisa foi publicado em 15.06.1965, juntamente com a comunicação de Roger Houin, que data de 6.10.1964, constituindo-se verdadeiro marco no estudo do direito concursal.

Dentre as conclusões apresentada pela comissão e enumeradas pelo saudoso Nelson ABRÃO, pode-se destacar as seguintes:

- a) necessidade de estender a falência a todas as pessoas jurídicas não comerciantes, exercendo uma atividade de natureza econômica (prestação de serviços, produção, transformação ou gestão), qualquer que seja sua forma jurídica; dentro dessa concepção, o exercício de uma atividade econômica seria o critério determinante e, satisfeita esta condição, a falência aplicar-se-á indistintamente às associações e às sociedades, e entre essas àquelas que têm como àquelas que não têm, por fim obter lucros;
- b) a falência não é a sanção de um fracasso na busca do lucro, mas o meio de limitar e de reparar, na medida do possível, e de sancionar o prejuízo causado aos terceiros e à coletividade pela cessação dos pagamentos;
- c) à medida que a evolução do contexto econômico se faz mais rápida, os mecanismos jurídicos se encontram mais expostos ao risco da “defasagem”, o que justifica que sejam submetidos a revisões mais frequentes. E isso parece mais particularmente indicado para aqueles dentre eles que tocam de perto à matéria econômica, como é o caso da falência;
- d) confirmam-se o interesse e a possibilidade da dissociação do homem, da empresa, nas decisões judiciais consecutivas à cessação de pagamentos.

No que diz respeito ao processo, Wilson de Souza Campos BATALHA e Silvia Labate BATALHA asseveram que “é extremamente rápido: o administrador judicial elabora o plano de recuperação da empresa; depois, o tribunal escolhe entre a continuação da empresa, com eventual substituição dos dirigentes e da forma jurídica da sociedade, a cessão total ou parcial da empresa, ou a sua liquidação confiada a um

mandatário liquidante. Os direitos dos credores ficam reduzidos ante os interesses da empresa”.⁸⁷ E acrescentam:

[...] o processo não se desenvolve no interesse dos credores, mas no interesse da própria empresa. A noção tradicional de massa dos credores desaparece, porque não é no seu interesse que o processo atua. Não há desapossamento do devedor para ser o patrimônio administrado pela massa através do síndico. A empresa continua, sob a administração que lhe impõe restrições dentro da regulamentação judiciária. Os credores constituem um agrupamento obrigatório, com sua própria representação dos interesses comuns. Ao contrário, o administrador tem a função de assegurar a sobrevivência da unidade econômica. Se a exploração da empresa cessa, a liquidação é inevitável e o representante dos credores – designado como liquidante – se assenhorea do patrimônio para liquidá-lo no benefício exclusivo dos credores.⁸⁸

O sistema concursal francês, em verdade, encontra-se em constante evolução. Exemplo disso são “as legislações de 25 de janeiro de 1985 e outrossim de 10 de junho de 1994, a primeira refundindo o procedimento sob a égide do *redressement judiciaire*, outra autorizando a imediata abertura da liquidação judicial, constituindo-se no aperfeiçoamento do mecanismo vigente na conotação da modernidade, amparado a recuperação da empresa, dissociando o empresário que é responsabilizado pelas gestões inconseqüentes ou fraudulentas”.⁸⁹

3.1.3 Portugal

Portugal possui um código específico que trata das empresas em dificuldades, denominado “Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência”, aprovado pelo Decreto-lei n.º 123/93, de 23 de abril.

Dito Código inicia tratando em conjunto de normas introdutórias comuns aos processos de recuperação e de falência (Título I). Na seqüência, trata do processo de

⁸⁷BATALHA, Wilson de Souza; BATALHA, Silvia Marina Labate. **Falências e concordatas. Comentários à lei de falências** : doutrina, legislação e jurisprudência. 2.ed. São Paulo : LTr, 1996. p.58.

⁸⁸BATALHA; BATALHA, p.59.

⁸⁹ABRÃO, N., **A continuidade do...**, p.62.

recuperação (Título II), seguido do processo de falência (Título III), encerrando com disposições sobre custas (Título IV).

No direito português, a insolvência constitui-se pressuposto para instauração do processo de recuperação ou falência, como aduz o ex-síndico da Câmara de Falências de Lisboa, Dr. António Mota SALGADO:

[...] pressuposto da instauração do processo, seja a pedido da empresa, seja a requerimento do credor ou do Ministério Público, é da situação da insolvência, podendo ser pedida ou uma providência de recuperação ou a falência (artigos 1.º, n.º 1, 3.º, 5.º, 6.º, e 8.º); porém, a empresa é obrigada a pedir a declaração da sua falência se faltar ao cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a sua impossibilidade de satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações (artigos 6.º, e 8.º, n.º 1. al. A); não obstante, se a empresa se considerar economicamente viável pode, em vez da declaração da sua falência, pedir uma providência de recuperação (art.5º). A sorte da acção – quer o pedido seja a recuperação, quer seja a falência – depende, principalmente, de um juízo sobre a viabilidade económica da empresa feito pelos credores – os verdadeiros senhores do processo na filosofia do Código -, através de oposição. E assim, se se opuserem, nos termos dos artigos 23.º e 25.º, ao pedido de recuperação, a acção prosseguirá como processo de falência; da mesma forma, se se opuserem ao pedido de declaração da falência, a acção seguirá como processo de recuperação.⁹⁰

Dentre as medidas elogiáveis da legislação portuguesa, pode-se destacar as seguintes:

- a assembléia de credores que aprova a medida de recuperação;
- as medidas de recuperação são a concordata (artigos 66 a 77), o acordo de credores (artigos 78 a 86), a reestruturação financeira (artigos 87 a 96) e a gestão controlada (art.97 a 117);
- as custas do processo de recuperação e a remuneração do gestor judicial são encargos da empresa (art.34, n.º 1, e 249, n.º1);
- a extinção dos privilégios creditórios do Estado, da autarquias locais e da Segurança Social;

⁹⁰SALGADO, António Mota. **Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência**. Lisboa : Aequitas Editorial Notícias, 1993. p.07-08.

- fim da distinção clássica entre falência para o comerciante e insolvência para a pessoa não comerciante;
- em caso de falência, liquidação imediata do ativo, sem necessariamente aguardar a apuração do passivo, o que evita o sucateamento dos bens e, por conseguinte, uma maior valorização do ativo.

3.1.4 Estados Unidos

O direito concursal norte-americano é regulado pelo Bankruptcy Code, datado de 1978. A respeito Jorge LOBO esclarece:

O denominado Código da Bancarrota de 1978, divide-se em diversos capítulos, tratando da bancarrota em geral os capítulos: os provimentos gerais (Capítulo 1), a administração judicial (Capítulo 3), credores, devedores e o Estado (Capítulo 5), cuidando dos procedimentos específicos os Capítulos 7 (Liquidação), 9 (Reajuste dos débitos com o Município), 11 (Reorganização), 12 (Reajuste dos débitos de uma família fazendeira com renda anual regular) e 13 (Reajuste dos débitos de uma pessoa de renda regular). O Capítulo 11 disciplina a Reorganização, que é o procedimento através do qual a empresa americana de médio e grande porte tem preferido postular em juízo, quando se encontra em situação de insolvência, pois, não obstante os Capítulos 7, 12 e 13 tenham ensejado maior número de pedidos, os requerimentos calçados no Capítulo 11 envolvem valores sempre muito mais expressivos.⁹¹

A legislação norte-americana visa à preservação da empresa, por intermédio da reorganização, consubstanciada na apresentação de um plano de reorganização da empresa.

Quanto ao conteúdo do plano, o art. 1.123 é exaustivo, elencando, pormenorizadamente, em inúmeras alíneas e itens, o que o plano deverá conter, uma parte devendo especificar a situação dos titulares das ações, outra indicar os meios adequados à execução do plano: A) retenção pela devedora de todos ou de qualquer parte dos bens da massa falida; B) transferência de todos ou de qualquer parte dos bens da massa falida a uma ou mais entidades, quer constituída(s) antes quer depois da confirmação desse plano; C) fusão ou consolidação da devedora com uma ou mais pessoas; D) venda de todo ou de qualquer parte dos bens da massa falida, sujeitos ou não a qualquer gravame ou, a distribuição de todos ou de

⁹¹LOBO, *Da recuperação da...*, p.119.

qualquer parte dos bens da massa falida entre os detentores de participação em tais bens da massa falida; E) satisfação ou modificação de qualquer gravame; F) cancelamento ou modificação de qualquer contrato ou instrumento semelhante; G) saneamento ou dispensa de qualquer inadimplemento; H) prorrogação da data de vencimento ou alteração da taxa de juros ou outra condição dos títulos pendentes; I) alteração do contrato social da devedora.⁹²

A confirmação do plano gera as seguintes repercussões:

a) obrigar a devedora, seus credores, acionistas e “qualquer entidade que adquira bens de acordo com o plano” a cumprir o plano; b) tornar os bens discriminados no “plano” livres e desembaraçados de todos os direitos e participações de credores, de acionistas e de sócios em geral da devedora, salvo estipulação em contrário no “plano” ou a “ordem de confirmação do plano”; c) regra geral, “desobrigar a devedora de qualquer dívida incorrida antes da data da confirmação”.⁹³

O Tribunal pode cassar a confirmação, caso comprovado que foi obtida por meio de fraude. Porém, dificilmente a Corte envolve-se na administração da empresa, salvo para conferir a observância e implementação do plano.

Os credores participam de modo ativo e efetivo na execução do plano. O devedor, por sua vez, permanece na representação da empresa, com os poderes de gestão. Todavia, “terá que pedir autorização da Corte para obtenção de crédito (após a distribuição da bancarrota), assumir ou interromper locações não terminadas, contratar advogados, contadores, avaliadores e outros profissionais durante a bancarrota, vender, alugar ou usar propriedades da massa falida fora do curso ordinário da bancarrota”.⁹⁴

O síndico somente é designado, em casos que envolvam fraude, má-administração ou situações similares. Geralmente o síndico integra o “U.S. Trustee”, “que é um órgão governamental, constituído por equipe de economistas, assistentes do síndico, etc.”.⁹⁵

⁹²LOBO, Jorge. A crise da empresa : a busca de soluções. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.668, p.39, 1991.

⁹³LOBO, A crise da..., p.39-40.

⁹⁴LOBO, **Da recuperação da...**, p.120.

⁹⁵LOBO, **Da recuperação da...**, p.120-121.

Situação interessante do direito norte-americano, passível de aplausos e elogios, diz respeito à proibição da discriminação do empresário que se encontra em bancarrota, sendo vedado ao Estado inclusive revogar ou recusar emissão de licença, concessão e/ou permissão pelo simples fato que a empresa encontra-se em bancarrota.

No tocante ao procedimento, peço “vênia” para transcrever o cronograma organizado por SUMMERS, citado por Jorge LOBO:

- * A bancarrota (voluntária ou involuntária) é distribuída;
- * O “automatic stay”⁹⁶ instaura-se;
- * O devedor continua gerenciando seus negócios;
- * O devedor procura obter a permissão para o financiamento;
- * O escrevente da Corte notifica os credores da bancarrota;
- * O devedor faz a lista dos bens e dos débitos;
- * Os credores organizam o seu primeiro encontro;
- * Os credores habilitam-se;
- * O comitê dos credores é formado;
- * O comitê dos acionistas é formado;
- * Pedidos são autorizados ou não;
- * A Corte nomeia o síndico ou o examinador, se o devedor é incompetente ou se houver fraude;
- * O documento de divulgação do balanço é distribuído (“Disclosure Statement”);
- * O devedor (ou os credores) apresenta o plano de reorganização;
- * Os credores decidem se vão aceitar ou não o documento de divulgação do balanço e/ou o plano de reorganização;
- * A Corte aprova ou não o documento de divulgação do balanço;
- * Credores e acionistas votam o plano de reorganização;
- * A Corte confirma ou denega o plano;
- * Caso a Corte confirme o plano, o controle da empresa só será feito com o objetivo de verificar a sua implementação;
- * A Corte encerra o caso.⁹⁷

⁹⁶Denomina-se “automatic stay” o período compreendido entre a distribuição do pedido de reorganização e o seu deferimento, quando ocorre a suspensão temporária do pagamento das dívidas e das ações de execução.

⁹⁷LOBO, *Da recuperação da...*, p.124.

3.1.5 Argentina

O direito falimentar argentino é regulado pela recente Lei n.º 24.522/95. Cuida-se de um diploma ousado e moderno, possuindo como traço fundamental a conservação da empresa economicamente viável que atravessa dificuldades.

Comentando o escopo da lei argentina, Daniel Roque VÍTOLO, Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, aduz que:

[...] la ley 24.522 contiene un conjunto de disposiciones que pueden caracterizarse como revolucionarias, para el tratamiento de la situación de insolvencia, especialmente en lo que se refiere a los aspectos preventivos, y adecua la normativa legal a una realidad económica y social que reclamaba, desde hacía ya tiempo, un nuevo marco legal para su regulación, permitiendo la obtención de mecanismos flexibles, modernos e imaginativos, para resolver el fenómeno de la crisis empresaria, manteniendo vigente el principio de conservación de la empresa, dentro de un concepto de empresas económicamente viables, en las condiciones actuales del mercado que reflejan, en el país y en el mundo, una dinámica de apertura y competencia, diferente – en forma substancial – de la existente hace más de dos décadas.⁹⁸

A lei argentina, mediante os artigos 69 a 76, estabelece um tratamento preventivo da crise, por intermédio de um acordo preventivo extrajudicial, sem necessidade de o devedor e os credores recorrerem a um processo judicial. Nesse instrumento as partes possuem flexibilidade para transigir sobre garantias, prazos de pagamento, porcentagens, dentre outros aspectos. Não exige participação de todos os credores. O acordo é homologado judicialmente, e essa intervenção judicial limita-se à análise da legalidade da transação.⁹⁹

⁹⁸VÍTOLO, Daniel Roque. **Comentários a la ley de concursos y quiebras n.24.522. Doctrina y Jurisprudencia Aplicable**, Buenos Aires : Ad-Hoc, 1996. p.23.

⁹⁹A respeito Daniel Roque VÍTOLO (op. cit., p.44) assevera que: “Dos ideas básicas presiden el regimen de la homologación judicial del acuerdo preventivo en la ley 24.522. La primera es restringir la autoridad jurisdiccional al control de legalidad en cuanto al cumplimiento de las exigencias formales y substanciales para la existencia del acuerdo preventivo, liberando al juez de tener que pronunciarse sobre aspectos ajenos al ejercicio de la jurisdicción; la segunda, que la homologación del acuerdo implica la novación de todas la obligaciones con causa u origen anterior al concurso preventivo, aunque los efectos de dicha novación resultan atípicos, en la medida que no se libera de la obligación a los fiadores y deudores solidarios”.

No tocante à quebra, busca a lei argentina a liquidação dos bens de forma mais adequada e célere possível, evitando a deterioração do patrimônio pelo transcurso do tempo.

Paulo Roberto Colombo ARNOLDI destaca outras características da lei argentina:

- * Os poderes do juiz são bastante reduzidos, dando-se ênfase aos credores, a falência só é decretada excepcionalmente.
- * A reforma se inspira na idéia de que o Estado Empresário deve ser eficiente senão se transforma num fator destoante no mercado de trabalho, gerando inflação e aumentando as despesas do empresário. Por isso que o Poder Público privatizou suas empresas, pois as empresas que não forem eficientes experimentarão o risco da falência.
- * Os credores têm um papel mais ativo na busca de soluções para as crises falimentares, formulando propostas de acordo preventivos, constituindo comitê de credores com amplos poderes de informações.
- * O juiz não tem poderes de indeferimento das decisões do comitê, só pode homologar o acordo votado, desde que não haja fraudes.
- * O concursado pode apresentar propostas aos credores e terceiros.
- * Os contratos de trabalho não são rescindidos, cessam as convenções coletivas de trabalho.
- * A lei prevê a continuidade da empresa.¹⁰⁰

Aspecto interessante e inovador da lei argentina diz respeito ao fato de abranger empresas de economia mista. Reza o artigo 2.º da Lei n.º 24.522, *verbis*: “Art.2.º - Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación”.

3.1.5.1 Tendências do direito comparado

Analisando as legislações de alguns países, pode-se concluir que, observadas as peculiaridades e cultura de cada região, o direito comparado das empresas em

¹⁰⁰ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito comercial** : falências e concordatas. 2.ed. São Paulo : LED – Editora de Direito, 1999. p.449.

dificuldades, apresentada uma nítida tendência de preservação da empresa, separando a sorte dessa à do empresário.

