

# O NOVO ORDENAMENTO JURÍDICO CONCURSAL NO DIREITO DE EMPRESA

Jorge Luiz Lopes do Canto\*

## I. Introdução

A atual lei de falência que vigora há quase 60 (sessenta) anos já não atende plenamente às necessidades da sociedade brasileira moderna, embora seja um texto muito bem elaborado, o qual contém disposições de ordem mercantil, no campo do direito privado, e de ordem processual, na seara do direito público.

Assim, trata da execução coletiva de empresário ou empresa comercial em estado de insolvabilidade, contudo, não é dada a devida atenção na atual legislação ao princípio da preservação da empresa, pois ocupa-se mais com a liquidação do ativo da empresa do que com a sua recuperação e com a manutenção de postos de trabalho, com a conseqüente produção de riquezas para o país e distribuição de renda.

A par disso, a limitação da execução coletiva falimentar apenas ao comércio e a alguns tipos de indústria deixa de fora

---

\* Juiz na Vara de Falências e Concordatas da Capital; Mestre em Direito Público pela Unisinos; especialista em Economia e Finanças Empresariais pela FGV; Professor de Direito Comercial na Unisinos e na Escola Superior da Magistratura.

dos benefícios existentes nesse tipo de processo o setor da prestação de serviços, sendo que este poderia valer-se da extinção das obrigações existentes antes da declaração da quebra com a possibilidade de reabilitação em lapso de tempo menor do que ocorre na insolvência civil.

Situação análoga ocorre com o benefício legal da concordata que também não é estendido ao setor de prestação de serviços, ou seja, parte das empresas, definidas como tal no atual Código Civil, está desassistida pela atual lei que trata das crises econômicas e financeiras daquelas.

Dessa forma, o Brasil deve proceder à atualização de sua legislação falimentar, a fim de adaptá-la ao que existe de mais avançado nas nações ocidentais no campo de direito concursal, atendendo aos princípios vigentes nessa área, com a possibilidade de satisfazer a um maior número de credores e envolvê-los no processo de recuperação de empresa, pois há interesse público na manutenção desse sistema produtivo.

### *1. O tratamento da insolvência comercial na atual lei de falência*

A lei falimentar em vigor tem como fundamento, para decretação da quebra, dois tipos de sistemas, um de presunções e outro de fato. Na primeira hipótese, presume-se o estado de insolvabilidade, tanto com base na impontualidade como nos denominados atos falenciais, respectivamente, artigos 1º e 2º da Lei n. 7.661/45; já naquele último, há a confissão do empresário comercial quanto a sua insolvência (art. 8º da LF). Aliás, a exigência comum nas situações atinentes à presunção de crise econômica é que o autor do pedido comprove a sua condição de credor, sem qualquer limitação quanto ao valor do referido crédito.

Ademais, o diploma legal precitado já não atende plenamente à necessidade do empresariado nacional, tendo em vista que este tem por base o sistema francês estabelecido no Código Napoleônico de 1808, de ordem objetiva, quando então era levado em conta o comerciante individual, ou seja, para qualificar a empresa como mercantil eram considerados os denominados atos

de comércio (art. 19 do regulamento n. 737 de 1850), não se inserindo nesse contexto as empresas prestadoras de serviços.

Ainda, a falência na formatação vigente, na qual se encontra estruturada, serve apenas para proceder à liquidação do ativo subsistente, sem levar em consideração a recuperação da empresa ou a sua importância social e econômica para a comunidade na qual está inserida.

Além disso, a concordata é um instituto que também não resolve mais a situação das empresas no país, pois aquela se destina a solucionar crise financeira, ou seja, considera apenas as obrigações de curto prazo mantidas com os fornecedores, quando se sabe que atualmente as principais dívidas das empresas são as relativas aos créditos fiscais, trabalhistas e bancárias com garantias reais, sendo que todos esses créditos não estão submetidos à concordata.

Portanto, a possibilidade de êxito na recuperação de uma empresa hoje em dia é muito pequena, por exemplo, cerca de noventa por cento (90%) das empresas que pedem concordata na Vara de Falências de Porto Alegre terminam por fechar as suas portas com a decretação da quebra, em função de estar envolvida nesse processo apenas uma das categorias de credores daquela, mais precisamente os quirografários.

## *2. O direito de empresa e a nova lei de falência*

O Código Civil atual muda o enfoque a ser levado em conta quanto à atividade comercial, passando para o sistema italiano, com base no Código Civil italiano de 1942, de ordem subjetiva, cujo vértice principal é o elemento empresa, ou seja, não importa apenas qual o ato praticado, mas quem o faz e de que forma.

Assim, a definição de empresa está disposta com seus elementos integradores no art. 966 do CC, isto é, trata-se de pessoa (física ou jurídica) que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, a qual se destina à produção ou à circulação de bens ou serviços para o mercado, com o fim de lucro e submetida aos riscos do negócio, noção que ultrapassa o capitalismo comercial e ingressa no industrial.

