

Direito da Crise Econômica da Empresa

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ. Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ. Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do ERJ. Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura do ERJ. Presidente da Comissão de Direito Comercial do IAB. Advogado especializado em reorganização de empresas, concordatas e falências.

“É bem sabido que os textos legais aplicáveis à crise econômica do empresário não só são arcaicos nas soluções técnicas que oferecem, senão também obsoletos nos princípios de política legislativa em que se fundamentam” (ADRIÁN PIERA JIMÉNEZ).

§ 1º - Direito da Crise Econômica da Empresa, fruto de uma nova filosofia do Direito Concursal.

Em 1988, GIUSEPPE BAVETA, Professor Associado na Universidade de Palermo, no excelente estudo “Il Diritto dell’impresa in crisi”, publicado na revista *Il Diritto Fallimentare* (Milão, Casa Editrice Dott, vol. LXIII, págs. 351/364), advertiu aos amantes do vetusto Direito Falimentar que, da pena criativa e ousada dos doutos, apesar de extraordinários percalços e incompreensões, começava a despontar uma complexa e desafiadora disciplina jurídica, diversa, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, do arcaico Direito de Quebra, cuja denominação, propôs, poderia ser “Direito da Empresa em Crise”, inspirada, nas palavras sábias de ANGEL ROJO FERNANDES-RIO¹, numa “nova filosofia do Direito Concursal”, que pretende garantir não apenas (a) os direitos e interesses do devedor e (b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiçá sobretudo, (c) os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas,

¹ El estado de crisis económica, in *La Reforma del Derecho de Quiebra*, Madri, Ed. Civitas, 1982, pág. 127.

financeiras, técnicas, tecnológicas e gerenciais da empresa não preocupam somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente MASSAGUER FUENTES, segundo o qual o Direito da Insolvência, que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais².

Ocorre, todavia, como constataremos no parágrafo 4º, item IV, letras A, B e C, infra, que a obra legislativa, inclusive a dos países mais prósperos, não acolheu, pelo menos por enquanto, as inovadoras idéias dos estudiosos, permanecendo as leis fiéis ao princípio de que antes e acima de tudo se deve garantir os direitos e interesses dos credores, embora a lei francesa 85/98, timidamente, tenha pretendido erigir como um de seus importantes objetivos a manutenção do emprego.

Devido ao temor e à omissão do legislador, estatísticas confiáveis demonstram que até as leis mais avançadas, como a italiana de 1942, a americana de 1978 e a francesa de 1985, fracassaram, como verificaremos no citado parágrafo 4º, item IV, letras A, B e C, infra, fato que impõe uma profunda mudança na maneira de enfrentar os intrincados problemas da insolvabilidade³ e da crise econômica da empresa⁴ e, em última análise, a

² La reintegración de la masa en los procedimientos concursales, Dir. Fall., 1988, vol. I, p. 351.

³ A propósito da definição de insolvência e insolvabilidade, Walter Álvares, calcado em Provincialli e Pontes de Miranda, ministra exemplar lição: “(a) insolvente é o que está em estado de insolvência, isto é, casos de inadimplemento; (b) insolvável é o que está em estado de insolvabilidade, isto é, inaptidão econômica à solução da dívida” (Direito Falimentar, Ed. Sugestões Literárias, 6ª, ed., p. 65, n.º 57).

⁴ O conceito de “crise econômica da empresa”, consoante assinala Angel Rojo Fernandez-Rio, é meta-jurídico, aberto e cambiante. O Anteprojeto da Lei de Quebras espanhol prevê seis categorias de fatos reveladores absolutos da situação da crise econômica (sobre o tema, consulte-se a conferência “El estado de crisis económica”, in La Reforma del Derecho de Quiebra cit., p. 157/162. Em nosso Anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa previmos, no art. 8º, que caracterizam o estado de crise econômica: a) qualquer fato ou ato que indique encontrar-se a empresa em dificuldades de natureza econômica ou financeira, que possam comprometer as suas atividades e a continuação dos seus negócios, b) a impontualidade, sem relevante razão de direito, no pagamento de obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva, c) os fatos ou atos que, no regime da Lei de Falências, caracterizam a sua falência, d) o conflito de interesses entre os sócios ou acionistas, ou entre herdeiros ou sucessores dos sócios majoritários ou acionistas controladores, e o desentendimento entre os administradores, que possa comprometer as atividades da empresa, e) a alienação de bens e direitos a preços inferiores aos praticados no mercado, ou a sua oneração em operações estranhas ao objeto social, que possam

magna questão: a lei deve priorizar a recuperação da empresa produtora de bens e serviços ou ocupar-se tão só da sua liquidação?

§ 2º - Recuperar ou liquidar a empresa produtora de bens e serviços?

I - *Do Direito Falimentar ao Direito da Crise Econômica da Empresa*

O processo falimentar, concebido pelo gênio prolífico dos juristas medievais e aperfeiçoado no decorrer dos séculos, é, no final do II Milênio, ainda, imprescindível para disciplinar a ruína e a destruição da empresa unipessoal, unifamiliar ou coletiva.

Entretanto, além do fenômeno patológico da insolvabilidade da empresa, que conduz, as mais das vezes, à sua dissolução, liquidação e extinção, há outro, menos corriqueiro, mas, sem dúvida, muito mais importante sob todos os pontos de vista, que, de há muito, reclama dos comercialistas a elaboração de um conjunto sistemático e harmônico de normas, cuja finalidade principal deve ser a reorganização, o saneamento e a recuperação da empresa (a) econômica e financeiramente viável e/ou (b) social, política e estrategicamente importante.

Salta aos olhos que, se a empresa é econômica e financeiramente viável e/ou social, política e estrategicamente importante, ela não deve perecer, o que muitas vezes ocorre, infelizmente, por absoluta falta de instrumentos legais capazes de propiciar o seu reerguimento, o que nos leva a propor uma profunda e radical transformação na maneira de encarar e enfrentar o problema da insolvabilidade e da crise econômica da empresa privada de interesse particular, da empresa privada de interesse público e da empresa pública.

II - *A empresa insolvável*

A empresa, irremediavelmente insolvável, deve ser reorganizada e recuperada ou deve cessar suas atividades e ser liquidada, com a venda dos bens do ativo para pagar aos credores consoante o princípio da *pars conditio creditorum*?

A) A empresa privada de interesse particular⁵

⁵ Deve-se entender por empresa privada de interesse particular a empresa, sob a forma de sociedade em nome coletivo ou de sociedade por cotas, de responsabilidade limitada ou de sociedade anônima, de interesse apenas local ou, até mesmo, regional, com reduzido número de sócios ou acionistas e de empregados, com pequeno ou médio faturamento, que desenvolva uma atividade econômica trivial.

Se se tratar de empresa privada de interesse particular não há dúvida de que a empresa infalivelmente insolvável deve ser liquidada com a máxima brevidade possível, através de um processo de cognição sumária⁶, embora preservado o direito de ampla defesa do devedor e dos credores, com o propósito de resolver dois problemas essenciais da falência, como soem ser, consoante ensino de JOAQUIN BISBAL MENDEZ⁷, a redução dos custos secundários (proceder a uma pronta relocação dos recursos econômicos e financeiros) e a redução dos custos terciários (minimizar a carga decorrente da administração da Justiça).

Em alguns países, v.g., Estados Unidos da América e Japão, devido (a) à mobilidade do emprego, (b) ao princípio liberal de que devem ser conservadas e estimuladas apenas as empresas competitivas e rentáveis, deixando perecer⁸ as que não demonstrarem condições razoáveis de rivalizar com a concorrência num mundo globalizado, e (c) ao fato de que os bens integrantes dos ativos das empresas extintas serão adquiridos e seus clientes atendidos por outras organizações atuando no mesmo segmento, o Direito positivo, embora possua mecanismos aptos a viabilizar o saneamento da empresa privada de interesse particular, dá preferência à liquidação⁹.¹⁰

B) A empresa privada de interesse público¹¹

⁶ GERARDO SANTINI sugere que a liquidação da empresa deve ser objeto do capítulo do Código de Processo Civil dedicado à “execução coletiva”, ficando o instituto da reorganização para ser disciplinado em um “estatuto especial da empresa” (Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado, *in* La Reforma del Derecho de Quiebra, cit., p. 40).

⁷ La empresa en crisis y el derecho de quiebras, Bolonha, 1986, p. 21.

⁸ Além da liquidação coativa judicial, existem muitas outras formas de extinção da empresa, como, v.g., a transferência de ativos através de arrendamento, cessão total ou parcial de bens, vendas particulares, fusão, incorporação, denominados na França como *restructuration del capital*, em geral em benefício dos concorrentes, que adquirem tais bens.

⁹ Anote-se, entretanto, que, nos EUA, lei especial permite, desde o momento inicial, a liberação do devedor de todas as suas dívidas através de *discharge*, quando os bens do devedor são colocados à disposição de seus credores, liberando-se o devedor, que então não é eliminado do sistema, daí ser duplo o objeto da quebra nos EUA: (1) garantir ao devedor a sua liberação, através de um *fresch start*, e (2) permitir uma justa divisão dos bens do devedor entre seus credores da mesma categoria, peculiaridade que distingue o direito americano dos demais, pois, nos EUA, a lei deve prever um *fresh start* para os devedores.

¹⁰ Apesar de privilegiar a liquidação, os EUA, quando interessa à coletividade, socorre, com auxílio financeiro especial, as grandes empresas, como aconteceu com a Chrysler e a PAN-AM.

¹¹ Deve-se entender por empresa privada de interesse público a “entidade industrial, comercial, financeira e de prestação de serviços que, por sua decisiva importância para a economia nacional ou regional ou pelo elevado número de empregados, transcende à mera significação de empresa privada” (cf. ANGEL JOSE ROJO FERNANDEZ-RIO, El estado de crisis económica, *in* La reforma del Derecho de Quiebra, Madri, Ed. Civitas, 1982, p. 135).

Se, entretanto, se cuidar de uma empresa privada de interesse público, ainda que absolutamente insolvável, a solução não pode inspirar-se no princípio jurídico que impõe a realização do ativo para solver o passivo, mas no que dá primazia ao reerguimento e à preservação da empresa, através dos meios próprios ao Direito Comercial e a benefícios e incentivos especiais, senão especialíssimos, por razões de ordem política, econômica e social, como exposto no parágrafo 3º, *infra*, porquanto nem a empresa privada de interesse público deve perecer, nem a empresa pública.

C) A empresa pública

Tem sabor de truísmo dizer-se que (a) o Estado liberal foi substituído pelo Estado social e (b) o Estado abstencionista pelo Estado intervencionista, bem como que não se pode confundir Estado de Direito com Estado Liberal, embora o liberalismo político, econômico e jurídico tenha ensejado a noção de Estado de Direito.

De acordo com FORSTHOFF, notável publicista germânico, o intervencionismo estatal processa-se por dois diferentes modos:

a) pela modificação autoritária da ordem social e

b) pela ativa e crescente participação do Estado na vida econômica da sociedade, na função de produtor, comerciante ou distribuidor de bens¹².

FARJAT, a seu turno, professando idêntica concepção, esclarece que as novas funções do Estado conduziram a várias modificações no plano de sua atuação destacando-se, dentre elas, a que diz respeito ao surgimento do Estado-empresário¹³.