Nesse sentido as observações de Wilson de Souza Campos BATALHA e Silvia Labate BATALHA:

Ao contrário da tradição histórica, em que o falido era presumidamente fraudulento e em que o processo falimentar tinha em mira, antes de mais nada, a liquidação do patrimônio para satisfação dos direitos dos credores, a tendência moderna, considerando a realidade econômica de cada país, se preocupa principalmente com a empresa, como unidade, por seus reflexos sociais e econômicos, no contexto geral. Assim, a manutenção da empresa é o objetivo prevalecente, confiado ao prudente critério do magistrado, sem a interferência decisiva dos credores.¹⁰¹

3.2 BRASIL

3.2.1 Evolução Histórica

Durante o período colonial, o Brasil estava sujeito à legislação portuguesa, a qual era aplicável no trato das falências. Nessa época, portanto, vigoravam as Ordenações Afonsinas, seguida pelas Ordenações Filipinas.

Em 1850, houve a promulgação do Código Comercial Brasileiro, cuja terceira parte, denominada “Das Quebras”, dedicava-se à falência. Nesse período, que se estendeu até o advento do regime republicano,

[...] o que caracteriza a falência é a cessação de pagamentos (art.797). Alegava-se, contra o sistema do Código Comercial, ser ele lento, complicado, dispendioso, prejudicando, a um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância a apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ultimação do processo da quebra e qualificação da falência é que se iniciava a liquidação da massa. Por outro lado a aceitação da concordata dependendo da maioria dos credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata (art.847, 3^a al.) constituía obstáculos à obtenção desse favor.¹⁰²

¹⁰¹BATALHA, W.S.; BATALHA, S.M.L., p.61.

¹⁰²SAMPAIO DE LARCEDA, p.45.

Instaurada a República, o governo buscou aperfeiçoar a falência, o que culminou com o Decreto n.º 917, de 24.10.1890, obra de Carlos de Carvalho, inspirado da lei suíça e realizado no prazo exíguo de quatorze dias, o qual acabou reformando a III parte do Código de Comercial. Uma de suas virtudes foi a introdução da concordata preventiva.

O Decreto n.º 917 foi substituído pela Lei n.º 859, de 16.08.1902, regulamentado pelo Decreto n.º 4.855, de 2.06.1903. Esse decreto institui nomeação de síndico pelos juízes, mediante uma lista de quarenta nomes, elaborada livremente pelas juntas comerciais, o que suscitou infinitas críticas. “As nomeações de amigos e pessoas desqualificadas para as funções foram tantas que a tal lista foi apelidada lista de *Ali-Babá e os quarenta ladrões*”.^{103,104}

Em face das críticas unânimes, promulgou-se a Lei n.º 2.024, de 17 de dezembro de 1908, elaborada por CARVALHO DE MENDONÇA, revogando, assim, o Decreto n.º 917. Sobre essa lei, Waldemar FERREIRA esclarece que

[...] revestiu-se a lei de 1908 de mais acentuada estrutura técnica, assim pela distribuição da matéria, como pela mais precisa orientação processual; e, do ponto de vista doutrinário, estabeleceu seguro entendimento aos diversos institutos e contratos que no processo se desatavam e produziam os seus efeitos, à luz da tradição jurídica brasileira e dos princípios mais aceitos na legislação estrangeira mais moderna. Adotando a caracterização da falência por impontualidade, instituída pela lei de 1890, aboliu a faculdade de sua declaração por iniciativa do representante do Ministério Público, fazendo enumeração das obrigações mercantis, cuja falta de pagamento externava o estado de quebra. Admitiu outros casos, de insolvência manifestada por atos, fatos e contratos que justificavam seu pedido e decreto judicial. Estabeleceu a forma de escolha dos síndicos, um ou três, conforme a importância da massa, para arrecadá-la, administrá-la e proceder à verificação dos créditos. Escolher-se-iam pelo Juiz entre os credores do falido, de preferência os de maior quantia e idôneos, residentes ou domiciliados no fôro da falência.¹⁰⁵

¹⁰³ARAÚJO, p.25-26.

¹⁰⁴Sobre o assunto, veja-se ainda, REQUIÃO, **Curso de direito...**, p.20.

¹⁰⁵FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Edição Saraiva, 1965. v.14, p.44.

Esse diploma, em suma, trouxe inúmeros avanços, o que motivou o Prof. Otávio MENDES a registrar que: “para que a Lei n. 2.024 produzisse todos os bons resultados de que seria capaz, era preciso que sua execução fosse fiscalizada e garantida por um juiz enérgico, inteligente e ilustrado. Se a Lei n.2.024 não deu esses resultados, a culpa é dos nossos juízes, e não da lei”.¹⁰⁶ Apesar de suas vicissitudes “em decorrência da depressão causada pela Grande Guerra de 1914-1918 e das crises que lhe sucederam, foi revista a Lei, então vigente, pelo Decreto n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, com o propósito, segundo seu relator na Câmara dos Deputados, ‘de aperfeiçoamento no seu mecanismo e naqueles pontos em que o aparelho mostrou não funcionar com a devida precisão’”.¹⁰⁷

Em outubro de 1939, o então Ministro da Justiça Francisco Campos confiou a Trajano Miranda VALVERDE a elaboração de um anteprojeto de reforma da lei de falências.

Publicado esse anteprojeto e apresentadas sugestões e críticas, não teve ele o andamento esperado. Mais tarde, em 21.10.1943, o Ministro da Justiça, ALEXANDRE MARCONDES FILHO, ofereceu novo anteprojeto elaborado por uma comissão por ele designada e composta de FILADELFO AZEVEDO, HAHNEMANN GUIMARÃES, NOÉ AZEVEDO, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, SILVIO MARCONDES e LUÍS LOPES COELHO e que se transformou na lei vigente, isto é, no Decreto-lei n.7.661, de 21.6.1945.¹⁰⁸

O Decreto-lei n.º 7.661/45 trouxe inovações reformando “os poderes do magistrado, diminuindo a influência dos credores, pois começou por abolir a assembléia de credores; a concordata, tanto preventiva como suspensiva, deixou de ser um contrato, para se tornar um benefício concedido pelo Estado, através do juiz ao devedor infeliz e honesto”.¹⁰⁹

¹⁰⁶MENDES, p.10, apud REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, p.20.

¹⁰⁷REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, p.20.

¹⁰⁸SAMPAIO DE LARCEDA, p.46.

¹⁰⁹REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, p.21.

Existiram adaptações ao Decreto-lei n.º 7.661/45 no que diz respeito à correção monetária dos créditos arrolados na concordata, classificação dos créditos na falência e aos recursos cabíveis.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 4.376/93, que regula a recuperação e liquidação judicial de devedores pessoas jurídicas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas e dá outras providências, reformando, portanto, o Decreto-lei n.º 7.661/45.

De todo o exposto, analisada a evolução do direito falimentar brasileiro, pode-se dizer que as deficiências do sistema nem sempre resultam da legislação propriamente dita, e sim dos operadores. Nesse particular merece registro a advertência de J.C. Sampaio de LACERDA:

[...] as deficiências de uma lei de falência nem sempre são devidas aos seus princípios, mas aos seus aplicadores, que falham em seus misteres, deixando que os processos falimentares e de concordatas permaneçam orientados por pessoas inescrupulosas e desinteressadas economicamente no perfeito e completo andamento do processo além de, muitas vezes, assoberbadas por massas de processos, sem poder cuidar deles, com a atenção merecida, em prazo útil.¹¹⁰

3.2.2 Considerações sobre o Decreto-lei n.º 7.661/45

O Decreto-lei n.º 7.661, que trata das falências e concordatas, foi promulgado em 21 de junho de 1945, ou seja, imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a realidade socioeconômica era totalmente diversa da atual.

Naquela ocasião, a necessidade de preservação da empresa economicamente viável, ainda que enfrentando dificuldades financeiras transitórias, não sensibilizou o legislador pátrio. Na verdade, predominou uma visão processual, centrada no binômio devedor-credores, como esclarece Nelson ABRÃO:

¹¹⁰SAMPAIO DE LARCEDA, p.48.

[...] princípio basilar em que se assentou nossa Lei de Falências foi o de disciplinar meios tendentes a acertar a situação obrigacional entre devedor-credores, o que, até certo ponto se constitui em objetivo normal dos procedimentos concursais. Mas, exacerbou-se num processualismo tal que as tricas formais acabaram ofuscando a realidade econômica, de modo que o próprio fim precípua a que a lei se propõe – realização do direito dos credores – acaba frustrado.¹¹¹

Nesse sentido a visão de Paulo Roberto Colombo ARNOLDI: “A legislação falimentar brasileira guarda a mentalidade das legislações editadas na fase anterior a I Grande Guerra, como objetivo liquidatório-solutório, com a concepção finalística e processual, sistema obsoleto, que cedeu lugar, entre as duas Grandes Guerras, ao da preservação da empresa e não a sua liquidação”.¹¹²

Outro aspecto que suscita críticas da doutrina é o fato do Decreto-lei n.º 7.661/45, dar ênfase à figura do comerciante individual, deixando em segundo plano a empresa, que, por sua vez, exerce papel fundamental no direito comercial contemporâneo. Outra vez, pertinente a crítica do saudoso Nelson ABRÃO:

Com efeito, refere-se o diploma legal brasileiro, de maneira sistemática, ao comerciante individual. As sociedades mercantis, não só as chamadas de pessoas, como a sociedade por ações, são mencionadas em plano secundário.

Ora, legislando-se para o indivíduo, evidentemente não se tem a visão da importância do organismo economicamente organizado, e que se sobrepõe à pessoa física de seu titular ou titulares, que é a empresa.¹¹³

Rubens REQUIÃO,¹¹⁴ em famosa conferência denominada “A Crise do Direito Falimentar Brasileiro”, proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, em 08 de março de 1974, apresentara outras críticas ao Decreto-lei n.º 7661/46, como: (i) morosidade do processo pré-falencial; (ii) excesso de recursos

¹¹¹ABRÃO, N., **O novo direito...**, p.164-165.

¹¹²ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O novo modelo jurídico da empresa nacional e a reforma da lei de falências. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.663, p.252-254.

¹¹³ABRÃO, N., **O novo direito...**, p.163.

¹¹⁴REQUIÃO, Rubens. A crise do direito falimentar brasileiro : reforma da lei de falências. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.14, p.23-33.

contra a decisão declaratória de falência; (iii) morosidade do sistema de verificação dos créditos; (iv) onerosidade da publicidade dos atos processuais.

Em que pese a pertinência das críticas existentes ao Decreto-lei n.º 7.661/45, ao meu ver, referido diploma possui procedimentos e características que merecem elogios, como: (i) competência para declarar a falência da jurisdição onde esteja localizado o estabelecimento principal da empresa; (ii) universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar; (iii) dever de indenizar os prejuízos do pedido de falência postulada com dolo; (iv) efeito da falência aos contratos do falido; (v) continuidade dos negócios da empresa falida (art.74); assembléia de credores (art.122) rito sumário para falência das pequenas empresas (art.200).

Comunga desse entendimento José da Silva PACHECO que, discorrendo sobre os meios de solução para as empresas em crise no Brasil, elenca procedimentos consagrados na própria Lei de Falências:

A nossa lei de Falências prevê, além da falência comum de que cuidam os arts.1.º, 2.º e 8.ª, a sumária das pequenas empresas (art.200), a especial das concessionárias (art.201), a concordata preventiva (art.156), a concordata suspensiva (art.177), a continuação dos negócios (art.74), a convocação de assembléia para deliberar sobre a realização do ativo (art.122) e a organização de sociedade para continuar a empresa (art.123 e parágrafos).¹¹⁵

Mesmo assim, multiplicam-se as vozes na doutrina nacional exigindo a reforma do Decreto-lei n.º 7.661/45. O debate aumenta em face do Projeto de Lei n.º 4.376/93, que tramita no Congresso Nacional, destinado a regular “a recuperação e liquidação judicial de empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas e dá outras providências, revogando por conseguinte, o atual Decreto-lei n.º 7.661/45”.

Porém, ousamos dizer que uma nova Lei Falimentar não é, por si só, suficiente para a preservação e reorganização das empresas, máxime em se tratando do Projeto de Lei n.º 4.376/93, que tem suscitado inúmeras críticas da doutrina nacional. Nesse sentido merece destaque o trabalho realizado pelo Departamento de Direito

¹¹⁵PACHECO, p.7.

Comercial do Instituto dos Advogados do Paraná, presidido pelo Prof. Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, o qual deliberou, por unanimidade, pela não apresentação do substituto do Anteprojeto de Lei Falências ao Congresso Nacional.¹¹⁶

Parece-nos que muito mais importante que a reforma do Decreto-lei n.º 7.661/45 é a interpretação que deve ser dada, ao mesmo pelos operadores do direito, ou seja, interpretando-o de forma sistemática, à luz da Constituição Federal. Afinal, como esclarece Trajano Miranda VALVERDE, “uma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude”.¹¹⁷

De outra banda, a interpretação sistemática do Decreto-lei n.º 7.661/45 à luz da realidade econômica atual e da Constituição Federal afasta simples debates sobre a necessidade de sua reforma, propiciando resultados concretos e efetivos, visando à preservação e reorganização da empresa. Nesse sentido a posição de José da Silva PACHECO:

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

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

Assim, tanto os advogados, juristas, membros do Ministério Público, quanto os juízes e tribunais devem encaminhar, preconizar e efetivar soluções, mediante interpretação, integração e aplicação desses dispositivos, com vista ao soerguimento das empresas, manutenção do seu patrimônio, com o atendimento da produção e da preservação do trabalho, o que conflui para os fins sociais e o bem comum.¹¹⁸

¹¹⁶Revista dos Institutos do Advogado do Paraná, n.23, p.219-224.

¹¹⁷SANTOS, J.A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. Nota aos **Comentários à lei de falências**. (Decreto-lei n.º 7.661/45, de 21 de junho de 1945). VALVERDE, Trajano de Miranda. 4.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p10.

¹¹⁸PACHECO, p.7.

E acrescenta José da Silva PACHECO:

Se concatenarmos as tendências gerais do mundo atual (desregulamentação, desestatização, privatização, distinção dos interesses e alargamento da atividade negocial, arbitral e judicial) com o que se observa na busca de soluções amigáveis, para a continuação da empresa, a manutenção do emprego e o prosseguimento da produção competitiva, deixando a falência ou liquidação do patrimônio para os casos em que não haja possibilidade de recuperação.

Para adaptar-se a essa tendência, não é, necessariamente, impositivo refazer as leis existentes, embora esparsas, no País, mas simplesmente interpretá-las sistematicamente, com o objetivo de que o sistema jurídico brasileiro colime o interesse geral de manutenção, com recuperação econômica, da empresa como unidade dinâmica, produtiva e competitiva, e a satisfação dos credores, com o afastamento, eliminação e, se for o caso, punição dos dirigentes inaptos e fraudulentos.

Não há, também, necessidade de retirar toda a matéria do plano do direito processual e de afastá-lo do âmbito do Judiciário, como tem sido apregoado por certos setores, para inseri-la na esfera extrajudicial, mas pode-se admitir, sem dificuldades, que as partes interessadas promovam, livremente, a composição amigável que tenham por conveniente, e, além disso, os trâmites administrativos aos casos específicos das instituições financeiras, de seguro ou de transporte aéreo, assim como os compromissos de soluções arbitrais.

Deixando as nossas leis como estão pode-se, perfeitamente, permitir soluções amigáveis, inclusive com a transferência da empresa ou de parte dela a terceiros, se contarmos com a lúcida compreensão dos advogados, Ministério Público, juízes e tribunais, no sentido de dar aos dispositivos mencionados a interpretação condizente com as necessidades do presente, a fim de resolver a crise empresarial com manutenção da empresa, do emprego, e da produção competitiva, uma vez que o advogado, o jurista, o juiz e o tribunal, como elementos do povo, devem vincular-se à legislação vigente, o que implica a ligação ao legislador de cada momento, e não ao legislador do tempo em que foi feita. E, desse modo, dar-se-á plena obediência ao disposto no art.5º. da Lei de Introdução, que manda aplicar a lei no sentido de atender aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum, sem perder de vista os princípios enunciados pelo art.170 da Constituição Federal de 1988.¹¹⁹

¹¹⁹PACHECO, p.10.