A alteração estrutural precitada quanto ao conceito do que seja atividade comercial exige uma mudança da lei de falência a fim de adaptá-la aos novos setores da economia que passaram a integrar a atividade mercantil, por exemplo, aquelas pertencentes ao terceiro setor, como as imobiliárias, pois não há previsão de quebra quanto a estas ou de poderem valer-se do instituto da concordata.

No momento presente, o que existe para atender à referida mudança no campo do direito privado é o Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, que tramitava há cerca de 10 (dez) anos na Câmara dos Deputados quando foi aprovado naquela Casa, versando sobre recuperação de empresa, judicial e extrajudicial, além da falência de pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividades econômicas, tendo como relator o Deputado Osvaldo Biolchi.

Entretanto, o projeto de lei da Câmara sofreu nova e substancial modificação no Senado Federal, no corrente ano, quando de sua aprovação sob o n. 71/2003, cuja relatoria coube ao Senador Ramez Tebet, devendo o texto em questão ser objeto de revisão e aprovação na Câmara dos Deputados.

### *3. A mudança de enfoque com a recuperação de empresa na nova lei*

A recuperação de empresas importa em mudar a mentalidade da lei de quebras, tendo por escopo fundamental o princípio da preservação de uma empresa e não apenas proceder à liquidação desta, pois é levado em conta a sua importância social e econômica para determinada região, inclusive quanto à mão-de-obra e tecnologia empregada.

Dessa forma, a abrangência da recuperação é maior do que a existente no sistema atual com a concordata, uma vez que leva em consideração não só a crise financeira, mas também a econômica, que ocorre quando o patrimônio líquido é negativo, ou seja, com o estado de insolvabilidade. Ainda, aquele instituto deveria envolver a totalidade dos credores, desde os trabalhistas, passando pelo fisco, até os quirografários, e não apenas estes últimos como na moratória legal, a fim de que o conjunto de credores financie a manutenção daquela atividade empresarial.

Outro fator positivo é o de que o pedido de quebra só poderá ser formulado a partir de determinado *quantum*, ou seja, entre 20 (vinte) ou 40 (quarenta) salários mínimos vigentes no país, dependendo do tipo e do porte da empresa, e não com base em valor irrisório atinente a determinado crédito, individualmente considerado, disposições que se fizeram presentes em todas as versões da referida lei.

Ademais, embora seja mantida boa parte dos institutos que conhecemos no que tange à falência, há um sensível avanço quanto à forma de liquidação na hipótese de quebra, pois esta possui uma gama maior de possibilidades e é mais ágil na alienação do ativo de determinada empresa, que não tenha a menor condição econômica de prosseguir com a atividade comercial e não haja interesse social para tanto.

#### *4. Perspectiva econômica com a mudança da lei de falência*

Há muito tem-se a noção de que a lei de quebras é um dos três vértices jurídico-econômicos que despertam maior interesse para os investidores nacionais e estrangeiros, sendo que dois deles já foram atualizados mediante as novas regras atinentes às instituições financeiras e mercados de capital bem como relativas às marcas e patentes, restando apenas definir para aqueles a forma de recuperarem os seus créditos na hipótese de falência de empresa nacional.

A partir da premissa precitada, parte-se para o exame dessa questão sob o viés econômico no qual o interesse a ser preservado é o dos credores, aqui indistintamente considerados, pois é inevitável algum grau de inadimplência em qualquer sistema econômico. O que se pretende na hipótese de insolvabilidade é que o prejuízo a ser suportado seja o menor possível em termos quantitativos, bem como que a recuperação do crédito ocorra de forma mais rápida.

Assim, a partir desses parâmetros é que começou a ser revisada a legislação que trata dos institutos atinentes à falência não só nos países em desenvolvimento como também nas nações economicamente estáveis, como no caso da Alemanha, com

o claro intuito de manter a empresa em funcionamento e os seus recursos produtivos, a fim de preservar a geração de riquezas decorrente dessa atividade e, conseqüentemente, os empregos daí advindos.

Vista dessa forma, a concepção parece ser bastante singela e eficiente, o problema maior resulta da maneira pela qual os objetivos precitados serão atingidos, pois para tanto é necessário reorganizar as prioridades, de forma que todos cedam um pouco para ganharem mais ao final do processo. Nesse ponto é que reside o maior problema para a aprovação da referida lei, pois todos os credores envolvidos na ordem legal do processo falimentar concordam que os créditos sejam atingidos com algum grau de restrição para preservação da empresa, desde que não seja *o seu*.

Essa concepção de manutenção da integralidade do crédito ficou evidente no embate de forças para a elaboração da nova lei de recuperação de empresas e falências, em especial no que tange aos créditos fiscais, os quais não se sujeitaram a participar daquele instituto, embora estejam situados entre os maiores credores das empresas, até mesmo em função da elevada carga tributária que envolve a atividade produtiva no país.

