

Título : A Recuperação da Empresa, segundo o Projeto da Câmara dos Deputados

Descrição : I - Dois dilemas:

a) Reforma ou revisão da lei em vigor

Na elaboração de um novel diploma legal, que pretende formular regras claras para disciplinar um instituto complexo, como sói ser a reorganização, o saneamento e a continuidade da empresa, econômica e financeiramente viável, o primeiro dilema com que se depara o estudioso é se deverá empreender uma reforma total, profunda e urgente ou uma revisão parcial, inovadora e por etapas da legislação falimentar em vigor.

Os franceses levaram dezessete anos para mudar, radical e substancialmente, a sua lei de quebras, desde que constataram que a Lei nº 67-563, de 13.07.1967, “sobre o regulamento judiciário, a liquidação de bens e a falência pessoal e as bancarrotas”, e a Ordenança nº 67-820, de 23.09.1967, “tendente a facilitar a recuperação econômica e financeira de certas empresas”, não atendiam às necessidades e aos reclamos nem das pessoas físicas, nem, tampouco, das pessoas jurídicas, que, por razões as mais diversas, se deparassem com uma situação de insolvência, que, em França, é marcada pela cessação de pagamentos.

Os espanhóis iniciaram duas malogradas tentativas de modificar, profundamente, a sua legislação falimentar, embora até mesmo um dos maiores comercialistas de sua história - Joaquín Garriguez, em 1959 - tivesse se empenhado naquela árdua tarefa, o mesmo ocorrendo com os alemães, que, ao comemorarem, em 1977, um século do diploma das falências, incumbiram um grupo de notáveis juristas para promover a reforma de sua centenária e gloriosa lei.

Melhor andaram os austríacos, que, em 1979, realizaram o que denominaram de uma “reforma ortopédica”, apenas atualizadora das normas concursais vigentes.

O que caracteriza uma reforma total, profunda e urgente, além, por certo, das dificuldades inerentes a tão elevada pretensão (v.g., (1) alteração substancial dos pressupostos subjetivo e objetivo da quebra; (2) a publicização e o conteúdo econômico e não jurídico das normas; (3) a distinção de tratamento conforme a natureza, as dimensões e a importância social da empresa; (4) a divisão dos procedimentos, conforme o estado de crise econômica que esteja enfrentando, em (a) pára-falimentares, (b) pré-concursais, (c) pré-falimentares, (d) falimentares e (e) pós-falimentares; (5) os meios de reorganização e saneamento extrajudiciais e judiciais; (6) as novas funções de uma magistratura econômica e de um Ministério Público consciente de seus deveres e responsabilidades, etc.), é que, para ser total, deve preocupar-se com a extensão da reforma, pois deve abranger todos os artigos da lei antiga; para ser profunda, deve atentar para a qualidade e a inovação da reforma, porquanto deve ser alterada, sobretudo, a natureza do procedimento, que, antes meramente processual, deve passar a ser jurisdicional e econômico, com a prevalência do interesse público da conservação da empresa sobre o interesse privado de liquidação do patrimônio do devedor; para ser urgente, deve temer o brocardo de que a pressa é inimiga da reflexão.

Examinando-se o Projeto, verifica-se que ele pretende fazer uma reforma total e urgente do DL 7661/45, pecando, entretanto, por não ser a reforma nem profunda, nem inovadora, particularmente no que diz respeito ao capítulo dedicado à recuperação da empresa, que, a rigor, quase nada tem de novo, pois muito se assemelha à vetusta concordata preventiva, como iremos demonstrar no decorrer deste estudo.

b) Finalidade da nova lei

O segundo dilema está no conflito entre saneamento e reorganização ou liquidação, aquele presidido por normas de caráter nitidamente publicistas, esta, privatista, sobrelevando notar que há, basicamente, três sistemas: (a) o primeiro, propõe a liquidação da empresa, como meio de sanear o mercado e só permitir a manutenção das empresas mais competitivas e rentáveis; (b) o segundo, prega a manutenção da empresa, ao invés de sua dissolução; (c) o terceiro, de

origem francesa, procura conciliar as duas tendências, de forma a estabelecer um procedimento preliminar destinado à conservação da empresa, passando-se à quebra no caso de fracasso. Adotado o sistema híbrido, é mister reconhecer a existência de (a) procedimentos pára-falimentares; (b) pré-concursais; (c) pré-falimentares e (d) pós-falimentares, cumprindo acentuar que o Projeto adotou a reorganização, que se insere na categoria dos procedimentos pré-falimentares.

