

a eficiência do
PROCESSO
JUDICIAL
na recuperação
de empresa

saraivajur.com.br

Visite nosso portal

RICARDO NEGRÃO

(Ricardo José Negrão Nogueira)

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Mestre em Direito (PUC-SP)

Professor Universitário

a eficiência do
PROCESSO
JUDICIAL
na recuperação
de empresa

2010

 **Editora
Saraiva**

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Bratas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURUR (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurur

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

ISBN 978-85-02-07866-6

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Negrão, Ricardo

A eficiência do processo judicial na recuperação de
empresa / Ricardo Negrão. — São Paulo: Saraiva, 2010.

Bibliografia.

1. Empresa - Recuperação 2. Falências - Leis e
legislação - Brasil 3. Recuperação judicial (Direito) - Leis e
legislação - Brasil I. Título.

08-12106

CDU-34.736(81)094.56

Índices para catálogo sistemático:

1. Empresas : Recuperação : Processo judicial : Direito
comercial 347.736(81)094.56
2. Recuperação de empresas : Processo judicial : Direito
comercial 347.736(81)094.56

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Thiago Marcon de Souza

Produção editorial Lígia Alves

Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy

Bernardete Rodrigues de Souza Maurício

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Mônica Landi

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Ana Maria Benfica

Ivone Rufino Calabria

Serviços editoriais Ana Paula Mazzocco

Vinicius Azevedo Vieira

Capa Casa de Ideias / Daniel Rampazzo

Data de fechamento da edição: 7-12-2009

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio
ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e
punido pelo artigo 184 do Código Penal.

A JESUS, meu SENHOR E SALVADOR

*"As palavras dos meus lábios e o
meditar do meu coração
sejam agradáveis na tua presença,
SENHOR, rocha minha
e redentor meu! (Sl. 19.14).*

*Em memória de meu pai,
Professor Sebastião Ramos Nogueira,
emérito educador.*

*À minha mãe e primeira Professora,
Elza Negrão Nogueira,
de notável caráter e senso de justiça.*

*À Maria Teresa, companheira, amiga,
colaboradora e adjunta.
Aos meus amados filhos, Paula, Filipe e Lucas.*

1	EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCURSAL NO BRASIL	17
1.1	Mudanças econômicas, sociais e culturais na segunda metade do século XIX	17
1.2	Evolução do pensamento jurídico e sua influência na segunda metade do século XIX	20
1.3	A ideia de recuperação no Brasil-Império	21
1.4	A ideia de recuperação no Decreto n. 917, de 1890	23
1.5	A ideia de recuperação na Lei n. 859, de 1902, e no Decreto n. 4.855, de 1903	25
1.6	A ideia de recuperação na Lei n. 2.024, de 1908.....	29
1.7	A ideia de recuperação na Lei n. 5.746, de 1929.....	31
1.8	A ideia de recuperação no Decreto-Lei n. 7.661, de 1945	31
1.9	A evolução da ideia de recuperação até o advento da Lei n. 11.101, de 2005.....	33
1.10	Escopo e princípios da recuperação até o advento da Lei n. 11.101, de 2005.....	36
1.11	Escopo e princípios da recuperação na Lei n. 11.101, de 2005.	41
2	RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA NO DIREITO COMPARADO	44
2.1	Parâmetros da evolução do Direito Concursal	44
2.2	O sistema de coordenação dos processos de insolvência na União Europeia.....	46
2.3	O modelo das Nações Unidas	47
2.4	A legislação de insolvência na Alemanha	54
2.4.1	Conceitos e espécies procedimentais.....	55
2.4.2	Legitimidade	56
2.4.3	Principais efeitos	56

jeto da Câmara, entre outras regras, ao representante do *Parquet* se atribuía o poder de requerer a falência, o que seria condenável por se tratar de intervenção pública nos negócios privados e já não constar de inúmeras legislações europeias; (e) o substitutivo do Senado previa a não sujeição da lei à regulação do Poder Executivo.

O instituto da continuação de negócio (art. 78) ganha os contornos modernos que persistiram até a entrada em vigor da Lei n. 11.101, de 2005, moldando-se como instrumento recuperatório preliminar a viabilizar o pedido de concordata, razão pela qual se impõe, no § 5º, a cessação da autorização judicial na hipótese de não obtenção da suspensão do processo falimentar no momento da primeira reunião com os credores - verdadeira audiência de verificação de crédito.

Entre os meios de recuperação do devedor, o substitutivo do Senado, transformado na Lei n. 2.024, de 1908, estabeleceu duas espécies de concordata, denominadas "preventiva" e (suspensiva) "na falência", vedando sua aplicação às sociedades anônimas, aos corretores, agentes de leilões e empresários de armazéns gerais.