Enquanto ocorriam profundas modificações no campo econômico, no jurídico também se observavam grandes transformações, fruto do empenho dos países industrializados de procurar uma fórmula de conciliar o direito, estratificado nas leis, com as abruptas e gigantescas modificações na economia, o que fez ORLANDO GOMES ponderar: “A subordinação da regra do direito com imperativos da economia passou a ser o primeiro mandamento da política legislativa, tornando-se tão apertada essa dependência que um escritor francês chegou a afirmar que a lei não se condiciona mais a uma idéia de justiça, pois se mede por sua utilidade como instrumento de promoção dos objetivos do desenvolvimento econômico”¹⁴.

¹² *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. de Michel Fromont, Bruxelas, 1969, p. 131.

¹³ *Le Droit Économique*, *apud* ORLANDO GOMES, *in* *Esquema da Nova Experiência Jurídica*, Direito Econômico, Saraiva, 1977, p. 186.

¹⁴ Estudo citado, *ob. cit.*, p. 186.

Em verdade, hoje pode-se dizer que o homem vive para o desenvolvimento econômico e pelo desenvolvimento econômico, fato tão importante que foi erigido a uma das finalidades da Constituição de 1988, tendo ORLANDO GOMES acentuado, a propósito do tema, que “nesta perspectiva, o mais importante fator dessa transformação é, para o jurista, a intervenção do Estado nas relações econômicas”¹⁵.

A intervenção do Estado no domínio das relações econômicas ou no domínio econômico faz-se através:

“a) da utilização da lei como instrumento da programação econômica; b) da substituição de princípios jurídicos e de estruturas jurídicas e c) da introdução de novas técnicas ou mudança de função de institutos tradicionais”¹⁶.

Dentre as técnicas utilizadas pelo Estado para intervir no domínio econômico, incluem-se as entidades paraestatais.

As entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou autorizadas a funcionar por lei especial para o desempenho de certas funções de interesse coletivo e de determinadas atividades de interesse público, daí porque os atos de seus dirigentes, se contrários à lei, se sujeitam ao mandado de segurança e à ação popular.

Tão forte é o interesse público e coletivo que a paraestatal visa a atingir que, durante largo tempo, ela foi confundida com a autarquia, hoje não mais havendo dúvida de que a autarquia é o próprio Estado, enquanto a paraestatal é um ente “de caráter quase público”¹⁷, podendo gozar até mesmo de privilégios estatais (imunidade tributária, foro privativo, prazos judiciais dilatados), bem como de prerrogativas estatais (arrecadação e taxas ou contribuições parafiscais), caso a lei de sua criação os preveja¹⁸.

Entre as entidades paraestatais, tem lugar de destaque a empresa pública, cujo capital social é formado exclusivamente pelo Estado, daí HELY LOPES MEIRELLES afirmar que a empresa pública “é a empresa estatal por excelência, constituída e dirigida pelo Estado”¹⁹, razão pela qual

¹⁵ Artigo “Desenvolvimento Econômico e Evolução Jurídica”, ob. cit., p. 30, n° 2.

¹⁶ ORLANDO GOMES, estudo citado, ob. cit., p. 31.

¹⁷ RUI DE SOUZA, Serviços de Estado e Seu Regime Jurídico, RDA, 28/10.

¹⁸ A propósito, consulte-se HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo brasileiro, RT, 2ª ed., p. 295 e segs.

¹⁹ Ob. cit., p. 307.

os alemães a reputam como o Estado atuando na qualidade de empresário, ombro a ombro com os particulares.

A respeito da empresa pública, e da importante função que desempenha, nunca é demais repetir parte do relatório da conferência promovida pela Associação Internacional de Ciências Jurídicas: “A empresa pública autônoma é uma criação do Estado. Submete-se, portanto, a estatuto definido pelo Estado. Sua existência depende do Estado, que a institui. Precisamente, porém, em virtude dessa instituição, o Estado introduz no setor de economia pública uma estrutura descentralizada. A conservação dessa descentralização supõe o respeito à autonomia da empresa pública. Exige que não seja colocada sob a autoridade hierárquica de órgãos ou agentes do Estado (ministros, por exemplo). Dentre dos limites de sua carta constitucional a empresa deve decidir livremente. A autonomia da empresa subsiste se o Estado definir as obrigações das unidades do setor econômico sob a forma de planos gerais. Não é incompatível com uma participação do Estado, limitada e fixada pelo estatuto da empresa, na gestão. Atrai a si diferentes formas de controle pelo Estado, administrativo, financeiro, jurisdicional, parlamentar. Esses controles têm como finalidade verificar se a empresa está sendo gerida convenientemente. Permitem corrigir uma administração infeliz ou irregular”²⁰.

Por esses e outros ponderáveis fundamentos, admitir-se a falência da empresa pública é reconhecer a falência do Estado, além de pôr-se uma pá de cal em uma entidade criada por lei especial para atender aos mais diversos interesses coletivos e públicos.

III) *A empresa em estado de crise econômica*

A) A empresa privada de interesse particular

Se a empresa privada de interesse particular passar por dificuldades, mas for econômica e financeiramente viável, deve-se evitar, ao máximo, a sua quebra e conseqüente liquidação e, através de procedimentos extrajudiciais e judiciais e dos meios comuns ao Direito Comercial, deve-se lutar pela sua preservação, observados os seguintes princípios básicos:

(1º) lei especial (como acentuado, diferente, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, da lei de falências ou de

²⁰ Relatório Final da Conferência da Associação Internacional de Ciências Jurídicas, realizada em Praga, de 24 de setembro a 1º de outubro de 1958, item III, conclusão XXIV, *in* RDA 57/492 *apud* HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 307/308.

liquidação) deve prever um processo judicial de reorganização e um procedimento extrajudicial de reorganização²¹;

(2º) os conflitos de direitos e interesses entre os personagens do drama da insolvência, inerentes ao processo judicial, devem ser dirimidos pelo Poder Judiciário, cometendo-se ao Juízo Arbitral o deslinde das controvérsias e decorrentes do procedimento extrajudicial;

(3º) as normas, reguladoras do reerguimento, devem, quando se tratar de processo judicial, ter caráter jurídico-processual e também econômico, e, quando se cuidar de procedimento extrajudicial, caráter apenas econômico;

(4º) para liderar a reorganização judicial, deve-se preparar uma “magistratura econômica”, proba e capaz, consciente de seus deveres e responsabilidades, e, para assessorá-la, criar órgãos de supervisão do processo judicial, formados por credores (comitê de credores) e por empregados (comitê de empregados); na reorganização extrajudicial, o procedimento deve ser capitaneado por uma “empresa saneadora”²², assistida pelos comitês de credores e empregados;

²¹ Entre outros, o chamado acordo pré-concursal. Sobre o tema, leia-se o § 4º, item III, letra A, *infra*.

²² Como em geral os maiores prejudicados financeiramente com a concordata ou a falência da empresa são as instituições financeiras públicas e privadas, pensamos que se poderia imaginar a criação de uma sociedade anônima, em que o capital social seria dividido exclusivamente entre os bancos na proporção de sua participação no mercado. Constituída a empresa saneadora, com profissionais especializados no órgão diretivo, confiado o conselho de administração a representantes dos acionistas, com *pro labore* meramente simbólico ou apenas por sessão do órgão a que comparecessem, ela ficaria encarregada de acudir as empresas econômica e financeiramente viáveis pré-insolventes ou já em estado de insolvência. A primeira providência da empresa saneadora seria mandar realizar uma auditoria na empresa deficitária, ao mesmo tempo em que ela própria ficaria encarregada de preparar um estudo sobre o mercado em que atua a empresa deficitária. Concluída a auditoria e a pesquisa de mercado, a empresa saneadora prepararia um plano de reorganização da empresa deficitária, baseado, principalmente: a) na aquisição do controle acionário da empresa deficitária; b) na substituição dos administradores por pessoas selecionadas no mercado; c) na composição amigável com fornecedores, financeiras e empregados, de forma a alongar o perfil da dívida; d) na formação de estoques e captação de novos clientes. O plano de reorganização poderia prever também: 1) aumento do capital social, inclusive capitalização de créditos; 2) cessão da empresa, total ou parcial, inclusive para sociedade constituída pelos credores; 3) associação, fusão, incorporação e cisão da empresa deficitária; 4) cessão, permuta, locação ou extinção de estabelecimentos; 5) venda, locação ou permuta de bens ou direitos; 6) demissão, licença ou redução da jornada de trabalho de empregados. O plano de reorganização deveria estabelecer prazo para sua execução, prorrogável por deliberação dos membros do conselho de administração da empresa saneadora, findo o qual, recuperada a empresa, suas ações seriam vendidas no mercado. Poder-se-ia também pensar na participação da empresa saneadora apenas como uma prestadora de serviços, quando ficaria responsável pela auditoria e elaboração do plano, a par de um refinanciamento, ficando o devedor responsável pela composição amigável com os credores.

(5º) os interesses das partes envolvidas²³ devem ser disciplinados e compostos segundo os cânones da Justiça comutativa e

(6º) a lei especial de reorganização deve fixar, como meios de recuperação, os comuns ao Direito Comercial.

B) A empresa privada de interesse público e a empresa pública

Em título próprio, a lei especial de reorganização deve cuidar da recuperação da empresa privada de interesse público e da empresa pública, alicerçada nos seguintes fundamentos:

1º) a reorganização econômica, financeira, técnica tecnológica e gerencial deve gozar de prioridade absoluta, ainda que em detrimento de direitos, privilégios e preferências do devedor e de seus credores;

2º) as soluções para os problemas da empresa devem ser presididas por razões de ordem econômica e social e não jurídico-processual;

3º) as normas reguladoras da reorganização devem inspirar-se nos cânones da Justiça Distributiva e do Direito Público;

4º) deve-se fixar como meios de recuperação os comuns ao Direito Comercial e medidas diversas de administração pública da economia, como veremos no § 3º infra, e,

5º) deve-se prever procedimentos administrativos, procedimentos extrajudiciais e processos judiciais, conforme a solução alvitada para solver a crise da empresa, como veremos no § 4º infra.

§ 3º Meios para reorganizar as empresas em crise

De acordo com JOAQUIN BISBAL MENDEZ²⁴, durante largo tempo o único mecanismo para solucionar a crise da empresa era a quebra, sobrevindo, em data não precisada, “procedimentos para tratamento da iliquidez”, que, ao lado da falência, forma o sistema concursal tradicional acentuando que, modernamente, surgiram outros procedimentos concursais, cujo objetivo primordial é a salvação das empresas em crise.

Como ocorreu essa mudança; pergunta o eminente Professor?

²³ A própria empresa, os acionistas empresários ou controladores, os acionistas rendeiros, os acionistas especuladores, os empregados, os fornecedores, os financiadores, os prestadores de serviços, os consumidores, as empresas controladoras, controladas, coligadas ou associadas (como no caso de *joint venture*), o Poder Público e a coletividade.

²⁴ La empresa en crisis y el derecho de quiebras, Bolonha, 1986, pags. 35/38.

Após a 1ª Guerra Mundial, verificou-se que era necessário salvar algumas instituições financeiras e, posteriormente, em outras épocas, salvar instituições de grande porte, ainda que fosse necessário criar privilégios para beneficiar mega-empresas nacionais e multinacionais, partindo do fato de que elas interessam à coletividade de trabalhadores e de consumidores e à economia (o custo de implantação de um complexo industrial), ainda que socializando perdas.

Os procedimentos de conservação, anota, inscrevem-se em um panorama mais geral em que se priorizam instrumentos como (a) a direta gestão do Estado, (b) a concessão de créditos oficiais especiais e (c) programas especiais e medidas excepcionais para determinadas empresas, no que se convencionou chamar de Direito Público da Economia que se realiza no âmbito do “espaço jurídico da contratação privada”.

