

O Novo Projeto de Recuperação da Empresa

PAULO PENALVA SANTOS

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

“Em matéria de falência não há previsões legislativas que bastem nem reformas que muito durem. Por um lado, a extrema mobilidade e suscetibilidade do crédito, cuja segurança a lei de falência se propõe tutelar, desorientam e amesquinham as mais completas e adequadas providências e obrigam o legislador a seguir nas suas constantes transformações os caprichosos movimentos desse maravilhoso proteu. Por outro lado, a astúcia dos interesses penetra e desconcerta as mais finas malhas da urdidura legislativa, e o dolo e a fraude, tantas vezes auxiliados pelo desleixo ou complacências dos próprios executores da lei, a breve trecho fazem do descrédito desta o pedestal dos seus triunfos.” (Exposição de Motivos de 26 de julho de 1889 do Ministro da Justiça Conselheiro Borges Cabral apresentando ao Rei de Portugal o Código de Falências).

1. Introdução - Elaborar uma lei falimentar sempre foi uma tarefa árdua - lembrava Carvalho de Mendonça -, pois em sistemas como esses todos experimentam algum tipo de prejuízo, sendo que “a sabedoria consiste não em impedir sacrifícios inevitáveis, mas em medi-los e coordená-los”.¹

Na seara do Direito Falimentar, uma das maiores preocupações dos juristas sempre foi com relação aos meios para evitar a quebra. Essas formas preventivas testaram vários sistemas, mas sempre sob a ótica estreita dos interesses do devedor ou dos credores.²

Somente nas últimas décadas é que se chegou à conclusão de que era importante adotar o procedimento de reorganização da empresa, diferente

¹ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VII, p. 57, Ed. Freitas Bastos, 1946).

² Fabio Konder Comparato *in Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, ed. RT, 1970, p. 98.

dos modelos até então existentes, para evitar o seu desaparecimento quando houvesse um interesse social relevante.

Além das gigantescas dificuldades na elaboração de leis falimentares, pois elas se desgastam rapidamente com a fraude, no caso de recuperação de empresas o trabalho é ainda de maior magnitude, pois a experiência já demonstrou que uma norma que permitisse a aplicação generalizada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, na verdade, pode aumentar os custos sociais que se pretende evitar.

Qualquer Projeto que ignore essa constatação, transformando a recuperação da empresa em uma panacéia, provocará clamores gerais contra essa lei, levando a descrédito um instituto de tal relevância para o Direito Concursal.

Lamentavelmente, o Projeto de Lei nº 4.376/93, mesmo com a ementa Global do Deputado Luis Roberto Pontes, é bastante ingênuo, pois, ao desprezar essa experiência história, estará sendo condenado a revivê-la.

2. A evolução histórica das leis falimentares - Conforme já assinalado, o Projeto, da forma como está redigido, corre o grave risco de desmoralizar um instituto tão importante como o da recuperação econômica da empresa, pois fracassaram todos os modelos que permitiram a sua **aplicação indiscriminada**, sem que houvesse, ao menos, um critério objetivo para se identificar a empresa recuperável.

Porém, antes de analisar o instituto da recuperação, deve-se atentar para algumas lições tiradas das legislações anteriores, cujos erros lamentavelmente estão se repetindo no Projeto.

Inicialmente, o Código Comercial de 1850 instituiu um processo falimentar lento e complicado, que importava sempre na ruína do devedor e no sacrifício de seus credores.

Isso se deveu a vários fatores, mas principalmente pela excessiva importância dada aos interesses dos credores.

Os juristas também criticavam o Código Comercial por conceder demasiada autonomia aos credores, na organização falimentar, restando ao juiz apenas o papel de homologar as decisões dos credores, tomadas nas assembléias gerais. Neste sentido, o artigo 898 do C. Comercial condicionava a concessão da moratória à concordância de dois terços dos credores quirografários, com ampla liberdade para inclusive decidirem sobre a decretação da falência.