II - Publicização do procedimento e caráter jurídico-econômico das normas

O procedimento pré-falimentar da reorganização da empresa econômica e financeiramente viável deve ser dirigido por uma magistratura econômica, com funções jurisdicionais e também de gestão dos negócios administrativos, auxiliada por uma competente e probo comissário, um diligente curador de massas, um atento comitê de credores e um comitê de empregados experientes.

Nesse caso, seria mister distinguir, para bem discipliná-las, as empresas privadas de interesse particular econômica e financeiramente viáveis, as empresas privadas de interesse público, as empresas públicas e as empresas de economia mista.

As empresas privadas de interesse particular econômica e financeiramente viáveis teriam os interesses das partes compostos segundo os cânones da Justiça Comutativa, com normas de caráter jurídico-processual e também econômico, com a intervenção mínima dos credores, com a adoção do que hoje se chama em França de dirigismo do Judiciário, realizado por uma magistratura econômica, consciente de seus deveres e responsabilidades em um momento de profunda transformação das condições de vida do homem em sociedade, devendo a lei prever procedimentos extrajudiciais e procedimentos judiciais e fixar como meios de recuperação os comuns ao Direito Concursal.

Quanto às demais, é mister disciplinar a sua reorganização econômica, financeira, administrativa e técnica em lei própria ou capítulo especial, em que se priorizaria a recuperação da empresa de interesse público e social relevante mesmo que em detrimento de direitos, privilégios e preferências de seus credores, na esteira dos cânones da Justiça Distributiva e das normas do Direito Público, cedendo os direitos do devedor e seus credores diante do interesse maior dos empregados e da coletividade, devendo a nova disciplina: (1) ser orientada por razões de ordem econômica e não jurídico-processual; (2) prever procedimentos administrativos, procedimentos extrajudiciais e procedimentos judiciais, conforme a solução alvitada para resolver a crise, e (3) fixar como meios de recuperação os comuns ao Direito Comercial e medidas diversas de administração pública da economia, como veremos a seguir.

III - Meios de reorganização da empresa

Além das técnicas de acquisition, merger e joint-venture, outros meios existem para socorrer a empresa, econômica e financeiramente viável, que se encontre em temporária situação de crise, como, por exemplo na Alemanha Federal, na Holanda, na Inglaterra, até 1971, em que instituições públicas concedem linhas de crédito de 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, 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 da Itália; o NEB da Inglaterra; o Societé Nationale d'Investissement da Bélgica; o FIDG da Holanda; o Foir Teorant da Irlanda; as holdings industriais da Alemanha, o IDF, os CIASI e os CODEF da França.

Como iremos constatar, o Projeto, embora pretensamente se filie ao sistema híbrido, não fez a necessária distinção entre os diversos tipos de empresas que atuam no mercado brasileiro e não adotou os mais modernos meios de reorganização da empresa, sobretudo os destinados à sua refinanciamento.

IV - Técnica legislativa

VICTOR NUNEL LEAL, escrevendo sobre o difícil processo de elaboração das leis, doutrinou: “Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis” (“in” Questões Fundamentais da Técnica Legislativa”, por GILMAR FERREIRA MENDES, Boletim ADV-02/92, p. 46).

Para evitar esses males e perigos, as leis devem (a) primar pela clareza e precisão e (b) ser redigidas dentro de um espírito de sistema, buscando não só a coerência e harmonia internas de suas disposições, mas, por igual, a sua adequada inserção no sistema jurídico como um todo (GILMAR F. MENDES, art. cit., p. 47), no que se convencionou chamar de sistemática interna e sistemática externa, aquela encarregada de “evitar a configuração de contradições lógicas, teleológicas ou valorativas”, esta, “do exame da estrutura básica” da lei (GILMAR F. MENDES, art. cit., p. 47).