Em verdade, podemos aduzir, no final do milênio, devido à complexidade das modernas empresas nacionais e multinacionais, a prática exigiu que, além das corriqueiras soluções da moratória e da concordata preventiva da falência, fossem pensados novos mecanismos de reorganização e saneamento.

Quando uma empresa não mais tem condições de se autofinanciar, quer pelo aporte de recursos dos próprios sócios, quer pela capitalização através de novas ações ou debêntures; quando uma empresa não mais consegue financiamento bancário, por representar um grande risco para o mutuante; quando uma empresa passa por dificuldades gerenciais, em virtude da sucessão do controlador ou de incompatibilidade ou improbidade dos controladores e administradores, as técnicas de aquisição e fusão, respectivamente, *acquisition* e *merger* (em inglês) ou, ainda, a *joint-venture* (em inglês, literalmente, “união de risco”), podem ser a saída para a crise.

Através das técnicas de aquisição e fusão, uma empresa compra outra após complexíssimo processo de verificação da situação financeira, operacional, de produção, de mercado e da estrutura organizacional da empresa a ser adquirida, formalizando-se o negócio mediante um contrato *pro-forma*, “base para a negociação final”, seguindo-se, então, a execução de um “plano de transição”²⁵, findo o qual a empresa adquirida ou fusionada passará à condição de novo membro do grupo econômico.

²⁵ W. RAMUSSEN, Aquisições, Fusões e Incorporações Empresariais, Ed. Aduaneira, 1989, págs. 51-144.

Quanto à técnica de *joint-venture*, ela visa à associação, muitas vezes estimulada pelos governos, de duas empresas com o objetivo de unir forças para o desenvolvimento e execução de um projeto específico.

Além das técnicas de aquisição, *merger* e *joint-venture*, outros meios existem para socorrer a empresa, econômica e financeiramente viável, que se encontre em temporária situação de crise, conforme dão conta os eminentes Professores GERARDO SANTINI²⁶ e ANGEL JOSÉ ROJO FERNANDEZ-RIO²⁷, ao esclarecerem que, na Alemanha Federal, na Holanda, na Inglaterra, até 1971, por exemplo, instituições públicas concedem linhas de crédito a médio e longo prazos para as empresas em dificuldades financeiras com o propósito de dar-lhes condições de se recuperarem.

Além do financiamento estatal, outra forma de intervenção do Poder Público tem sido muito eficaz: trata-se de garantias concedidas pelo Estado aos bancos particulares, para que estes financiem as empresas deficitárias, formando-se um consórcio entre os bancos e o Estado.

Ainda é o estado quem acode as empresas insolventes nos casos de estatização, quando a empresa se torna pública, e de promulgação de leis especiais de auxílio, quando a empresa se transforma no único fornecedor dos órgãos públicos.

O mais eficaz meio extrajudicial de reorganização e recuperação da empresa tem sido, todavia, o realizado por órgãos públicos, criados para adquirir o controle da empresa, saneá-la e finalmente revender as ações ao investidor do mercado, de que são exemplos marcantes o *IRI* (Istituto per la Ricostruzione Industriale) da Itália; o *NEB* (National Enterprise Board) da Inglaterra; o *Société Nationale d'Investissement* da Bélgica; o *FIDG* (Financieringsmasstschpyy Industrieel Garantie Fond) da Holanda; o *Foir Teorant* da Irlanda; as *holdings* industriais da Alemanha; o *IDF* (Institut pour le Céveloppement Industrial), os *CIASI* (Comités Interministériel pour l'Aménagement des Structures Industrialles) e os *CODEF* (Comités Departementaus pour le Financement) da França.

Em nosso anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa, previmos, no art. 80, os seguintes meios de reorganização da empresa:

²⁶ Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economia de mercado, in La Reforma del Derecho de Quiebra cit., p. 41/54.

²⁷ El estado de crisis económica, in La Reforma del Derecho de Quiebras cit., p. 136 e segs.

I - Aumento do capital social, inclusive mediante capitalização de créditos;

II - Cessão compulsória, total ou parcial, de quotas ou ações dos sócios ou acionistas;

III - Cessão da empresa, total ou parcial, inclusive para sociedade constituída pelos credores;

IV - Cessão, permuta, locação ou extinção de estabelecimentos;

V - Venda, permuta ou locação de bens ou direitos;

VI - Moratória, com correção monetária mitigada;

VII - Remissão parcial de dívidas;

VIII - Substituição, temporária ou definitiva, de um ou mais administradores;

IX - Associação, incorporação, fusão ou cisão da empresa;

X - Suspensão ou rescisão de contratos de trabalho, assegurados os direitos dos empregados;

XI - Novos empréstimos e financiamentos e manutenção dos fornecimentos, mediante concessão de privilégios especiais;

XII - Benefícios fiscais e creditícios, oriundos da União Federal, estados e municípios, e empréstimos e financiamentos especiais a médio e longo prazos, oriundos de sociedades de economia mista ou empresas públicas, já existentes ou especialmente criadas por lei para esse fim, mediante garantia real de quotas ou ações que compõem o capital social e, se necessário, garantia fidejussória e real de outros bens dos sócios majoritários ou acionistas controladores ou de terceiros;

XIII - Alienação do controle da empresa para órgão, entidade ou empresa já existente ou especialmente criado com a finalidade de reorganizar as empresas em estado de crise econômica e, depois de saneadas, vendê-las em público leilão.

Será utópico²⁸ ou audacioso²⁹ pensar-se em financiamentos estatais ou em concessão de benefícios e incentivos especiais, como meios aptos,

²⁸ De las que ahora se inician esperamos un único resultado: que contribuyan a la determinación de una nueva filosofía del Derecho de la crisis económica de la empresa. Esta nueva filosofía, estos nuevos principios, aún no resultan evidentes y claros. Los que tenemos no nos satisfacen, pero en el horizonte aún no han aparecido los perfiles nítidos del Derecho del mañana inmediato. En esta materia - como en tantas otras - el hombre contemporáneo vive en una profunda inseguridad. No tiene dudas acerca de la caducidad de la mayoría de los valores en que se fundamentaban los pilares de la ley; pero, al mismo tiempo, vacila a la hora de la sustitución, temeroso de introducir en el derecho proyectado elementos

quicá únicos, de viabilizar a recuperação da empresa privada de interesse público e da empresa pública?

Não, categoricamente não, pois, em nosso país, essa prática acontece amiúde, de que é exemplo marcante, que deve servir de inspiração ao legislador, o socorro do Governo Federal à EMBRAER: como amplamente noticiado pela imprensa comum, a EMBRAER, por duas vezes, obteve dois aportes de recursos da ordem de U\$ 400 milhões cada um, o que permitiu a sua reestruturação e posterior privatização em 1994, através da alienação de seu controle acionário para o Banco Bozano Simonsen e os fundos de pensão Previ e Sistel, dando conta os relatórios da administração que a EMBRAER: (a) fechará o ano de 1997 com faturamento de R\$ 780 milhões, dos quais R\$ 600 milhões resultarão de exportações; (b) criará mais de 2000 postos de trabalho; (c) investirá R\$ 500 milhões entre 1998 e 2003 e (d) fará oferta pública de compra de ações ordinárias nominativas aos minoritários, oferecendo-lhes R\$ 91,40 por lote de mil ações, quando o preço médio em novembro de 1997, também por lote de mil ações, era R\$ 8,41.

Ainda no Brasil, a experiência com o PROES - Programa de Incentivo à Redução Estadual na Atividade Bancária e o PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, só este com recursos da ordem de R\$ 20,8 bilhões, demonstra

que carezcan de la suficiente fortaleza para soportar el peso de la nueva normativa. Sólo cuenta con intuiciones. Y es ciertamente arriesgado operar con arreglo a ellas” (ADRIAN PIERA JIMÉNEZ, Conferência introdutória, *in* La Reforma del Derecho de Quiebra cit., p. 26).

“²⁹ Sin duda alguna, la tarea a realizar por la reforma, exige parejas dosis de audacia y prudencia. La audacia es necesaria para proceder al cambio cualitativo del Derecho de la crisis. Un derecho anclado en una visión estática del fenómeno de la insolvencia, y cuya operatividad tiene como presupuesto una economía de unidades de reducidas dimensiones en la que el comerciante tradicional es protagonista principal. Un derecho que desconoce a la gran empresa, y en el que están ausentes los intereses públicos y sociales que el legislador siempre debe proteger, pero más intensamente en los estados críticos. Un derecho impregnado de una concepción primitiva de la insolvencia, en la que el hombre y la empresa quedan sujetos a la misma suerte. Pero también - decimos - es necesaria la prudencia. Una prudencia que el legislador debe extremar por el hecho de que la normativa va a incidir sobre entes económicos enfermos o agonizantes. Una prudencia que se acentúa al considerar que la reforma exige modificar preceptos fundamentales del Código Civil y del Código de Comercio, y derogar partes importantes de la legislación procesal, así como un buen número de leyes especiales y de preceptos aislados dispersos en los más variados textos. Una prudencia, en fin, que es propia de toda valoración de intereses en conflicto, en el que algunos deben ser preferidos a otros. Precisamente, en esa valoración resulta fundamental un análisis en términos de costes económicos y sociales de las soluciones técnicas que se arbitren, puesto que, en definitiva, la mejor normativa posible es aquella que menor coste económico y social comporta para la colectividad” (ADRIÁN PIERA JIMÉNEZ, Conf. cit. e ob. cit, p. 27/28).

quão útil pode ser o auxílio estatal a empresas em dificuldades.

No exterior, para ficarmos nos exemplos mais recentes, a Coréia do Sul injetou US\$ 7,45 bilhões no sistema financeiro para resolver o problema da baixa liquidez, devendo transferir outros US\$ 36 bilhões para os bancos cobrirem empréstimos irrecuperáveis, enquanto o Japão, segunda maior economia do mundo, planeja uma mega-emissão de US\$ 76,5 bilhões em títulos garantidos por ações de empresas estatais para sanear o sistema bancário, havendo o governo elaborado um projeto de lei que institui um pacote de socorro aos bancos no valor de 30 trilhões de iens ou US\$ 238 bilhões, tendo, ainda, o primeiro-ministro Ryutaro Hashimoto anunciado que colocará US\$ 200 bilhões à disposição de empresas de pequeno e médio porte por meio de novos programas de concessão de créditos do governo.

Relembre-se, por fim, a atuação do FMI que, nos três últimos meses de 1997, realizou operações de socorro financeiro para a Coréia do Sul, Indonésia e Tailândia no valor de US\$ 114 bilhões (US\$ 57 bilhões para a Coréia do Sul, US\$ 40 bilhões para a Indonésia e US\$ 17 bilhões para a Tailândia).

Anote-se, todavia, como assinalou GERARDO SANTINI, que “todas estas medidas hacen surgir naturalmente problemas de planificación y de correcto gasto del dinero público; y si en el plano político y económico pueden surgir escándalos, en el jurídico se originan problemas de encaje conceptual, de identificación del sistema, de concreta aplicación de normas que tienen que coexistir, en un mismo ordenamiento, con una legislación preexistente, redactada para tutelar otros intereses. Y puesto que en la base de todo se encuentra un correcto planteamiento del fenómeno económico, resulta necesario partir de éste para intentar una exposición sistemática del modo en que hoy se afronta en los países occidentales la crisis de la gran empresa”³⁰, fatos, entretanto, que não devem inibir o legislador, mas preveni-lo de forma a regular, de maneira minuciosa e completa, a concessão desses benefícios, incentivos e financiamentos especiais.