Note-se que a supremacia do interesse dos credores foi certamente uma das causas do insucesso do Decreto 917 de 1890, denominada Lei Carlos de Carvalho.

Na realidade, este é um dos pontos mais delicados em sede falimentar. Como já se disse, um processo elaborado no interesse primordial dos credores ou do devedor (que não se confundem necessariamente com o interesse social) pode levá-lo a uma distorção grave.

De um lado, não é mais possível manter um processo falimentar, como o atual, que trata a falência como uma simples questão patrimonial, pela má utilização do crédito, e sendo ainda a concordata um mero favor legal, onde o interesse dos credores e o social são irrelevantes. Mas também, de outro lado, não se pode desprezar a experiência que demonstra o malefício causado pela excessiva importância dos interesses dos credores ou do próprio devedor.

Como já lembrava Paulo Maria de Lacerda, não é esse o papel dos credores na falência.³ Na quebra, ou em qualquer outro processo preventivo, a função do credor é a de sofrer apenas o menor mal possível.

Essa mesma lição nos é dada pela doutrina moderna, conforme destaca o Professor **Jean Paillusseau**, ao observar o seguinte: “*Si une entreprise n’est pas viable et qu’elle est maintenue artificiellement en vie, qui va financer son existence? Les créanciers? Ce n’est pas leur rôle, et il faut soigneusement éviter de leur transmettre la maladie.*”⁴

A falência, a concordata, a recuperação da empresa, etc. são institutos que têm como função própria lidar com patrimônios avariados, tanto para os credores quanto para o devedor. Longe de significar lucro, esses processos representam perdas e danos para ambas as partes.

Não seria razoável exigir de um credor que aumente o seu prejuízo em nome de um interesse social relevante, pois o seu papel, como não poderia deixar de ser, é o de preservar o importante instituto do crédito, essencial em qualquer economia.

Impõe-se salientar a consagrada lição do Professor Fábio Konder Comparato, ao frisar que a solução jurídica da insolvabilidade das empre-

³ *Da Falência no Direito Brasileiro*, Cia. Ed. Nacional, 1931, p. 9)

⁴ L’Ouverture du Règlement Judiciaire, p. 17, in *L’enjeu du Nouveau Droit des Faillites*. Colloque du 17 mai 1984. LITEC DROIT, 1985.

sas em que há relevante interesse social não se deve fazer em função do exclusivo interesse de seus credores.⁵

Interesse social não significa proteger o lucro, que é o único interesse a ser preservado do ponto de vista dos credores. Apenas como exemplo, em recente concordata preventiva, posteriormente convolada em falência, que se processou na cidade de São Paulo, o maior credor era um banco, que teve metade de seu lucro líquido do exercício incluído no passivo quirografário. Pergunta-se: seria razoável exigir desse credor um sacrifício ainda maior para priorizar o eventual interesse social, acaso existente? Certamente que não.

É preciso lembrar que vários sistemas concursais não consagram a distinção entre empresa de interesse social e de interesse privado, como é o caso da lei norte-americana, onde prevalece, tão-somente, o interesse dos credores.⁶ Conforme se demonstrará a seguir, o interesse social não significa o interesse dos credores ou o do devedor, que na realidade são os únicos parâmetros adotados pelo Projeto.

3. A obsolescência do atual modelo - O Direito Falimentar sempre se caracterizou pelo que o Professor **Fábio Konder Comparato** denominou de dualismo pendular. As leis brasileiras ora destacavam a proteção dos interesses dos credores, ora os interesses do devedor, sem que houvesse qualquer preocupação com eventual interesse social da empresa a ser preservado.⁷

Portanto, desde o Diploma de 1850, até o atual DL nº 7.661/45, a falência foi apenas uma questão patrimonial, segundo a qual os credores dividiriam entre si o patrimônio do devedor.