3.2.3 O Decreto-lei n.º 7.661/45 em face da Constituição de 1988

A Constituição de 1988, ao tratar da ordem econômica, elegeu como princípios jurídicos fundamentais,¹²⁰ (i) a valorização do trabalho humano e a (ii) livre iniciativa.

Portanto, “toda a atividade econômica, seja pública ou privada, e qualquer ato que de alguma forma interfira na atividade econômica deverão levar em consideração a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa”.¹²¹

O princípio da livre iniciativa é de conceito amplo, não se esgotando apenas na liberdade econômica, mas traduzindo um desdobramento da liberdade, tradicionalmente, vinculada à atividade econômica. Para Miguel REALE JÚNIOR, a livre iniciativa não é outra coisa senão “a projeção da liberdade individual do plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados”.¹²²

Já a valorização do trabalho humano também é empregada num sentido amplo, visando conferir ao trabalho e seus agentes um tratamento especial. Com a palavra José Diniz de MORAES

¹²⁰Em verdade, os princípios, positivados ou não, desempenham papel de fundamental importância na aplicação do direito. Afinal, “os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem ‘ratio’ de regras jurídicas”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993) A respeito deles, observa Celso Antônio Bandeira de MELLO (In: **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Malheiros Editores, 1996. p.545-546): “Princípio é, por definição mandamento nuclear de um sistema verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos”.

¹²¹MORAES, José Diniz de. Princípios constitucionais da ordem econômica. In: **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n.4, p.209.

¹²²REALE JUNIOR, Miguel, Apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p.204.

[...] a Constituição, adverte-nos Tércio Sampaio, não funda a Ordem Econômica no trabalho humano, mas na sua valorização. O trabalho é uma contingência humana, que compõe o seu modo de ser. E nem poderia fazê-lo, pois toda a atividade econômica pressupõe trabalho, o qual pode ou não ser valorizado, ou ser preterido em função de outros fatores econômicos. Não é a nossa Ordem Econômica fundada na valorização do trabalho humano, do qual não pode ser excluído o trabalho “organização”, isto é, o trabalho empreendedor. Uma Ordem Econômica Constitucional fundada na valorização do trabalho não pode descurar do trabalho enquanto objeto de política estatal, isto é, não somente garantir o direito de trabalho, como o direito ao trabalho, pois além de constituir a valorização do trabalho fundamento da Ordem Econômica, a República Federativa do Brasil funda-se nos valores sociais do trabalho, e tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, e promover o bem de todos, o que só é possível com a busca do pleno emprego (art. 1.º, IV, 3.º, I, II, III e IV, 170, VIII).¹²³

Percebe-se, pois, que toda a atividade econômica deve sempre gravitar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, incumbindo aos seus operadores obter a máxima efetividade desses princípios.

Não se pode olvidar que no Capítulo que trata dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, a Constituição Federal também elege como princípio básico a busca do pleno emprego (art.170, VIII), que corresponde ao princípio da preservação da empresa, conforme lição extraída da pena do Prof. Alfredo Assis GONÇALVES NETO:

[...] pode-se observar que ao princípio da busca do pleno emprego, por exemplo, corresponde o da preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica.¹²⁴

¹²³MORAES, p.210-211.

¹²⁴GONÇALVES NETO, p.99.

Em suma, a Constituição de 1988 estabelece uma nova ordem econômica, que opta por um sistema capitalista, mas, ao mesmo tempo, dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

Percebe-se, também, que a preservação da empresa foi erigida a princípio constitucional. Logo, o regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras deve ser interpretado à luz da Constituição Federal de 1988 e, por via de consequência, buscando a preservação da empresa econômica viável, ainda que atravesse dificuldades financeiras.

Afinal,

[...] encontram-se na própria Constituição atual princípios fundamentais que justificam a reformulação do direito falimentar, com a busca do desenvolvimento nacional, para a implantação de uma sociedade justa e solidária. Para isso, a Carta de 1.988 instituiu uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, observados os princípios mencionados no art.170. Princípios programáticos que são, possuem, ao menos, aquela eficácia mínima, de retirar suporte hierárquico às normas legais inferiores, que com eles não se coadunarem. Urge, então, adequar a lei falimentar a estes princípios. Afinal, não é possível conciliar uma norma que conduz ao desaparecimento de empresas viáveis, em dificuldades momentâneas, com os graves problemas daí decorrentes com uma ordem constitucional que caminha em sentido contrário.¹²⁵

Ao nosso ver, essa adequação do Decreto-lei n.º 7.661/45 à Constituição Federal, é perfeitamente possível, por intermédio de uma interpretação sistemática.

Juarez de FREITAS conceitua o sistema jurídico como “uma rede axiológica e hieraquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.¹²⁶

¹²⁵SANTOS, J.A.P.; SANTOS, P.P., p29.

¹²⁶FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**. 2.ed. revista e ampliada. São Paulo : Malheiros Editores, 1998. p.46.

Portanto, “a interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.”¹²⁷

Esse deve ser o atual papel dos operadores do direito, militantes na área do Direito Falimentar.

Os Tribunais, embora de forma tímida, começam a trilhar esse caminho, conforme demonstra o julgado colhido do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais e novamente transcrito, em face de seu brilhantismo:

A existência de protesto de título contra o devedor não impede o deferimento da concordata preventiva, eis que a empresa deve ser preservada, para que atenda a sua finalidade social, como corolário do princípio fundamental insculpido na CF/88, art.1.º. O valor social do trabalho do empresário, assim como a livre iniciativa estão consagrados no referido dispositivo constitucional, que tem de servir como norte ao intérprete do direito. E, havendo incompatibilidade entre o disposto na Lei Maior e na lei ordinária, a inadequação verificada resolve-se em favor da norma fundamental. (TJMG – Agravo n.136.240/9 – Rel. Des. Almeida Melo - j.04.03.1999 – DJ de 29.10.99).

3.2.4 Possibilidade de Continuidade dos Negócios na Falência

Ainda que sob nomenclatura diversa, o vetusto Decreto-lei n.º 7.661/45 possibilita a preservação da empresa que embora acesse sérias dificuldades econômicas, apresente perspectivas de recuperação.

Esse princípio encontra-se positivado no artigo 74 do Decreto-lei n.º 7.661/45, *verbis*: “O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico”.

¹²⁷BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição** : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo : Saraiva, 1996. p.128.

A respeito, Nelson ABRÃO ensina que “o prosseguimento da atividade na falência tem como escopo possibilitar a preservação da empresa e evitar a desintegração do estabelecimento. Reveste-se o assunto de grande importância, a ponto de se constituir na preocupação prevalecente do moderno Direito Falimentar”.¹²⁸

Wilson de Souza Campos BATALHA e Silvia Marina Labate BATALHA, com apoio na lição de BONELLI, observam que “o escopo dessa medida provisória é não prejudicar a deliberação ulterior no sentido da continuidade da empresa, posto que, se a empresa fosse encerrada, se a clientela desaparecesse, se os negócios se paralisassem completamente, seria muito difícil retomar a administração do patrimônio comercial, não restando outra solução senão a venda imediata dos bens”.¹²⁹

Dos Tribunais, colhe-se o seguinte julgado: “Auto-Falência. Pedido de continuidade do negócio. Deferido. Mediante administração dos direitos. Agravo. Decisão reformada, em parte. 1. Decretada a auto-falência, e requerida a continuidade do negócio, para se evitar a paralisação ou interrupção da empresa e havendo interesse nesse sentido e dadas as circunstâncias do caso, viável é a autorização pretendida. 2....” (TJPR - 4.^a Cciv - Rel. Des. Accacio Cambi - Ac.9222, v.u., DJU 06.06.1994).

Percebe-se, pois, que a continuidade dos negócios na falência, tal como positivada no artigo 74 do Decreto-lei n.º 7.661/45, pode possibilitar uma leitura à luz do princípio constitucional da preservação da empresa.

3.2.5 As Omissões na Continuidade dos Negócios

A continuidade dos negócios na falência, porém, é regulada no Decreto-lei n.º 7.661/45, por intermédio de um único artigo, com sete parágrafos (art.74). Apresenta, portanto, dificuldades, dentre as quais:

¹²⁸ABRÃO, N., *Curso de direito...*, p.212.

¹²⁹BATALHA, W.S.; BATALHA, S.M.L., p.465.

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

Uma posição simplista seria suscitar a necessidade de modificação do Decreto-lei n.º 7.661/45, com a colmatação das omissões. Indubiosamente, poderia ser uma solução.

Temerário, no entanto, aguardar a boa vontade de nossos congressistas. Ademais, a dinâmica do comércio em poucos anos estabeleceria novas omissões a esse instituto.

Logo, incumbe ao operador do direito colmatar as lacunas legislativas existentes. Nesse mister, destaca-se o papel do Juiz. A respeito Jair Eduardo SANTANA esclarece que

[...] o preenchimento das lacunas pela via da atividade do magistrado, em especial pela tópica, deve se guiar – é importante deixar em relevo – pelo dados que suportam e informam o sistema jurídico. Daí migra-se para a idéia de que a função judicante assume por esse caminho, estando imersa num Estado Democrático de Direito, vastíssimas proporções diante das incontáveis possibilidades argumentativas que poderão ser tomadas em conta para a qualificação deontológica de uma determinada questão controvertida. Esses dados aos quais nos referimos são de ordem social ou de valores e integram a própria idéia de direito e de justiça; são também mutantes e dinâmicos porque andam parelho com a evolução do ser social. Essa transformação é constante necessária para a corporificação do Direito vivo.¹³⁰

¹³⁰SANTANA, Jair Eduardo. **Limites da decisão judicial na colmatação de lacunas** : perspectiva social da atividade judicante. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 1988. p.44.

É preciso esclarecer que, quando nos reportamos a lacunas, aludimos as lacunas legislativas derivadas da vida social, produzidas pelo progresso da sociedade, ou seja, concernente ao caso concreto, e não lacunas do direito, porque o direito é sem lacunas.¹³¹

¹³¹Sobre a matéria Maria Helena DINIZ (**As lacunas do direito**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981. p.100-101) observa que: “é lacunoso o direito porque, como salientamos, a vida social apresenta nuances infinitas na conduta compartilhadas, problemas surgem constantemente, mudam-se as necessidades com os progressos, de maneira que impossível seria que as normas jurídicas regulamentassem toda a sorte de comportamento, mas é, concomitantemente, sem lacunas porque o próprio dinamismo do Direito mobiliza soluções que serviriam de base para qualquer decisão, seja ela do órgão jurisdicional, seja ela do Poder Legislativo, assim sendo sempre haverá um direito para quaisquer relações que se instaurarem no convívio social, por mais intrincadas, heterogêneas ou excêntricas”.

PARTE II

DESENVOLVIMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA FALIDA

CAPÍTULO 4

CONTINUIDADE DOS NEGÓCIOS-PARTES

4.1 LEGITIMIDADE ATIVA

4.1.1 Falido

Por força do estatuído no *caput* do artigo 74 do Decreto-lei n.º 7.661/45, o falido detêm legitimidade para postular a continuidade dos negócios da empresa falida.

Aliás, por intermédio de uma interpretação gramatical¹³² do aludido dispositivo, conclui-se que somente o falido detêm legitimidade para requerer a continuidade dos negócios da empresa falida.

Nesse sentido a posição de Renan Kfuri LOPES: “Só os falidos podem pedir a continuação do negócio que a falida exercia, ouvidos o síndico e o curador”.¹³³ Comungam desse entendimento Pontes de MIRANDA,¹³⁴ José Francelino de ARAÚJO¹³⁵ e José da Silva PACHECO.¹³⁶

¹³²A respeito da interpretação gramatical Luís Roberto BARROSO (In: **Interpretação e aplicação da constituição** : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo : Saraiva, 1996. p.120) adverte que: “Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo”. E acrescenta, com apoio em julgado do Supremo Tribunal Federal: “Em passagem deliciosamente espirituosa o ex-Ministro Luiz Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar um recurso extraordinário naquela eg. Corte, assinalou: ‘De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Clélia, na Chartreuse de Parme, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso’”.

¹³³LOPES, Renan Kfuri. **Roteiro do síndico na falência** : doutrina, prática e legislação. Belo Horizonte : Del Rey, 1999. p.58.

¹³⁴“No sistema jurídico brasileiro, entende-se que o falido é que tem a legitimação a pedir a continuação do negócio. Têm de ser ouvidos o síndico e o órgão do Ministério Público. O juiz pode indeferir o pedido, mesmo se o síndico e o órgão do Ministério Público estiveram de acordo com o pedido; e pode deferi-lo, ainda se ambos se manifestaram contrariamente” (MIRANDA, p.71).

¹³⁵“Somente o falido poderá requerer a continuação do seu negócio. A ele cabe, de acordo com as circunstâncias, avaliar da necessidade da continuação. Não poderão fazê-lo nem o síndico, nem o Ministério ou qualquer credor ou acionista ou, mesmo empregado com crédito trabalhista privilegiado” (ARAÚJO, p.220).

¹³⁶“Só o falido pode fazê-lo. Não podem o síndico, o Ministério Público, qualquer credor, sócio ou acionista. Há de ser o pedido formulado por quem represente a sociedade (art.13) ou pelo próprio falido, se se tratar de pessoa física” (PACHECO, p.407).

Ao nosso ver, porém, esse dispositivo merece ser abrandado, outorgando legitimidade ao síndico, empregados e aos credores, posto que, muitas vezes, o próprio falido é o responsável pela situação caótica da empresa e, principalmente, pelo fato que os credores, funcionários e os credores são diretamente interessados na recuperação da empresa, nada justificando aguardarem o arbítrio do falido.

Ademais, encontra-se superada a visão eminentemente individualista e patrimonialista da empresa como propriedade exclusiva dos sócios, destacando-se atualmente seu papel social, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, possibilitando destarte, o desenvolvimento nacional, como almejado pelo legislador constituinte (art.3.º, I, II do CF/88).

No tocante ao papel social da empresa e a evolução do Direito Falimentar, Jorge LOBO esclarece que “Na reformulação do Direito Concursal, é indispensável ter em conta que, como acentuado na Lei de Sociedades Anônimas, a empresa tem uma função social a cumprir e ela, tal como seus controladores, tem deveres e responsabilidades para com os seus acionistas, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.¹³⁷

4.1.2 Síndico

O síndico exerce a função de administrador da massa falida, sob a supervisão imediata do Juiz (art.59 do Decreto-lei n.º 7.661/45).¹³⁸ Portanto, ninguém melhor que o próprio síndico para postular a continuidade dos negócios da empresa falida, mesmo porque conhecedor da real situação da agora massa falida.

Aliás, se obrigatoriamente o síndico deve opinar sobre o pedido de continuidade dos negócios, nada justifica que não possa postulá-lo.

¹³⁷LOBO, *Direito concursal*, p.19.

¹³⁸“A administração da falência é exercida por um síndico, sob a imediata direção e superintendência do juiz”.

Ademais, obstando o síndico de postular o requerimento para continuidade dos negócios, os credores, funcionários e demais interessados ficam à mercê dos interesses do falido, quando, na verdade, o que deve prevalecer é a tentativa de preservação da empresa (agora erigido a princípio constitucional) e não simples interesses individuais, ou mesmo patrimoniais, do falido.

Nessa diretiva a crítica do saudoso Rubens REQUIÃO:

A lei admite a continuação da empresa, mas se assim o requerer o falido. É um direito individual seu, não cabendo essa iniciativa a nenhum outro credor. Ora, tal individualismo é retrógrado, e não condiz com a evolução do direito, quando se depara com interesses coletivos que integram o conceito moderno de empresa. Reagindo contra esse critério exclusivista que atribui unicamente ao falido essa iniciativa, o direito falimentar moderno, em outros países, transfere ao síndico ou aos credores a iniciativa de solicitá-la ao juiz.¹³⁹

No Direito Comparado, encontra-se a possibilidade de iniciativa do síndico, conforme informa Nelson ABRÃO:

Em outros ordenamentos, não só a iniciativa não é do falido, como sequer influi sua vontade no concernente à continuação do negócio. Assim é, por exemplo, nos direitos alemão e italiano: “Sobre o encerramento ou a continuação do negócio decide definitivamente a assembléia de credores. Até a decisão desta, o encerramento do negócio ou a continuação segundo critério devido da comissão dos credores é, quando uma tal comissão não foi escolhida, nem nomeada, do administrador”. (A Bohle Stamschräder, página 265, Munich, 1.969)

Regularmente, vê-se o administrador concursal, imediatamente depois da abertura do procedimento, colocado diante da questão, se o negócio do devedor comum deve ser encerrado ou continuar, uma questão sobre a qual, na verdade tem de decidir, definitivamente, a assembléia dos credores (par.132, 1 - KO), mas a questão não comporta, na maioria das vezes, nenhuma demora e, portanto, deve ser, desde logo, decidida pelo administrador concursal e, quando uma provisória comissão de credores é forma (par.87 - KO), por esta (par.129, 2 - KO) (Jurgem Mohrbutter, Handbuch des Gesamten Vollstreckung - und Insolvenzrechts, página 893, par. 83, IV, 1, Colônia, 1.976)

[...]