Como iremos constatar, o Projeto não foi elaborado segundo a melhor técnica legislativa, deixando muito a desejar quanto à sistemática externa, impondo-se, por isso, uma profunda revisão de sua estrutura.

V - Defeitos de estrutura

Como sabido, nos países de tradição romana, as leis mais extensas e complexas dividem-se em livros, títulos, capítulos, seções, subseções, artigos, parágrafos, incisos e alíneas, sendo que o livro é o conjunto de títulos; o título, de capítulos; o capítulo, de seções; as seções, de artigos, eventualmente agrupados em subseções.

Exemplos maiúsculos de boa técnica legislativa e perfeita formulação da estrutura externa são o Código Civil e o Código de Processo Civil brasileiros.

O Projeto, afastando-se desses modelos, inverte a ordem e faz anteceder ao título o capítulo, de forma que são os capítulos que se dividem em títulos e não os títulos em capítulos e, no caso da disciplina do instituto de recuperação, trata-o em um só título dentro do capítulo terceiro, quando, é evidente, deveria ser objeto apenas de um capítulo, já que este não se subdivide em títulos.

Em verdade, a recuperação, sobretudo por tratar-se de instituto novo, deveria ser objeto de um título específico, dividido em capítulos e seções, com a finalidade de cuidar, exaustivamente, tanto dos seus aspectos processuais, quanto substanciais, o que não ocorreu, razão pela qual se pode afirmar que, sob o aspecto da técnica legislativa, em geral, e de sua estrutura externa, em particular, o Projeto merece sérias críticas.

VI - A finalidade da nova lei, segundo a Exposição de Motivos

Segundo a Exposição de Motivos, a nova lei pretende dar “ênfase à recuperação como instituto autônomo independente da liquidação”, tendo como “objetivo sobretudo atacar e superar as causas gerenciais que provocaram o endividamento”, conforme regulado nos artigos 49 e segs., para que a empresa, “saneada, se reintegre ao sistema econômico”.

À primeira vista, poder-se-ia dizer que o Projeto se insere na linha mais moderna do Direito Concursal, quando pretende que se dê prioridade à reorganização, ao saneamento e à continuidade da empresa ao invés de sua liquidação pela falência.

A pergunta, que se impõe, neste passo, é se, de fato, o texto do Projeto levou às últimas conseqüências os bons propósitos da E.M. ?

Para respondermos, adequadamente, a essa indagação, é mister pesquisar, no Direito Comparado, o modelo em que se inspirou o Autor do Projeto, tudo levando a crer que tenha sido a lei francesa 85/98, cujo título, inclusive, adotou, literalmente.

Ocorre, todavia, que a Lei 85/98 francesa é parte de um conjunto de diplomas legais, em que se destacam a Lei 84/148, denominada “prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades”, e a Lei 85/1839, dedicada exclusivamente aos administradores judiciais, liquidantes e peritos em diagnósticos de empresas.

Apenas para se ter uma singela idéia, a Lei 84/148 procurou criar mecanismos que permitam à empresa, antes mesmo da intervenção do juiz, recuperar-se, através do procedimento “prevenção-gestão” e “prevenção-alerta”, que se sucedem no tempo, além do sistema complexo e sofisticado do controle de contas, que permite o maior número de informações contábeis e financeiras possível.

A conclusão, pois, a que se chega, é que o Projeto, embora calcado na legislação francesa, apenas se inspirou na Lei 85/98, que trata, como já dito, de um procedimento pré-falimentar de caráter judicial, desprezando a lição da doutrina e os modelos estrangeiros que pregam a adoção também de procedimentos para-falimentares e pré-concursais, como hábeis a permitir a recuperação de empresas econômica e financeiramente viável.

Ademais embora calcado na lei francesa 85/98, o Projeto não incorporou o que ela tem de mais inovador, que o período de observação, o projeto e o plano de reorganização, como demonstraremos no ítem XXV.