As regras comuns às concordatas passaram a ser: (a) manutenção da "mais absoluta igualdade entre os credores não privilegiados", salvo consentimento expresso dos menos favorecidos (art. 105, § 3º); (b) remissão de parte da dívida, para pagamento à vista, exigindo-se, entretanto, quóruns distintos para a aprovação (art. 106): maioria dos credores e pelo menos três quintos do valor dos créditos, se a proposta cobrisse mais de 60% dos créditos; dois terços dos credores e pelo menos três quartos do valor dos créditos se a proposta alcançasse mais de 40% dos créditos; três quartos dos credores representando pelo menos quatro quintos do valor dos créditos, se o percentual proposto alcançasse valor igual ou menor que 40%; (c) possibilidade de dilação de prazo para pagamento da dívida, em até dois anos, exigindo-se a aceitação de três quartos do valor dos créditos (art. 106, § 1º); (d) exclusão dos credores privilegiados, salvo se renunciassem às garantias reais, dos parentes até quarto grau e cessionários que tivessem recebido o crédito há menos de um ano e dos detentores de créditos cedidos após a falência (art. 106, § 2º); (e) facultou-se aos credores a constituição de uma comissão fiscal concedendo-lhe poderes que, por certo, não podiam exceder aos que lhe foram atribuídos no processo e, em especial, os previstos no art. 32: intervir, como assistentes, em quaisquer ações promovidas contra ou pela massa; fiscalizar a administração da massa falida e requerer e promover no processo da falência o que fosse a bem da referida massa e à execução da lei e examinar, em qualquer tempo, os livros e papéis do falido, e da administração da massa falida, independentemente de ordem ou autorização do juiz.

Na concordata incidental à falência a lei não vedou a possibilidade de o devedor requerê-la após a primeira assembleia (art. 119), contudo deveria, neste caso, arcar com as despesas de convocação. Se os credores que detivessem um terço do valor dos créditos apoiassem o pedido, o juiz sustava a venda de bens da massa, sem suspender o curso do processo falimentar, até decisão dos credores. Na hipótese de, contados os votos dos presentes e dos que subscreveram a proposta, não ser alcançada maioria, o pedido seria tido como rejeitado. No caso de rejeição, um novo pedido somente poderia ser apresentado quatro meses depois.

1.7 A Ideia de Recuperação na Lei n. 5.746, de 1929

As mudanças ocorridas em 1929 sugeriam mero retoque geral nos procedimentos e institutos regulados pela lei de 1908. No campo da recuperação do devedor, porém, alteraram-se substancialmente os requisitos objetivos para o pedido da concordata (art. 106): (a) se à vista, a proposta de pagamento devia equivaler a, pelo menos, 40% e o *quorum* variava de acordo com o percentual da proposta, quanto menor o dividendo a ser pago, maior era o *quorum* de deliberação: 70% para a proposta entre 40% e 45%; 65% para a proposta entre 46% e 50% para a proposta superior a 50%; (b) se a prazo, este não poderia ser maior de dois anos, devendo ser apoiada por dois terços dos credores que representassem, ainda, 75% dos créditos. Além da dilação, a proposta podia propor remissão da dívida: 50% se o prazo fosse de seis meses; 55% se o prazo fosse de doze meses; 60% se o prazo fosse de vinte e um meses.

A regra de exclusão de credores privilegiados, parentes e cessionários, prevista na lei anterior manteve-se. Possibilitou-se, tal qual a revogada, a concordata suspensiva tardia (art. 109).

1.8 A Ideia de Recuperação no Decreto-Lei n. 7.661, de 1945

Subsistiram, no regime de 1945, os institutos da continuação de negócio do falido e as concordatas preventiva e suspensiva, esta nas formas tempestiva (art. 178) e tardia (art. 185), como delineado nos dois diplomas anteriores.

Duas mudanças essenciais, contudo, quanto aos requisitos da proposta e forma de aprovação afastaram a similitude dos institutos de 1908-1929 e de 1945.

Quanto à forma de aprovação, não havia mais acordo com os credores, a natureza jurídica do instituto foi substancialmente modificada. No sistema de 1908-1929, a doutrina outorgava-lhe a natureza de contrato especial, como se depreende do ensino de Carvalho de Mendonça (1955, p. 333):

Certo é que a concordata se apresenta como contrato especial, estabelecendo ao mesmo tempo obrigações diretamente derivadas da convenção para os que a realizam e obrigações *ex lege* para os abstinentes, ou dissidentes em minoria.

O caráter contratual é o predominante na concordata, imprimindo-lhe a feição jurídica, e sob esse ponto de vista a reconhece a Lei n. 2.024, quando a chama de acordo (art. 104, n. 3), e se refere à proposta do devedor (arts. 103, 149 *et passim*), à aceitação dos credores (arts. 106, 155 *et passim*), e à rescisão (arts. 115, 158 *et passim*).

Em nota de rodapé, Carvalho de Mendonça (1955, p. 333) arremata:

Este princípio foi adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão de 3 de junho de 1913, confirmado pelo de 19 de maio de 1914, na *Revista dos Tribunais*, v. 6º, p. 215 e v. 10, p. 79; e no *São Paulo Judiciário*, v. 32, p. 233.