Há muitos anos que a doutrina vem alertando para a inconveniência de se manter um direito falimentar centrado apenas na idéia tradicional de disciplinador da função anormal do crédito, para adotar um sistema que preservasse o interesse social dos bens de produção previsto na Constituição da República.⁸

⁵ *Direito Empresarial - Estudos e Pareceres*. Saraiva, 1990, p. 16.

⁶ Fábio Konder Comparato. *Direito Empresarial - Estudos e Pareceres*, p. 14.

⁷ *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. Ed. RT, 1970, p. 102.

⁸ Além dos trabalhos já mencionados do Professor Fábio Konder Comparato, leia-se, com muito proveito, Rubens Requião (*Aspectos Modernos do Direito Comercial*, Saraiva, p. 115) e Nelson Abrão (*O Novo Direito Falimentar*, RT, 1985).

Porém, o que se verifica é que esse novo direito não pode ser utilizado de forma irrestrita, como se propõe o Projeto, pois a sua aplicação só seria oportuna quando os custos sociais com a conservação da empresa forem menores ao da sua liquidação.

4. O conceito de empresa recuperável - *Les solutions qui se dégagent aujourd'hui sont très novatrices. Elles mettent, très heureusement, au premier plan les considérations économiques. Le sauvetage d'une entreprise est, en effet, un problème de management plus qu'un problème juridique.*
J.Paillusseau

A reforma da Lei de Falências deve obrigatoriamente ser precedida de um estudo econômico, pois seria ingênuo pretender legislar sobre o tema a partir de critérios apenas jurídicos, considerando que o conceito de empresa viável é econômico.

Um sistema concursal que pretenda pôr em prática o princípio de conservação da empresa não pode consistir em um mecanismo indiscriminado de conservação de qualquer empresa. O direito moderno não pode desprezar a questão fundamental de se saber em que casos as empresas devem desaparecer, e quando devem ser conservadas.

Esta questão, que o novo direito não pode resolver mediante o estabelecimento de um critério rígido de seleção, requer ao menos a elaboração de um padrão de empresa recuperável, que contenha as condições mínimas compatíveis com o interesse social que se pretende conservar.

Na realidade, o direito concursal deve ser um marco legal que permita, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou o desaparecimento de empresas ineficientes, com o deslocamento dos fatores de produção para campos de maior rentabilidade. Para cada uma dessas hipóteses a lei deve estabelecer a eliminação ou a conservação da empresa.

É fundamental que na adoção de um plano de reorganização os custos com a conservação da empresa sejam inferiores aos custos com a liquidação. Não há dúvida de que a aplicação generalizada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, pode significar um aumento dos custos sociais.

A reorganização da empresa não é uma panacéia, como imagina o Projeto, pois este instituto aplica-se apenas a um percentual pequeno em relação às empresas em dificuldades. Nada pode ser mais danoso ao interesse público do que a manutenção de empresas ineficientes, as quais inevitavelmente serão

mantidas com subsídios públicos. Nem mesmo o interesse exclusivo dos empregados pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções, e do conjunto da sociedade que sofre as conseqüências da baixa produtividade e da ineficiência dessas empresas.

A doutrina estrangeira destaca que a conservação da empresa em situação de crise só pode ser uma solução correta se os custos com a sua conservação sejam menores do que os de sua liquidação.⁹ Portanto, a aplicação do princípio da recuperação não é a única forma para modernizar o direito concursal. Ao contrário, na maioria dos casos, pode-se obter uma maior eficiência através de um processo de liquidação eficiente.