³⁰ Conferência cit., ob. cit., p. 41/42.

§ 4º Processos e procedimentos de reorganização da empresa

I) Classificação dos processos e procedimentos de reorganização

A tradicional dicotomia dos processos falimentares - concordata e falência - deu lugar a uma série complexa e sofisticada de mecanismos concebidos para reorganizar e recuperar a empresa econômica e financeiramente viável, conforme ensino de GERARDO SANTINI na conferência Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economia de mercado, *in* La Reforma del Derecho de Quiebra, cit., p. 35 e segs.

Esses processos e procedimentos podem ser classificados em:

- a) pára-falimentares;
- b) pré-concursais;
- c) pré-falimentares e
- d) pós-falimentares.

II) Procedimentos pára-falimentares

Os procedimentos pára-falimentares são administrativos e extrajudiciais, têm uma ativa e decisiva participação da autoridade pública no seu desenvolvimento e visam a criar condições de a empresa potencialmente importante para o Estado reerguer-se, partindo da idéia de que, para obviar as crises das empresas, em particular das grandes empresas, é indispensável prover a sua refinanciação, o que, as mais das vezes, só é possível fazer-se através do Poder Público, pois é curial que, entrando em dificuldades, a empresa fique sem meios de obter empréstimos e financiamentos e até mesmo de comprar a crédito.

O socorro do Estado às empresas em crise vem através de medidas especiais de salvamento e de leis especiais, como vimos no parágrafo 3º *supra*.

São exemplos de procedimentos pára-falimentares na Itália o Decreto-Lei 602, de 05.10.1978, e a Lei nº 95, de 03.04.1979, modificada em 1980 e 1982, e, no Brasil, a Lei nº 6.024, de 13.03.1974, e o Decreto-Lei nº 2.321, de 25.02.1987.

De acordo com as leis italianas, em especial a lei “sobre a administração extraordinária das grandes empresas” (Lei nº 95, de 1979), procura-se salvar as empresas importantes para a economia do país que já receberam créditos especiais do governo e facilitar o seu financiamento, ficando a cargo do Ministro da Indústria nomear um “supercomissário”, como substituto dos órgãos sociais, incumbido de reestruturar a empresa e apresentar um plano de

reorganização, para ser submetido à autoridade administrativa encarregada do procedimento. O plano deve prever as garantias estatais para as dívidas contraídas pelo comissário, o modo e o prazo de pagamento aos credores.

No Brasil, pela Lei nº 6.024, de 1974, as instituições financeiras estão sujeitas à intervenção extrajudicial (art. 1º), dela podendo sair se: (a) os interessados, apresentando ao Banco Central as necessárias garantias, tomarem a si o prosseguimento das atividades empresariais ou (b) quando, a critério do Banco Central, a situação da entidade se houver normalizado (art. 7º).

Ex vi do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, o Banco Central pode decretar, em defesa das finanças públicas, o regime de administração especial temporária de instituições financeiras privadas e públicas não federais, sem prejuízo do curso regular dos negócios da entidade e de seu funcionamento normal, embora sejam afastados de imediato os administradores e membros do conselho fiscal, nomeando-se um conselho diretor com plenos poderes de gestão, cessando a intervenção (a) se a União Federal assumir o controle da instituição, (b) nos casos de fusão, incorporação, transformação, cisão ou transferência do controle acionário e (c) quando, a critério do Banco Central, a situação se houver normalizado (art. 14).

III) Procedimentos pré-concursais

A) Acordo pré-concursal

a) Síntese histórica

Como escrevemos alhures³¹, o acordo pré-concursal tem suas raízes no direito estatutário, embora haja quem identifique no *pactum et minus solvatur* sua origem mais remota, constituindo-se, desde então, em uma solução econômica, simples e rápida para os problemas do devedor em dificuldades financeiras, merecendo especial referência a disciplina, tanto da concordata judicial, quanto da concordata extrajudicial, na República de Veneza, berço do movimento, que se expandiu e chegou aos dias de hoje, de tutelar os direitos do devedor, ao contrário do sistema até então adotado de proteger-se apenas os direitos do credor, pois se via o falido como um *fugitivus*.

Nas demais cidades, como anota FRASCAROLI SANTI, embora não regulado em lei, o acordo pré-concursal era muito utilizado na prática mercantil, sem o controle e sem a intervenção do magistrado.

³¹ Direito Concursal, Forense, 1996, p. 33/41, e o Moderno Direito Concursal, Dinigraf, 1996, p. 24/29.

Durante os séculos XVI e XVII, foram comuns os acordos entre devedor e seus credores, com o fim de alongar os prazos de pagamento e/ou obter o devedor remissão parcial dos débitos, sendo que a Ordenança Francesa de 1673, no artigo 6º, previa a realização da assembléia geral de credores para discussão e deliberação sobre a proposta ao devedor, considerando-se aprovada se contasse com votos de três-quartos dos credores.

Na Itália, o Código de Comércio de 1882, no artigo 825 e segs., estabelecia regras sobre o acordo extrajudicial na moratória e na quebra, tendo a Lei 197, de 24.05.1903, suprimido a moratória posterior à quebra, não havendo o Decreto-lei 267, de 16.03.1942, ainda em vigor, cuidado do assunto, o que levou SATTA a afirmar que o devedor não pode ser declarado falido se todos os credores concordarem em conceder-lhe moratória e PETRUCCI a doutrinar que o acordo pré-concursal, mesmo durante o regime da Lei 197/1903, teve uma rica elaboração dogmática e jurisprudencial, informada, sobretudo, pelas normas da concordata amigável da falência, logrando-se, com o tempo, formular uma “teoria geral da concordata extrajudicial”.

b) Direito Comparado

A Lei de Falências do Chile, de 2/07/1931, nos artigos 138 a 141, prevê o convênio extrajudicial, estabelecendo que ele deve ser aprovado pela unanimidade dos credores e que o devedor deve apresentar um minucioso relatório sobre a situação dos negócios, instruído com o balanço patrimonial.

A Lei de Falências do Peru, de 2/08/1932, admite o convênio extrajudicial, que tem por fim facilitar a liquidação da empresa, mas não evitar a declaração de falência.

Na Colômbia, o Decreto 350, de 16/02/1989, no capítulo 11, disciplina o acordo privado concordatário, celebrado entre devedor e seus credores, para impedir a declaração da falência, dentro de um procedimento judicial.

No Uruguai, por força da Lei 5392, de 25/01/1916, há a concordata preventiva extrajudicial e a concordata privada, tendo a Lei 8.045, de 11/11/1936, reformulado a concordata preventiva, tornando-a mais liberal que a extrajudicial.

Na Argentina, a Lei 22.917, que reformou a Lei 19.551, criou o “acordo pré-concursal”, com vistas a fazer desaparecer o estado de dificuldades econômico-financeiras ou cessar a inadimplência do devedor, sem o recurso ao Poder Judiciário.

Nos demais países latino-americanos, porque seguiram a orientação do direito francês, só há a concordata judicial, para evitar a falência ou para suspendê-la.

Na Europa, inúmeros países, quer através de novas leis, quer de projetos recentes, quer em virtude da prática mercantil, têm prestigiado o acordo pré-concursal.

Na Inglaterra, a Lei de Insolvência de 1986 prevê “com o objetivo de reduzir o número de quebras, que sejam facilitados os acordos voluntários entre devedores e seus credores”.

Na Bélgica, há um projeto que pretende instituir o regime de prevenção e assistência às empresas em dificuldades, que permite a adoção de medidas destinadas a descobri-las a tempo e saneá-las, quando possível.

Na Noruega, pela Lei de 8/06/84, devedor e credores podem negociar as dívidas, para evitar a quebra; se não obtiverem êxito nas negociações, o devedor pode ajuizar a concordata preventiva judicial.

Na Suécia, a legislação oferece três tipos de solução: a concordata extrajudicial, sem a participação do juízo, que deve contar com o acordo unânime dos credores; a concordata judicial, com a participação de um curador nomeado pelo juiz, que depende da concordância de todos os credores; a concordata pública, que apenas requer a aprovação da maioria dos credores.

Na Itália e na Alemanha embora sem previsão legal, é comum o acordo pré-concursal, com fundamento no princípio da liberdade contratual.

Na América do Norte desde o Chandler Act de 1938 até a Lei 1978, é corriqueira a solução preventiva do saneamento da empresa em dificuldades.

No Japão, na esteira do direito norte americano, é freqüente a utilização de medidas extrajudiciais para a crise da empresa, porque lá a falência é um acontecimento escandaloso, que atinge não só a pessoa do falido, como a de sua família, seus descendentes e até mesmo os colaterais.

O acordo pré-concursal é um contrato inominado, celebrado entre o devedor e seus credores, com a finalidade de evitar a falência e de criar condições de reerguimento da empresa em estado de crise econômica.

c) Características

O acordo pré-concursal tem natureza contratual, pois se aperfeiçoa pelo mútuo consenso das partes, não os impulsionando qualquer coação estatal, mas tão-somente o propósito de compor, da melhor maneira possível para todos, o conflito real ou potencial de interesse entre o devedor e

seus credores e, até mesmo de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais.

É extrajudicial, porque celebrado sem a participação ou interferência do Poder Judiciário.

É consensual, porque se conclui pela simples manifestação de vontade das partes, prescindindo de qualquer formalismo.

É oneroso, porque há vantagens recíprocas para os contratantes; para o devedor, eventual redução das dívidas, dilação de prazos ou medidas outras que lhe atenuem as obrigações, possibilitando-lhe continuar a desenvolver as suas atividades; para os credores, o robustecimento de suas respectivas posições, de forma a incrementar as possibilidades de efetivo recebimento dos seus créditos.

É informal, porque às partes é facultado regular seus interesses da maneira que lhes aprouver.

É preventivo, porque visa 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.

d) Pressupostos

São pressupostos do acordo pré-concursal:

a) um devedor em estado de crise econômica;

b) credores que aceitem, no todo ou em parte, a proposta de composição formulada pelo devedor para superar as dificuldades em que se encontrava;

c) um plano de reorganização, que demonstre ser econômica e financeiramente viável a recuperação.

e) Finalidades

O acordo pré-concursal tem por objetivo evitar a declaração da falência e criar condições de o devedor reorganizar-se e recuperar-se, como diz ROCCO, “de forma privada e amigável, sem dispêndio, sem demora e, especialmente, sem a embaraçante publicidade de um procedimento judicial”.

f) Aplicação prática

Para a sua aplicação prática, permitimo-nos sugerir a discussão da seguintes idéias básicas:

1ª) Ser extrajudicial, com a finalidade de obter-se economia de custo e tempo; preventivo, para evitar a declaração de quebra, mesmo depois de ter havido protesto; informal, com plena liberdade de as partes convencionarem o que melhor lhes aprouver, consoante os princípios da soberania dos sujeitos privados, da autonomia da vontade das partes e da disponibilidade dos direitos patrimoniais; individual, para só obrigar os signatários, e aberto para possibilitar futuras adesões.

2ª) 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 permanente e

d) pela maioria de seus sócios, reunidos em assembleia geral, aprovar a proposta de acordo.