Afastou-se a Lei de 1945 da teoria contratualista, abraçando a visão processualista, conforme obra deste autor (NEGRÃO, 2004, p. 568):

Entretanto, o Decreto-Lei n. 7.661/45 - a Lei Falimentar em vigor - distanciou-se dessa concepção, introduzindo a noção de concordata sem acordo prévio com os credores. Na exposição de motivos o legislador substituiu a manifestação da vontade dos credores pelo ato judicial conferido pelo juiz, denominando-o "favor legal", expressão que recebeu muitas críticas da doutrina por confundir direito à concordata com favor outorgado pelo Estado-Juiz. Partindo da premissa de que a sentença judicial dispensa a manifestação da vontade dos credores, Waldemar Ferreira (1966, p. 269 e 271) conclui que a "concordata não é concordata" mas, sim, "processo judicial, que se poderia, com inteira propriedade, denominar de reajustamento financeiro do falido", "independente da vontade de seus credores".

Nesse mesmo sentido se manifesta Pontes de Miranda (1998, v. 3, p. 489) ao afirmar que "a concordata de hoje, de concordata só tem o nome. Em vez do negócio jurídico unilateral das indúcias creditórias e do acordo extrajudicial, ou judicial, com maior ou menor função do juiz, e da moratória por ato de graça do Príncipe, tem-se, hoje, a concordata ou - melhor - a dilação, que é prestação jurisdicional, pois o Estado atribuiu, em certas circunstâncias, ao devedor, a concordata preventiva ou suspensiva, e ao mesmo tempo assegurou a tutela jurídica. A justiça, diante do pedido de concordata, presta o que o Estado fizera *direito do devedor*, e presta-o, porque o Estado também prometera ao devedor a tutela jurídica".

Diferiam ainda os institutos de 1908-1929 e 1945 quanto aos requisitos da "proposta". A concordata suspensiva podia ter caráter remissório, se

⁹ Vocabulo carregado de ambiguidade diante da adoção da teoria processualista pelo legislador de 1945, conforme lembra Coelho: "Embora muitas vezes chamada de 'proposta' a oferta da so-

fosse à vista, com desconto de 35% sobre os valores habilitados e remissório-dilatatório, se fosse a prazo, com proposta de pagamento de, no mínimo, 50%, em até dois anos (art. 177). A preventiva admitia três subespécies: remissória, quando à vista, com desconto de 50% sobre os valores habilitados; meramente dilatatória, se o prazo fosse de vinte e quatro meses e remissório-dilatatória para os prazos de seis, doze e dezoito meses, exigindo-se o pagamento mínimo de 60%, 75% e 90%, respectivamente (art. 156).

1.9 A Evolução da Ideia de Recuperação até o Advento da Lei n. 11.101, de 2005

Substancialmente, os institutos de recuperação desde o Código Comercial de 1850 até o Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, revogado pela Lei n. 11.101, de 2005, previam instrumentos de prevenção e de suspensão da falência, com pagamentos parciais ou totais ou, ainda, tão somente concessão de prazo, conforme a qualificação da falência. As variações terminológicas e conceituais podem ser assim resumidas:

Formas incidentais: (a) concordata - contrato especial, verdadeiro acordo proposto pelo devedor aos credores quirografários, apresentada logo depois da instrução do processo falimentar, no momento da primeira assembleia de credores, vigorou como instituto predominante desde a Parte Terceira do Código Comercial (arts. 842-854), persistindo nas leis subsequentes. No Decreto n. 917, de 1890, assumiu o nome de concordata por pagamento (art. 42), retomando a denominação original - concordata - na Lei n. 859, de 1902 (art. 53). Tomou a forma de "concordata na falência", assumindo as formas tempestiva e tardia, a partir da Lei n. 2.024, de 1908, quando o legislador passou a indicar as modalidades remissórias, à vista ou a prazo, exigindo quóruns distintos. A lei de 1908 vedava sua aplicação às sociedades anônimas, aos corretores, agentes de leilões e empresários de armazéns gerais. Entretanto, a Lei n. 5.476, de 1929, admitiu a legitimação desses empresários; (b) concordata suspensiva - processo, nas formas tempestiva (art. 178) e tardia (art. 185), previstas no Decreto-Lei n. 7.661/45. A partir de 1945 não há mais deliberação dos credores acerca da "proposta" apresentada pelo devedor falido; (c) concordata por abandono, concebida no projeto de Joaquim Nabuco e de 1866, veio a integrar o sistema falimentar a partir do Decreto n. 3.065, de 1882. Consistia na cessão de todo ou de parte do ativo do falido a favor dos credores. Reproduzido no Decreto n. 917, de 1890 (art. 43); (d) continuação do negócio do devedor que passou a ser regulado

cidade devedora, note-se que a alternativa constante da petição de impetração não está sujeita à concordância dos credores" (2002, v. 3, p. 366).

pelo Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, sem contar de forma clara, em seu início, do caráter utilitário de viabilização de pedido de concordata suspensiva. O instituto foi reproduzido na Lei n. 859, de 1902 (art. 45), mas somente ganhou contornos modernos com a Lei n. 2.024, de 1908 (art. 78), mantidos na Lei n. 5.476, de 1929, e no Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, desaparecendo com a Lei n. 11.101, de 2005, que, por não prever qualquer modalidade de recuperação incidente à falência, tornou inconsistente a manutenção do instituto.