¹³⁹REQUIÃO, *Curso de direito falimentar*, p.230.

No direito italiano é o curador, administrador da massa, que, após tomar conhecimento da situação econômica do devedor, irá comunicá-la ao Tribunal para que este determine, ou não, a continuação do negócio. Estando já nomeada a comissão dos credores, esta exara seu parecer, vinculante se negativo; se positivo, o tribunal pode autorizar, ou não, a continuação do exercício.¹⁴⁰

Nesse particular, merece elogios a legislação argentina,¹⁴¹ que, entendendo que a interrupção das atividades da empresa pode ocasionar sérios prejuízos, autoriza o síndico a continuar as atividades de imediato, informando o Juiz posteriormente.

Comentando a lei argentina (24.522/95), Daniel Roque VÍTOLO assevera que:

[...] en todos los procesos de quiebra el síndico debe informar al juez, dentro de los veinte días corridos contados a partir de la aceptación del cargo, sobre la posibilidad excepcional de continuar con la explotación de la empresa del fallido, o de alguno de sus establecimientos, y la conveniencia de enajenarlos en marcha. Pero, para ello, el síndico debe expedirse concretamente sobre un conjunto de aspectos precisos vinculados a la posibilidad de mantener la explotación si contraer nuevos pasivos; el beneficio resultante para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha; ventajas que pudieran resultar para terceros de la actividad; acompañar el plan de explotación junto con un presupuesto de recursos debidamente fundado; establecer los contratos em curso de ejecución que deben mantenerse y pronunciarse sobre las reorganizaciones o modificaciones que permitan eficiencia y viabilidad a la explotación; señalar los colaboradores que necesitará para la explotación y explicar, en forma clara y concreta, el modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente.¹⁴²

¹⁴⁰ABRÃO, N., **A continuidade do...**, p.98.

¹⁴¹Art.189 da Lei (Argentina) n.24.522: “El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos sólo excepcionalmente, si de la interrupción pudiera resultar com evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio. Debe ponerlo en conocimiento del juez dentro de las veinti-cuatro horas. El juez puede adoptar las medidas que estime pertinentes, incluso la cesación de la explotación, con reserva de lo expuesto en los párrafos siguientes.”

“Art.190 da Lei (Argentina) 24.522: En toda quiebra aun las comprendidas en el artículo precedente, el síndico debe informar al juez dentro de los veinte días corridos contados a partir de la aceptación del cargo, sobre la posibilidad excepcional de continuar com la explotación de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha”.

¹⁴²VÍTOLO, p.354.

4.1.3 Juiz

Ao Juiz incumbe a direção do processo falimentar. Porém, não nos parece pertinente o deferimento de continuidade de negócios *ex officio* pelo Magistrado, posto que tal expediente pode macular sua imparcialidade, vez que envidará (ainda que implícita e inconscientemente) todos os esforços no resultado positivo da medida.

Ademais, ao Juiz incumbe o julgamento dos conflitos decorrentes da continuidade de negócios. Logo, a determinação *ex officio* para instauração do procedimento, do mesmo modo, pode ocasionar sua imparcialidade (e, por que não, suspeição) quando do julgamento de requerimentos contrários à manutenção de tal atividade.

Registre-se, ainda, a dificuldade de obtenção de informações por ocasião da instauração do processo falimentar, sendo recomendável pareceres técnicos de *experts* em matéria contábil, ou mesmo levantamentos *in loco* por administradores de empresas. Em outras palavras, não é recomendável deferir a continuidade dos negócios, sem informações concretas e precisas sobre a possibilidade de reorganização e recuperação da empresa, pena de aumentar os prejuízos sofridos pelos credores, funcionários e outros. É da pena de J. A. Penalva SANTOS e Paulo Penalva SANTOS o seguinte alerta:

Na quebra é fácil identificar os custos de um processo liquidatório, mas os custos para manter em funcionamento uma empresa não rentável são mais difíceis de perceber. São custos que para a sociedade representam a consequência de recursos produtivos mal empregados, o que dá origem a uma redução de renda nacional, e portanto, do bem-estar social. Por ser mais difícil de identificar, este custo a ser subestimado. O resulta desta distorção é que a conservação dessas empresas acaba sendo contrária ao verdadeiro interesse social que se pretende preservar. A conclusão das estatísticas indica que uma grande percentagem das empresas americanas reorganizadas por um procedimento concursal, nos quais foram consideradas viáveis, duraram pouco tempo no mercado. Não se quer com isso dizer que o método de reorganização da empresa seja inadequado. Apenas cuida-se de insistir na importância de que as avaliações devam ser bastante cuidadosas, para evitar maiores custos sociais.¹⁴³

¹⁴³SANTOS, J.A.P.; SANTOS, P.P., p.34-35.

4.1.4 Ministério Público

Nos termos da Lei Falimentar vigente (DI.7.661/45), ao Ministério Público incumbe manifestar-se em todos os processos movidos ou promovidos pela massa falida, podendo requerer o que for pertinente aos interesses da justiça. Incumbe-lhe, ainda, diversas obrigações específicas, dentre as quais:

- a) opinar nas verificações de créditos (art.91 e 98, par.2.º);
- b) assistir a arrecadação (art.70, par.1.º)
- c) manifestar-se no pedido de destituição do síndico (art.66, par.1.º)
- d) dar parecer sobre a contas prestadas pelo síndico (art.69, par.3.º)
- e) opinar sobre o pedido de continuidade dos negócios (art.74), ou mesmo cassação da autorização (art.74, par.6.º) [...]

À guisa de informação, registre-se que alguns estudiosos da matéria, como J.X. Carvalho de MENDONÇA, sustentam que “em rigor, a intervenção do Ministério Público deveria limitar-se à parte penal da falência”.¹⁴⁴

Porém, parece-nos que existe uma exceção, quanto à possibilidade de intervenção do Ministério Público postular a continuidade do negócio da empresa. Seria a hipótese envolvendo as empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais (art.201).¹⁴⁵ Em verdade, aqui, não se trata exatamente de iniciativa para a continuidade de negócios, e sim intervenção para o efetivo cumprimento da lei, posto que a paralisação imediata pode ocasionar sérios prejuízos difusos econômicos e sociais.

Destarte, parece-nos que nada justifica a iniciativa do Ministério Público de postular a continuidade do negócio da empresa falida, pena inclusive de inverter suas

¹⁴⁴CARVALHO DE MENDONÇA, p.14.

¹⁴⁵Art.201 do Decreto-lei n.º 7.661/45: “A falência das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, não interrompe esses serviços, nem a construção das obras necessárias constantes dos respectivos contratos”.

funções do processo falimentar, salvo sua intervenção para o efetivo cumprimento da lei, no tocante as concessionárias de serviços públicos.

4.1.5 Funcionários e Credores

Inexoravelmente, os funcionários e os credores são os maiores prejudicados com a declaração de falência. Do mesmo modo, são os maiores interessados na reorganização e recuperação da empresa falida, como forma de receber seus créditos, o mais breve possível, quando senão de forma integral.

Portanto, nada justifica a proibição de impedi-los de solicitar a continuidade do negócio da empresa falida. A possibilidade de os credores postularem a continuidade das atividades da falida, aliás, encontra respaldo no próprio artigo 30, II do Decreto-lei n.º 7.661/45:

Art.30: Aos credores que tenha apresentado declaração de crédito de que trata o artigo 82, ficam garantidos os direitos seguintes, desde o momento da declaração da falência:

[...]

II - fiscalizar a administração da massa, requerer e promover no processo da falência o que for a bem dos interesses dos credores e da execução da presente lei, sendo, as despesas que fizerem, indenizadas pela massa, se esta auferir vantagem.

4.2 ADMINISTRAÇÃO DA MASSA FALIDA

4.2.1 Síndico

De acordo com o artigo 59 do Decreto-lei n.º 7.661/45, “a administração da falência é exercida por um síndico, sob a imediata fiscalização e superintendência do juiz”. Já o artigo 62 do mesmo Diploma legal dispõe que “o síndico logo que nomeado, será intimado pessoalmente pelo escrivão, a assinar em cartório, dentro de 24 horas, termo de compromisso do bem e fielmente desempenhar o cargo e de assumir todas as responsabilidades inerentes à qualidade de administrador”. Interpretando esses dispositivos, verifica-se que o síndico funciona como administrador da massa.

O síndico não é representante do falido e tampouco dos credores. Em verdade, como ensina Trajano Miranda VALVERDE, o síndico é “o órgão criado pela lei para auxiliar a justiça na realização do seu objetivo. Ele integra-se na organização judiciária da falência, desempenha função ou ofício peculiar a essa organização. Não representa quem quer que seja, mas cumpre os deveres inerentes ao cargo”.¹⁴⁶ No mesmo sentido o entendimento de Pontes de MIRANDA, embora denomine a função do síndico de parte de ofício:

O Estado pôs alguém com a função de Síndico para que se lhe facilite satisfazer o que prometera: a execução forçada. [...] Liquidante e síndico estão na mesma posição do órgão do Ministério Público que pede a interdição de alguém, ou a decretação de nulidade de algum casamento. É órgão da execução forçada; parte de ofício, no processo falencial e nos processos em que figura, por haver interesse da massa. A relação de órgão, em que ele está, é com o Estado. Na relação jurídica processual é parte de ofício.¹⁴⁷

No tocante ao critério de escolha do síndico, o direito falimentar positivo brasileiro, desde o Código de Comercial de 1850,¹⁴⁸ adotou o sistema de confiar a sindicância aos próprios credores. O Decreto-lei n.º 7.661/45 manteve esse critério.

¹⁴⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências** (Decreto-lei n.º 7.661/45, de 21 de junho de 1945; 4.ed. atualizada por SANTOS, J.A.P.; SANTOS, P.P., p.446-447.

¹⁴⁷MIRANDA, p.4-5.

¹⁴⁸A respeito Waldemar FERREIRA (In: **Tratado de direito comercial**. São Paulo : Editora Saraiva, 1966. v.15, p.1-2) ensina que “No regime da quebra, de 1850, instituído pelo Código Comercial, o Tribunal do Comércio ordenaria que se pusessem selos em todos os bens, livros e papéis do falido. Designaria um de seus membros, de entre os deputados comerciantes, para servir de Juiz Comissário ou de instrução do processo da quebra, e um dos oficiais de sua Secretaria para servir de Escrivão no mesmo processo. Nomearia ademais, de entre os credores, um ou mais, que servissem de curadores fiscais provisórios; ou, não os havendo tais que pudessem convenientemente desempenhar o encargo, a outra ou outras pessoas que tivessem a capacidade necessária [...] Adotou-se dessarte o critério, nunca abandonado, de confiar-se a sindicância falimentar aos próprios credores, um ou mais, que fôssem idôneos, nomeados pelo Juiz Comissário”. Registre-se que o Decreto n.917, de 24/10/1.890, substituiu aquelas regras, determinando que para o exercício da sindicância o Juiz nomearia dois ou mais credores do falido. Após Sobreveio a Lei n.859 de 16 de agosto de 1.902, determinando que além do síndico provisório, seria nomeada comissão fiscal composta por dois credores, tirados ambos de listas organizadas fixadas nas Juntas Comerciais. A Lei n.2.024 de 17 de dezembro de 1.908, por sua vez, estabeleceu que o Juiz, na sentença declaratória da falência, nomearia um ou três síndico, dentre os credores do falido, observada a complexidade da massa. O Decreto n.5.746 de 09 de novembro de 1.929, manteve a sistemática da sindicância, com pequenas alterações, dentre as quais, reduziu o número de síndico a apenas um.. O Decreto-lei n.7.661/45 manteve a sistemática de nomeação de um dos credores do falido para o exercício da sindicância”.

Em verdade, o critério de escolha do síndico constitui um dos grandes problemas e entraves do direito falimentar. Carvalho de MENDONÇA,¹⁴⁹ desde há muito, já alertava que “um dos problemas mais graves, que têm preocupado os legislador e ainda está insolúvel, é o da nomeação dos órgãos da massa falida e da investidura dos seus poderes”.¹⁵⁰

Porém, a sistemática de confiar a sindicância a um dos maiores credores do falido, atualmente positivada no artigo 60 do Decreto-lei n.º 7.661/45,¹⁵¹ suscita críticas e dúvidas, posto que possibilita, na prática, ao falido apresentar credores inexistentes e, portanto fraudulentos, cuja finalidade única será ocupar a função de síndico para albergá-lo, em detrimento dos verdadeiros credores. Aliás, já nos idos de 1960, Waldemar FERREIRA fazia a seguinte advertência:

Não poucas vezes organizam devedores listas de credores, mencionando entre os maiores seus comparsas, simulados detentores de cambiais adrede preparadas por aqueles. Nas comarcas de movimento judiciário intenso, o desconhecimento, pelos juízes, dos nomes dos credores, leva-os a confiar nas referências de escrivães, e até de auxiliares de cartórios, às vezes mancomunados com os falidos. Chega-se mesmo a saber, no diz-que-diz das salas dos passos perdidos e dos corredores do Palácio da Justiça, antecipadamente, qual o síndico de tal falência, ainda antes de proferida sentença [...]¹⁵²

¹⁴⁹CARVALHO DE MENDONÇA, p.31-32.

¹⁵⁰Sobre o sistemas legislativos de escolha do Síndico, pertinente destacar as observações de Rubens REQUIÃO (In: **Curso de direito falimentar**. São Paulo : Saraiva, 1975. v.1, p.207): “As legislações se comportam diferentemente na organização da sindicaturas: algumas preferem a nomeação de múltiplos síndico, que entre si dividem as funções; outras preferem, como a nossa, uma apenas. O sistema de escolha não é menos importante e grave. Umas legislações o recrutam entre os credores, geralmente titulares de crédito de maior porte, na suposição que sua atuação será, por isso mesmo, mais rigorosa e exata, enquanto outras determinam que sejam escolhidos de uma lista oficial, posta à disposição dos magistrados; outras, ainda, proporcionam a organização de empresas ou sindicatos de administradores de massa falidas, constituídos sob o controle judicial”.

¹⁵¹Art.60 do Decreto-lei n.7.661/45: “O Síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residentes ou domiciliados no fôro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira; Par.1.º: Não constando dos autos a relação dos credores, o juiz mandará intimar pessoalmente o devedor, se estiver presente, para apresentá-la em cartório dentro de duas horas, sob pena de prisão até trinta dias. Par. 2o.; Se credores, sucessivamente nomeados, não aceitarem o cargo, o juiz, após a terceira recusa, poderá nomear pessoas estranha, idônea de boa fama, de preferência comerciante”.

¹⁵²FERREIRA, p.7.

Havendo três recusas sucessivas dos credores, o Juiz poderá nomear pessoa estranha para o exercício da sindicância. Trata-se do denominado: síndico dativo.

Entretanto, com a finalidade de afastar o exercício da sindicância por falsos credores, criados pelo falido especialmente para aquela finalidade, bem como, sob outro ângulo, pelo fato que muitas vezes os verdadeiros credores não possuem o mínimo de experiência na prática forense falimentar, tampouco possuem a confiança do Juízo, a jurisprudência e a doutrina tem abrandado a exigência estabelecida no artigo 60 do Decreto-lei n.º 7.661/45, admitindo a nomeação direta de um síndico dativo para o exercício dessa honrosa função.