VII - A redação

Deixa muitíssimo a desejar, desde o primeiro artigo, que pretende definir, o que nunca é aconselhável em uma lei, o que se deve entender por recuperação da empresa, embora o artigo 6º, inciso II, já tivesse definido o que, para o Projeto, se deve entender por recuperação judicial. Para ter-se uma idéia da inspiração do Projeto, é mister ler-se o artigo 1º da Lei 85/98, verbis: “É instituído um procedimento de recuperação judiciária destinado a permitir a salvaguarda da empresa, a manutenção da atividade e do emprego e a verificação do passivo”.

O Projeto substitui, para pior, certamente, “permitir a salvaguarda da empresa” por “salvaguardando a manutenção da fonte produtora”, limitando, talvez, a recuperação, embora, por certo, não tenha sido essa a idéia do Autor, às indústrias, que são, de fato, as unidades fabris ou as fontes produtoras, com que estariam excluídas as sociedades comerciais e as sociedades de prestação de serviços.

A recuperação, segundo o Projeto, não visa verificar ou levantar o passivo, mas salvaguardar os interesses dos credores, o que não se coaduna, de certa forma, com o que vem logo a seguir, quando o Projeto diz que, ao assim proceder, se estará “viabilizando a realização da função social” da atividade devedora.

O que têm a ver a defesa e a proteção dos direitos dos credores com a função social da empresa ? A função social da empresa está muito mais ligada à manutenção da atividade e do emprego, como acentua a lei francesa, do que, por certo, à proteção dos interesses dos credores.

Por fim, no momento em que se propaga a idéia da publicização do moderno Direito Concursal e se prega que as normas que regem os procedimentos pré-falimentares devem ter conteúdo econômico e uma decisiva participação de uma magistratura econômica, como entender-se a parte final do artigo 49, que cuida de um procedimento pré-concursal ?

VIII - Sujeito ativo

Andou bem o Projeto, pois ampliou o elenco, para beneficiar as empresas e pessoas físicas que exercem atividade econômica organizada e, ainda, as empresas públicas e de economia mista, as instituições financeiras públicas e privadas, as cooperativas de crédito, as sociedades seguradoras, de capitalização, de previdência privada e outras entidades que explorem atividade econômica (arts. 1º, 2º e 3º), cumprindo anotar que o Projeto denomina essas pessoas de “devedor” (art. 6º, I) deixando de fora, todavia, os agricultores que exploram atividade rural familiar, as sociedades civis de trabalho e as sociedades civis que prestam serviços ou exercem atividade profissional autônoma, de forma individual ou organizada, preponderantemente com trabalho próprio e com membros da família (art. 1º, par. único, alíneas a e b).

IX - Legitimados para pleitear a recuperação

De acordo com os artigos 50 c/c. 55, I, o devedor e, ex vi do artigo 55, o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante (inciso II), o sócio, ainda que mandatário, e o acionista da sociedade por ações (inciso III) podem pleitear a recuperação, no que andou mal o Projeto, pois deveria também ter legitimado o credor, os empregados que, por deliberação majoritária, constatassem as dificuldades da empresa, o MP e, finalmente, o juiz, como acontece, por exemplo, na França.

Anote-se que o artigo 55 deveria ser um parágrafo do artigo 50, que trata da matéria, sobrelevando ainda notar que o Projeto legitima duas vezes o devedor, uma, no artigo 50 e, outra, no inciso I do artigo 55.

X - Condições de ordem subjetiva

O artigo 51 enumera as condições que o devedor deve preencher, para habilitar-se à recuperação, estabelecendo que “não pode requerer a recuperação o devedor que (I) nos cinco anos anteriores teve a liquidação judicial decretada; (II) faltou com o cumprimento dos planos de recuperação econômico-financeira, qualquer que seja o tempo decorrido e (III) foi condenado por crime em processos de recuperação ou liquidação judicial, furto, roubo, extorsão, apropriação indébita, estelionato, crime de concorrência desleal ou contra a economia popular”.

Além dessas condições de ordem subjetiva, há, também, o previsto no artigo 50, parte final, que estabelece que só pode requerer a recuperação o devedor que exerce atividade regular há, pelo menos, dois anos, cumprindo notar que o artigo 57, II, repete, desnecessariamente, o enunciado do artigo 51, II.