Formas preventivas: (a) cessão de bens. Permitida dentro de um período limitado ao decurso máximo de quarenta e oito horas após o protesto. Nesse prazo o devedor podia requerer a cessão de seus bens, nos termos do art. 131 do Decreto n. 917, de 1890, apresentando ao juiz pedido de “imissão de seus credores na posse da totalidade dos bens presentes para que por eles se paguem e o desonerem de toda responsabilidade”. Tratava-se de vertente preventiva da concordata por abandono; (b) acordo extrajudicial firmado com credores que representem três quartos da totalidade do passivo, submetido à homologação judicial (art. 120 do Decreto n. 917, de 1890). Destinava-se exclusivamente ao comerciante regular que não possuía título protestado por falta de pagamento. Reproduzido pela Lei n. 859, de 1902, sob o Título X - “Do acordo ou concordata preventiva”. A principal alteração, além da denominação adicional, estava em se permitir a propositura até dez dias do protesto por falta de pagamento e em data anterior a pedido falimentar (art. 114); (c) moratória obstativa de falência, de cunho meramente dilatório, destinada ao comerciante que demonstrasse “que a sua impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas procede de acidentes extraordinários imprevistos, ou de força maior, e que ao mesmo tempo verificar, por um balanço exato e documentado, que tem fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante alguma espera”. Prevista inicialmente no art. 898 do Código Comercial, permitia a extensão da mora pelo período máximo de três anos, reduzido para um ano no Decreto n. 917, de 1890 (art. 112); (d) concordata preventiva, com natureza de contrato especial com os credores. Concebido com este *nomen iuris* a partir da Lei n. 2.024, de 1908 (art. 149), era evolução do acordo extrajudicial, também denominado concordata preventiva, previsto no art. 120 do Decreto n. 917, de 1890, mesclando elementos de moratória, na modalidade da proposta de pagamento a prazo; (e) concordata preventiva-processo, prevista no art. 156 do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945.

Além dessas formas, reguladas pelos diplomas falimentares, coexistiu a modalidade extrajudicial, também denominada “concordata amigável”, sobre a qual escreveu Carvalho de Mendonça (1955, p. 497):

Esses acordos são verdadeiros contratos de direito comum, subordinados aos mesmos moldes e regras. Aos credores não pode ser negado o direito de dispor livremente do que lhes pertence, fazendo com o devedor

quaisquer arranjos em vantagens comuns e sem despesas. A lei não cogitou desses acordos, por isso que são regulados pelo direito comum.

E, ainda, quanto à sua evolução legislativa e doutrinária (1955, p. 498-499):

Sob o domínio do Código Comercial era muito controversa na doutrina e na jurisprudência a validade das concordatas amigáveis.

O Decreto n. 2.481, de 28 de setembro de 1859, declarou que, à vista das disposições dos arts. 842, 848 e 898 do Código Comercial, não podiam ser admitidas concordatas amigáveis. Aquele decreto foi expedido depois de ouvida a Seção de Justiça do Conselho de Estado, por provocação do Tribunal do Comércio da Bahia, e as razões que atuaram para a condenação dessas concordatas foram: a) a faculdade conferida ao juiz para declarar *ex officio* a falência; b) o fato de o falido estar sujeito ao processo criminal, onde a lei e a sociedade são interessadas.

Mais tarde, por ocasião da crise comercial da praça do Rio de Janeiro em 1864, os Decretos n. 3.308, de 17 de setembro desse ano, art. 2º, e n. 3.309, de 20 do mesmo mês e ano, art. 15, permitiram as concordatas amigáveis, concedidas por credores que representassem dois terços do valor de todos os créditos, por prazo não excedente de três anos, salvo se nelas conviessem todos os credores e fossem sujeitas à homologação do juiz do comércio.

O Decreto n. 3.516, de 30 de setembro de 1865, declarou sem efeito esses decretos, prevalecendo de novo o Decreto n. 2.841, de 1859 (n. 37 do 7º volume deste Tratado).

A jurisprudência, porém, parece ter dado ao Decreto n. 2.481 um sentido muito diverso daquele que o animou e que transpira do parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado. Assim é que admitiu, sem relutância, que as concordatas amigáveis sendo unânimes preveniam a falência, e com ela se achavam os eminentes jurisconsultos Cons. Nabuco, Teixeira de Freitas e Cons. Aquino e Castro.

Na economia do Decreto n. 917, de 1890, a questão perdeu todo o interesse. O acordo extrajudicial que o devedor fazia com a unanimidade dos credores não era proibido e, como contrato, celebrado com cada credor que agia por sua conta e resolvia como melhor lhe aconselhavam os seus interesses, produzia todos os jurídicos efeitos, independentemente de homologação judicial.