3ª) A proposta de acordo, a ser submetida aos credores, deve especificar:

a) a natureza das dificuldades e os meios e modos de superar a crise;

b) se o ativo é superior ao passivo exigível;

c) se oferecerá garantias reais;

d) se pretende obter apenas moratória ou também remissão parcial das dívidas, especificando as condições e prazo de pagamento e se a proposta compreende as dívidas vencidas ou também vincendas, podendo a proposta abranger outras medidas de reorganização, como, v.g., aumento do capital social mediante capitalização de créditos; cessão da empresa, total ou parcial; cessão, permuta, locação ou extinção de estabelecimentos; venda, permuta ou locação de bens ou direitos;

e) se concorda que os credores nomeiem um profissional de reconhecida idoneidade moral e financeira e capacidade técnica para assistir à direção da empresa;

f) se o objetivo é a reorganização e saneamento da empresa ou apenas liquidar o passivo exigível.

4ª) Cumpridas essas três etapas, a empresa deve convocar os credores, por carta, com aviso de recebimento, para se reunirem em assembleia geral, em local, dia e hora designados com antecedência de, pelo menos, dez dias.

5ª) Reunidos em assembléia geral, os credores deliberarão, por maioria de dois-terços, sobre a proposta de acordo da empresa, lavrando-se a respectiva ata.

6ª) Ao deliberarem em assembléia geral, os credores decidirão também a respeito da suspensão das ações e execuções contra a empresa e da continuação dos fornecimentos e financiamentos.

7ª) A ata da assembléia geral de credores e a ata da assembléia dos sócios serão arquivados no Registro do Comércio.

B) Prevenção das dificuldades

A Lei 84-148, de 1/03/84, trata, na França, da prevenção das dificuldades das empresas, através (a) de informações sobre as atividades empresariais e (b) da concessão de financiamentos.

A prática tem demonstrado que grande parte dos problemas enfrentados pelas empresas poderiam ser eliminados caso houvesse informações suficientes sobre sua situação econômica e financeira, daí porque a lei buscou melhorar a informação já existente, (1) prevendo a obrigatoriedade, nos grupos de sociedade, da publicação, em documento único, das contas de todas as empresas do grupo, (2) garantindo maior independência do *commissaire aux comptes* encarregado da auditoria nas contas da empresa e (3) estabelecendo a obrigatoriedade de depositar as contas anuais da sociedade em cartório, garantindo maior publicidade à informação.

Porém, não se ateuve o legislador francês à previsão de informações voltadas para o passado, pois criou dispositivos que permitem aos interessados tomar conhecimento de dados atualizados sobre a situação financeira da sociedade, que, projetados, permitem uma avaliação segura sobre as perspectivas futuras.

A grande inovação da Lei 84-148 consiste no caráter preventivo das informações, dadas a conhecer ao *commissaire aux comptes*, a um representante dos empregados e ao conselho de vigilância (*conseil de surveillance*), que têm o dever de sobre elas manter sigilo, para evitar quaisquer tipos de abalo à credibilidade da empresa. Estas informações consubstanciam-se (1) em demonstrativos do ativo realizável e disponível e do passivo exigível (terminologia criticada pela doutrina francesa, porquanto não há que se falar em passivo exigível sem cessação de pagamentos, nem se compreende o que o legislador quis dizer com ativo realizável, cfr. YVES GUYON, “Droit des Affaires”, Ed. Economica, 3eme éd., 1991, pág. 49), (2) em um quadro de

financiamento contendo os recursos disponíveis e (3) nos gastos realizados no exercício anterior, além da divulgação de um plano de financiamento, quando houver. Para garantir o sigilo, tais informações preventivas somente são reveladas aos acionistas por ocasião das assembleias gerais (do contrário, nas companhias que contarem com um número grande de acionistas, poderia haver a divulgação precipitada de informações que porventura aumentasse as dificuldades existentes). É certo que, divulgados os dados na assembleia geral, não mais se pode falar em sigilo, posto que o universo de pessoas abrangidas inviabiliza qualquer pretensão neste sentido.

A existência deste tipo de contabilidade preventiva é obrigatória nas empresas ditas importantes (que tenham movimentação anual superior a 120 milhões de francos ou empreguem mais de 300 trabalhadores) e facultada às demais, que podem, inclusive, aderir a grupos de prevenção encarregados da análise, juntamente com a Banque de France, das dificuldades encontradas.

A Lei 84-148 instituiu, também, um especial procedimento de aumento de capital, para reforço dos fundos das empresas, notadamente com a criação de novos valores mobiliários, como os ditos compostos ou inominados, mesclando as características de outros títulos (direito de voto, direito a dividendos prioritários, etc.), cuja emissão recebe incentivos fiscais ou certificados de investimento, conferindo prerrogativas pecuniárias ao acionista sem direito a voto.

Ademais, previu a lei a convocação de assembleia geral extraordinária quando for verificado que o ativo realmente disponível é inferior à metade do capital social, deliberando-se, então, se haverá dissolução ou continuação da sociedade. Optando-se pela continuação, a Lei 84-148 concede dois anos de prazo para novos aportes de capital, até o ativo atingir a metade do capital social. A reforma promovida pela recente Lei 94-475 acentuou a importância da prevenção, tornando-a a *pièce maîtresse* capaz de representar verdadeira alternativa à recuperação Judicial³².

C) Regulamento Amigável

Cuidou, ademais, a Lei francesa 84-148 do “Regulamento Amigável”, de eficácia limitada, porquanto necessita de acordo entre o devedor e seus credores para ter sucesso.

³² ALAIN COURET, “La réforme du droit des entreprises en difficultés”, Ed. Montchrestien, 1995, pág. 13.

A par das mencionadas iniciativas de caráter individual, a Lei 84-148 instituiu um procedimento coletivo extrajudicial - o regulamento amigável - em que se requer ao Presidente do Tribunal do Comércio a designação de um conciliador, para, nas hipóteses de empresas cujas necessidades de curto prazo não possam ser satisfeitas por financiamentos, sendo, todavia, suscetíveis de se recuperar, negociar condições mais favoráveis de pagamento com os principais credores.

Não se faz necessária a participação de todos os credores no regulamento amigável, tampouco são os mesmos forçados a aceitar as condições propostas. No entanto, para que a iniciativa seja bem sucedida, é mister a colaboração dos principais credores; do contrário o regulamento amigável seria apenas uma forma de prolongar a agonia da empresa antes da instauração do procedimento em juízo.

O acordo deve ser homologado pelo Presidente do Tribunal, como estabelecido pela Lei 94-475, que reintroduziu a possibilidade de suspensão provisória das demandas judiciais contra a empresa, mediante requerimento feito pelo conciliador ao Presidente do Tribunal do Comércio. Essa iniciativa, implantada em 1967, havia desaparecido com as Leis 84-148 e 85-98, ressurgindo com a reforma de 1994.

Por fim, o não-cumprimento dos encargos financeiros do regulamento amigável enseja a instauração do processo judicial de recuperação.

IV) *Processos pré-falimentares*

A) Sistema francês

a) A abertura do processo

A Lei 85-98 manteve o critério da interrupção dos pagamentos, fato caracterizador da abertura do processo de recuperação judicial do devedor.

Qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito privado está a ele sujeita, excluindo-se apenas as sociedades ditas ocultas e as sociedades de fato, nas quais o processo é aberto em relação a seus sócios.

As pessoas físicas podem ser submetidas à recuperação judicial como consequência de outro processo, nas hipóteses de responsabilidade solidária dos diretores, quando se verificar a obtenção de vantagens pessoais em detrimento da empresa ou de haverem sido condenadas a cobrir o passivo, sempre que não executarem espontaneamente a condenação.

Ademais, a Lei Neiertz, de 31/12/89, criou a possibilidade de particulares requererem o benefício de um regulamento amigável civil (em hipóteses tão comuns no dia-a-dia, como a impossibilidade de honrar crediários, etc.),

o qual, caso descumpridos seus encargos, dará origem à recuperação judicial.

Apenas os profissionais liberais não se incluem nestas hipóteses, pois os procedimentos coletivos não se aplicam às suas dívidas profissionais, exceção esta cuja razão de existir a doutrina francesa ainda não conseguiu vislumbrar.

O artigo 4º da lei 85-98 foi expresso ao estabelecer que dívidas de qualquer natureza (civil ou comercial) ensejam a recuperação judicial, bastando a efetiva comprovação da interrupção dos pagamentos. Hipótese interessante é aquela contemplada pela jurisprudência francesa, reconhecendo a possibilidade de se iniciar o processo de recuperação sempre que os pagamentos estiverem sendo mantidos em dia de modo artificial, ruinoso ou fraudulento, visto que estaria configurada, na verdade, uma interrupção de pagamentos disfarçada.

Têm legitimidade para requerer a recuperação 1) o devedor, mediante o depósito do balanço em cartório, detalhando a real situação jurídica, financeira e social da empresa, no prazo de quinze dias da interrupção dos pagamentos, e 2) o credor, não importando a natureza do crédito ou a existência de benefício de ordem, sendo necessário apenas que a dívida seja líquida, certa e exigível.

Tem, por igual, legitimidade, em casos excepcionais, o Ministério Público, prevendo-se, também, dentro da idéia de formação de uma magistratura econômica, capaz de bem analisar e compreender o funcionamento das grandes empresas, a possibilidade de abertura do processo por determinação *ex officio* do Tribunal do Comércio.

Almejando evitar custos demasiado altos para os processos de menor vulto, envolvendo pequenas empresas e pessoas físicas, foi previsto um procedimento simplificado, contrapondo-se ao regime geral, aplicável às empresas cujo número de empregados não exceda cinquenta e, cumulativamente, tenham um volume de negócios inferior a 20 milhões de francos. Nele, os prazos são mais curtos e não há a necessidade de um número grande de pessoas envolvidas no processo. Há, outrossim, a possibilidade de conversão do procedimento simplificado em comum, sempre que se entender que tal ato virá a favorecer a recuperação do devedor.

Após a oitiva obrigatória do devedor, do representante dos trabalhadores e, quando anteriormente houver existido um regulamento amigável, do conciliador, o Tribunal, com base em elementos econômicos (perspectivas de recuperação, garantia dos empregos, etc.), e nas informações de

que dispuser, decide pela continuação, cessão ou liquidação da empresa.

A sentença estabelece o período suspeito, fixando a data da interrupção dos pagamentos (no prazo máximo de 18 meses da data do início do processo), e o procedimento a ser seguido.

Nessa ocasião, são nomeados os órgãos que atuarão na recuperação, como o juiz-comissário, o administrador judicial, o representante dos credores e o perito, assegurando-se aos empregados a indicação de seu representante.

Destaca-se a figura do juiz-comissário, considerado o verdadeiro “maestro do novo processo”³³ pela amplitude das suas funções, que vão desde zelar pela rapidez do processo e pela proteção dos interesses envolvidos até a fiscalização do administrador e do representante dos credores e a participação, junto com os mesmos, na elaboração do balanço econômico e social da empresa.

b) O período de observação

É a grande inovação da lei francesa de 25 de janeiro de 1985.

É durante o seu desenrolar que, através da elaboração de um balanço econômico e social, se extrairão elementos concludentes acerca da real possibilidade de recuperação da empresa.

A duração do período de observação, prevista inicialmente no art. 8º da Lei 85-98, foi alterada com a recente reforma promovida pela Lei 94-475, de 10 de junho de 1994. A nova redação do citado artigo 8º estabeleceu que a fixação do prazo será feita mediante decreto do *Conseil d'État*.

O decreto 94-910, de 21 de outubro de 1994, veio fixar o prazo, mantendo a duração inicial de 6 meses, no regime geral, prorrogável por mais 6 meses mediante requerimento do devedor, do administrador, do MP ou de ofício pelo Tribunal. A mudança levou à fixação de um prazo máximo de 8 meses para a hipótese de uma segunda prorrogação, a pedido da Procuradoria da República, sendo, portanto, de 20 meses o tempo máximo de que se dispõe para a elaboração do plano de recuperação da empresa.