Nesse sentido a lição de J. C. Sampaio de LACERDA:

Não convém que seja demorada a nomeação, por isso que é de grande interesse a fim de permitir a pronta arrecadação dos bens e o desapossamento do falido. Qualquer delonga nesse sentido poderá acarretar sérios prejuízos à própria massa. [...] Nas grandes cidades, raramente o juiz encontra, na relação de credores, alguém que possa, de pronto, satisfazer às exigências da lei. Poderia, é certo, obter meios de informar-se através da consulta particular que poderia fazer ao cadastro de um estabelecimento bancário de sua confiança, como, por exemplo, o Banco do Brasil S.^a, ou outro congênere. E há necessidade de não ser protelada a nomeação do síndico, como acentuamos acima, para que possam ser arrecadados os bens do devedor falido. Pode ainda acontecer, como é comum, que os credores nomeados não aceitem o cargo, cabendo ao juiz nomear outro em substituição e, nos termos da lei, após terceira recusa, poderá o juiz nomear pessoa estranha, idônea e de boa fama, de preferência comerciante (art.60, par.2.º). Mas, convém entender-se esse dispositivo em consonância com o texto do próprio artigo 60 da Lei de Falências. Essa a interpretação que temos sustentado, possibilitando, assim, ao juiz, mesmo antes de aguardar a terceira recusa, nomear pessoa estranha, nos termos da lei.¹⁵³

Na jurisprudência, colhe-se o seguinte precedente: “A circunstância única de ser alguém o maior credor individual da massa não lhe dá direito a exigir sua nomeação para o cargo de síndico” (TJSP -1.ª Câmara - AI 16.077, Rel. Des. Gomes Corrêa - v.u., j.10.8.82 - Revista dos Tribunais n. 566/95).

¹⁵³LACERDA, p.104-106.

Assim, nesse particular, pelas razões e posições ora transcritas, parece-nos que não assiste razão a José da Silva PACHECO, quando assevera que: “enquanto não se consumir a terceira recusa, o juiz é obrigado a cingir-se à lei e fazer a escolha do síndico, adotando os critério legais, isto é, entre os maiores credores residentes ou domiciliados no juízo da falência, de idoneidade moral e financeira. Não poderá, antes disso nomear estranhos. Só após a terceira recusa consecutiva é que poderá nomear estranhos. Antes, não poderá fazê-lo”.¹⁵⁴ Afinal, como esclarece J.C. Sampaio de LACERDA

A nomeação do síndico – ponto essencial de todo o sistema falimentar – não pode ficar à mercê de critérios interpretativos restritos. E o juiz tem que agir no interesse geral do êxito absoluto do processo falimentar. Se assim não o fizer ruirá por terra todo o sistema legislativo e os processos falimentares passarão a ter, como em geral ocorre, um andamento moroso e inexplicavelmente tumultuado, trazendo em consequência, o verdadeiro descrédito da justiça.

Portanto, uma interpretação sistemática do sistema falimentar faculta ao juiz nomear síndico dativo de imediato, caso necessário para proteger os princípios tutelados pela falência.

Mesmo assim, importante destacar que a nomeação imediata de um síndico dativo não tem sido suficiente para resolver os problemas com a sindicância, como esclarece Nelson ABRÃO:

Se nomeação de síndico-credor, entre nós, não tem proporcionado resultados satisfatórios, a designação de não-credor, ou “dativo” não minora os efeitos negativos. Geralmente escolhidos entre advogados que militam nos procedimentos falimentares, subordinam-se apenas à autoridade do juiz que, tendo-os nomeado dentro do círculo de seu conhecimento pessoal, se vê constrangido quando for o caso de aplicar-se qualquer medida corretiva ou punitiva.¹⁵⁵

De todo o exposto, se é possível destacar algo, pode-se dizer que a escolha do síndico continua sendo um dos grandes problemas da falência, permanecendo atual a antiga e já citada advertência de Carvalho de MENDONÇA.

¹⁵⁴PACHECO, p.361.

¹⁵⁵ABRÃO, N., *O novo direito...*, p.170-171.

Não obstante, é preciso esclarecer que o artigo 60, par.3.º do Decreto-lei n.º 7.661/45,¹⁵⁶ elenca as pessoas proibidas de exercer a função de síndico, dentre as quais aquela que tem parentesco com o falido, ou mesmo que tenha sido destituída da função de síndico em outra falência, em face da ausência de prestação de contas ou contas deficientes.

4.2.2 Gestor de Negócios

A figura do gestor é exclusiva da continuidade dos negócios da empresa falida, estatuída pelo artigo 74 do Decreto-lei n.º 7.661/45.

Não se confunde com o síndico. Tampouco representa o falido. Na verdade, em se tratando de continuidade de negócios da empresa falida, optou o legislador pátrio em outorgar a gerência, isto é, administração direta do negócio, a pessoa diversa do síndico.¹⁵⁷ Nelson ABRÃO esclarece que o legislador evitou que o síndico exercesse a gestão imediata do negócio pelos seguintes motivos:

¹⁵⁶Art. 60, par.3.º do Decreto-lei n.º 7.661/45: “Não poderá servir de síndico: I - o que tiver parentesco ou afinidade até o terceiro grau com o falido ou com os representantes da sociedade falida, ou deles for amigo, inimigo ou dependente; II - o cessionário de créditos, que o for desde três meses antes de requerida a falência; III - o que, tendo exercido cargo de síndico em outra falência, ou de comissário em concordata preventiva, foi destituído, ou deixou de prestar contas dentro dos prazos legais, ou havendo-as prestado, as teve julgadas más; IV - o que já houver sido nomeado pelo mesmo juiz síndico de outra falência há menos de um ano, sendo, em ambos os casos, pessoa estranha à falência; V - o que, há menos de seis meses, recusou igual cargo em falência de que era credor”.

¹⁵⁷Ao nosso ver, observada as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, bem como a realidade fática e negocial de cada país, a figura do gestor de negócios no direito brasileiro, assemelha-se com a figura do gestor judicial do Direito Português. Em Portugal, o Decreto-lei n.º 123/93, conhecido como Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, em seu artigo 35, dispõe que: “I: Ao gestor judicial cumpre orientar a administração da empresa, fazer o diagnóstico das causas da situação em que ela se encontra, ajuizar da sua viabilidade económica e estudar os meios de recuperação mais adequados à prossecução do seu objecto e à salvaguarda dos interesses dos credor. [...]. III - Para o desempenho da função, cabe ainda ao gestor judicial: a) Elaborar a relação provisória das verbas do passivo da empresa, emitindo parecer fundamentado sobre os débitos relacionados e reclamados; b) Elaborar o relatório destinado à assembleia de credor; c) Tomar ou propor ao tribunal as providências urgentes necessárias à defesa do património da empresa perante terceiros, incluindo os credores, independentemente da vontade dos titulares dos órgãos sociais ou do próprio empresário; d) Informar a comissão de credores sobre os actos de gestão praticados no decurso do período de observação e levar ao seu conhecimento, em tempo oportuno, os factos ou documentos que interessam à determinação do meio de recuperação da empresa; e) Assegurar às comissões de trabalhadores, durante o período de recuperação da empresa, o exercício dos direitos que legalmente lhes são conferidos, para além dos direitos que, quanto às mesmas, são previstos no presente diploma”. Em suma, tanto no Brasil como em Portugal, o gestor desempenha papel de fundamental importância na recuperação da empresa.

I - subjetivamente, porque, como, embora não seja exigência legal, via de regra, a escolha desse último recai em credor comerciante, pelo simples fato de serem mais comuns as relações obrigacionais entre empresários, tendo já o síndico sua empresa a cuidar, não lhe sobraria tempo e esforços para dedicar-se a alheia;

II - objetivamente, o contato direto com a dinâmica dos negócios da massa teria o condão de solicitá-lo intensamente, o que despertaria naturalmente a tendência a um condução mais *pro domo sua*, em detrimento dos demais.¹⁵⁸

O exercício da administração direta do negócio pelo Gestor, ao meu ver, agrava sua responsabilidade na continuidade do negócio, ainda que a doutrina majoritária considere-o preposto do síndico, aduzindo, por conseguinte, que esse “se torna responsável pela culpa *in vigilando*”.¹⁵⁹

O gestor de negócios é indicado pelo síndico, mas nomeado pelo juiz. O Juiz não está obrigado a aceitar a nomeação, podendo exigir que o síndico indique outra pessoa.

A remuneração do gestor será fixada pelo Juiz, observadas as condições e peculiaridades da massa. “Os contratos são de emprego, e estarão sujeitos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho. Serão firmados em nome da massa falida, que é a entidade empregadora. Esse contrato, tratando-se de antigo empregado da empresa falida, não constitui novo contrato de trabalho, mas prosseguimento das relações empregatícias anteriores”.¹⁶⁰

Aceitando a função, o gestor assume a condição de depositário dos bens que lhe forem entregues pelo síndico (art.73, par.3.º do Decreto-lei n.º 7.661/45).

4.2.3 Juiz

Com a declaração da falência, o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, retira do empresário, agora falido, a administração dos seus bens (art.40 do Decreto-lei

¹⁵⁸ABRÃO, N., **A continuidade do...**, p.146.

¹⁵⁹MIRANDA, p.73.

¹⁶⁰REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, p.231.

n.º 7.661/45).¹⁶¹ Instaure-se, portanto, uma organização judicial administrativa da falência, mediante “existência de pessoas encarregadas por lei de conservar o patrimônio falido, liquidar o ativo e distribuir o resultado pelos credores”.¹⁶²

Ainda que a figura do juiz integre a organização judiciária, bem como preceda a falência, posto que preside o processo judicial pré-falencial,¹⁶³ inexoravelmente, possui papel de fundamental importância (quicá o mais importante), cuja atividade na falência compreende atos jurisdicionais e atos administrativos.¹⁶⁴

Portanto, o Juiz é a base estrutural do processo falimentar, cujo resultado depende diretamente do papel a ser desempenhado pelo Magistrado, sob pena de se tornar um processo moroso e insolúvel, prejudicando todos os envolvidos (funcionários, credores, Estado etc.).

¹⁶¹Art.40 do Decreto-lei n.º 7.661/45: “Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor”.

¹⁶²VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências** (Decreto-lei n.7.661/45, de 21 de junho de 1945; 4.ed. atualizada por SANTOS, J.A.P.; SANTOS, P.P. p.432.

¹⁶³A respeito do processo pré-falencial, Anco Márcio VALLE (In: **Processo falimentar** : fase pré-falencial. Rio de Janeiro : Editora Idéia Jurídica. 1998. p.10-11), com muito propriedade, assevera que “A falência é execução coletiva, concursal, universal, para mencionar alguns dos nomes da nomenclatura doutrinária. Mas, para que se abra esse concurso de credores, ou se instaure a execução coletiva, é preciso que o órgão judiciário competente para processar a execução declare, por sentença, a abertura da falência. Qualquer credor [...] pode pedir a falência do devedor comerciante. Uma vez ajuizado o requerimento, ao devedor está assegurado o exercício de ampla defesa - podendo até pagar o débito em alguns casos -, e somente à vista dos pressupostos da caracterização do estado falimentar, e da insubsistência da defesa acaso apresentada pelo devedor, é que decretará a quebra, dando início ao processo falimentar propriamente dito. [...] Antes da sentença de quebra, na chamada fase pré-falencial, temos somente um requerimento de falência, um pedido endereçado ao órgão judiciário para que se abra a execução concursal. É uma ação, é evidente, um processo de jurisdição contenciosa, mas a sua natureza jurídica é de cognição. A execução forçada virá com a prolação de sentença”.

¹⁶⁴Nesse particular, Trajano Miranda VALVERDE (Comentários à lei de falências (Decreto-lei n.7.661/45, de 21 de junho de 1945; 4a.ed. atualizada por SANTOS, J.A.P.; SANTOS, P.P., p.434-435) ensina que “A atividade do juiz no curso da falência compreende atos jurisdicionais e atos administrativos. Os primeiros, executa-os ele quando resolve as questões de direito que surgem no desenrolar do processo, cabendo, normalmente, de suas decisões, recurso para o Tribunal Superior. [...] Exercita o Juiz a atividade administrativa, dirigindo e superintendendo os trabalhos, do administrador da massa falida. Aqui, a sua liberdade de ação é bem mais ampla, competindo-lhe a iniciativa de qualquer ato, com o qual julgue acautelar os interesses em jogo. Deve providenciar para a boa guarda e conservação dos bens arrecadados, autorizando a venda dos bens da massa ou de alguns deles pelo síndico, quando forem objetos de fácil deterioração ou de guarda dispendiosa; conceder, em benefícios da massa, a remissão de penhores e objetos legalmente retidos; aprovar os salários dos peritos, contadores, avaliadores e demais auxiliares da administração, inclusive os honorários do advogado do síndico; deferir ou não o pedido de continuação do negócio do falido e nomear o gerente proposto pelo síndico; chamar o síndico ao cumprimento dos seus deveres, tomar-lhe as contas, aplicando-lhe as penas que no caso de infração desses deveres couberem”.

4.2.4 Ministério Público

O Ministério Público, em regra, exerce o papel de fiscal da lei. Constituindo-se a falência, “um fato social e econômico de extrema relevância, criando situações jurídicas especiais que interessam à sociedade, impôs-se a conveniência de integrar na administração falimentar, e mesmo no processo o representante do Ministério Público”.¹⁶⁵

Destarte, impõe-se a intervenção do Ministério Público no processo falimentar, principalmente na continuidade de negócios do falido, para efeito de fiscalizar se essa está visando à preservação e recuperação com o intuito de liquidar seu passivo da melhor forma possível, ou se apenas como expediente protelatório de solução do passivo, beneficiando o falido e outros que exercem atividade remunerada como o gestor de negócios.

Porém, se de um lado, a intervenção do Ministério Público é salutar e indispensável, de outro lado, exige que seus representantes observem os prazos previstos em lei, ou mesmo cumpra-os antecipadamente, pena de procrastinar inutilmente o deslinde do feito, prejudicando os demais envolvidos no processo, como credores e trabalhadores.

4.2.5 Credores e Funcionários

A falência, além da preservação do crédito público, visa evitar maiores prejuízos os credores, de modo que recebam seus créditos o mais breve possível e de forma mais eficaz.

Os credores e funcionários, desta forma, devem acompanhar diretamente o desenvolvimento das atividades na continuidade dos negócios do falido, sob pena de afastar qualquer impugnação pelo insucesso da mesma, em face da omissão no momento oportuno.

¹⁶⁵REQUIÃO, *Curso de direito falimentar*, p.205.

Destarte, incumbe aos credores impugnar o pedido de continuidade quando julgarem impertinente e protelatório. Do mesmo modo, devem fiscalizar as atividades desenvolvidas pelo gestor e síndico; apresentar sugestões; acompanhar o plano de recuperação; opinar nas prestações de contas. Em síntese, devem participar de forma efetiva e concreta do desenvolvimento das atividades da empresa falida.

Somente assim podem os credores e funcionários salvaguardar seus interesses em caso de insucesso da atividade, exigindo a apuração da responsabilidade dos administradores envolvidos, caso existam indícios de dolo ou culpa, sob pena de suportarem, ainda que indiretamente, os efeitos decorrentes do insucesso da gestão.

Afinal, como ensina Carvalho de MENDONÇA, com insuperável propriedade e pertinência, “os lucros ou prejuízos do negócio correm por conta da massa dos credores; esta é a responsável por tôdas as obrigações contraídas”.¹⁶⁶

Indispensável, portanto, a participação efetiva dos credores na continuidade dos negócios da falida.

¹⁶⁶CARVALHO DE MENDONÇA, p.96.

PARTE III

CONSEQÜÊNCIAS E PERSPECTIVAS NA CONTINUIDADE DOS NEGÓCIOS DA EMPRESA

CAPÍTULO 5

RESULTADO DA CONTINUIDADE

5.1 OBJETIVO

5.1.1 Preservação da Empresa

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que não se pretende aqui discutir a natureza jurídica da continuidade dos negócios do falido,¹⁶⁷ ou seja, (i) de liquidação, (ii) de escopo meramente solutório e conservatório ou (iii) de atos de administração. Em verdade, procura-se analisar a função da continuidade dos negócios e nada mais.

Com efeito, em regra, a falência acarreta a imediata paralisação das atividades.

A interrupção brusca do giro comercial da casa pode, porém, trazer ao falido, como à própria massa, irreparável prejuízo, especialmente se se trata de estabelecimento em que a freguesia constitui a parte mais importante, e tais são as casas de venda a retalho, cafés, espetáculos públicos, etc., etc. Para garantir a permanência da freguesia, [...], a lei, como medida conservatória, permite-lhe a continuação do negócio mediante certas cautelas.¹⁶⁸

Nessa linha é o posicionamento de Rubens REQUIÃO:

Em muitos casos, dadas as peculiaridades do negócio do falido, a sua completa paralisação importa em maiores prejuízos para os credores. A inatividade da maquinária de um estabelecimento industrial, por longo tempo, requer grandes despesas de conservação, e sua improdutividade agrava as despesas da massa, com seu enfraquecimento econômico. Outras vezes, tendo a falência atingido a empresa

¹⁶⁷A respeito da natureza jurídica da continuidade na falência consultar Nelson ABRÃO. *A continuidade do...*, Capítulo III.