O mesmo aconteceu no regime da Lei n. 859, de 1902, e permanece no domínio da Lei vigente n. 2.024.

A Lei n. 2.024 não falou, nem precisava falar desses acordos, que excluem a falência, com fundamento no seu art. 4º, n. 7.

Não tem escapado à crítica a expressão concordata amigável, pois, se a concordata é formada na falência, pressupõe a unicidade do contrato, o que se não dá na chamada concordata amigável, que representa contratos singulares com os credores.

As mudanças operadas nos modelos legislativos foram provocadas principalmente pelos clamores dos operadores e destinatários do processo quanto à ineficiência deste e apontam a morosidade, a dilapidação da massa por força dessa morosidade ou pelo uso de meios fraudulentos e, ainda, o fato de, amiúde, não conduzir à recuperação da atividade comercial.

Desde muito cedo se verbera contra as fraudes e abusos nas falências, como se pode exemplificar com a manifestação do então Ministro da Justiça, Aureliano Coutinho, em 10 de maio de 1834:

Permiti, Augustos e Digníssimos Senhores Representantes da Nação, que reclame aqui a vossa atenção, sobre a necessidade de leis repressivas das contínuas fraudes praticadas no comércio. Quebras dolosas se observam todos os dias e frequentemente acontece que muitos, abusando da boa-fé de seus credores, vendem ocultamente quanto possuem, e retiram-se para fora do Império, sem que os mesmos credores, nem o governo, os possam embarçar no momento da saída, porque as leis não permitem a prisão por dívidas, como aliás acontece em países livres, e que não precisam tanto como nós proteger e animar o seu comércio. Um Código Comercial, elaborado por uma comissão, a quem foi incumbido, terá de ser-vos apresentado durante esta sessão, e vós sem dúvida o tomareis na devida consideração (CARVALHO DE MENDONÇA, 2000, p. 105).

Há, por certo, outros exemplos da insatisfação que podem ser extraídos de anais legislativos e documentos da época, bem como das exposições de motivo que acompanharam os projetos remetidos às casas legislativas.

1.10 Escopo e Princípios da Recuperação até o Advento da Lei n. 11.101, de 2005

Todos os precedentes institutos estudados caracterizam-se por se destinarem à recuperação do devedor em estado de dificuldade econômico-financeira e pressupõem a entrega ou manutenção de todo ativo sob sua administração e disposição, prevendo, entretanto, algumas poucas fórmulas de preservação desses bens no interesse dos credores.

Distancia-se a legislação de 2005 de todas as revogadas em alguns pontos essenciais: (a) ampliação do universo de credores, até então limitado aos credores quirografários; (b) não limitação dos meios recuperatórios; (c) criação de ambiente próprio à negociação entre credores e devedor; (d) clara definição da finalidade do processo recuperatório.

Quanto à preservação da atividade desenvolvida ou à manutenção de empregos não há, até 2005, qualquer referência a esses objetivos.

À falta de uma norma-objetivo, coube à doutrina tentar encontrar o escopo dos institutos da moratória, da concordata, do acordo extrajudicial e mesmo da continuação de negócios do falido.

Acerca da concordata foram elaboradas distintas concepções que mantêm, contudo, pontos comuns quanto ao interesse do devedor.

Carvalho de Mendonça (1955, p. 333) sustenta a salvação de interesses comuns do devedor e dos credores, inspirada na solidariedade e reciprocidade entre comerciantes:

Procura-se por meio da concordata defender e salvar interesses comuns do devedor e dos credores. Kohler bem o disse que ela consistia numa comunhão de perdas (*Verlustgemeinschaft*). Pela falência, nem sempre é responsável o devedor, que a ela pode ser levado pela crise do tempo. A formação deste convênio é especialmente inspirada, escreve Munzinger, pelo sentimento da solidariedade e da reciprocidade entre comerciantes, e este sentimento confunde-se com o pensamento de ser mais vantajoso aos credores estender ao falido a mão que o auxilia a levantar-se do que lhe tirar toda a esperança e todos os recursos.

Pontes de Miranda (1998, v. 3, p. 485) destaca a proteção do crédito:

A concordata, em qualquer das suas concepções, teve e tem por fim tratar como passageiras e remediáveis as crises que o são, ou, pelo menos, pelas circunstâncias, parece que o são. A crise pode ser a mesma e agravar-se, tornando sem contornabilidade possível o seu impacto. Enquanto, porém, tal agravação não se dá, ou não mostra ter tais consequências de impedir solução razoável das dívidas, a política legislativa há de velar pela tentativa de afastamento das consequências derruidoras do crédito.