Para que ocorram as prorrogações, o Decreto 95-910 estabeleceu a necessidade de designação, pelo Presidente do Tribunal do Comércio, de uma audiência, no máximo até 10 dias antes do prazo fatal, convocando-se

³³ DERRIDA, Godfé et Sortais, “Redressement et Liquidation Judiciaire des entreprises”, Dalloz, 3ª éd., Dalloz, 1991, pág 25.

o devedor, os representantes de empregados e credores e dando-se ciência à Procuradoria da República.

Já no procedimento simplificado, foi mantido o prazo máximo de 8 meses de duração previsto pela Lei 85-98. A grande mudança foi a supressão do período de pesquisa, que, inicialmente, precedia a abertura do período de observação, unificando-se o procedimento.

O grande objetivo desta fase do processo é a elaboração de um plano de recuperação da empresa, a cargo do administrador judicial designado pelo Tribunal. Para tanto, o administrador elabora, de início, um balanço, na maioria das vezes acompanhado de um perito, que deve, além de abranger questão econômica (contábil e financeira), focar o lado social, indicando a situação do emprego, e jurídico, dando notícia da existência de litígios e da validade dos contratos.

Finalmente, traçada com fidelidade a situação da empresa, deve o administrador apontar precisamente onde considera estar a origem das dificuldades enfrentadas e, só então, partir para as soluções possíveis, a serem expostas no plano de recuperação.

O administrador funciona como um verdadeiro negociador, sua missão consistindo, nas palavras de YVES GUYON, em “susciter les bonnes volontés” do devedor, principalmente nos casos de continuação da empresa, dos credores, persuadindo-os a aceitar os sacrifícios que o Tribunal não lhes pode impelir, e de terceiros, principalmente daqueles que financiarão a recuperação.

Dessas negociações surge o plano de recuperação, estabelecendo (a) os prazos para pagamento dos credores, sem limite fixado pela lei; (b) as dívidas eventualmente perdoadas (não se pode impor a remissão aos credores, esta deve resultar de acordo); (c) as garantias dadas pelo devedor à execução do plano (ex. previsão de aumentos de capital, etc.) e (d) a venda de elementos do ativo. Devem ser explicitadas, também, as medidas para a reorganização estrutural da empresa, nelas incluídas possíveis demissões de empregados, em casos excepcionais.

Durante todo o período de observação, a exploração da atividade empresarial continua, seja sob o comando do próprio devedor ou dos diretores da empresa, seja com o administrador judicial à sua frente, nos moldes fixados pela sentença de abertura desta fase processual. No procedimento simplificado, não há designação de administrador judicial, ficando, portanto, a gestão a cargo do devedor ou dos diretores da empresa.

Quanto aos credores, devem habilitar seus créditos no prazo máximo de 2 meses, contados da publicação da sentença de abertura, sob pena de serem declarados extintos. Somente na hipótese de dívidas com o Tesouro ou a Seguridade Social, ainda não conhecidas, e em caso de se optar pela liquidação da empresa, se admite uma dilação desse prazo. A Lei 85-98 prevê, ainda, a suspensão dos processos individuais e a inexigibilidade dos juros sobre o valor dos créditos após a declaração de abertura do processo de recuperação.

Durante todo o desenrolar do período de observação, o Tribunal, verificando a impossibilidade de recuperação, pode decidir por seu encerramento e pelo início imediato da liquidação da empresa.

c) A fase definitiva

Ao final do período de observação, o Tribunal profere nova sentença, devendo decidir, com base no relatório do administrador, (a) pela adoção do plano de recuperação, quando, então, oficializará as propostas nele contidas, podendo mesmo modificá-las, dilatando, p. ex., os prazos previstos para pagamento dos credores, ou, caso verifique a inviabilidade da atividade empresarial, (b) pela liquidação judicial.

Feita a opção pela liquidação, constatando-se o fracasso de todo o processo, cujo objetivo precípua é a salvaguarda da empresa, o Tribunal nomeia um liquidante, que normalmente é o representante dos credores. Excepcionalmente, pode-se autorizar o prosseguimento da atividade empresarial, para assegurar o cumprimento dos contratos e esgotamento dos estoques, cumprindo ressaltar que a liquidação pode ser decidida no início do processo, caso haja provas cabais de que a situação de degradação é irreversível e a empresa irrecuperável, visando, assim, evitar maiores prejuízos.

Caso prossiga a recuperação, o Tribunal estabelecerá se a empresa deve permanecer sob a gestão de seus diretores ou se deve ser cedida a terceiros, nomeando, também, um comissário encarregado da execução do plano.

Além do destino a ser dado à empresa, a sentença deve fixar a forma como o passivo será apurado e os credores ressarcidos, cabendo ao Tribunal fixar os prazos de pagamento, homologar as eventuais remissões concedidas pelos credores, incluindo-se a Fazenda e a Seguridade Social, e oficializar as medidas previstas no plano de recuperação da empresa.

Na hipótese de liquidação, a Lei 85-98 confere uma maior liberdade de procedimento a cargo do liquidante, particularmente quanto à venda dos

bens em hasta pública, autorizando-o a ceder algumas unidades de produção rentáveis, mediante apuração da melhor oferta, ou até mesmo optar pela venda de bens isolados, fazendo-se a alienação judicial apenas em último caso, tudo no intuito de assegurar uma maior rapidez ao processo.

d) Conclusões

A Lei 85-98 rompeu com o sistema tradicional das falências e concordatas, com o escopo de minimizar os prejuízos sofridos pelos credores, pois veio estabelecer normas que visam principalmente a assegurar a sobrevivência das empresas.

Para tanto, prevê um período de observação - e esta é a sua maior contribuição ao moderno Direito Concursal - que possibilita realizar uma real avaliação das condições da empresa.

Outros institutos polêmicos, como a declaração de extinção dos créditos não-habilitados tempestivamente ou a não-fixação de um prazo-limite para o pagamento dos créditos, podem soar como verdadeira heresia aos ouvidos daqueles que se preocupam somente com o imediatismo, não percebendo que a total satisfação dos créditos, seguida da quebra da empresa, traz consequências bem mais graves, podendo afetar os próprios credores ressarcidos e atingir toda a coletividade.

Por esta razão, deve-se considerar a lei francesa de 1985 como um real avanço, publicizando institutos anteriormente considerados apenas sob a ótica privada, sempre objetivando a manutenção da atividade empresarial e do nível de empregos.

A reforma operada pela Lei 94-475, oito anos após a edição da Lei 85-98, ocorreu em função da constatação de que, malgrado seu espírito inovador, a Lei 85-98 não atingiu plenamente seus objetivos, demonstrando as estatísticas que 95% dos processos terminaram em liquidação judicial, enquanto a porcentagem de créditos quirografários recuperados não passou dos 5%. Estes dados permitem concluir que o novo direito dos procedimentos coletivos não conseguiu reduzir o número de falências na economia francesa, duramente afetada pela crise econômica internacional, sobrelevando notar que algumas mudanças trazidas pela reforma de 1994, limitando os sacrifícios impostos aos credores, podem mesmo inviabilizar a recuperação de muitas empresas, tornando mais fácil a liquidação judicial.

Contudo, e isso é o que efetivamente importa, o objetivo de reorganizar, sanear e recuperar a empresa permanece inalterado. No entanto, para atingi-lo, faz-se necessária uma mudança da atuação dos magistrados, que

devem passar a analisar a matéria sob um enfoque econômico, em detrimento das filigranas jurídicas. Também o Estado há de ter uma papel ativo no processo, concedendo incentivos, empréstimos e remissão de dívidas, assim como os credores, que devem preocupar-se menos com o ressarcimento total e imediato de seus créditos, privilegiando soluções de médio e longo prazos, que permitam a continuidade do devedor e, em conseqüência, de seu cliente, o que só será possível mediante a comunhão de esforços de todos os envolvidos no processo.

B) Sistema italiano

a) Legislação em vigor em matéria de recuperação econômica da empresa.

A Itália, em plena Segunda Grande Guerra, além de unificar, em um único Código, a legislação civil e a comercial, promulgou, também, um novo Código de Processo Civil e deu um novo tratamento ao Direito falimentar, através da RD nº 267, de 16 de março de 1942, em vigor desde 21 de abril de 1942, revogando, destarte, o Livro 3º do Código Comercial e fazendo surgir a figura da administração controlada, conforme se verifica dos artigos 187 a 193.

O artigo 187 estabelece que “o empresário que se encontra em temporária dificuldade de adimplir suas obrigações, recorrendo à condição prevista no art. 160, nos nºs 1, 2 e 3 do § 1º, e comprovando possibilidade de saneamento da empresa, pode requerer ao Tribunal o controle da gestão de sua empresa e da administração de seus bens a fim de garantir os interesses de seus credores por um período não superior a 2 anos. O requerimento obedece à forma estabelecida no art. 161”.

Segundo FERRI, o legislador de 1942 impôs ao empresário uma condição objetiva de admissibilidade do processo de administração controlada, ao limitar a utilização do instituto exclusivamente à hipótese de ele encontrar-se em temporária dificuldade de adimplir as suas obrigações, esclarecendo, mais, que o novo instituto não pode beneficiar o empresário que demonstre estar em situação de irremediável e definitiva insolvência, daí tirando a conclusão de que o processo de administração controlada se contrapõe ao de insolvência.³⁴

FERRARA, a sua vez, distingue a falência da administração controlada e da concordata porque, na administração controlada, assim como

³⁴ FERRI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Commerciale*, Roma, Ed. Utet, 5ª ed.

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 à 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”³⁵.

O artigo 188, a sua vez, dispõe que “o Tribunal, se presentes as condições estabelecidas na lei e se o empresário merecer o benefício, admite-o ao procedimento da administração controlada através de despacho não sujeito a recurso. No despacho, o Tribunal: (1) nomeia um juiz para o processo; (2) ordena a convocação dos credores no prazo de 30 dias, fixando o seu término; (3) nomeia um comissário judicial de acordo com as disposições dos artigos 27, 28 e 29; (4) limita a 8 dias o prazo para o requerente depositar as custas processuais. O despacho é publicado de acordo com a norma do artigo 166 e produz os efeitos previstos nos artigos 167 e 168. São aplicáveis as disposições dos arts. 164, 165, 170 e 173”.

Assinale-se que o comissário deverá ser escolhido entre os inscritos nas listas de advogados, procuradores, doutores comerciais e contadores, somente em casos especiais, mediante despacho motivado, poderão ser nomeadas pessoas não inscritas.

O artigo 189, a seu turno, estatui: “Assembléia de Credores - à deliberação dos credores se aplicam as disposições dos arts. 174, 175, 176, 1º parágrafo, 177, 4º parágrafo, 178, parágrafos 1º, 2º, e 3º. Admite-se, para todos os efeitos, os votos dados por carta ou telegrama, contanto que cheguem antes do encerramento da assembléia. A proposta do devedor é aprovada quando recebe voto favorável da maioria dos credores que representem a maioria dos créditos, excluídos os credores com direito de preferência sobre os bens do devedor. Se a maioria não for alcançada, cessam os efeitos do decreto de admissão ao procedimento”.

³⁵ FERRARA, Francesco, *Il Fallimento*, Milão, Ed. Giuffrè, 1974, 3ª ed., p. 223.

O artigo 190, sob o título “providências do juiz delegado”, determina que, “se a maioria prescrita é alcançada, o juiz delegado, levando em conta o parecer dos credores que compareceram à assembléia, nomeia uma comissão de 3 a 5 credores para assistir ao comissário judicial. Contra decisão do juiz delegado admite-se reclamação da parte de qualquer interessado, no prazo de 10 dias. O Tribunal decide em Câmara de Conselho por decisão não sujeita a recurso”.