¹⁶⁸CARVALHO DE MENDONÇA, p.94.

em normal atividade, é desaconselhável a suspensão da sua atividade inopinadamente, tendo um volume de produtos a acabar. A lei, por isso, admite a continuação do negócio do falido, consideradas as circunstâncias e admitida sua conveniência, pelo juiz.¹⁶⁹

Inegável, destarte, a função da preservação da empresa extraída da continuidade dos negócios da falida, tal como positivado no artigo 74 do Decreto-lei n.º 7.661/45. Com a palavra, novamente, o saudoso J.X. Carvalho de MENDONÇA: “Tratando-se de medida conservadora, com o fim de não desorganizar o comércio ou a indústria do falido, podem ser concluídas as operações começadas, e empreendidas outras absolutamente indispensáveis para acudir às necessidades da freguesia. É o que está no espírito da lei”.¹⁷⁰

5.1.2 Aspecto Social

Reza o artigo 74 do Decreto-lei n.º 7.661/45 que “o falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a **conveniência** do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico”. (grifo nosso).

Interpretando esse dispositivo, verifica-se que o deferimento da continuidade dos negócios na falência vincula-se à **conveniência** do pedido. O legislador, porém, não positiva o que seria a conveniência do pedido, motivo pelo qual, “na singeleza do termo encerra-se matéria assaz complexa que, não esmiuçada suficiente pela norma, impõe ao estudioso um esforço de exegese”.¹⁷¹

Existe corrente doutrinária que sustenta que a conveniência do pedido vincula-se à posterior possibilidade de obtenção de uma concordata suspensiva, como

¹⁶⁹REQUIÃO, *Curso de direito falimentar*, p.229.

¹⁷⁰CARVALHO DE MENDONÇA, p.96.

¹⁷¹ABRÃO, N., *A continuidade do...*, p.104.

se verifica de opinião extraída da pena de Waldemar FERREIRA:¹⁷² “admite a lei, nessa fase, a continuação do negócio do falido, no pressuposto de seu pedido concordatário. Não tem a operação outra finalidade; [...]”

Parece-nos, porém, que o legislador não vinculou o deferimento da continuação do negócio na falência à possibilidade de posterior pleito de concordata suspensiva, mesmo porque, se assim o desejasse, inexoravelmente, constaria do texto legal, sendo que é princípio assente de direito que onde o legislador não presume, não é lícito ao intérprete fazê-lo.

Em verdade, tal possibilidade deve ser interpretada à luz da Constituição e, por conseguinte, no sentido de preservar à empresa, cujo princípio decorre do amplo emprego, como já exposto. Nelson ABRÃO, não destoa desse entendimento:

No nosso modo de sentir, coincidentemente com a moderna concepção de empresa, são de natureza econômica e social as lesões que a continuidade do negócio procura impedir. É, sem sombra de dúvida, o significado da expressão “conveniência” excogitado pela lei, e cuja interpretação encontra respaldo na doutrina ditada por de Semo:

De resto, na prática, o prudente intérprete da norma referida conseguirá antes torná-la mais elástica referindo o conceito de “dano grave e irreparável” não apenas às razões econômicas da empresa, mas também à sorte do pessoal dependente, a considerações de caráter também social.¹⁷³

5.1.3 Manutenção dos Empregos e Credores

Superado o posicionamento que a continuidade dos negócios na falência destina-se apenas para fins e interesses privativos do falido, pode-se dizer que, dentre os objetivos principais, encontra-se a manutenção dos empregos, resultado da efetivação material do princípio constitucional da busca do pleno emprego.

¹⁷²FERREIRA, p.85.

¹⁷³ABRÃO, N., *A continuidade do...*, p.116.

A preservação dos interesses dos credores, também, deriva da busca do pleno emprego. Afinal, caso os credores não recebem seus créditos, enfrentarão dificuldades, o que pode ocasionar a demissão de funcionários, em verdadeira cadeia sucessiva.

Destarte, a continuidade dos negócios na falência, deve pautar-se também, no interesse dos credores. Ou seja, deve visar ao pagamento dos credores, e não apenas a simples atividades. Logo, o desenvolvimento das atividades, além da manutenção dos empregos, deve destinar-se à liquidação dos débitos existentes.

Sobre a matéria a 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo externou a seguinte posição:

Tratando-se de falência de estabelecimento em que a freguesia constitui a parte mais importante, sendo a única empresa do gênero na região, notórios os prejuízos aos credores de serviços acarretados pela paralisação negocial, superiormente ao interesse econômico individual da pessoa física dos sócios e do único credor, que, satisfeito com a decretação da quebra, descuidou de suas funções de síndico, muito mais consentâneo com a justiça o deferimento do pedido de continuação dos negócios da falida, por evidente a irreparabilidade dos danos caso não atendida a pretensão, nomeando-se novo síndico equidistante das partes. (TJSP, 2.^a Câmara, MS 99.499-1, Rel. Des. Munhoz Soares, j.10.2.89, in Revista dos Tribunais n.642/107)

5.2 INSUCESSO DAS ATIVIDADES

Analisando anteriormente as soluções positivas que a continuidade dos negócios possibilita, resta-nos agora estudar o sentido inverso, isto é, o insucesso das atividades.

5.2.1 Conseqüências Imediatas

De acordo com o artigo 74, par.6.º, do Decreto-lei n.º 7.661/45, “o juiz, a requerimento do síndico ou dos credores ouvido o representante do Ministério Público, pode cassar a autorização para continuar o negócio falido”.

Antes contudo de analisar as conseqüências imediatas da cassação, impõe-se distingui-la da cessação, hipótese positivada no artigo 74, par.7.º do Decreto-lei n.º 7.661/45.

Embora o renomado José da Silva PACHECO¹⁷⁴ não faça distinção entre cassação e cessação, na verdade, trata-se de situações diversas.

A cassação é imposta pelo Juiz, a pedido do síndico, Ministério, credores ou mesmo *ex officio*.¹⁷⁵ Já a cessação ocorre

(i) se o falido não pedir concordata suspensiva dentro dos cinco dias seguintes ao do vencimento do prazo para entrega, em cartório, do relatório do síndico que precede a liquidação, seja qual for o motivo da omissão do pedido da concordata, como, por exemplo, falta de requisitos para requerê-la; (ii) ou, se tiver feito o pedido de concordata suspensiva, quando julgado o seu pedido em primeira instância, pois deste julgamento pode resultar: a) concede a concordata; então a administração dos bens volta ao falido, já agora concordatário; b) não concede a concordata; então a liquidação vai ter início.¹⁷⁶

A cassação, portanto, resulta do insucesso das atividades, impondo destarte, a imediata lacração do estabelecimento com a arrecadação e conferência dos bens existentes, além da obrigatoriedade do Gestor de Negócios prestar contas imediatamente e do síndico prestar um relatório sobre os fatos.

Segue-se, então, a liquidação do ativo, sem prejuízo da apuração das responsabilidades.

¹⁷⁴Segundo José da Silva PACHECO (In: **Processo de falência e concordata**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.407), “Pode cessar a continuação do negócio: a) pela cassação da autorização; b) se o falido não pedir concordata suspensiva no prazo do artigo 178, ou; c) se for julgado, em primeira instância, o seu pedido”.

¹⁷⁵Essa orientação é sustentada pela doutrina predominante, conforme se verifica da lição de Alfredo FARHAT (In: **Curso de direito comercial** : falências, concordatas e crimes falenciais. São Paulo : Leud, 1972. p.130): “A lei não diz se o juiz pode cassá-la *ex officio*, mas afigura-se que o pode se constatar não ser aquela continuação vantajosa para a massa, e isso pode o Magistrado verificar através dos resultados semanais que o gerente é obrigado a apresentar”.

¹⁷⁶ÁLVARES, Walter T. **Curso de direito falimentar**. 7.ed. São Paulo : Sugestões Literárias S/A, 1979. p.352.

5.2.2 Apuração das Responsabilidades

O risco é inerente a qualquer atividade que vise ao lucro. A continuidade dos negócios não foge à regra, basta o governo alterar a política econômica ou cambial, ou mesmo os fornecedores reduzirem o prazo de pagamento, ou ainda os consumidores deixarem de adquirir o produto, para que o resultado da continuidade seja um fracasso.

De outro passo, o sucesso das atividades não beneficia apenas o falido, e sim os credores, funcionários, clientes, bem como a economia em geral.

Destarte, “a continuação da empresa produz uma responsabilidade direta da massa pela obrigações assumidas em tal atividade. Débitos e créditos corrente entre administração falimentar e os terceiros”.¹⁷⁷ Assim, assiste razão a Carvalho de MENDONÇA, quando assevera que “os lucros ou prejuízos do negócio correm por conta da massa dos credores; esta é a responsável por tôdas as obrigações contraídas”.¹⁷⁸

5.2.3 O Papel do Estado e dos Credores

Já que o Estado e os credores detêm interesse direito na continuidade dos negócios na falência, inexoravelmente, devem participar diretamente das atividades, seja fiscalizando as atividades, seja solicitando esclarecimentos e prestações de contas.

A omissão ou inércia do Estado e dos credores afasta a possibilidade de responsabilização de outros envolvidos como o síndico e/ou o gerente, sob pena de inviabilizar o exercício dessas funções. Afinal, não é justo que o Estado e os credores somente participem dos lucros, atribuindo os prejuízos e responsabilidades a terceiros, ressalvado a hipótese, logicamente, de culpa ou dolo desses.

Compete, pois, ao Estado, por intermédio do Ministério Público ou do próprio juiz, analisar as prestações de contas, inclusive designando perícias contábeis,

¹⁷⁷ABRÃO, N., *A continuidade do...* p.154.

¹⁷⁸CARVALHO DE MENDONÇA, p.96.

solicitar esclarecimentos, exigir a apresentação de um plano de recuperação com metas a serem atingidas, dentre outros atos.

Aos credores, também, incumbe o acompanhamento direto das atividades, independentemente da autorização do Juiz. O artigo 30 do Decreto-lei n.º 7.661/45¹⁷⁹ respalda esses atos.

5.2.4 A Responsabilidade do Síndico e do Gestor de Negócios

Conforme já vimos, e enfatiza Rubens REQUIÃO, “a massa falida será, necessariamente, responsável pelos prejuízos causados a terceiros, sem culpa do síndico”.¹⁸⁰ A situação, todavia, se modifica nos casos de responsabilidade ou dolo do síndico e do gerente, como ora será examinado.

Antes de adentrar no exame das responsabilidades, é preciso distinguir as atividades exercidas pelo síndico e pelo gestor de negócios na continuidade de negócios na falência, não na falência em geral, apenas na continuidade.

Ao síndico incumbe a administração da massa falida.¹⁸¹ Porém, em se tratando de continuidade dos negócios, regulada pelo Decreto-lei n.º 7.661/45, o legislador optou em confiar a administração a terceiro, diverso do síndico, conhecido como gestor de negócios ou gerente.

De acordo com o artigo 74, par.2.º do Decreto-lei n.º 7.661/45,¹⁸² o gerente será indicado pelo síndico e nomeado pelo Juiz. Percebe-se, pois, que a nomeação é

¹⁷⁹Artigo 30 do Decreto-lei n.º 7.661/45: “Os credores que tenham apresentado a declaração de que trata o artigo 82, ficam garantidos os direitos seguintes, desde o momento da declaração da falência: I – intervir, como assistentes, em quaisquer ações ou incidentes em que a massa seja parte ou interessada; II – fiscalizar a administração da massa, requerer e promover no processo da falência o que for a bem dos interesses dos credores e da execução da presente lei, sendo, as despesas que fizerem, indenizadas pela massa, se esta auferir vantagem”.

¹⁸⁰REQUIÃO, *Curso de direito falimentar*, p.231.

¹⁸¹Artigo 59 do Decreto-lei n.º 7.661/45.

¹⁸²Art.74, par.2.º do Decreto-lei n.º 7.661/45: “O gerente, cujo salário, como os demais prepostos, será contratado pelo síndico mediante aprovação do juiz, ficará sob a imediata fiscalização do síndico e lançará os assentos das operações em livros especiais, por este abertos, numerados e rubricados”.

ato próprio e exclusivo do Juiz, o qual pode recusar a indicação realizada pelo síndico.

Pontes de MIRANDA, ensina que:

[...] esse gerente não é parte de ofício; nem é, rigorosamente, órgão da execução forçada coletiva. É gestor de negócios alheios, com poderes outorgados pelo juízo, por proposta do síndico. Não representa o falido, nem o síndico; é encarregado de venda, ou de venda e de compra, com a posição jurídica de depositário. A relação jurídica entre ele e o juízo é a de administrador de certos interesses da massa.¹⁸³

A doutrina predominante sustenta que o gerente é preposto do síndico, motivo pelo qual, “pelos excessos praticados na gestão da coisa, sob a ressonância do plano civil, torna-se inarredável a co-responsabilidade do síndico, uma vez que surgirá a figura da culpa *in eligendo*”.¹⁸⁴ Essa posição, “concessa vênia”, ao nosso ver, merece reflexões, mesmo porque a figura do gestor de negócios não se confunde com a de mandatário, ainda que se assemelhe, como esclarece Plácido e SILVA:

GESTOR DE NEGÓCIOS. Assim se diz da pessoa que, voluntariamente, sem ter recebido de outra mandato prévio para administrar negócio ou interesse dela, intervém em negócio alheio, age, estipula, ou promete em interesse alheio ou de terceiro.

Embora assemelhado ao mandatário, o gestor não tem a autoridade que a este é conferida, pois que, no mandato, há ciência ou autorização, tácita ou expressa, do dono do negócio, enquanto que na gestão não há essa autorização, nem ciência, da qual se inferissem poderes de representação, regularmente conferidos.

Entanto, o gestor está obrigado a prestar contas ao dono do negócio. E, se este depois ratifica a sua gestão, fica equiparado ao mandatário.¹⁸⁵

Já vimos que o gestor não é nomeado pelo síndico, e sim pelo juiz. Logo deve prestar contas ao juízo, e não ao síndico como sustentam alguns ilustres comercialistas, como é o caso de Carvalho de MENDONÇA.¹⁸⁶ Ao síndico incumbe

¹⁸³MIRANDA, p.73.

¹⁸⁴ABRÃO, N., *A continuidade do...*, p.146.

¹⁸⁵SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico* : edição universitária. 3.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993. v. 1 e2, p.354.

¹⁸⁶Nesse particular CARVALHO DE MENDONÇA (obra citada, p.96) assevera que: “O gerente prestará contas aos síndicos”.

apenas a fiscalização dos atos praticados pelo gestor. Destarte, a questão deve ser dirimida, por intermédio da interpretação do que significa a imediata fiscalização exercida pelo síndico. A resposta, ao nosso ver, encontra-se na lição extraída da pena de Pontes de MIRANDA:

A expressão “imediata fiscalização” permite ao síndico que chame atenção do gerente para fatos, positivos ou negativos, que estão a passar no estabelecimento, ou para o que pode vir a ocorrer. O gerente não tem de cumprir a ordem ilegal, ou que lhe pareça nociva aos interesses da massa. O acesso ao juiz é indenegável. O síndico, por seu lado, pode requerer a substituição do gerente, que deixou de merecer a sua confiança, ou a que algo sobreveio que ao síndico parece incompatibilizá-lo ou contraindicá-lo ao posto. Não o pode dispensar sem que o juiz examine o caso, não para conservá-lo contra o que o síndico com razão argüi, mas para que se respeite o ato de nomeação com que o gerente fora investido das funções.¹⁸⁷

E acrescenta Pontes de MIRANDA:¹⁸⁸ “Por onde se vê que a imediata fiscalização apenas habilita o síndico a comunicar ao juízo o que se passa, ressaltando a sua responsabilidade”.

De todo o exposto, demonstrado que o gestor é nomeado pelo juiz, a quem incumbe-lhe prestar contas, e principalmente que não está obrigado a cumprir todas as determinações do síndico, parece-nos evidente que, caso o síndico promova medidas acautelatórias, como denunciar imediatamente fatos negativos que ocorram no estabelecimento, não pode responder solidária ou diretamente pelos prejuízos causados pelo gerente, salvo se concorreu ou participou dos aludidos, ou ainda se foi omissa no exercício de suas funções, não realizando a fiscalização exigida pelo legislador.