Francisco Cabrillo, em magnífica análise econômica do direito concursal espanhol, alerta para o fato de que dentre os custos com a conservação de uma empresa ineficiente, destaca-se o da baixa produtividade dos fatores de produção nela empregados. Portanto, seria perigoso elaborar uma lei que facilitasse indiscriminadamente a conservação de empresas em momento de crise, sem considerar o custo com a sua manutenção. Seria, por exemplo, um erro grave decidir pela manutenção de empresas ineficientes apenas para evitar o desemprego, pois o resultado final dessa política dificultaria ainda mais a criação de empresas eficientes.¹⁰

Estudos também realizados com base no direito norte-americano também demonstram um elevado índice de erro nas decisões judiciais sobre a viabilidade econômica das empresas, pois a tendência dos credores e do juiz é a de menosprezar os riscos de fracasso, pelas razões acima mencionadas. O resultado desastroso constatado por **Thomas Jackson** revela que grande parte das empresas americanas reorganizadas na forma da lei, e que foram consideradas viáveis judicialmente, duraram muito pouco no mercado. Isso é claro, sem considerar o elevado percentual das empresas que sequer conseguiram cumprir os planos de recuperação aprovados pelos credores e pelo juiz, como ocorreu com a PanAm.¹¹

Na falência não é complicado identificar os custos de um processo liquidatório, mas aqueles para a manutenção de uma empresa em dificuldade são mais difíceis de constatar.

⁹ Francisco Cabrillo. *Quiebra y Liquidación de Empresas*. Ed. Unión Editorial, 1889, p. 140/141.

¹⁰ Ob. Cit. p. 39.

¹¹ *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Harvard University Press, 1986, p. 218/224.

São na realidade custos que para a sociedade representam a consequência de recursos produtivos mal empregados, dando origem a uma redução da renda nacional, e, portanto, do bem estar social. Exatamente por ser difícil de identificar é que este custo tende a ser subestimado nos processos de reorganização. O resultado óbvio é que a conservação dessas empresas acaba sendo contrária ao verdadeiro interesse social que se pretende conservar.

Na França, na discussão parlamentar dos projetos de leis sobre a matéria sempre foi enfaticamente destacado que a recuperação só deveria abranger as empresas viáveis. As demais deveriam ser eliminadas.

Paillusseau lembra que é essencial que seja assim, pois caso contrário, se for mantida artificialmente em funcionamento, quem vai financiar sua existência - indaga o Professor da Universidade de Rennes? Os credores? Não é este o papel deles. Os acionistas? É provável que não possam mais aportar capital, caso contrário já o teriam feito. O Estado?, quer dizer, o contribuinte? Pode ser, mas será provavelmente em detrimento do bem estar social.¹²

As empresas que foram mantidas artificialmente, em descompasso com a sua realidade econômica viram até mesmo seus empregados desaparecerem pouco a pouco, após algum tempo. É evidente que a noção de viabilidade não se resume somente a uma apreciação financeira, mas é igualmente correto afirmar que uma empresa não pode ser considerada viável se não tem independência financeira de modo permanente, sem que tenha alcançado um independência econômica.¹³

Em síntese, resumindo os elementos que identificam a empresa recuperável economicamente, **Paillusseau** conclui que deve ser apenas aquela que pode remunerar normalmente os capitais nela aportados. Em consequência, se a empresa não é capaz de remunerar o capital nela empregado, uma fonte essencial de seu financiamento desaparece. Neste cenário, a empresa tenderia a ser subvencionada pelo Poder Público, cujos inconvenientes são evidentes.¹⁴

Naturalmente, a apreciação da viabilidade não deve se limitar a uma análise meramente financeira da empresa. Este estudo não teria sentido senão num contexto global, considerando as reais perspectivas de rentabilidade

¹² Ob. Cit., p. 17.

¹³ Paillusseau. Ob. Cit., p. 17/20.

¹⁴ Ob. Cit., p. 18/19.

da empresa. A viabilidade dependeria, em resumo da resposta às seguintes indagações formuladas pelo Professor **Paillusseau**: Qual a importância em relação aos concorrentes? Quanto valem seus produtos e serviços no mercado? Qual é a qualidade da sua organização de produção? Quais são os investimentos que devem ser feitos? Todas essas perguntas e outras mais é que permitem traçar ao menos um parâmetro para se saber se a empresa é ou não viável.¹⁵

Portanto, qualquer plano de recuperação econômico deve ter como prioridade identificar as condições econômicas e financeiras para se tornar viável, e ainda verificar, de forma objetiva, se elas podem ser alcançadas.