O artigo 191, sob a epígrafe “poderes e gestão do comissário judicial”, esclarece que, “durante o procedimento, o Tribunal, a pedido de qualquer interessado ou de ofício e ouvida a comissão de credores, pode, por decisão não sujeita a reclamação, entregar ao comissário judicial - no todo ou em parte - a gestão da empresa e a administração dos bens do devedor, fixando-lhe os poderes. A decisão é publicada na forma do artigo 166. Em tal caso, o comissário, ao fim de seu trabalho, deve apresentar relatório de sua administração, na forma do art. 116”.

O artigo 192 prevê que, além do relatório mencionado no artigo 191, “o comissário judicial apresentará a cada 2 meses relatório ao juiz delegado sobre o andamento da empresa. O comissário judicial e a comissão de credores devem denunciar ao juiz delegado os fatos que autorizam a revogação da administração controlada. Se em qualquer momento ficar demonstrado que a administração controlada não pode levar a empresa a bom termo, o juiz delegado submete ao Tribunal a declaração de falência, assegurado ao empresário o direito de requerer concordata preventiva de acordo com as disposições do título precedente”.

O artigo 193 cuida do encerramento do procedimento da administração controlada, ao dizer que “o devedor, que demonstrar ter condições de adimplir com suas obrigações, pode requerer ao Tribunal, antes do término do prazo estabelecido para a administração controlada, a cessação do procedimento. Neste caso o Tribunal decide com o decreto publicado de acordo com a norma do art. 17.

Se ao término da administração controlada resultar que a empresa não tem condições de adimplir regularmente com suas obrigações, se aplica o 3º parágrafo do artigo precedente”.

b) Natureza jurídica da administração controlada.

Segundo opinião dominante, trata-se de um procedimento judicial civil de caráter concursal, de natureza cautelar, que o legislador põe à disposição do empresário quando se verificar ser iminente a declaração de

falência da empresa em virtude de temporária dificuldade financeira, que a impossibilita adimplir compromissos com vencimento certo.

Outra corrente sustenta a tese de tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária.³⁶

Outras, absolutamente minoritárias, entendem que se trata de “sequestro convencionado do patrimônio do empresário”³⁷, “inspeção judicial sobre o patrimônio do empresário”³⁸, “contrato judicial de transação”³⁹ e “processo executivo especial”⁴⁰.

c) Finalidade da administração controlada.

A função da administração controlada é o saneamento da empresa, para que ao final do procedimento judicial ela volte a ser uma empresa viável com capacidade de cumprir as suas obrigações. Por tal razão é que como condição de admissibilidade ao procedimento a crise econômica deve ser temporária, e não caracterizada pela insolvência total do devedor, não havendo possibilidade de reerguimento.

GAMBINO afirma que “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”.

d) Pressupostos subjetivos da administração controlada.

São pressupostos subjetivos da administração controlada: (a) estar a empresa regularmente registrada; (b) estar com a contabilidade regular; (c) ter o devedor “capacidade técnico-produtiva”, que lhe permita pagar aos credores.

e) Pressupostos objetivos da administração controlada.

São pressupostos objetivos da administração controlada: (a) a temporalidade da dificuldade (a temporária dificuldade e o estado de insolvência são duas gradações do mesmo fenômeno, se distinguindo pela possibilidade, no primeiro, de saneamento); (b) apresentação, pelo empresário, de um plano de saneamento.

³⁶ PAZZWGLIA, L'Amministrazione Controllata, p. 23 e segs.

³⁷ AZZOLINA, III, p. 1,677 e segs.

³⁸ CANDIAN, Tomo 56, 157.

³⁹ FERRARA, p. 153.

⁴⁰ PAJARDI, p. 782 e segs.

f) Impedidos de requerer a administração controlada.

Não podem requerer a administração controlada: (a) bancos e empresas de crédito em geral; (b) as empresas em liquidação, pois a administração controlada pressupõe a normal existência da empresa; (c) sociedades irregulares; (d) sociedades públicas, com exceção daquelas que, apesar da participação acionária de um ente público, conservam natureza privada; (e) sociedades de responsabilidade ilimitada; (f) empresários mortos ou impedidos e (g) pequenas empresas.

g) Foro Competente.

É competente o foro do lugar onde a empresa exerce suas principais atividades, mesmo que não coincida com a sede legal.

h) Prazo de duração da administração controlada.

O prazo de duração da administração controlada é de 1 a 2 anos, não se admitindo a prorrogação do prazo máximo.

i) Competência do Tribunal.

O Tribunal é competente: (a) para decidir o mérito da admissão ao processo; (b) nomear e destituir o comissário judicial; (c) nomear um juiz para o processo; (d) estabelecer as condições para convocação dos credores; (e) fixar o valor das custas; (f) dispor sobre as atribuições do comissário e as possíveis contestações sobre o relatório deste; (g) julgar os recursos cabíveis; (h) revogar a administração controlada e (i) declarar a falência.

Observe-se que: (a) o despacho de admissão no procedimento tem que ser fundamentado quanto às condições objetivas e subjetivas; (b) o despacho é impugnável pelos credores no prazo de 60 dias, *ex vi* art. 111; (c) a cassação do despacho tem efeito *ex nunc*; (d) justamente porque a temporária dificuldade e a insolvência são duas gradações do mesmo fenômeno econômico, o Tribunal, rejeitando o procedimento, pode declarar a falência, embora não esteja obrigado a isso, porque, se presentes os pressupostos, o empresário pode requerer concordata preventiva e (e) o decreto de rejeição é impugnável, de acordo com o art. 111.

j) Competência do juiz delegado.

Ao juiz delegado incumbe: (a) dirigir a administração do patrimônio da empresa e autorizar os atos de administração extraordinária do artigo 167 (a administração ordinária continua a cargo do empresário, devendo entender-se por administração ordinária a prática dos atos de rotina indispensáveis ao regular funcionamento da empresa. Os atos de administração extraordinária não autorizados não têm efeito para os credores, embora

sejam válidos entre as partes); (b) averbar o despacho de concessão do procedimento de administração controlada na escritura contábil; (c) promover a declaração de falência; (d) presidir a assembléia de credores; (e) admitir provisoriamente os créditos contestados e formalizar o processo verbal; (f) nomear a comissão de credores e (g) examinar o relatório e a denúncia do comissário judicial e da comissão de credores e promover a declaração de falência, quando for o caso.

l) Competência do comissário judicial.

Ao comissário judicial compete: (a) fiscalizar a administração do patrimônio do devedor e a gestão da empresa; (b) verificar as listas de credores e devedores; (c) comunicar aos credores a data da convocação e a proposta do devedor; (d) redigir o inventário e a relação de que trata o art. 172; (e) informar ao juiz delegado sobre o andamento da empresa e (f) denunciar os fatos que autorizam a revogação da administração controlada.

m) Efeitos da administração controlada para o devedor.

O empresário conserva a administração da empresa com as limitações previstas no art. 167, embora sob a superintendência do juiz delegado e a fiscalização do comissário judicial, bem como conserva sua plena capacidade processual ativa e passiva.

n) Efeitos para os credores.

O depósito na secretaria do Tribunal da decisão de admissão do procedimento de administração controlada produz efeitos para todos aqueles que, na data do depósito, eram credores da empresa.

Os credores por título posterior ao despacho de admissão podem propor ações executivas sobre o patrimônio do devedor e adquirir direito de preferência. Os pagamentos voluntários feitos a estes são plenamente eficazes.

Na administração controlada os créditos hipotecários ou pignoratícios não podem ser executados.

A administração controlada não impede o seqüestro judicial sobre os bens do empresário, mas impede o seqüestro conservativo.

Na administração controlada não é proibido aos credores a propositura de ação de declaração e de condenação, pois a questão de existência e quantitativa do crédito deve ser resolvida por um juízo competente de acordo com o valor.

Com a admissão do devedor na administração controlada, os juízos de conhecimento em curso não se interrompem. A ação de rescisão não é

admitida mesmo que o inadimplemento haja ocorrido antes da administração controlada.

A ação ordinária revocatória é possível para os credores singulares contra atos de disposição posteriores à proposta.

o) Comissão de credores.

A comissão de credores tem exclusivamente funções consultivas, devendo assistir ao comissário judicial na vigilância e administração da empresa.

p) Gestão da empresa pelo comissário judicial.

A gestão da empresa pode ser delegada ao comissário judicial, com vistas a evitar a insolvência do devedor, realizando assim a função cautelar da administração controlada.

q) Revogação da administração controlada.

Ex vi do disposto no art. 192 do Código comercial de 1942, a denúncia, de que trata o segundo parágrafo do citado art. 192, se refere a qualquer fato ou circunstância que caracterize a atividade fraudulenta ou negligente do devedor.

A denúncia constitui um poder-dever do comissário judicial e da comissão de credores, ma não é indispensável para que o tribunal possa revogar a administração controlada e declarar a falência.

A impossibilidade de continuidade útil do procedimento constitui uma das causas de revogação. Essa impossibilidade pode ser valorizada independentemente do comportamento do empresário, sendo suficiente que a impossibilidade de adimplemento se configure permanente e irreversível.

A revogação pode ser declarada a qualquer tempo.

r) Pedido de concordata preventiva.

O devedor pode requerer concordata preventiva a qualquer tempo.

O Tribunal não é obrigado, antes de declarar a falência, a interpellar o devedor sobre sua intenção de requerer a concordata preventiva.

s) Da administração da controlada e sua utilização.

O instituto da administração controlada vem sido duramente criticado pelos doutrinadores italianos. Parte da doutrina calca suas argumentações pela pesquisa executada por PAPESCHI⁴¹, que demonstrou que, durante o

⁴¹ Il concordato preventivo e L'amministrazione Controllata alla prova dei fatti, *in* Diritto Fallimentare, 1952, parte I, p. 77 e segs., e na Lei Falimentar, Atas do Congresso de Monza, Milano, Giuffrè, 1975, p. 1051 e segs.

período de 1947 até 1971, foram declaradas 17.000 falências no Tribunal de Milão, contra um total de 132 processos de administração controlada, dos quais apenas 32 atingiram o objetivo colimado, 56 terminaram em falência, 12 em concordata preventiva com garantia e 32 em concordata preventiva com cessão de bens.

Segundo SATTA⁴², a administração controlada “saiu do ingênuo cérebro do legislador como um instituto destinado a curar os pequenos distúrbios sazonais e subitamente vista na prática como um instrumento de altíssima cirurgia, se não mesmo de magia, que consistia operar o coração do paciente, anestesiando os credores”.

DE MARTINI⁴³ considera que “a causa da impopularidade permanece na compreensível relutância de pôr a própria empresa, se ainda não destruída, sob o controle e a direção de outros; a gestão de uma empresa é uma parte no máximo delicada, centrada principalmente na atividade pessoal do gestor e a ingerência de estranhos, mesmo de órgãos públicos, necessariamente pesa e objeta as iniciativas. E ainda mais, quando, como costuma acontecer, o comissário é incompetente na matéria de gestão de empresas comerciais.

MAZZOCO-DOMENICO⁴⁴, a propósito do tema, declara que “parece muito fora da realidade econômica, de cujas leis não podem por certo superar os achados legislativos (freqüentemente piorando a economia), pensar que uma empresa já concretamente em crise, privada, portanto, de um substancial suporte econômico e financeiro, e com organização empresarial que já revelou as suas deficiências, possa reencontrar saúde completa, com uma moratória que, sem eliminar ou reduzir o débito, a faça reencontrar o seu caminho por mais ou menos breve tempo, e com um controle de órgão não só penetrante mas também não especializado!”.