XI - Condições objetivas

Para obter o deferimento da petição inicial, o legitimado deve demonstrar ser viável a recuperação e destacar (a) a importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; (b) possuir mão de obra e tecnologia empregadas e (c) o volume do passivo (art. 49, § 1º, incisos I a III).

Houvesse o Projeto atentado para os estudos realizados na Alemanha por uma comissão de notáveis juristas, teria, certamente, deixado claro que a recuperação deve basear-se, principalmente, na capacidade de organização da empresa e na potencialidade que possui de sair da crise e desenvolver-se.

XII - Proposta aos credores

Como, sabiamente, ensinou o Prof. PIERO PAJARDI, a recuperação da empresa não pode, jamais, prejudicar os direitos e interesses dos credores (Diritto, economia e filosofia giuridica nel processi esecutivo concursali conservativo, “Dir. Fall.”, 1986, vol. I, p. 215), razão que inspirou o Projeto a prever, no artigo 52, incisos I a III: “Art. 52. Na petição da recuperação econômica, o devedor oferecerá a todos os seus credores o pagamento mínimo de: I - sessenta por cento, quando o prazo for de um ano; II - oitenta por cento, quando o prazo for de dois anos, em duas prestações iguais e anuais de 40% (quarenta por cento) cada uma; III - cem por cento, quando prazo for de três anos, sendo as duas primeiras parcelas anuais de trinta e três por cento e a última de trinta e quatro por cento”, podendo, “em casos especiais, o comitê propor ao juiz competente o pagamento do passivo em cinco prestações anuais e sucessivas, de 20% cada prestação” (art. 52, § 1º).

A leitura do artigo 52 leva à conclusão que o Projeto criou a recuperação moratória (inciso III) e a remissória-moratória (incisos I e II), prevendo a incidência de juros de 12% ao ano, a critério do juiz (§ 2º do art. 52), e estabelecendo, ainda, que os créditos de natureza trabalhista não integram o plano de recuperação (§ 2º do art. 52 e art. 68).

XIII - Meios de recuperação

O Projeto diz, no artigo 54, que, entre outros, constituem meios de recuperação: “I - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas, até o limite de três anos, prorrogáveis por mais dois, de acordo com o art. 48 deste lei; II - transformação, incorporação, fusão ou cessão de quotas ou ações da sociedade; III - alteração ou substituição do bloco de controle; IV - substituição total ou parcial dos administradores; V - aumento do

capital social; VI - arrendamento; VII - aumento da carga horária pelos trabalhadores, sem remuneração complementar ou redução temporária de seus salários, desde que haja concordância expressa, mediante deliberação de 2/3 (dois terços) dos empregados; VIII - dação em pagamento; IX - constituição de sociedade de credores; X - venda parcial dos bens; XI - prazos antecipados e condições especiais de pagamento dos créditos dos fornecedores, prestadores de serviços e financiadores que se obrigarem a continuar operando normalmente com a empresa, durante toda a recuperação.

XIV - Petição inicial

A petição inicial (art. 52) do devedor (art. 50) ou dos legitimados (art. 55) deve ser dirigida ao juiz onde está localizado o principal estabelecimento (art. 4º), alegando e provando que não há impedimentos (art. 51) e que é viável a sua recuperação (§ 1º do artigo 49), oferecendo aos seus credores os pagamentos previstos no artigo 52, devendo o pedido ser instruído na forma do art. 56, verbis: “I - a exposição das causas concretas da situação patrimonial e das razões do pedido; II - o balanço do ativo e passivo com a indicação e a avaliação aproximada de todos os bens, excluídas as dívidas ativas prescritas; III - a relação nominal, em duas vias, dos credores comerciais e civis, com a indicação do domicílio e a residência de cada um, a natureza e o valor do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos, a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente e o regime contratual de atualização dos débitos quando existir; IV - a relação dos empregados com o respectivo enquadramento sindical, os salários, indenizações outras parcelas salariais devidas e o correspondente mês de competência, e a discriminação dos encargos decorrentes das relações de trabalho, igualmente pendentes de pagamento; V - o contrato social, ou não havendo, a indicação de todos os sócios, suas qualidades e domicílios, ou os estatutos em vigor, da sociedade anônima, quando se tratar de pessoa jurídica; VI - os livros de escrituração ou fichas, os quais permanecerão em Cartório pelo tempo necessário à análise, conferência e certificação da data do último lançamento, e que serão devolvidos ao devedor se deferida a recuperação; VII - o esboço do plano de solução do passivo e o respectivo resumo, com a estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento, o qual, inicialmente, não poderá exceder a 3 (três) anos; VIII - a declaração dos administradores do devedor, ou, pelo menos de dois deles, de que a lista nominativa prevista no inciso III não omite declaração que dela devia constar, nem contém declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita e de que as demais informações que instruem o pedido de recuperação são verdadeiras.”