Recusa-se a Fazenda Pública, em todas as suas esferas, a fazer parte do plano de recuperação, ou seja, dos agentes que financiariam o soerguimento de uma empresa, ao contrário do que ocorre em outros países, como no caso dos Estados Unidos da América e da Alemanha, apenas para exemplificar.

Fruto das divergências entre os inúmeros interesses envolvidos no processo de recuperação de empresas e falência, a nova lei claudica em definir qual o sistema econômico-jurídico a ser utilizado, ora aproximando-se da legislação americana quanto à recuperação, em especial o denominado capítulo 11, no qual a empresa inadimplente pode ser transferida para os credores, ora permanecendo com os rígidos mecanismos de intervenção do Estado, à semelhança do direito francês, que, de regra, resultam na liquidação do patrimônio da empresa, naquela com a prevalência dos credores na gestão do processo, e nesta com

uma maior intervenção do Estado-Juiz na resolução do procedimento.

Esse dilema quanto ao sistema a ser adotado, no que tange à elaboração do novo diploma legal para o instituto da falência e a criação da possibilidade jurídica de recuperar empresas, resulta em elevado custo econômico-financeiro. A esse respeito é interessante o estudo realizado por Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg<sup>1</sup> no que se refere à importância da reforma do sistema falimentar para recuperação de empresa e, conseqüentemente, diminuição dos juros bancários em decorrência disso, o qual é transcrito parcialmente a seguir:

“Como é notório e sabido, o Brasil é um dos países que conta com as mais altas taxas de juros sobre empréstimos e onde o crédito só representa 26% do PIB. Esta situação que não favorece o desenvolvimento de novas empresas e a boa utilização do capital tem várias origens. Uma das mais importantes é sem dúvida a alta necessidade de financiamento do setor público que absorve boa parte da poupança doméstica. Contudo existem vários outros fatores explicativos, entre os quais a capacidade do credor reaver o crédito em caso de inadimplência do devedor, conforme se pode observar a partir das diferenças entre as taxas de juros e o montante das várias modalidades de crédito. Por exemplo, a existência de mecanismos adequados de recuperação de crédito explica a menor taxa de juros e o alto volume de crédito, no caso dos financiamentos a veículos, das operações de *Vendor* e dos ACCs, comparativamente ao que se verifica no crédito pessoal, cheque especial e conta garantida.

“No caso específico do setor empresarial, vital para o processo de crescimento econômico e geração de emprego, nossa legislação de falências é um importante entrave ao crédito e causa de perpetuação do funcionamento de empresas inadimplentes. Em função de institutos dessa legislação, a mecânica básica do

---

1 ARAÚJO, Aloísio Pessoa de, e LUNDBERG, Eduardo Luis, V — *A Nova Lei de Falências — Uma avaliação, Economia Bancária e Crédito/Avaliação de 4 anos do projeto Juros e Spread Bancário* — Banco Central, p. 46, [www.bcb.gov.br/ftp/rel\\_economia\\_bancario\\_credito.pdf](http://www.bcb.gov.br/ftp/rel_economia_bancario_credito.pdf), acesso em 15-10-2004.

sistema creditício brasileiro pode ser descrita da seguinte forma: bancos e outros agentes fazem créditos moderados às firmas sadias. Ao menor sintoma de dificuldades financeiras, os credores procuram reduzir seus créditos e as firmas a atrasar o pagamento de impostos. Em resposta, os credores ficam ainda mais receosos em não reaver seus créditos, pois em caso de liquidação da firma, serão os últimos a receber, dada a prioridade dos créditos trabalhistas e fiscais na falência. Isto faz com que eles diminuam ainda mais os créditos, inclusive executando garantias, enquanto as firmas tendem a atrasar ainda mais os impostos até que elas fiquem desprovidas de crédito e numa situação extremamente frágil. Os credores porventura restantes não se atrevem a pedir a falência da firma, em função da mesma prioridade já apontada da Lei de Falências, enquanto o fisco devido a várias razões, também não o faz”.

Dessa forma, em tese, a modificação da legislação falimentar, adaptando esta à nova realidade jurídico-econômica vigente, seria um fator importante para a manutenção sustentada do desenvolvimento econômico do país, na medida em que daria maior garantia para o resgate mais célere e eficiente de créditos de empresas inadimplentes. Possibilitaria, ainda, a recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a manutenção da atividade produtiva e a conseqüente geração de riqueza e empregos tão necessários ao Brasil.

### *5. Vetores tempo e espaço quanto à nova lei*

O primeiro fator a ser perscrutado é a evolução do tratamento da insolvência comercial no Brasil no curso do tempo, tendo em vista que esta deixou de ter o caráter punitivo estabelecido nas ordenações portuguesas numa primeira fase, passando a ser adotado um sistema de execução coletiva a partir da república, inicialmente com o Decreto n. 917 de 1890 até a atual Lei n. 7.661 de 1945. Aquele diploma republicano com a prevalência da autonomia dos credores para concessão de concordata e na liquidação do ativo. Já esta lei com a intervenção do Estado-Juiz e a supremacia do interesse público nas questões em exame.