O Legislador Português, na Exposição de Motivos do Dec. Lei nº 132/93, bem frisou que “os programas de recuperação econômica da empresa não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio. Só a **real viabilidade** econômica da empresa em dificuldade pode legitimar, sobretudo numa economia de mercado como a que hoje vigora no espaço comunitário europeu, o cerceamento da reação legal daqueles cujos direitos foram violados.”

Aqui, cabe indagar? Teria o legislador tido tal preocupação? Teria o Projeto sido precedido de um estudo econômico, a exemplo do modelo francês?

5. A reforma deve ser ampla - Modernizar o direito concursal pressupõe muito mais do que introduzir um instituto como o da recuperação da empresa.

Em primeiro lugar, é fato notório que médias e até grandes empresas impetram concordata ou vão à falência por falta de uma legislação eficiente capaz de reprimir o abuso do poder econômico. No Brasil, o sistema constitucional econômico acolhe princípios do Estado Liberal, que consagram a primazia da livre iniciativa.

Para demonstrar a importância desse princípio, vale ressaltar que o exame da matéria deve partir desde o nível de princípio fundamental do Estado (art. 1º, IV), instituidor da livre iniciativa, passando pelo nível de princípio geral da ordem econômica (artigo 170, IV), que consagra também a livre iniciativa, até, como seu consectário, o nível de princípio setorial do

¹⁵. Ob. Cit., p. 19.

desprivilegiamento da atitude econômica exercida pelo Estado (art. 173, § 3º). A justiça social constitui-se no objetivo da ordem econômica (art. 170). Para alcançá-la, a Constituição da República estabeleceu como um dos princípios basilares o da livre concorrência.

A livre concorrência, contudo, existe dentro de um contexto onde é apenas um meio para alcançar o fim (justiça social). Embora a livre concorrência seja um princípio constitucional, não pode ser concebida de forma antisocial, objetivando apenas o lucro do empresário e o aumento do seu mercado em detrimento dos demais concorrentes.

O princípio da livre concorrência, para ser fielmente observado, depende de mecanismos a serem criados pelo Estado, para garantir a livre concorrência, impedindo o abuso do poder econômico. A livre iniciativa não é absoluta, sendo, por exemplo, intolerável tal concentração econômica de determinado grupo que possa impedir a iniciativa de outros.

Nos termos do parágrafo 4º do artigo 173, o abuso do poder econômico é caracterizado pela dominação dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros. O abuso pode se caracterizar apenas com um desses elementos.¹⁶ Percebe-se que o comportamento de cartéis, interferindo na livre iniciativa, pode claramente provocar o desaparecimento de várias empresas produtivas.

É fundamental a edição de legislação infraconstitucional disciplinando a atuação de todos os agentes econômicos, no sentido de impedir as hipóteses ventiladas no parágrafo 4º do art. 173. Além disso, cabe criar um mecanismo estatal eficiente que possa punir de forma exemplar qualquer das modalidades do abuso do poder econômico.

Para que este órgão governamental possa efetivamente cumprir suas funções, é importante que se dotado de poder inibitório, para, de forma preventiva, paralisar as etapas formadoras de abuso do poder econômico, sob pena de enfrentar apenas fatos consumados.