XV - Despacho de processamento do pedido de recuperação

Recebida a petição inicial, o escrivão fará, imediatamente, os autos conclusos ao juiz, que, se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, fixará prazo de 48 horas para ser emendado; estando em termos, proferirá despacho em que: “Art. 58: I - mandará expedir edital de que conste o pedido do devedor, a íntegra do despacho e a lista de todos os credores, para que seja publicado no órgão oficial e mantido no cartório à disposição dos interessados; II - ordenará a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor; III - fixará o prazo de 20 (vinte) dias para a apresentação das declarações e justificações de créditos omitidos na lista publicada e para todos os créditos no caso de pedido de recuperação de pessoa física; IV - proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração dos bens do devedor e do sócio ilimitadamente responsável; V - vedará sejam levados a protesto títulos de crédito em que o devedor figure como obrigado principal ou avalista deste; VI - nomeará perito, nos termos do art. 187, que presidirá o Comitê e estipulará o prazo para apresentação de levantamento e diagnóstico realizado nos negócios do devedor”, cumprindo observar que o inciso III deveria prever, também, a possibilidade de impugnação à lista.

O inciso VI prevê a nomeação do perito, que presidirá o Comitê, devendo o perito ser escolhido na forma do artigo 154, não esclarecendo nem o artigo 58, nem o 154, nem o título III, arts. 19 e segs., como se comporá o comitê, nem o número de membros, apenas deixando claro o artigo 59 que os empregados e os credores deverão ter cada um representante no comitê e o devedor também um (art. 6º, § 2º).

XVI - Efeitos do despacho de processamento

Ex vi do artigo 9º, o despacho de processamento do pedido de recuperação acarreta os seguintes efeitos: “I - determina o vencimento antecipado dos créditos sujeitos aos seus efeitos e a compensação das dívidas vencidas e das que se vencerem por força da impetração; II - suspende o curso da prescrição e as execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos a devedor, inclusive a dos credores particulares do sócio solidário”, bem como (a) modifica a taxa de juros compensatórios nos contratos bancários de mútuo feneratício, de abertura de empréstimo em conta corrente rotativo e de financiamento, que passam a ser de, no máximo, 12% ao ano, a critério do juiz (art. 52, § 2º), (b) suspende as ações e execuções contra o devedor (II do art. 58), (c) veda (1) a disponibilidade e oneração dos bens do devedor (IV do art. 58) e (2) a apresentação, para protesto, de títulos cambiais contra o devedor (V do art. 58).

XVII - Efeitos em relação à pessoa, aos bens, aos contratos e aos credores do devedor

Embora não possa dispor de seus bens, nem mesmo gravá-los (art. 58, IV), o devedor conserva a administração de seus bens (art. 62), não se resolvendo os contratos bilaterais (art. 61), abrangendo a recuperação todos os credores (art. 49, § 2º, e 52), salvo os trabalhistas, que receberão com prioridade (art. 53), sobrelevando notar que o devedor está sujeito à prisão administrativa nos termos do art. 14.