Todavia, na hipótese de o síndico agir de boa-fé e dispender todos os atos necessários na fiscalização da atividade e, mesmo assim, ser enganado pelo gerente, como ocorre nos casos em que o gestor não contabiliza todas as operações,¹⁸⁹ parece-nos que não pode ser responsabilizado pelos prejuízos causados pelo gerente, o qual

¹⁸⁷MIRANDA, p.74.

¹⁸⁸MIRANDA, p.74.

¹⁸⁹Situação essa conhecida no jargão, como caixa 02.

deve responder sozinho pela reparação dos aludidos, mesmo porque, conforme já visto, a continuidade dos negócios exige a participação direta, não só do síndico, mas dos credores, funcionários, juiz, Ministério Público. Logo, não é justo que todos concorram aos lucros, enquanto somente o síndico responda pelos prejuízos causados pelo gerente, quando sequer possui poderes para destitui-lo do cargo, prerrogativa essa, exclusiva do juiz.

Em suma, tanto o síndico como o gerente devem responder diretamente pelos prejuízos causado. Todavia, não se pode dizer que o síndico sempre responderá pelos prejuízos causados pelo gerente. Há que se analisar caso a caso, pena instaurar verdadeiro estado de intranqüilidade no exercício das atividades na continuidade, propiciando que alguns auferam benefícios decorrente de atos ilícitos, prejudicando outros que não concorreram para a consumação de tal ato.

5.2.5 Penalidades

Além da imediata destituição do cargo, o síndico responde pessoal e patrimonialmente pelos prejuízos que causar à massa por sua má administração.¹⁹⁰ A mesma situação aplica-se ao gerente.

A verificação e avaliação da culpa seguem as regras gerais concernentes aos atos ilícitos. Logo, não bastam simples alegações ou indícios. Impõe-se a existência de fatos e danos concretos.

A dúvida, muitas vezes, reside em quais atos tipificam má administração. José da Silva PACHECO, todavia, esclarece a matéria:

¹⁹⁰Dispõe o artigo 68 do Decreto-lei n.º 7.661/45: “O Síndico responde pelos prejuízos que causar à massa, por sua má administração ou por infringir qualquer disposição da presente lei”.

Ao assumir o cargo, obriga-se a bem e fielmente desempenhá-lo, com as responsabilidades inerentes à qualidade de administrador.

O administrador, de um modo geral, deve empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da massa, como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na direção de seus negócios particulares.

Considera-se, pois, má administração, aquela que: a) não vise o interesse da massa nem do bem público; ou b) não se caracterize pela diligência normal que todo homem ativo e probo costuma empregar na gestão de seus próprios negócios, mas pela displicência, pelo desleixo, pela desídia, negligência, parcialidade, favoritismo, corrupção, má-fé.¹⁹¹

¹⁹¹PACHECO, p.389.

CAPÍTULO 6

CONSIDERAÇÕES AO PROJETO DE LEI N.º 4.736/93

Instaurou-se um clamor nacional acerca da necessidade de mudança do Decreto-lei n.º 7.661/45, como se fosse suficiente para solucionar as mazelas existentes no direito concursal brasileiro.

Efetivamente o Decreto-lei n.º 7.661/45 exige adaptações. Porém, conforme já dito e ora reiterado, dada a importância do tema, muito mais importante que uma nova legislação é a papel do operador do direito. Nada adianta uma brilhante legislação, se os juristas não souberem interpretá-la à luz dos princípios constitucionais fundamentais.

O fato concreto, todavia, é que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 4.736/93,¹⁹² que trata da reforma do Decreto-lei n.º 7.661/45, regulamentando a recuperação e a liquidação judicial de empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas, e dá outras providências.

Em que pese o esforço do legislador, é preciso destacar que uma nova legislação falimentar não é suficiente por si só para resolver os problemas provenientes da crise da economia mundial e nacional. Aliás, parece-nos que nossos governantes e congressistas entendem que basta jurisdicionalizar os problemas econômicos que serão resolvidos. “Concessa vênias”, causa-nos indignação a necessidade de registrar esse fato, dada a impossibilidade e utopia dessa visão.

Não obstante, o aludido Projeto de Lei n.º 4.736/93 repete problemas existentes nos diplomas anteriores e instaura outros, podendo-se destacar os seguintes:

¹⁹²O Projeto de Lei n.º 4.376-A de 1.993 encontra-se comentado, de acordo com a subemenda substitutiva adotada pela comissão às emendas de plenário oferecidas ao mesmo, datada de 30.11.1999.

- a) altera a nomenclatura de síndico para administrador judicial, de recuperação de empresa em vez de concordata e liquidação judicial ao invés de falência, sem contudo alterar os conceitos;
- b) institui lista de administradores judiciais perante as Juntas Comerciais, sendo que em épocas pretéritas, tal expediente resultou em notório insucesso, inclusive denominado de “ali babá e os quarenta ladrões”, como já mencionado;
- c) institui o comitê de recuperação, formado por 03 (três) credores, em paralelo com o administrador, cuja divergência entre ambos,¹⁹³ indubitavelmente, pode procastinar o processo, prejudicando a empresa, cujo dinamismo do comércio dispensa os efeitos nefastos que essa divergência pode ocasionar, em termos de preservação e recuperação da empresa;
- d) mantém a prisão do falido, na hipótese de descumprimento de suas obrigações, sanção coercitiva de caráter discutível, em face do contido nos incisos LXI e LXVII do art. 5.º da Constituição Federal que vedam a prisão civil por dívida;¹⁹⁴

¹⁹³Sobre o tema na doutrina colhe-se a seguinte advertência: “Destacamos que nem sempre é possível uma convergência de interesse entre o comitê e o administrador judicial, na dinâmica do procedimento de recuperação, porém os incidentes podem Ter uma natureza relacionada com o próprio exercício da função para a qual houve nomeação, implicando na destituição, renúncia e aplicação de sanções cabíveis. [...] O incidente de destituição por envolver conflito interno e mais moroso e demanda uma certa consciência de sua implicação, porquanto o impasse gerado poderá desaguar numa solução boa para o momento, mas imprópria para a empresa. Suficiente exemplificar a destituição de um administrador judicial conhecedor do mercado exportador, com amplo trânsito entre os importadores, restringindo sua produção para mercadorias sazonais, uma vez tirado do cargo que ocupava, certamente o novo que entrar não portará iguais virtudes e a modalidade de negociação, suscitando um hiato a denotar um prejuízo patrimonial irrecuperável” (ABRÃO, Nelson. **O síndico na falência**. 2.ed. revisada e atual. São Paulo : Livraria e Ed. Universitária de Direito, 1999. p.178-179).

¹⁹⁴Analisando o artigo 35 do Decreto-lei n.º 7.661/45 que possuía redação e pena semelhante, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em acórdão da lavra do Ministro MOREIRA ALVES, assim decidiu: “A superveniência de condenação criminal não torna sem efeito a prisão decretada em processo cível falimentar, por tratar-se de medida administrativa de caráter coercitivo e não punitivo; porém, a segregação prevista no art. 35 do Dec.-lei 7.661/45 restou revogada pelo art.5º, LXI e LXVII, da CF, que vedou a prisão civil por dívida” (STF – RO em HC n.76.741-1-MG, 1.ª Turma – j.24.04.1998, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 22.05.1998. In: Revista dos Tribunais n.755/168). E no corpo do acórdão, consta o seguinte: “A prisão prevista no art.35 da Lei de Falências é medida administrativa de caráter coercitivo e não punitivo, que ficou revogada pelos incisos LXI e LXVII do art.5.º da Constituição. E, em princípio, a superveniência da condenação criminal não torna sem efeito a prisão decretada no processo cível falimentar, que tem outros objetivos”.

- e) a possibilidade de o comitê apresentar ao plano de recuperação, inclusive proposta alternativa (art.62, par.1.º, I), pode procrastinar indefinidamente o processo. Aliás, nada impede eventual “chicana” entre o falido e um dos membros do comitê (quicá até amigo próximo que já recebeu seu crédito), apresentando proposta substitutiva, com a finalidade única de procrastinar o feito;
- f) afasta a possibilidade de exigência de qualquer tipo de multa na liquidação judicial (art.6, III), e não apenas aquelas derivadas da infração de leis penais e administrativas.

A despeito das críticas, é preciso consignar que o novo diploma também apresenta avanços, merecedores de aplausos, colmatando algumas lacunas; papel esse até então desenvolvido por parcela da doutrina e da jurisprudência.

Dentre os avanços, destaca-se a possibilidade de a empresa em recuperação parcelar seu passivo tributário, independentemente da apresentação de garantia (art.55).

Assim, passaremos a analisar alguns aspectos positivos desse projeto.

6.1 COLMATAÇÃO DAS LACUNAS

6.1.1 Positivação da Jurisprudência

Dentre os avanços, encontra-se a positivação de entendimento jurisprudencial consolidado no sentido que as ações de natureza trabalhista em curso ou que venham a ser proposta serão processadas perante a Justiça especializada, até a apuração do respectivo crédito, habilitando-se posteriormente no juízo falimentar (art.7.º, par.3.º), bem como que as despesas com o procedimento da liquidação judicial serão consideradas extraconcursais e pagas na medida em que incorridas e dentro dos limites das disponibilidades da massa liquidanda (art.10).

Louvável, outrossim, a possibilidade de o devedor requerer, no pedido de recuperação, a concessão de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, para a complementação dos documentos exigidos por lei (art.43, par. único), vez que geralmente a empresa encontra-se em situação de emergência para impetrar o pedido,

o que lhe impossibilita a apresentação imediata de toda a documentação. Aliás, quando da impetração de concordata preventiva, tal como positivada no Decreto-lei n.º 7.661/45, a jurisprudência já admitia a concessão de prazo para posterior apresentação de documentos faltantes.

6.1.2 Plano de Recuperação Econômico e Financeiro

A apresentação de um plano de recuperação¹⁹⁵ constitui-se imperativo para o deferimento da recuperação judicial.

Reza o artigo 43, VII:

Art.43. A petição inicial do pedido de recuperação será instruída com:

[...]

VII - o plano de recuperação e o respectivo resumo, com a estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento.

A existência do plano é medida salutar, posto que possibilita com dados técnicos e contábeis, ao invés de meras projeções e idéias, que não só o administrador judicial, comitê de credores, juiz e ministério público fiscalizem e acompanhem a recuperação, e sim todos os credores interessados, inclusive os funcionários.

Aliás, o artigo 53¹⁹⁶ do aludido Projeto vai ao encontro dessa possibilidade, posto que, ao nosso ver, possibilita uma maior diligência e integração da coletividade, unindo esforços para a recuperação da empresa.

Não se pode olvidar que o legislador exige que o plano se preocupe com o aspecto social e não simplesmente patrimonial, situação essa explicitada na redação dos artigos 37, *caput* e 38, *verbis*:

¹⁹⁵Sobre o plano de reerguimento econômico, Frederico Augusto Monte SIMIONATO (In: A reforma da lei de falências frente à reorganização econômica da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, 1997. n.108, p.48) ensina que: “O plano de reorganização econômica é o procedimento judicial que visa sanear financeiramente a empresa, mantendo sua atividade funcional, tudo sob as ordens e fiscalizações judiciais e do Administrador Judicial. É, por sua vez, a intervenção judicial na empresa deficitária para reerguê-la economicamente”.

¹⁹⁶Dispõe o artigo 53 do Projeto de Lei n.º 4.736/93: “Qualquer interessado no procedimento de recuperação judicial poderá requerer a dissolução do Comitê ou a destituição de quaisquer de seus membros, assim como do administrador judicial, diante do descumprimento de seus deveres ou da prática de atos prejudiciais aos seus interesses”.

Art. 37: A recuperação judicial é a ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego e de seus trabalhadores, e os interesses dos credores, viabilizando dessa forma, a realização da função social da empresa.

Art.38. Na demonstração da viabilidade da recuperação judicial serão considerados, além de outros, os seguintes aspectos:

- I - importância social e econômica de atividade do devedor no contexto legal, regional ou nacional;
- II - mão-de-obra e tecnologia empregadas;
- III - volume do ativo e do passivo;
- IV - tempo de constituição e de funcionamento do negócio desenvolvido pelo devedor.

6.1.3 Alternativas

Acompanhando a evolução das técnicas empresariais, o Projeto em análise não estabelece como meio de recuperação judicial da empresa apenas o pagamento em dinheiro. Pelo contrário, existem outras formas.

Dispõe o artigo 42, *verbis*:

Art.42. Constituem meios de recuperação judicial da empresa, dentre outros:

- I - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou que se vencerem antecipadamente, por força do requerimento de recuperação judicial;
- II - cisão, incorporação, fusão ou cessão de quotas ou ações da sociedade;
- III - substituição total ou parcial dos administradores;
- IV - aumento do capital social;
- V - arrendamento, de preferência às sociedades cooperativas formadas por empregados da própria empresa, atendendo às exigências de seguro dos bens e outras, que o juiz entender necessárias, sem que se caracterize a sucessão de dívidas ou transferência de direitos e obrigações;¹⁹⁷

¹⁹⁷Mesmo sob a égida do Decreto-lei n.º 7.661/45, a imprensa noticiou o seguinte fato: “Eliza assume massa falida da Guimatra - Iniciativa partiu de um grupo de 22 desempregados. Ex-agricultor em Cambará, no Norte Pioneiro, Valdomiro Varasquim, 57 anos, dedicou os últimos 23 anos a um único emprego, que viu desaparecer no dia 25 de março, quando o empresário Remi Dal Pai entrou com pedido de auto-falência da Guimatra S/A, no fórum de Cascavel. No próximo dia 2, ele trocará a situação de desempregado pela condição de sócio-proprietário de uma nova empresa, a Indústria de Plástico Eliza Ltda., formada com o objetivo único de reativar as máquinas extrusoras (produtoras de redes plásticas) e tornos, desativados há quatro meses. Varasquim, integra um grupo de 22 ex-funcionários, a quem o juiz Paulo Roberto Hapner acaba de deferir proposta de arrendamento da massa falida da Guimatra. O processo judicial só deve culminar em leilão no prazo mínimo de cinco anos. Até lá, os ex-funcionários estarão produzindo sacolas plásticas e redinhas e prestando serviços de usinagem a terceiros. Em contrapartida, eles assume o compromisso de fazer a manutenção de todo o parque industrial e depositarão mensalmente num fundo administrado pelo síndico da massa falida, Ademir Demarchi, o equivalente a 5% do faturamento da nova empresa.” (Gazeta Mercantil - Paraná -, Ano II n.339, 20.07.1999)

- VI - celebração de acordo coletivo de trabalho, inclusive para reduzir salários, aumentar ou reduzir a carga horária dos trabalhadores;
- VII - dação em pagamento;
- VIII - constituição de sociedades de credores;
- IX - venda parcial dos bens;
- X - equalização dos encargos financeiros relativos a débitos bancários, aplicando-se aos contratos de crédito rural o disposto na Lei n.9.138, de 29.11.1995; e aos demais contratos, aplicar-se-á o disposto na Lei 8.078, de 11.09.1.990, art.6.º, V e 51, IV, e, na Lei 1.521, de 26.12.1951, art.4.º, a e b”

Trata-se, em verdade, de técnicas habituais no comércio contemporâneo, bem como nas lides forenses, em que as empresas em dificuldades imediatamente postulam as revisões dos contratos, tal como estabelece o artigo 42, X.

Interessante, também, o fato que, dentre os meios de recuperação judicial, encontra-se o arrendamento. Sob a égide do Decreto-lei n.º 7.661/45, algumas vozes da doutrina, como o Wilson de Souza Campos BATALHA,¹⁹⁸ não consideravam legítimo o arrendamento do estabelecimento a terceiros, ou o licenciamento para a fabricação de certos produtos ou exploração de certas atividades do falido. Já naquela época, tivemos oportunidade de assinalar:

Em que pese as opiniões em contrário, o arrendamento do estabelecimento do falido é medida salutar, posto que possibilita a preservação do parque fabril, a geração de empregos, e principalmente de renda para massa falida, beneficiando assim, os credores em geral. Na verdade, essa medida encontra guarida na própria Constituição Federal/88, onde tratando da ordem econômica, elege como princípio fundamental a valorização do trabalho humano (art.170). Não se pode olvidar, que o processo falimentar geralmente se arresta por longos anos, ocasionando a depreciação do parque fabril, sendo que geralmente, quando da liquidação do ativo, restam apenas sucatas. Ademais, a continuidade dos negócios da empresa falida, tem se mostrado medida ineficaz, vez que na prática dificilmente apresenta resultados positivos, dada ausência de capital de giro, crédito ou mesmo estímulo dos funcionários. Portanto, o arrendamento do estabelecimento do falido, na pior das hipóteses, possibilita a preservação do parque fabril e manutenção dos empregos, além de animar os funcionários. Em outras palavras, evita conseqüências nefastas de ordem social, econômico e política, que resultam da desapareição de um patrimônio produtivo.¹⁹⁹

¹⁹⁸BATALHA, W.S.; BATALHA, S.M.L., p.466.