Ademais, o decreto precitado também tratava da denominada moratória amigável, qualificada como concordata extrajudicial, figura jurídica tipificada no atual diploma falimentar como uma das hipóteses de atos falimentares que fazem presumir o estado de insolvabilidade, consoante estabelece o art. 2º, inc. III, daquele texto legal.

Assim, sob o ponto de vista puramente temporal e no que diz respeito ao aspecto da autonomia dos credores, o substitutivo aprovado no Senado Federal seria um retorno ao decreto do século XIX, cuja experiência no país não foi alvissareira, em razão do *abuso das vantagens*<sup>2</sup> obtidas pelos credores, com o desvio de bens e a apropriação indevida do patrimônio de empresas submetidas àquela legislação.

Frisa-se que tanto na época do decreto precitado como no substitutivo ao projeto de lei aprovado no Senado não há a intervenção do Ministério Público, o qual exerce na legislação atual dupla função fiscalizadora, pois atua no sentido de apurar e coibir a prática de crimes falimentares e de resguardar o interesse público quanto ao crédito comercial para que haja a correta liquidação do ativo e o pagamento dos credores na ordem fixada em lei.

No que diz respeito ao vetor espaço, pretende-se abordar aqui as questões geopolíticas que têm interferido na premente modificação da lei de falências, tendo em vista que há recomendações de diversos organismos internacionais no que se refere à insolvência corporativa, dentre os quais o Banco Mundial e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no sentido de integrar a legislação falimentar com o sistema jurídico e econômico.

O modelo previsto pelos organismos multilaterais supracitados visa a permitir a reorganização ou a liquidação de empresa de forma célere, eficiente, transparente e imparcial, mediante um tratamento equitativo dos credores de mesma classe, o qual decorreu da análise de problemas existentes no processo falimentar de diferentes países.

---

2 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, vol. 3. SP: Saraiva, 2004, p.14.

A esse respeito é interessante trazer à baila alguns pontos de convergência entre as legislações de países desenvolvidos, como Estados Unidos, Alemanha e França, e em desenvolvimento, como Argentina e México, estes dois com alterações recentes em seus diplomas legais, a seguir transcritos<sup>3</sup>:

“1. Regimes incentivam recuperação da empresa.

“2. Suspensão das ações contra a empresa na recuperação judicial (*automatic stay*).

“3. Manutenção do devedor na administração da empresa durante a recuperação (*debtor in possession*).

“4. Aprovação pelos credores do plano de recuperação da empresa (exceto na França).

“5. Votação dos credores por classe.

“6. Regime falimentar geral não abrange determinados segmentos”.

Portanto, fica cada vez mais evidente a necessidade de serem utilizados instrumentos jurídicos comuns na resolução das questões atinentes à insolvência corporativa, o que também vem sendo objeto de estudo por parte da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI) desde 1995, e resultou na aprovação da Lei Modelo sobre a Insolvência Transfronteiriça<sup>4</sup>, em Viena na data de 30 de maio de 1997, que visa a administrar de forma mais eficiente as insolvências de empresas transnacionais.

Dessa forma, cabe ao Brasil adequar a sua legislação falimentar à realidade jurídica e econômica atual, restando apenas definir qual o sistema que melhor se adapta à conjuntura vigente e à nossa experiência jurídica, levando em conta as peculiaridades e os interesses de nossa coletividade.

---

3 IEDI — Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial — A reforma da Lei de Falências, vol. 1: Conceitos, comparações internacionais e propostas para o Brasil, setembro/2003, [www.iedi.org.br/admin/pdt/20031008\\_fal\\_1pdf](http://www.iedi.org.br/admin/pdt/20031008_fal_1pdf), acesso em 15-10-2004.

4 [www.uncitral.org/spanish/texts/insolvency/insolvency-s.htm](http://www.uncitral.org/spanish/texts/insolvency/insolvency-s.htm), acesso em 15-10-2004.