Coelho (2002, v. 3, p. 359-360) indica como fim o exclusivo interesse do devedor em não sucumbir ao estado de falido:

O objetivo da concordata é resguardar a sociedade empresária devedora das consequências da falência. Ela evita a instauração do concurso falimentar (*concordata preventiva*) ou susta os seus efeitos (*concordata suspensiva*). Considera-se que os riscos da atividade de produção e circulação de bens, numa economia marcada pela liberdade de iniciativa e competitividade, reclamam uma proteção ao empresário que, tendo agido corretamente no cumprimento de suas principais obrigações, sofre revés nos negócios.

Requião (1982, p.1) aponta para a recuperação e a restauração da empresa:

O instituto jurídico da concordata visa resolver a situação econômica de insolvência do devedor, ou prevenindo e evitando a falência (*concordata preventiva*) ou suspendendo a falência (*concordata suspensiva*), para proporcionar a recuperação e restauração da empresa comercial.

Navarrini (1943), ao delinear a principal razão da concordata no sistema da comercialidade, enfoca tanto o interesse do devedor como a satisfação do interesse dos credores:

[...] salvar o comerciante desafortunado e honesto, que se ache em desordem transitória, da declaração de quebra que, de outro modo deveria ocorrer segundo os conceitos gerais. Impedir tal declaração e, portanto, impedir todas as consequências de variada natureza que dela derivam; dar ao comerciante meio de levantar-se de novo para corrigir diligentemente sua desordem econômica, permanecendo, ainda que seja com algumas necessárias restrições, à testa da administração de seu estabelecimento, que a liquidação de quebra destruiria para sempre e, por outro lado, assegurar aos credores, sem necessidade de liquidação, a satisfação adequada de seus créditos - quando o patrimônio de seu devedor permitir, são os meios com os quais a concordata preventiva se concretiza e se desenvolve.

Valverde (1999, v. 2, p. 248) encontra o objeto da concordata no equilíbrio das relações patrimoniais:

Podemos, pois, definir a concordata: uma demanda, tendo por objeto a regularização das relações patrimoniais entre o devedor e seus credores quirográficos e por fim evitar a declaração da falência, ou fazer cessar os efeitos dela, se já declarada.

Dá, portanto, a doutrina, quanto à concordata, unânime proeminência ao interesse do devedor e apenas secundariamente ao do credor, nada cogitando quanto aos demais aspectos da realidade empresarial: as relações de trabalho e a preservação da atividade, hodiernamente categorizadas segundo Asquini, respectivamente, perfil corporativo e perfil funcional.

A carga tuteladora dirige-se essencialmente ao sujeito da empresa, qualificado como comerciante desafortunado e honesto.

Quanto ao credor, nesse período, a preocupação do legislador pátrio, em prover-lhe instrumentos processuais para salvaguarda de seus direitos, restringiu-se quase que exclusivamente ao aspecto objetivo da realidade empresarial.

É desta natureza a proibição de o devedor alienar ou onerar bens imóveis ou outros sujeitos à cláusula da concordata, sem prévia autorização do juiz, ouvido o representante do Ministério Público, ou, ainda, de vender seu estabelecimento empresarial sem o consentimento expresso de todos os credores admitidos e sujeitos aos efeitos da concordata (art. 149 do Decreto-Lei n. 7.661/45).

Semelhantemente, as leis anteriores estabeleceram restrições ao devedor contemplado com favores legais, como, por exemplo, a proibição de alienar ou onerar bens imóveis ou garantir dívidas com penhor ou caução, sem autorização da comissão fiscal, no procedimento da moratória (art. 117 do Decreto n. 917, de 1890), ou alienar, hipotecar qualquer bem ou mesmo

contrair novas obrigações, sem autorização judicial, durante o processo de homologação da concordata (art. 129 do Decreto n. 917, de 1890).

Há ainda uma segunda forma de proteção dos credores, em fase precedente à homologação dos pedidos recuperatórios, que somente pode ser encontrada nos diplomas anteriores à Lei Falimentar de 1945. Trata-se do ajuste a que se submetem devedor e credores em razão da convocação judicial a partir do pedido e proposta apresentada pelo primeiro.

É certo que a proposta do devedor limita-se, nas concordatas, a um certo número de combinações entre o prazo para pagamento e a remissão de alguma ou nenhuma parte da dívida. Apresentam-se, assim, possíveis as concordatas puramente dilatórias ou meramente remissórias ou, ainda, as de modelo misto. Poucos são os meios recuperatórios e limitada a intervenção dos credores, que, não aceitando a proposta, deixam de subscrevê-la ou, ainda, submetem sua impugnação ao juízo concursal, em forma de embargos.

Nota-se, ainda, como limitação à intervenção dos credores, a redução pelo legislador, a cada promulgação de novo diploma falimentar, do prazo para os embargos: em oito dias - art. 850 do Código Comercial; em cinco dias - art. 46 do Decreto n. 917, de 1890, e art. 55 da Lei n. 859, de 1902; em três dias - art. 107 da Lei n. 2.024, de 1908, e da Lei n. 5.746, de 1929.