Ainda, para coibir as práticas desleais, que impedem a pulverização da oferta, não basta apenas fiscalizar o mercado, sendo preciso fomentar a pequena e média empresa naquilo que ela tem de mais eficiente, estimu-

¹⁶ Fábio Konder Comparato in *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Forense, 1984, pp. 78 e segs. No mesmo sentido José Alexandre Tavares Guerreiro in *Formas de Abuso do Poder Econômico*, Revista de Direito Econômico do CADE, Nova fase nº 3, p. 49, 1986.

lando suas vantagens comparativas. Infelizmente, em muitos casos, o mau exemplo partia do próprio Poder Executivo, que alterava o desenvolvimento de atividades e empresas, estabelecendo reservas de mercado, credenciamento para acesso a financiamentos e incentivos fiscais que, na realidade, representavam mecanismos eliminadores da competição.

Além disso, deve ainda haver um processo de integração entre o direito concursal e os outros ramos do direito, visando impedir casos como ocorrem na legislação tributária, que permitem que determinados créditos não se sujeitem ao procedimento concursal.

Qualquer hipótese que permita, na reorganização, a cobrança de determinados créditos deve ser proibida, como ocorre no direito brasileiro, através de artifícios jurídicos - aliás de constitucionalidade duvidosa - como é o caso da restituição que as instituições financeiras têm pelo adiantamento de contrato de câmbio. Da mesma forma, não são coerentes com o novo sistema mecanismos como a ação de restituição nos casos de contratos de *leasing* e de alienação fiduciária, que permitam que alguns créditos sejam excluídos do processo de reorganização.

Neste sentido é a lição oportuna do legislador português, ao acabar com privilégios injustos, principalmente do fisco, que não se submetia a qualquer regra de falência ou na concordata. Note-se que mesmo o privilégio a ser concedido aos credores trabalhistas não autoriza concluir que estes credores possam agir isoladamente, ou mesmo vender separadamente alguns bens do devedor, como ocorre na lei espanhola.¹⁷

Finalmente, merece registro o fato de que o Poder Judiciário deve ser melhor aparelhado para decidir sobre esta questão. Para evitar a longa duração dos processos falimentares, é preciso que se ampliem os recursos que o Estado possa dedicar à administração da Justiça.

No processo de reorganização, é fundamental frisar a eficiência da organização judiciária, para que o procedimento se desenvolva nos termos previstos pelo legislador. É freqüente a hipótese em que a lei falimentar, apesar de tecnicamente correta, não alcança o seu objetivo pela delonga do processo, que se arrasta por vários anos. É importante verificar como terminam os procedimentos falimentares, para então identificar se as causas do fracasso estão na própria lei, ou se decorrem apenas da sua aplicação.

¹⁷ Francisco Cabrillo, ob. cit., p. 17.

Os fatos comprovam que apenas uma parcela pequena das empresas em dificuldade recorre a um procedimento concursal. Ou seja, há uma indicação clara de que o mercado busca outras soluções, além daquelas previstas nas normas concursais, o que já é suficiente para justificar uma reforma profunda da lei. Parte deste insucesso, contudo, decorre da falta de aparelhamento do Poder Judiciário, para resolver rapidamente tais questões. Como ocorre na França, impõe-se a criação de uma Justiça especializada em Direito Falimentar, o que decorre até mesmo do grau de especialização que a aplicação da lei requerer.

6. Outras falhas graves do Projeto de Lei nº 4.376/93 - Feita essa abordagem teórica, cabe agora analisar o caso concreto.

O Projeto original de 1993, encaminhado ao Poder Legislativo, cuidava de três institutos, que eram a falência (denominada de liquidação judicial), a concordata preventiva e a recuperação da empresa.

A partir do Substitutivo, apresentado pelo relator Deputado Osvaldo Biolchi, a concordata preventiva foi suprimida do texto, passando, em consequência, o Projeto a regular apenas a recuperação e a liquidação judicial. Também a Emenda Global, de autoria do Deputado Luis Roberto Pontes manteve essa mesma orientação do Substitutivo de excluir a concordata do sistema legal.

Naturalmente, bastava comparar as observações gerais sobre o conceito de empresa recuperável com o Projeto para concluir pela sua inutilidade.