¹⁹⁹FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. O arrendamento do estabelecimento falido. In: **Shopping Jurídico n.4**, Curitiba, 1998.

6.1.4 Encerramento do Plano

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

De outro lado, não observadas as obrigações assumidas, e tampouco pagos os credores no prazo fixado, a recuperação judicial convola-se em liquidação judicial. Em verdade, nem é preciso aguardar a fluência de todo o prazo previsto para o pagamento dos credores, basta o simples descumprimento do plano ou prejuízos continuados, ou ainda, inviabilidade econômica da empresa, para que a convolação se consuma, ex vi dos artigos 69 e 70 do diploma em análise.

Imagina-se, portanto, que expirado o prazo avençado sem o pagamento dos credores, imediatamente a recuperação judicial é convalidada em liquidação. Todavia, em se tratando de devedor honesto o legislador foi extremamente cauteloso e feliz, outorgando-lhe a possibilidade de prorrogação do plano, desde que tenha havido mudanças na situação econômico-financeira do devedor, como dispõe o artigo 57, *verbis*:

Art.57. Ocorrendo mudança substancial na situação econômico-financeira do devedor, o plano de recuperação haverá de ser revisto.

Par.1.º O pedido deve vir acompanhado de exposição circunstanciada, com indicação das alterações propostas, instruído com prova documental pré-constituída e o respectivo balancete patrimonial que evidencie a mudança ocorrida nos termos do caput deste artigo.

Par.2.º Será assegurado aos interessados a possibilidade de se manifestarem, além da mais ampla informação a respeito das condições do devedor que se façam necessárias para o exercício de juízo de valor acerca das alterações propostas.

Parece-nos aqui, todavia, que a real intenção do legislador foi possibilitar a revisão do plano, desde que se consumem fatos supervenientes a sua apresentação em juízo. Lembre-se que dentre os meios de recuperação foi elencada a possibilidade de revisão dos contratos, com base no artigo 6.º, V do Código de Defesa do Consumidor,²⁰⁰ o qual prevê expressamente a revisão em razão de fatos supervenientes

²⁰⁰“Art.6.º: São direitos básicos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

que as tornem excessivamente onerosas. Entendimento diverso, ao nosso ver, possibilitaria a prorrogação infinita do pagamento dos créditos, instaurando verdadeira insegurança junto aos credores, prejudicando o comércio em geral.

6.2 INOVAÇÕES

Conforme já exposto, o projeto que trata da reforma do Decreto-lei n.º 7.661/45 apresenta inovações, algumas delas salutares, como a eliminação do depósito elisivo ou mesmo a necessidade de instruir o pedido de liquidação judicial, com protestos cambiários relativos a outros credores, procurando, desta forma, acabar com aqueles pedidos de falência, utilizados para fins unicamente de pressão.

Todavia, indiscutivelmente, o êxito de um diploma que trata de recuperação e liquidação judicial de empresas está vinculado diretamente aos auxiliares do processo. Assim, procuraremos enfatizar o papel desses auxiliares.

6.2.1 Credores

Com a reforma do Decreto-lei n.º 7.661/45, o binômio credor-devedor encontra-se definitivamente superado.

Uma interpretação sistemática do Projeto de Lei n.º 4.736/93 demonstra que, mais do nunca, o legislador outorgou poderes aos credores para participarem de forma direta e ativa tanto na recuperação judicial, como na liquidação judicial.

Faculte-se aos credores solicitar informações sobre o andamento do processo, postular a dissolução do Comitê, a destituição do Administrador Judicial, compor o Comitê de Recuperação.

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

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

6.2.2 Administrador Judicial

No diploma em estudo, a conhecida figura do síndico foi substituída pelo Administrador Judicial, que, segundo Frederico Augusto Monte SIMIONATO

[...] é o encarregado, no procedimento reorganizatório, de gerir e administrar a empresa sob reerguimento econômico, cumprindo as determinações fixadas pelo Juiz. Será em poucas palavras, um administrador empresarial. A atividade do Administrador Judicial não é de resultado, mas um meio para o ajuste financeiro da empresa insolvente, desta forma não será responsabilizado se o plano não alcançar resultados positivos devendo, contudo, zelar pelos interesses da empresa.²⁰¹

Em verdade, em que pese as nomenclaturas diversas, ao nosso ver, analisando sob o prisma material, a figura do síndico, prevista pelos diplomas anteriores, assemelha-se em muito com a do Administrador.

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

²⁰¹SIMIONATO, p.55.

6.2.3 Comitê de Credores

O Comitê dos Credores representa uma nova tentativa de o legislador aumentar a fiscalização da administração da empresa, bem como aumentar a participação dos credores.

O Comitê será formado pelo administrador judicial, por um representante dos empregados, um representante dos credores privilegiados e um representante dos credores quirografários (art.61), competindo-lhe: (i) elaborar, se for o caso, um plano de recuperação alternativo, mediante estudo fundamentado que comprove a inviabilidade econômica-financeira do plano de recuperação apresentado pelo devedor; (ii) fiscalizar a administração do devedor no decorrer do processo de recuperação, apresentando, trimestralmente, relatório circunstanciado de sua situação; (iii) apurar quaisquer reclamações dos interessados e emitir parecer sobre as mesmas; (iv) fiscalizar a execução do plano de recuperação apresentado pelo devedor. (art.62).

Causou-nos preocupação, no entanto, o fato de o próprio administrador presidir o Comitê, o que pode acarretar a ineficácia material do Comitê, afastando na prática a intenção do legislador, posto que todo o processo permanecerá sob o controle do Administrador, relegando-se ao Comitê simples aspecto formal, sem qualquer participação direta e efetiva no processo.

O Juiz, destarte, desempenha papel fundamental, devendo imediatamente resolver eventual desídia do Comitê, inclusive *ex officio* se necessário, nada impedindo que proceda à destituição do Comitê ou desse e do Administrador. Afinal, como ensina Nelson ABRÃO, “não pode haver preterição da atividade, mas sim de pessoas que não se mostram interessadas na tarefa para a qual foram nomeadas, de modo nítido as divergências presentes fazem parte do trabalho de buscar o melhor, no entanto restará incólume a empresa que não deve e nem pode ser atingida por atitudes incompatíveis com a reorganização”.²⁰²

²⁰²ABRÃO, N., *O síndico na...*, p.172.

6.2.4 Manutenção do Devedor na Administração

O projeto em exame possibilita que o devedor honesto continue à frente dos seus negócios (art.52), o que até se justifica pelo fato que esse conhece todas as peculiaridades da empresa, bem como o segmento empresarial que exerce suas atividades.

A continuidade na direção dos negócios pelo devedor, todavia, sujeita-se à imediata fiscalização do administrador judicial ou do comitê de credores, quando for o caso. Existindo ainda outros limites, como a impossibilidade de alienar ou onerar bens e direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade, reconhecida pelo Juiz, depois de ouvido o administrador, comitê e juiz.

Nesse particular, todavia, o legislador não permaneceu rígido, no que merece elogios, em face das peculiaridades de cada empresa. Na realidade, em se tratando de devedor que praticou qualquer ilícito, fraude, dolo ou mesmo inaptidão para os negócios, imediatamente será afastado (art.52), com o Administrador Judicial e auxiliares assumindo suas funções.

CONCLUSÃO

Ao cabo do presente estudo, cumpre destacar a lição de Carlos Alberto de Oliveira CRUZ, posto que retrata a linha de pesquisa desse trabalho.

Não podemos esperar que a Lei Falimentar em vigor dê conta, por si só, de disciplinar as complexas relações que se estabelecem no plano concursal. Nem se diga que a aprovação de uma nova Lei (há mais de 30 anos a comunidade jurídica vem clamando por isso!) vá resolver, de todo, os conflitos do cotidiano.

A solução para dar plena efetividade ao Direito Concursal está na sua compreensão de sistema, como rede axiológica de princípios e normas, e de sua aplicação decorrente de um processo interpretativo hierarquizador.

Ao aplicar o direito concursal o intérprete considerará a Constituição Federal, a lei específica (Decreto-Lei 7.661/45 ou nova lei que venha a ser aprovada), e o conjunto de princípios e valores previamente identificados como preponderantes no trato da matéria.²⁰³

Assim, pode-se dizer que o estudo do direito concursal exige uma releitura de seus institutos fundamentais à luz da Constituição Federal, que, ao tratar da ordem econômica, elegeu como princípios jurídicos fundamentais a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Paralelamente ao reexame dos conceitos do direito concursal, parece adequado compreender o direito como sistema, posto que o direito não se resume lei. Em verdade, o direito serve como técnica para a solução de conflitos reais das pessoas, razão pela qual a atividade desenvolvida pelo operador do direito impõe uma interpretação sistemática de diversas regras, valores e princípios, de modo a hierarquizar os princípios e normas aplicáveis ao caso concreto, visualizando, assim, o direito como um todo e, por conseguinte, preservando a unidade do sistema.

²⁰³CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. **Falência e concordata** : a interpretação sistemática no direito concursal brasileiro. Porto Alegre : Editora Síntese, Revista Jurídica n.248, p.26/27.

Por intermédio da interpretação sistemática do direito concursal, pode-se vislumbrar o aprimoramento dos direitos sociais, principalmente a garantia do pleno emprego almejada pelo legislador constituinte.

Portanto, antes de reformas legislativas, é imperioso o estudo e conhecimento do direito falimentar pelos operadores do direito, cuja interpretação deve ser desenvolvida de forma sistemática à luz dos princípios orientadores de nosso sistema jurídico, sob pena de nada resolver as sucessivas reformas.

Aliás, como leciona o Prof. Macpherson: “Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana”.²⁰⁴

Por derradeiro, registre-se que a finalidade predominante desta dissertação foi aumentar o debate sobre o regime jurídico das empresas em dificuldades financeiras, com novas e antigas idéias. Ainda que consideradas utópicas ou mesmo imprecisas por alguns, do mesmo modo saímos satisfeitos, restando como consolo a prece extraída do Salmo n.º118 da Bíblia: “Apesar de todos os pesares, valeu a pena ter sofrido tanto, como uma lição, para assim, apreender verdadeiramente os estatutos”.

²⁰⁴MACPHERSON, C.B. **La realidad democrática**. Barcelona : Editorial Fontanella, 1968. p.87.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. Os créditos bancários e a recuperação da empresa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. n.3.
- ABRÃO, Nelson. **A continuidade do negócio na falência**. São Paulo : Leud, 1998.
- ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5.ed. São Paulo : Leud Editora, 1997.
- ABRÃO, Nelson. **O novo direito falimentar** : nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- ABRÃO, Nelson. **O síndico na falência**. 2.ed. São Paulo : Leud, 1999.
- ABRÃO, Nelson. **Os credores na falência**. São Paulo : Leud, 1998.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. 11.ed. São Paulo : Saraiva, 1993.
- ALVÁRES, Walter. **Curso de direito falimentar**. 7.ed. São Paulo : Sugestões Literárias S/A, 1979.
- ANDRADE, Jorge Pereira de. **Manual de falências e concordatas**. São Paulo : Atlas, 1996.
- ARAÚJO, José Francelino de. **Curso de falências e concordatas**. Porto Alegre : Sagra-Luzzatto, 1996.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito comercial** : falências e concordatas. 2.ed. São Paulo : LED – Editora de Direito, 1999.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O novo modelo jurídico da empresa nacional e a reforma da lei de falências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.663.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Malheiros Editores, 1996.
- BARRETO JUNIOR, Caio Graccho. **Tutela cautelar nas falências e concordatas**. São Paulo : Saraiva, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição** : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

- BATALHA, Wilson de Souza; BATALHA, Silvia Marina Labate. **Falências e concordatas. Comentários à lei de falências : doutrina, legislação e jurisprudência.** 2.ed. São Paulo : LTr, 1996.
- BULGARELLI, Waldírio. **Direito comercial.** 11.ed. São Paulo : Atlas, 1995.
- BULGARELLI, Waldírio. **O novo direito empresarial.** Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes . **Direito constitucional.** 6.ed. Coimbra : Livraria Almeida, 1993.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. **Tratado de direito comercial brasileiro.** Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1963.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** São Paulo : Saraiva, 1998.
- CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. **Falência e concordata : a interpretação sistemática no direito concursal brasileiro.** Porto Alegre : Editora Síntese, Revista Jurídica n.248.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Manual jurídico da empresa.** Brasília : Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução por Hermínio A Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1986.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA. **Estudos de direito comercial : das falências.** Coimbra : Livraria Almedina, 1989. v.1.
- FARHAT, Alfredo. **Curso de direito comercial : falências, concordatas e crimes falenciais.** São Paulo : Leud, 1972.
- FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. O arrendamento do estabelecimento falido. In: **Jornal Shopping Jurídico n.04**, Curitiba, 1998.
- FERNANDES, Luis A Carvalho; LABAREDA, João. **Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado.** Lisboa : Quid Juris? Sociedade Editora, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico.** São Paulo : Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial.** São Paulo : Saraiva, 1965.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 2.ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.
- GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Apontamentos de direito comercial.** Curitiba : Juruá, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômico na constituição de 1988.** 3.ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.

- LACERDA, J.C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 14.ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 1999.
- LOBO, Jorge. A crise da empresa : a busca de soluções. **Revista dos Tribunais**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991. v.668.
- LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1993.
- LOBO, Jorge. **Direito concursal**. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- LOPES, Renan Kfury. **Roteiro do síndico da falência** : doutrina, prática e legislação. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 1999.
- MACPHERSON, C.B. **La realidad democrática**. Barcelona : Editorial Fontanella, 1968.
- MARCONDES, Silvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo : Saraiva, 1977.
- MARTINS, António Carvalho. **Reclamação, verificação e graduação de créditos**. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.
- MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 13.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- MENDES, Otávio. **Falências e concordatas**. São Paulo : Livraria Acadêmica, 1930.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2.ed. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1960. v.30.
- MORAES, José Diniz de. Princípios constitucionais da ordem econômica. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n.4.
- PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**. 5.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- PORTUGAL. **Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência**. Lisboa : Lex Edições Jurídicas, 1993.
- PRONO, Ricardo S. **Continuación de la empresa en la quiebra** : analisis de la nueva figura en la ley de concursos. Buenos Aires : Ediar Editora, 1977.
- RAMALHO, Rubem. **Curso teórico e prático de falências e concordatas**. 3.ed. São Paulo : Saraiva, 1993.
- REQUIÃO, Rubens. A crise do direito falimentar brasileiro : reforma da lei de falências. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.14.
- REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**. São Paulo : Saraiva, 1986. 3.v.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo : Saraiva, 1993. v.1.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. São Paulo : Saraiva, 1975.
- SALGADO, António Mota. **Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência**. Lisboa : Aequitas Editorial Notícias, 1993.

- SANTANA, Jair Eduardo. **Limites da decisão judicial na colmatação de lacunas** : perspectiva social da atividade judicante. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 1998.
- SANTOS, J.A. Penalva. **Obrigações e contratos na falência**. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- SANTOS, J.A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. Nota aos **Comentários à lei de falências**: (Decreto-lei n.7.661/45, de 21 de junho de 1945)/ Valverde, Trajano de Miranda. 4.^a edição revista e atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- SANTOS, Paulo Penalva. **Falência requerida pela fazenda pública**. Doutrina/coordenação James Tubenchlak. Rio de Janeiro : Instituto de Direito, 1997. 4v.
- SILVA, Antônio Alvares. **Co-gestão no estabelecimento e na empresa**. São Paulo : LTr, 1991.
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico** : edição universitária. 3.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A reforma da lei de falências frente à reorganização econômica da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, 1997. n.108.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A insolvência civil**. 4.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- TZIRULNIK, Luiz. **Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- VALLE, Anco Márcio. **Processo falimentar** : fase pré-falencial. Rio de Janeiro : Editora Idéia Jurídica, 1998.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. Rio de Janeiro : Forense, 1949.
- VÍTOLO, Daniel Roque. **Comentários à la ley de concursos y quiebras n.24.522. Doctrina y jurisprudência aplicable**. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1996.