O *quorum* para a aprovação da concordata, igualmente, sofreu constantes modificações, buscando adequar o poder da minoria dissidente às condições da proposta do devedor: (a) maioria dos credores que, cumulativamente, detenham dois terços dos créditos (art. 847 do Código Comercial); (b) maioria de credores presentes que represente pelo menos dois terços dos créditos sujeitos (art. 1º do Decreto n. 3.065, de 1882); (c) credores que representem, no mínimo, três quartos da totalidade dos créditos (art. 45 do Decreto n. 917, de 1890); (d) credores que representem entre maioria e três quartos do total de credores e que detenham, cumulativamente, entre mais da metade e três quartos do valor dos créditos, dependendo do valor da remissão proposta (art. 83 da Lei n. 859, de 1902); (e) votos compreendidos entre a maioria e três quartos dos credores que cumulativamente detenham entre três quintos e quatro quintos do total de créditos, conforme condições de pagamento (art. 106 da Lei n. 2.024, de 1908); (f) votos da maioria que representem entre 60% e 70% dos créditos (art. 106 da Lei n. 5.726, de 1929). De se notar que os números possibilitam formar, em algum momento, uma minoria dissidente numérica entre 25% até 49% dos credores da massa que detêm entre 20% e 49% dos créditos sujeitos à concordata.

Os fundamentos aos embargos e da rescisão da concordata - ingrediente que pode ampliar ou limitar os poderes de intervenção do credor - consistiram, nesse período, além da desobediência à forma procedimental, na prova de má-fé do requerente (art. 902 do Código Comercial; art. 48, a, do Decreto n. 917, de 1890; art. 57, a, da Lei n. 859, de 1902), em prejuízo dos credores ou "que o estado dos seus negócios se acha de tal

sorte deteriorado, mesmo sem culpa sua, que o ativo não bastará para solver integralmente as dívidas passivas” (arts. 849 e 902 do Código Comercial).

A Lei n. 2.024, de 1908, e a Lei n. 5.726, de 1929, ambas no art. 108, ampliaram as hipóteses de objeções, particularizando especialmente os atos de má-fé: (a) inobservância das formalidades e dos requisitos estabelecidos por lei para a formação da concordata, a inclusão indevida de credores, cujos votos influíram na aceitação da proposta ou violação das regras prescritas para a convocação e reunião dos credores; (b) maior sacrifício aos credores que a liquidação na falência, atendendo à proporção entre o valor do ativo e a porcentagem oferecida; (c) conluio entre o devedor e um ou mais credores, ou entre estes, para aceitarem a concordata. Presume-se o conluio entre o devedor e o credor que desistir de suas garantias para votar na concordata, quando nenhum interesse de ordem econômica lhe aconselhava esse procedimento e o seu voto influiu na formação da concordata (redação da Lei n. 2.024, de 1908); (d) conluio entre o devedor e um ou mais credores, ou entre estes, para aceitarem a concordata. Presume-se o conluio: (i) se o credor desistir de suas garantias para votar a concordata, quando nenhum interesse de ordem econômica lhe aconselhava esse procedimento e o seu voto influiu na formação dela; (ii) se o credor, que aceitou, ou aceitar, a proposta da concordata, fizer a cessão ou transferência de seu crédito, depois dele declarado, na forma da lei até o encerramento da falência (redação da Lei n. 5.726, de 1929); (e) qualquer ato de fraude ou de má-fé praticado pelo devedor e que influa na concordata; (f) inexatidões do relatório e das informações dos síndicos ou liquidatários, com intento de facilitar a aceitação da proposta de concordata apresentada pelo devedor.

Resume-se a matéria de embargos, portanto, à ausência de pressupostos formais ou atos de má-fé, seja por inexatidões, seja por conluio com terceiros. Há, contudo, um terceiro fundamento, de natureza econômica, contido nas expressões do Código Comercial e da Lei n. 2.024, repetida na Lei n. 5.746: “o estado dos seus negócios se acha de tal sorte deteriorado, mesmo sem culpa sua, que o ativo não bastará para solver integralmente as dívidas passivas” (art. 902 do Código Comercial) e “maior sacrifício aos credores que a liquidação na falência, atendendo à proporção entre o valor do ativo e a porcentagem oferecida” (art. 108, n. 2, das mencionadas leis).

Quanto à segunda expressão, pertence a Carvalho de Mendonça (1955, p. 384-385) a *ratio iuris*:

[...] Não se compreende a concordata sem a equivalência dos sacrifícios, que se exigem dos credores, as vantagens de evitar a liquidação judicial na falência. Não seria justo levar o rigor da lei ao ponto de sacrificar o interesse dos credores em benefício exclusivo do falido, ou de credores astutos. A falência não é meio de enriquecer.

Traz esta regra, entretanto, mais do que o simples fundamento do enriquecimento injusto, o que se deduz com a leitura do mencionado trecho do art. 902: ativo insuficiente, o que sugere, de pronto, a liquidação da empresa.