Mas, a existência de outros erros graves não podem passar despercebidos.

Quanto ao aspecto formal, cumpre destacar que a falta de técnica é assustadora.

Primeiro, alterar os nomes dos institutos inutilmente só faz criar uma confusão absolutamente desnecessária, como ocorre com o conceito de “massa falida” que passa a ser “massa liquidanda”, sem qualquer justificativa.

Também não há razão para a falência se chamar “liquidação judicial”, pois, na realidade, a liquidação é apenas uma das fases da própria falência. Ademais, nem toda liquidação judicial é sinônimo de falência. A Lei de Sociedades por Ações, por exemplo, no artigo 206, II, cuida de três hipóteses de liquidação judicial, sendo que apenas uma demais é falimentar.

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

Na impontualidade, a lei simplesmente presume que o devedor esteja insolvente, pelo só descumprimento da obrigação de pagar no vencimento dívida líquida e certa constante de título executivo, sendo irrelevante o exame do aspecto econômico da empresa. A incoerência entre o instituto da impontualidade e o fim pretendido (prova da inviabilidade econômica) é absoluta.

Ainda, nota-se que o critério excessivamente rigoroso da impontualidade parece ser o menos coerente com o instituto da recuperação da empresa, que pode ser levada à quebra por uma mera questão momentânea de liquidez.

De outra parte, ao contrário da lei atual, o Projeto não adotou um enfoque sistemático do instituto da liquidação judicial (sic).

O correto seria tratar da caracterização da falência, da declaração da quebra, dos efeitos em relação aos credores, aos bens do devedor, aos efeitos quanto aos contratos, passando pela verificação e pela classificação de créditos, até chegar à fase final da liquidação. Onde já se viu tratar primeiro da classificação e só após da verificação, quando a ordem lógica é exatamente a inversa?

Nada justifica iniciar o texto legal cuidando dos créditos que não são exigíveis na liquidação judicial (que é apenas a redação do artigo 23 da lei atual) e, em seguida, da classificação dos créditos, para só nos artigos 67 e seguintes regular as causas da falência, ou pior “as causas da inviabilidade financeira e econômica”.

Mesmo nas disposições que caracterizam a falência, o artigo 67 mistura dois institutos distintos que são a impontualidade e a insolvência presumida. Por exemplo, o conceito de impontualidade está inicialmente previsto no inciso I do artigo 67, mas a sua definição só aparece nos artigos 68 e 69, provocando uma confusão desnecessária para o intérprete. Se as causas continuam sendo a impontualidade e a insolvência, porque não manter o sistema da atual lei?

Em síntese, a impropriedade é de tal ordem que mesmo a caracterização da falência merece ser mantida como está no DL nº 7.661/45, pois a emenda será pior do que o soneto.

6.1. *O subjetivismo do Projeto* - Conforme já destacado, a recuperação da empresa deve ser um marco legal que permita, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou a liquidação de empresas ineficientes, permitindo o deslocamento desses fatores de produção para campos mais rentáveis.

Ficou ainda comprovado que a aplicação indiscriminada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, pode, na realidade, aumentar os custos sociais, pois uma empresa que não tem condições de remunerar os capitais nela aportados, tende, inevitavelmente, a ser subvencionada pelo Poder Público, ou seja, pelo contribuinte.

O Projeto tem um conceito impróprio de empresa recuperável, permitindo a sua aplicação até às pessoas físicas (art. 1º), chegando ao ponto de admitir o pedido de recuperação econômica formulado até mesmo pelo espólio do devedor comerciante individual (parágrafo único do artigo 28), como se fosse possível enxergar interesse social nesse caso. Somente a imaginação fértil do legislador pode conceber um projeto de recuperação econômica elaborado por uma viúva de um comerciante individual. Esse exemplo apenas reforça a suspeita de que o legislador, do primeiro ao último artigo, não tem um conceito claro de quem deveria se beneficiar desse instituto.