XVIII - Atribuições e deveres do comitê de recuperação

O comitê, formado pelo perito (art. 58), por um representante dos empregados e, um dos credores (art. 59) e um do devedor (§ 2º do art. 60), tem obrigações e deveres muito semelhantes ao do comissário da Lei em vigor, como se verifica do artigo 63: “I - comunicar aos credores o início do prazo para as declarações de crédito, art.; II - fiscalizar a administração do devedor no decorrer do processo da recuperação, visando, até o quinto dia útil do mês subsequente, relatório circunstanciado da situação do devedor, apontando a receita, as despesas e as medidas adotadas visando a recuperação; III - averiguar e estudar quaisquer reclamações dos interessados e emitir parecer sobre as mesmas; IV - verificar se o devedor praticou atos suscetíveis de revogação em caso de liquidação judicial; V- depositar em cartório, no prazo determinado pelo juiz no despacho do pedido de recuperação, o Plano de Recuperação apresentado pelo devedor, podendo impugná-lo ou ampliá-lo ou, ainda, modificá-lo; VI - elaborar, na publicação do Quadro Geral de Credores, relatório circunstanciado em que examinará: (a) o estado econômico do devedor, as razões com que tiver justificado o pedido, a correspondência entre o ativo e o passivo e as probabilidades que tem o devedor de recuperação; (b) o procedimento do devedor, antes e depois do pedido de recuperação econômico-financeira e, se houver, atos revogáveis em caso de liquidação judicial, descrição de fato que constitua crime capitulado nesta lei.”

O comitê, sempre presidido pelo perito, passará a exercer as funções de administrador quando, na hipótese do § 2º do artigo 60, o devedor, ou seu representante, tiver que ser afastado devido a prova incontestada da prática de ilícito civil ou penal ou oferecimento de denúncia e esta for recebida, “da decisão cabendo agravo de instrumento (§ 3º do art. 60), prevendo o Projeto que as deliberações do comitê, tomadas por maioria, serão consignadas em livro próprio” (§ 2º do art. 63) e admitindo a destituição, no todo ou em parte, dos membros do comitê, a pedido do titular da empresa, de seus administradores e as pessoas legitimadas pelo art. 13, desde que provem falta do cumprimento do dever (art. 69).

XIX - Atos ineficazes

Ex vi do artigo 12, são ineficazes, em relação aos credores, os atos realizados dentro do termo legal da recuperação, que consistam em: “I - liberalidade; II - qualquer pagamento de dívida não vencida, ainda que pelo desconto do próprio título; III - o pagamento de dívida vencida e exigível, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; IV - constituição de direito real de garantia, tratando-se de dívida contraída antes do termo legal; V - renúncia à herança até dois anos antes da decretação da recuperação ou da liquidação judicial; VI - a venda ou transferência de bens, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, não tendo

restado bens suficientes para a solução do passivo; VII - ação ou omissão que o tenha levado à insolvência, cumprindo notar que o artigo 13 não legitima, por evidente equívoco, o comitê a promover a competente ação revocatória”.

XX - Pedido de restituição

O art. 31, caput, do Projeto reproduz, praticamente na íntegra, o artigo 76, caput, do DL 7661/45, repetindo, também, o § 1º da Lei de Falências em vigor.

O artigo 32 cuida da restituição de cousas vendidas a crédito e entregues ao devedor nos quinze dias anteriores ao requerimento de recuperação, tratado, atualmente, no parágrafo segundo do artigo 76.

Ao estabelecer, de forma categórica, que só cabe a restituição na hipótese de não ter sido a coisa alienada pelo devedor, andou mal o Projeto que deveria prever, nestes casos, a restituição do equivalente em dinheiro, pois o escopo principal desse tipo de restituição é reprimir a má-fé do devedor, quando, embora em sentença pré-falimentar, continua a comprar a crédito, omitindo do contratante seu estado deficitário.

O artigo 33 trata do adiantamento do contrato (de câmbio), disciplinado hoje pelo artigo 75, da Lei 4728, de 14.07.1965, rompendo a orientação da Súmula 133 do STJ, que entendeu caber a restituição da importância adiantada à conta de contrato de câmbio independente de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata. Pelo Projeto, só as importâncias entregues dentro de quinze dias são restituíveis.