Nesse sentido talvez quem melhor defina o norte a ser seguido, a fim de suplantar esta crise legislativa quanto ao direito falimentar, seja o jurista argentino Efraín H. Richard<sup>5</sup> ao tratar da ética existente no âmago do direito comercial, ao asseverar que:

*“Se trata de mirar la realidad y el sistema jurídico, para determinar su congruencia y aplicabilidad.*

*“Volver a lo que nosotros llamamos el ‘viejo corazón del derecho comercial’, siempre renovado, em um doble esfuerzo: um derecho substancial más simple, configurando lo que llamamos la ‘economía del derecho’, com menos normas pero más efectivas, livrando las conductas e la autonomía de la voluntad en cuanto no infrinja el orden social pretendido, y cuando se adviertan desvíos o la necesidad de regulación, disponer de técnicas normativas plusquam-perfectas. Al mismo tempo una justicia inmediata, o por lo menos más eficiente, punto en que se encuentran concentrados esfuerzos de la Uncitral, conforme informe que recibimos el 5 de julio de 2002 em la Universidad Nacional de Córdoba de la profesora Aída Kemmelmajer de Carlucci, quien participa de la comisión respectiva”.*

## **6. Análise das inovações trazidas pelos projetos da Câmara e do Senado Federal**

Feitas as considerações anteriores sob os vieses jurídico, econômico, temporal e geopolítico, é possível proceder a uma melhor análise quanto às modificações legislativas trazidas tanto pela Câmara quanto pelo Senado Federal, levando em conta uma maior ou menor proximidade destes projetos dos sistemas vigentes no mundo ocidental.

Há que se esclarecer que não se pretende aqui adentrar nas minúcias de cada um dos textos legais elaborados nas casas legislativas precitadas, o que não é objeto do presente artigo, mas examinar algumas das novas bases trazidas por aqueles e

---

5 ARECHA, Martín, DASSO, Ariel, NISSEN, Ricardo A., e VÍTOLO, Daniel R. – Coordinadores. *Conflicto actuales em sociedades y concursos*. Buenos Aires-Argentina: AD-HOC Vilella Editor, 2002, p. 3-4.

nos quais se assenta o procedimento que trata da insolvência corporativa.

O primeiro ponto a ser abordado diz respeito ao tipo de empresa que possa valer-se tanto do processo de recuperação como da execução coletiva falencial, tendo em vista que o projeto da Câmara apresenta um espectro mais amplo, possibilitando isso para sociedades civis bem como para empresa simples, não fazendo distinção entre sociedade comercial e civil.

Já o projeto aprovado no Senado menciona apenas a expressão empresa, o que leva a crer que se trata de sociedade mercantil, tendo em vista que o referido texto legal tem o perfil mais aproximado com o capítulo 11 da legislação americana a esse respeito, na qual a recuperação de empresas se destina quase que exclusivamente quanto às sociedades anônimas, cuja natureza jurídica é comercial por excelência.

Outro aspecto a ser examinado é quanto à inovação trazida do direito americano que trata da recuperação de empresas, o que, dentro de determinadas condições e atendido a certos requisitos, permite que a sociedade mercantil prossiga com sua atividade produtiva, mediante a comprovação de sua viabilidade econômica ou diante do interesse social e estratégico de mantê-la, devendo ser comprovado no denominado plano de recuperação mediante a apresentação de laudo econômico-financeiro.

É oportuno salientar que o plano precitado deve prever a forma de reorganização da empresa mercantil, o que pode ocorrer mediante uma cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, bem como mediante a concessão de prazos ou condições especiais de pagamento, dentre outras hipóteses, como a alteração do controle acionário. Situações jurídicas que, por si sós, demonstram a abrangência maior desse instituto em relação à concordata, pois, ainda que de forma indireta, atingiria a todos os credores.

Contudo, ao contrário de países como a Alemanha e os Estados Unidos, o Fisco no Brasil não participa com os seus créditos do financiamento da recuperação de uma empresa, inclusive pode obstá-los, caso não haja a apresentação das certidões

negativas de débito fiscal no prazo de cinco dias após a aprovação do plano de recuperação, o que é causa para a decretação da falência da empresa recuperanda.

Frisa-se que as microempresas e as denominadas empresas de pequeno porte, esta última sem definição jurídica em nosso sistema legal, sujeitam-se a um plano especial de recuperação, o que atinge apenas os créditos quirografários. Nesse ponto haveria apenas a troca de nomenclatura, mas estaríamos diante da já conhecida concordata dilatória, com a suspensão do pagamento pelo prazo de seis meses, e a satisfação do débito com pagamentos mensais no interregno de tempo de até três anos.

O texto legal em exame prima pelo fortalecimento da autonomia dos credores, tanto no que tange à recuperação de empresas, como também quanto à falência, pois torna obrigatória a criação de comitê, composto por três classes de credores, e a instauração de assembleia-geral com o poder de fiscalização e decisório no que concerne à aprovação do plano de recuperação, assim como para liquidação do ativo da empresa falida.

Outra modificação realizada em relação ao sistema atual é a de que a verificação dos créditos passa a ser feita diretamente com o administrador judicial, na hipótese de recuperação de empresa, podendo ser apreciada judicialmente a habilitação de crédito se houver impugnação quanto a esta.

A par disso, a classificação dos créditos também sofreu sensível modificação, uma vez que houve uma nítida cisão entre os denominados créditos extraconcursais, compreendendo aqui, primordialmente, os atuais encargos e dívidas da massa, como, por exemplo, a remuneração do administrador judicial e os créditos concursais, cuja inovação é a limitação dos créditos trabalhistas a cento e cinquenta salários mínimos e o pagamento precedente dos créditos com garantia real até o valor do bem gravado em relação aos créditos tributários.