De outro lado, o plano de recuperação pode ser apresentado pelo devedor sem qualquer preocupação com o prazo para o seu cumprimento, pois é ele quem propõe “a estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento” (inciso VII, art. 32).

Nesse procedimento, concebido pelo legislador, perdem todos, menos o devedor.

Os credores trabalhistas devem ser pagos em um ano, “atendendo às disponibilidades financeiras do devedor” (art. 30). Mas, se o devedor não pagar os empregados (ou provavelmente ex-empregados) - o que com toda a certeza sempre ocorrerá - o juiz pode prorrogar esse prazo, sem que haja no Projeto qualquer parâmetro para essa dilação.

Mais uma vez, quem paga a conta é o Poder Público, pois é obrigado a receber seu crédito parcelado em até 90 meses (quase oito anos), apenas acrescido de correção e juros de até 5%^{aa}. Segundo o art. 41, basta o deferimento da recuperação judicial para que o devedor obtenha o direito de parcelar suas dívidas tributárias, independentemente de qualquer garantia real, e pelo prazo que lhe aprovar (até o limite de 90 meses). Essa sobre-

vida desnatural será custeada em grande parte pela própria sociedade, pois é evidente que o Projeto permite que a empresa seja mantida artificialmente, conforme já salientado.

6.2. *A ausência da concordata preventiva* - A concordata preventiva não é incompatível com o instituto da recuperação econômica da empresa, como imagina o Projeto. Cada qual tem a sua finalidade específica.

Enquanto que de um lado a concordata preventiva atenderia à maioria absoluta das necessidades dos empresários, para evitar a falência, pois são questões ligadas à má utilização do crédito, causando um desequilíbrio financeiro ou econômico momentâneo, de outro a recuperação econômica visaria casos especiais, nos quais o interesse social relevante está acima dos interesses dos credores e do próprio devedor.

A realidade tem demonstrado que a maior parte das empresas que se socorrem da concordata preventiva, são pequenas e médias, que tentam obstar a quebra mediante a obtenção de meios que lhes permitam oferecer aos credores remissão ou dilação no pagamento de suas dívidas. É apenas isso. Enxergar nesses casos hipóteses de interesse social relevante é absolutamente divorciado da realidade.

Assim, se o legislador tivesse percorrido os cartórios que processam as concordatas preventivas teria chegado à essa conclusão. Portanto, da forma como está redigido o Projeto, esses devedores, por uma questão de sobrevivência, serão forçados a criar algo desnecessário, que é um plano irreal de recuperação, para preservar a realização da função social que certamente não está presente nessas empresas.

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

7. **Conclusão** - Em síntese, chegamos à conclusão de que o instituto da recuperação econômica deve ser inserido brevemente no sistema legal, mas não como previsto no Projeto. Lamentavelmente, o Projeto contém falhas graves, que inevitavelmente o levarão ao insucesso, pois demonstrou desconhecer o próprio conceito de empresa recuperável.

Talvez fosse melhor, a curtíssimo prazo, aprimorar o instituto da concordata e da falência, do que se aventurar em uma empreitada de grande calado, sem conhecimento de causa.

A concordata preventiva ainda é de grande valia. Pequenas alterações seriam suficientes para atender às demandas dos empresários e juristas. A fraude constatada nas legislações anteriores, ocasionada pela desmedida influência dos credores, levou o legislador de 1945 a afastar qualquer possibilidade de acordo entre credores e devedor, dando ao instituto uma natureza de favor legal. Talvez uma flexibilização do instituto, permitindo, em determinadas hipóteses, uma composição entre credores e devedor fosse uma boa solução. **In medio stat virtus.**

Depois, com as cautelas devidas, poder-se-ia reiniciar a elaboração de um anteprojeto específico sobre reorganização, mas sempre atentando para as questões acima abordadas. ◆