Para JAEGER⁴⁵, a realidade hodierna postula, em relação aos interesses dos credores, uma prioritária e autônoma consideração ao interesse dos trabalhadores ocupados na empresa, que sob o perfil sócio-econômico

⁴² *Instituzione*, p. 422, nota 671.

⁴³ *Esperienza pratiche e profili teoria dell'amministrazione controllata*, in *Diritto Falimentare*, 1947, parte I, p. 5.

⁴⁴ *Manuale di Diritto Falimentare*, 1980, Nápolis, Jovene Editore.

⁴⁵ *Relazione di sintesi*, in *La Legge Falimentare*, cit., II, p. 1.158 e segs.

não podem mais ser confundidos com todos os outros credores, mesmo e como categoria de credores particularmente qualificados.

FERRARA⁴⁶, a sua vez, embora considerando que o instituto tem sido mal utilizado, declara que ele deve ser mantido com algumas alterações:

1) O instituto deveria chamar-se de saneamento da empresa, mas não em modo negativo como é atualmente, deixando livre o empresário para fazer o que quiser no período da moratória, mas sobre a base de um projeto articulado proposto pelo devedor sobre o qual o comissário judicial deve exprimir seu parecer e que após a aprovação do tribunal deve vincular o empresário;

2) O projeto não deve ser uma subtração aos direitos dos credores e os juros, mesmo nos limites da taxa legal, devem continuar a correr. Mas isso deve constar de um plano ou amortização do passivo em um período, que pode ser de dois ou três anos no máximo;

3) Deve ser consentida a oposição da aprovação do plano da parte dos credores privilegiados ou que representem pelo menos 10% do passivo;

4) Se o plano não é aprovado pelo tribunal ou se o devedor tornar-se inadimplente, deve ser declarado o estado de insolvência; e

5) O novo instituto, que poderia chamar-se “processo para o saneamento da empresa”, deveria ser limitado às empresas, cujo desaparecimento poderia causar danos à economia nacional ou regional.

C) Sistema americano

a) Introdução

A legislação falimentar norte-americana data de 1978, sendo a primeira lei federal de concursos que não foi fruto de um período de tensão econômica, como o foi, por exemplo, a de 1867, promulgada em plena Guerra da Secessão.

O denominado Código da Bancarrota de 1978 divide-se em diversos capítulos, tratando da bancarrota em geral os capítulos: os provimentos gerais (cap. 1), a administração judicial (cap. 3), credores, devedores e o Estado (cap. 5), cuidando dos procedimentos específicos os capítulos 7 (Liquidação), 9 (Reajuste dos débitos com o Município), 11 (Reorganização), 12

⁴⁶ FERRARA, op. cit. Prefácio, p. XXI.

(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 calcados no Capítulo 11 envolvem valores sempre muito mais expressivos.

b) Conceito de reorganização

Na reorganização, presume-se que a empresa, uma vez obtido temporário alívio no que diz respeito ao pagamento de seus débitos e aos processos de execução, será capaz de se reestruturar gradativamente, satisfazendo aos seus credores, pelo menos parcialmente, livrando-se da bancarrota e retornando à sua primitiva condição de empresa viável.

c) Legitimação para o requerimento de reorganização

A reorganização pode ser requerida, a princípio, por qualquer tipo de empresa, como, por exemplo, firmas individuais, sociedades anônimas, associações, etc., não estando, porém, habilitados os corretores de ações, de mercadorias e o município.

Pode ocorrer também o denominado requerimento involuntário, que é uma maneira de forçar o devedor a entrar em bancarrota. Isto acontece, normalmente, quando existe por parte do credor o temor do devedor tornar-se insolvente, impossibilitando, assim, o cumprimento de suas obrigações, diante de situações como a do devedor estar liquidando seus bens, ou, então, estar realizando um grande pagamento a um só credor.

Com o requerimento da bancarrota involuntária, qualquer pagamento realizado nos 90 dias anteriores à sua distribuição pode ser anulado, devendo o credor restituir o que recebeu.

Em geral, os credores evitam valer-se do requerimento involuntário devido ao seu alto custo, preferindo suportar o mal negócio. Ademais, para ajuizar o requerimento involuntário de reorganização, são necessários três ou mais credores, com no mínimo 5.000 dólares de dívidas. Se forem menos de doze os credores da empresa, apenas um credor pode tomar a iniciativa do requerimento, sempre com o mínimo de 5.000 dólares.

É, também, possível o uso do requerimento involuntário sempre que os sócios de uma sociedade não cheguem a um consenso quanto à adoção da reorganização.

O juiz deferirá o pedido se verificar que a empresa não vem pagando suas dívidas nos respectivos vencimentos, sendo facultado ao devedor fazer prova em contrário e requerer a extinção do processo, devendo os requerentes o ressarcir das despesas do processo e dos honorários de advogado.

d) Juízo competente

O devedor, à sua livre escolha, pode distribuir o pedido de reorganização no juízo federal de um dos seguintes locais:

1) onde a empresa tiver seu principal estabelecimento, ou

2) onde o devedor tiver domicílio ou residência, ou

3) onde estiverem seus principais bens.

e) Documentos que devem instruir o pedido

O devedor deverá juntar na petição inicial um rol dos credores e respectivos endereços, cumprindo ao devedor em 15 dias juntar uma lista dos bens e de seus débitos, denominada de “Lista da Bancarrota”. Além disso, deverá juntar o balanço da sociedade em estado falencial, renda corrente e despesas.

f) *Automatic stay*

Com a distribuição do pedido, instaura-se o denominado “automatic stay”, que é a suspensão temporária dos pagamentos das dívidas e das ações de execução, que, posteriormente, serão liquidadas de acordo com o plano de reorganização.

g) Plano de reorganização da empresa

O devedor deverá apresentar um plano de reorganização, onde serão classificados os créditos e realizados os pagamentos, disciplinando o parágrafo 1123 o conteúdo do plano.

A apresentação do plano é um direito exclusivo do devedor durante os 120 dias imediatamente subsequentes à distribuição do pedido de reorganização. Tal plano deverá ser aprovado em 180 dias; caso contrário, qualquer titular de direito ou parte interessada poderá fazê-lo. O prazo de apresentação poderá ser prorrogado caso a empresa demonstre necessidade.

h) *Disclosure statement*

Acompanhando o plano de reorganização, o devedor deverá juntar o denominado *Disclosure Statement*, que é o documento que esclarece aos credores sobre o conteúdo do plano, permitindo que estes exerçam fundamentadamente o seu direito de voto.

Em geral, este documento contém uma folha de balanço, uma pequena explicação da causa que motivou o requerimento da bancarrota, as razões do plano e um sumário deste.

Antes que a Corte da Bancarrota o examine e o confirme, o plano deverá ser aceito pela maioria dos credores e dos que têm interesses financeiros na situação do devedor. A Corte, por sua vez, só poderá confirmá-lo se estiverem preenchidas as condições do § 1129 do capítulo 11.

i) Efeitos da reorganização para o devedor

O devedor no processo de reorganização chama-se “devedor possuidor”, permanecendo com todos os poderes de gestão e representação da empresa.

A Corte, após a confirmação do plano, raramente irá interferir na administração da empresa, só o fazendo para verificar a implementação do plano. O devedor só 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.

j) Nomeação do síndico

A Corte pode excepcionalmente nomear um síndico no caso de fraude, desonestidade, incompetência, má administração por parte do diretor, ou outras causas. A figura do síndico poderá ser preenchida por uma pessoa ou por uma associação. Tal síndico poderá ser do “U.S. Trustee”, que é um órgão governamental, constituído por equipes de economistas, assistentes de síndico, etc, ou um síndico privado, que não precisa, necessariamente, ser um advogado, podendo ser, por exemplo, um contador, que poderá contratar um advogado para auxiliá-lo.

l) Da conversão da reorganização em outros procedimentos

O procedimento de reorganização poderá, a pedido do próprio devedor ou do síndico, se nomeado, ser convertido em outro procedimento, previsto em outros capítulos, tendo a experiência demonstrado que apenas dez por cento dos que começam a reorganização chegam ao estágio de confirmação do plano, daí considerar-se a empresa que tem seu plano confirmado como já tendo conseguido superar a fase da bancarrota.

m) Proibição da discriminação

Outro dado peculiar da legislação norte-americana é a proibição da discriminação do empresário que está em bancarrota. O § 525, intitulado “Proteção contra tratamento discriminatório”, proíbe à administração pública suspender, revogar ou recusar a emissão de licença ou permissão, apenas porque a empresa entrou em bancarrota. A licença, que está ligada à atividade

comercial da empresa, não pode ser revogada apenas porque foi decretada a bancarrota, mas sim por outros motivos.

n) Da implementação do plano de reorganização

Fica encarregada a Corte onde se processa a reorganização do efetivo implemento do plano. Desta forma, movida pelo interesse das partes ou de ofício, a Corte poderá, conforme o caso, converter o procedimento da reorganização para o da liquidação do capítulo 7 ou encerrar o caso, sempre tendo como fim último o atendimento dos interesses dos credores e do Estado, motivando suas decisões. Com esse propósito, o parágrafo 1112 do Capítulo 11 dispõe que, caso se configure a incapacidade de realização do plano, a incapacidade de consumir substancialmente um plano confirmado, o inadimplemento relevante do devedor com relação ao plano confirmado, a rescisão do plano (devido à ocorrência de circunstância especificada no plano), o Tribunal, mediante solicitação da parte interessada ou após notificação e audiência, poderá converter o processo de reorganização em processo de liquidação, só não podendo fazê-lo se o devedor for um agricultor ou uma sociedade civil, salvo se o próprio devedor pleitear a conversão.

Como a enumeração é apenas exemplificativa, a Corte poderá considerar outros fatores à medida que apareçam, utilizando seu poder jurisdicional para chegar a um adequado resultado nos casos individuais. As atividades do devedor, após a confirmação do plano, não são protegidas pelas normas da legislação da bancarrota, pois, como ressalta a doutrina e têm decidido os tribunais americanos, se a empresa incorre em novo débito depois do plano ter sido confirmado e não consegue pagá-lo, ao credor é assegurada a faculdade de propor a competente ação de cobrança, bem como os bens, móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, adquiridos após a confirmação do plano, podem ser dados em garantia real como se nunca tivesse havido um processo de bancarrota.

Os débitos anteriores à confirmação só poderão ser pagos de acordo com o plano de reorganização. Apenas a Corte da bancarrota tem autoridade para interpretar e executar o plano de reorganização.

o) Cronograma da reorganização

Para um melhor entendimento de como se desenvolve o processo da reorganização, transcrevemos um cronograma organizado por Summers⁴⁷ do que normalmente ocorre:

⁴⁷ SUMMERS, Mark Steven, *Bankruptcy Explained*, New York, John Wiley & Sons Ed., 1989.

A bancarrota (voluntária ou involuntária) é distribuída.

O “automatic stay” 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 1º 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) apresentam 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.

V - Processos pós-falimentares

Além dos procedimentos acima citados, que visam a recuperação da empresa, temos, ainda, mesmo após decretada a falência, na lei brasileira, por exemplo:

a) a concordata suspensiva (art. 177 da lei de Falências) e

b) a organização de sociedade para continuação de negócio do falido (art. 123, § 1º, da Lei de Falências). ◆