Assim, todas essas alterações apontam no sentido da desjudicialização dos procedimentos da recuperação de empresa e da falência, pois os credores têm toda a autonomia de decidir a forma de condução do processo, cabendo ao magistrado,

na apreciação destes, verificar o cumprimento dos requisitos legais e apenas homologar a vontade manifestada por aqueles. Exemplo disso, é que na recuperação de empresa, tanto extrajudicial como judicial, o plano apresentado para ser aprovado depende da vontade dos credores, enquanto que na falência estes decidem a forma de liquidação do ativo.

Ademais, o projeto do Senado Federal, diferentemente daquele aprovado na Câmara dos Deputados, faculta a atuação do Ministério Público para as hipóteses de indício de crime ou de infração à lei, não exercendo mais esse órgão a função de *custos legis*, o qual detém extenso direito na atual legislação falimentar de intervenção e de controle do processamento da falência e da concordata.

Outro ponto que se pretende sinalar é a criação de uma limitação do projeto aprovado no Senado à utilização das ações falenciais no que tange aos negócios ocorridos durante o processo de recuperação da empresa, os quais não estariam sujeitos a exames em sede de ações revocatórias no que diz respeito à eficácia daqueles atos quanto à massa falida, ainda que praticados mediante fraude ao concurso de credores.

Por fim, em relação à apuração dos crimes falimentares, houve importante avanço com o término do inquérito judicial, procedimento que na maioria das vezes servia apenas para facilitar a impunidade, em decorrência da prescrição dos delitos devido ao tempo de tramitação. Em contrapartida, não houve a incidência automática dos efeitos de inabilitação para o exercício de atividade empresarial, dentre outros, o que pode acarretar prejuízos a terceiros que negociarem com apenados pela prática dos referidos crimes.

## *7. Crítica às propostas da Câmara e do Senado Federal para nova legislação em função dos princípios incidentes no direito concursal*

A principal crítica a ser feita ao texto aprovado no Senado diz respeito à desjudicialização do processo de insolvência corporativa, tendo em vista que é dada prevalência à autonomia dos credores, o que até se justificaria para a hipótese do denomi-

nado acordo pré-concursal, composição feita pela devedora com aqueles para *superar dificuldades econômicas e financeiras de caráter geral, ou a cessação de pagamentos, podendo estipular-se qualquer objeto lícito para esses fins*<sup>6</sup>, mas não para o processo judicial, pois aqui trata-se de uma *função exclusiva do Estado*<sup>7</sup>, na qual o Estado-Juiz visa a atender ao interesse público na composição do litígio.

Ademais, o direito concursal tem o caráter publicístico, uma vez que envolve não apenas questões de ordem processual, tanto na recuperação de empresa como na falência, como também a ordem legal de preferencialidade na satisfação dos credores, além do tratamento a ser dado ao ativo da empresa devedora, como na hipótese de alienação daquele patrimônio, o que deve ter como norte a preservação deste.

Assim, o direito concursal é de ordem pública e não pode ser sobrepujado pelo interesse privado dos credores, sob pena de serem desrespeitados determinados preceitos constitucionais, como o da função social da empresa<sup>8</sup>, a qual tem por finalidade não apenas defender os direitos de seus sócios e acionistas, como também atender às garantias atinentes aos empregados de determinada empresa e aos consumidores que negociam com esta, gama de interesses coletivos que não podem ser desconsiderados em favor da garantia da satisfação dos créditos comerciais inadimplidos.

De outro lado, a prevalência do interesse particular dos credores no processamento das ações concursais de recuperação de empresa e de falência pode ocasionar problemas maiores do

---

6 LOBO, Jorge Joaquim. *Direito Concursal: contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. RJ: Forense, 1996, p. 36.

7 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 2.ed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 9.

8 A esse respeito Modesto Carvalhosa ensina que tem *a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais* — CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 3. SP: Saraiva, 1977, p. 237.

que as soluções esperadas com o texto legal aprovado. Veja-se, por exemplo, a questão relativa à tomada de decisões por parte do comitê ou da assembléia de credores que contém fator de imprevisibilidade maior do que a decisão monocrática judicial, assim como aquela resulta em maior demanda de tempo, o que contraria o princípio de celeridade na retomada do crédito previsto na referida legislação.

Nesse sentido é oportuno trazer à baila a situação jurídica relativa ao fato de o comitê decidir quanto à venda de bens perecíveis, os quais podem ser alienados antecipadamente. Caso haja divergência entre os membros daquele, surgiria a possibilidade de ser convocada uma assembléia-geral para decidir quanto a esta questão, o que pelo decurso do tempo por certo importaria no perecimento dos referidos bens, em prejuízo da coletividade de credores e da própria empresa submetida ao procedimento concursal.