1.11 Escopo e Princípios da Recuperação na Lei n. 11.101, de 2005

A alteração da legislação falimentar, com origem no Projeto n. 4.376, de 1993, embora venha acompanhada de críticas dos operadores do Direito aos abusos cometidos na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, traz como pressupostos legislativos as exigências da economia global, a busca da eficiência econômica e atenção ao interesse coletivo ou ao conteúdo social.

Assim se expressaram os artífices do processo legislativo, como se vê na nota explicativa da Comissão de Estudos do Anteprojeto da Lei de Falências¹⁰:

Cabe aqui consignar que a atual Lei de Falências, de 1945, está a merecer profundas alterações.

Fruto de uma época já ultrapassada, terá que ser substituída por um modelo legal que contemple as reais transformações da sociedade e as novidades institucionais deste final de século.

É preciso repensar o sistema falimentar herdado, contemplando-se não o capitalismo selvagem, senão o capitalismo democrático, com a liberação da economia – uma economia vigilante e de mercado.

A falência, no direito medieval italiano, com fonte no direito romano, calcava-se, substancialmente, na constrição da vontade do devedor, para pagamento dos credores, e as penas eram severíssimas.

Várias são as fases, que podemos discernir, na evolução do direito falimentar, segundo a doutrina.

Após a II Grande Guerra, vislumbra-se, no horizonte, uma réstia de luz, com a preocupação da continuidade da empresa, mas ainda de forma empírica, sem considerar o interesse coletivo, é o caso da lei espanhola de 1942, da alemã de 1935, da norte-americana (USA) de 1938, da inglesa e da francesa.

Se a primeira fase se voltava só para o lado individual da propriedade, a fase seguinte assenta-se tão só no interesse coletivo, sucedendo a época dos chamados procedimentos concursais.

¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Anteprojeto de lei sobre falências e concordatas elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria n. 233, de 9 de maio de 1991. *Diário Oficial*, Brasília-DF, p. 3972-3974, 27-3-1992. Seção I.

Na Exposição de Motivos do Ministro Maurício Corrêa, que acompanhou a Mensagem n. 1.104, que deu origem ao Projeto n. 4.376, de 1993¹¹: “Com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei, mais ágil e moderna”.

No Relatório¹² apresentado pelo Deputado Osvaldo Biolchi, na Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre as emendas do plenário ao projeto, em 1999:

Assim, preliminarmente, faz-se necessário destacar a importância que a reformulação de nossa atual Lei de Quebras - que data de junho de 1945 - tem para o momento presente por que passa o País, diante da previsão de baixos índices de crescimento para o nosso PIB nos próximos anos, motivado pela crescente desaceleração da economia brasileira. Este processo recessivo tem inflado as estatísticas de empresas que têm requerido concordata e/ou falência, nos últimos meses, nas principais capitais do Brasil. Assim, o Decreto-Lei n. 7.661/45 já não se mostra tão satisfatório ante as exigências de uma economia extremamente competitiva e sujeita às pressões da globalização dos mercados, onde as antigas fórmulas se apresentam ineficazes e absolutamente anacrônicas.

No parecer¹³ do Senador Ramez Tebet, ao projeto aprovado pelo Senado Federal em 2004:

A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade.

Nesse sentido, nosso trabalho pautou-se não apenas pelo objetivo de aumento da eficiência econômica - que a lei sempre deve propiciar e incentivar - mas, principalmente, pela missão de dar conteúdo social à le-

gislação. O novo regime falimentar não pode jamais se transformar em *bunker* das instituições financeiras. Pelo contrário, o novo regime falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito ao direito dos mais fracos.

É nessa perspectiva que o projeto traz como grande novidade instrumentos, hoje inexistentes, que permitirão às empresas recuperáveis a superação de conjunturas adversas. Pode haver objetivo mais favorável aos trabalhadores do que esse? O que se pretende é dar condições às empresas viáveis de se manterem ativas. É claro que, muitas vezes, serão necessárias profundas reorganizações administrativas. Mas o importante é que os trabalhadores não sejam vitimados pelo efeito social mais deletério das falências: o desemprego que decorre da desintegração pura e simples de empresas falidas.

Buscou o legislador pátrio consolidar esses objetivos em dois dispositivos, arts. 47 e 75, moldados para servirem de diretivas de interpretação. O alcance do primeiro será objeto de análise no Capítulo 3.

¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Exposição de Motivos n. 343, de 27 de julho de 1993. Encaminha texto de projeto de lei sobre falências e concordatas. Anexado à Mensagem n. 1.014, de 21 de dezembro de 1993, que encaminha o Projeto n. 4.376, de 1993, ao Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília-DF, ano XLIX, n. 23, p. 1987-1989, 22-2-1994, Seção I.

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a emitir parecer ao PL n. 4.376/93. Relatório do Relator, Dep. Osvaldo Biolchi, de 2 de maio de 1999. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília-DF, ano LVI, p. 176, 3-12-1999, Suplemento ao n. 202.

¹³ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. Parecer n. 534, de 2004. *Diário do Senado Federal*, Brasília-DF, 10-6-2004, p. 17857.