Portanto, não há a menor dúvida de que estamos diante da aplicação do princípio da prevalência do interesse público no direito concursal, para o qual é imprescindível o respeito às garantias constitucionais anteriormente mencionadas, as quais serão concretizadas mediante o fortalecimento dos poderes e o aumento das atribuições do Juiz<sup>9</sup> naquele procedimento.

Outros dois pontos que motivaram intensas discussões em ambas as casas legislativas, quando da elaboração do projeto de lei em exame, dizem respeito à não participação do fisco no procedimento concursal, tanto no que se refere à recuperação de empresas como a falência, quanto à limitação do *quantum* dos créditos trabalhistas a serem pagos na recuperação de empresas.

A recuperação de empresas necessita da participação de todos os credores para o financiamento da reestruturação empresarial ou mesmo na tomada de decisão da forma em que esta será feita, concepção que vem sendo adotada nos mais diversos ordenamentos jurídicos, em especial na legislação alemã, a qual

---

9 Nota n. 6, p. 19.



estabelece a participação do Estado<sup>10</sup> nesse processo, priorizando aqui o princípio da equidade, tanto para a preservação da empresa quanto para a sua liquidação.

Dessa forma, a omissão do Estado em participar dos procedimentos previstos no projeto de lei concursal vem gerando desconfiança de parte dos credores, em especial dos trabalhistas, pois não haveria sentido em limitar o crédito destes, contrariando a garantia constitucional da irredutibilidade dos valores que lhes são reconhecidos judicialmente, em função de sua natureza alimentar. Situação jurídica que, em tese, modifica a preferencialidade dos créditos trabalhistas em relação aos fiscais, permitindo que a Fazenda Pública não só prossiga com as execuções fiscais para perceber integralmente seus créditos, mas também que estes possam obstar a recuperação se não forem satisfeitos.

Sob o prisma precitado fica evidente não só o desrespeito à ordem legal de percepção dos créditos fixada em lei complementar tributária (art. 186 do CTN), como também ao princípio da equidade, o qual se fundamenta em motivos de ordem social e exigências do bem comum, pois seria injusto e desarrazoado impedir a percepção integral de crédito trabalhista para satisfazer o crédito fiscal em sua totalidade, embora este seja de hierarquia inferior àquele.

Ademais, o PLC n. 71/2003 aprovada no Senado Federal atenta ao princípio da economicidade no que diz respeito à regulação da relação custo a ser suportado pela coletividade com a recuperação de empresas ou mesmo na liquidação do patrimônio empresarial na hipótese de quebra e o benefício daí advindo para os credores e a própria sociedade, com a prevalência deste último. Quanto à importância daquele paradigma principiológico já tive<sup>11</sup> a oportunidade de referir que:

“Assim, pelo princípio antes invocado, objetiva-se definir qual o tipo de lucro que se pretende, ou seja, se o individual ou o

---

10 BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001, p. 39.

11 CANTO, Jorge Luiz Lopes do. *Entre o público e o privado: a regulação dos juros bancários e a sua aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 80.

social, de sorte que, se a opção for por este último, a aplicação hermenêutica terá em mente as circunstâncias e peculiaridades de cada fato econômico-jurídico a ser analisado, a fim de levar em conta na decisão a ser tomada qual aspecto se apresenta mais vantajoso sob o ponto da justiça social, ou por outra, que tipo de valoração jurídica é mais adequada e traz maior benefício ao agregado coletivo e ao interesse social”.

Outra das questões a serem discutidas quanto ao substitutivo ao projeto de lei concursal aprovado no Senado Federal é a impossibilidade de reexame dos atos praticados durante a recuperação da empresa por meio de ações revocatórias, mesmo que esses fossem praticados com o intuito de fraudar o concurso de credores e viessem em prejuízo destes, por maior que fosse a prioridade na satisfação dos referidos créditos, como, por exemplo, os trabalhistas, aqueles com garantias reais e os fiscais.

Ora, as ações revocatórias têm por objeto examinar os negócios realizados com bens da empresa falida, em período de tempo anterior à quebra, e restituir à massa os bens retirados de seu acervo patrimonial irregularmente, a fim de que este ativo possa garantir aos credores a recuperação dos créditos inadimplidos pela empresa devedora.

Diga-se de passagem que instituir a recuperação de empresas como causa impeditiva das ações falenciais importa em verdadeiro desvio de finalidade desse procedimento, o que atenta não só contra à ordem pública, vigente no processo falimentar, como também ao princípio da afetação patrimonial à autonomia da empresa. Isso deve-se ao fato de que o patrimônio de sociedade mercantil constitui o perfil objetivo do fenômeno econômico denominado de empresa, segundo a teoria de Alberto Asquini<sup>12</sup>, bem como aquele serve de garantia aos credores desta. Portanto, a dissipação dos bens e direitos de determinada empresa inviabilizaria a execução coletiva falencial e a satisfação dos créditos concursais.

---

12 OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito empresarial brasileiro*. Campinas: LZN, 2004, p. 366.

O substitutivo do Senado Federal afasta a intervenção do Ministério Público, contrariamente ao projeto aprovado na Câmara dos Deputados, o que contraria o princípio da prevalência do interesse público no direito concursal e impede a fiscalização da sociedade mediante a atuação daquele órgão do Estado quanto ao exato cumprimento da lei, bem como no interesse da coletividade concursal, em evidente prejuízo aos credores.

O último ponto a ser analisado no presente artigo quanto ao substitutivo aprovado no Senado diz respeito à correta aplicação das leis penais, tendo em vista que, ao contrário do projeto advindo da Câmara, houve a exclusão da possibilidade jurídica de responsabilização criminal nas hipóteses de recuperação extrajudicial, ficando as vítimas dos delitos praticados nesta seara ao desamparo dessa legislação, bem como não há a imediata incidência dos efeitos da condenação criminal no âmbito civil.

Essas medidas contrariam o princípio da boa-fé, na medida em que diminuiriam a confiança na recuperação extrajudicial, além de propiciar que credores e terceiros que negociarem com empresários inidôneos sejam prejudicados por estes, em razão da falta de informação quanto à condenação por delito falimentar.

Assim, só a fixação automática dos efeitos acessórios da condenação criminal no âmbito civil e comercial permitiria afastar empresários improbos da administração ou gerência de sociedades empresárias, restrição de direito que serviria para dar maior segurança jurídica não só àqueles que contratam com as referidas empresas como também aos sócios destes empreendimentos empresariais.

## II. Conclusão

O projeto de lei de falência em exame no Congresso Nacional apresenta como fundamento o princípio da preservação da empresa, pois a continuação da atividade desta mediante a sua recuperação mantém a geração de riquezas e de empregos, o que é essencial para fazer frente à nova realidade econômica que vivenciamos.

A mudança da legislação civil ocorrida recentemente em nosso país exige alteração da lei falimentar, a fim de que esta se adapte à alteração de sistema verificada quanto ao direito empresarial, em conformidade com os princípios que norteiam o direito concursal.

A modificação legislativa em questão estabelece um novo tratamento quanto à insolvência de empresas regidas pelas regras do direito comercial bem como deve possibilitar a recuperação daquelas mediante a participação de todos os credores desta, tanto na esfera privada quanto na pública, o que seria um avanço em termos de financiamento da atividade empresarial.

É fundamental, ainda, para o sucesso da nova legislação concursal que esta norteie o princípio da prevalência do interesse público nos procedimentos que normatiza, pois só assim será garantida a plêiade de interesses coletivos e sociais que se fazem presentes no projeto em análise.

É claro que o referido estatuto concursal não é uma obra pronta, mas necessita de aprimoramentos, o que não o desmerece, pois a mudança com seus acertos e erros é sempre bem vinda, possibilitando uma nova visão sobre o secular instituto da quebra, em consonância com o contexto atual da sociedade brasileira.

## Referências bibliográficas

ARAÚJO, Aloísio Pessoa de, e LUNDBERG, Eduardo Luis, V. — *A Nova Lei de Falências — Uma avaliação, Economia Bancária e Crédito — Avaliação de 4 anos do projeto Juros e Spread Bancário — Banco Central*, [www.bcb.gov.br/ftp/rel\\_economia\\_bancario\\_credito.pdf](http://www.bcb.gov.br/ftp/rel_economia_bancario_credito.pdf), acesso em 15-10-2004.

ARECHA, Martín, DASSO, Ariel, NISSEN, Ricardo A., e VÍTOLO, Daniel R. — Coordenadores. *Conflicto actuales em sociedades y concursos*. Buenos Aires, Argentina: AD-HOC- Villela Editor, 2002.

BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001.

- CANTO, Jorge Luiz Lopes do. *Entre o público e o privado: a regulação dos juros bancários e a sua aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 3. SP: Saraiva, 1977.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- IEDI — Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial — A reforma da Lei de Falências, volume 1: Conceitos, comparações internacionais e propostas para o Brasil, setembro/2003, [www.iedi.org.br/admin/pdt/20031008\\_fal\\_1.pdf](http://www.iedi.org.br/admin/pdt/20031008_fal_1.pdf), acesso em 15-10-2004.
- LOBO, Jorge Joaquim. *Direito Concursal: contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. RJ: Forense, 1996.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, vol. 3. SP: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito empresarial brasileiro*. Campinas: LZN, 2004.
- \_\_\_\_\_. [www.uncitral.org/spanish/texts/insolvency/insolvency-s.htm](http://www.uncitral.org/spanish/texts/insolvency/insolvency-s.htm), acesso em 15-10-2004.