O artigo 33 ampliou, todavia, os casos de restituição, para admitir o pedido no caso de empréstimo

XXI - Quadro geral de credores

Os créditos contra devedor, constantes da lista nominal prevista no art. 56, III, que não forem impugnados, serão incluídos no quadro geral de credores, independentemente da declaração e verificação (art. 64, caput); os créditos não relacionados pelo devedor serão objeto de pedido de habilitação e justificação (art. 39), em duas vias, devendo a petição inicial especificar (art. 40): “I - o nome e o prenome do credor, firma ou denominação; II - domicílio e residência do credor ou da sede da empresa, e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo; III - a importância exata do crédito, sua origem e classificação e IV - a garantia real prestada pelo devedor e o respectivo instrumento”.

No prazo de 20 dias, contados da publicação do edital previsto no artigo 39, o Ministério Público, o comitê, os credores e os sócios do devedor podem impugnar o crédito constante da lista nominal (§ 1º do art. 64), autuando-se em apartado a impugnação (§ 2º do art. 64), que será processada na forma do artigo 42.

O quadro geral de credores será elaborado com base na lista nominal, que instruir a petição inicial do devedor e nas sentenças proferidas em impugnações de crédito ou em declarações tempestivamente oferecidas (§ 4º do art. 64), determinando o juiz a sua publicação (§ 5º do art. 64).

XXII- Oposição à recuperação

Entregue o relatório do comitê (art. 63, VI) e publicado o quadro geral de credores (art. 64, § 5º), o escrivão fará publicar aviso aos credores, para, no prazo de cinco dias, oporem embargos ao pedido de recuperação (art. 65), devendo os embargos se fundar em: (a) inexatidão do relatório e (b) má-fé que influa no processo de recuperação (par. único do art. 65), havendo o Projeto deixado de lado as outras duas hipóteses do artigo 143, I a III, da atual Lei de Falências: (a) sacrifício dos credores maior do que na liquidação ou impossibilidade evidente de ser cumprido o plano e (b) ocorrência de fato que caracterize crime falimentar, no que andou bem neste passo, embora equivocado naquele, pois, a recuperação não deve ser meio de beneficiar-se o devedor às custas do credor, nem, tampouco, devendo estimular-se os processos de recuperação quando desde o início fique clara a impossibilidade de chegar a bom termo.

O Projeto prevê, ainda, no artigo 60, a possibilidade de, em qualquer momento do processo, ser decretada a liquidação judicial, se houver pedido do devedor ou ficar provada: “I - a existência de qualquer dos impedimentos enumerados no art. ; II - a inexatidão de qualquer dos

documentos mencionados no art. ; III - a existência de fraude ou dolo e IV - a invalidade do processo de recuperação , art.”.

XXIII - Concessão da recuperação

Da sentença que conceder ou não a recuperação, cabe agravo de instrumento, prevendo o Projeto que são legitimados ativos os embargantes, o Ministério Público e do devedor.

XXIV - Cumprimento do plano de recuperação

Se executado, integralmente, os planos de recuperação econômica e financeira e do pagamento do passivo, o devedor requererá a declaração e extinção de suas obrigações e do processo de recuperação judicial (art. 70), não prevendo, taxativamente, como o faz o artigo 175 da Lei de Falências, com a redação da Lei 7274/84, que o depósito deve ser exclusivamente em dinheiro e compreender, além de todos os créditos constantes do quadro geral de credores, os créditos impugnados, mesmo pendente procedimento de impugnação (inciso I do art. 175 com a redação da Lei 7274/84) e os créditos admitidos por sentença, mesmo sujeita a recurso (inciso II do art. 175 com a redação da Lei 7274/84).

O pedido para que sejam declaradas extintas as obrigações do devedor pode ser impugnado por qualquer credor (§ 1º do art. 70), não estabelecendo a lei prazo para apresentação da impugnação, proferindo o juiz decisão, após ouvir o devedor (§ 2º do art. 70), cabendo recurso de apelação da sentença homologatória, sem efeito suspensivo (§ 3º do art. 70).

XXV - Conclusão

O Projeto, que se inspirou no modelo francês, não logrou, todavia, ficar à altura de seu paradigma, o que salta aos olhos depois de até mesmo uma perfunctória análise do sistema jurídico concursal gaulês.

O estudo atento das Leis francesas 84/148 e 85/98 demonstra que são duas as suas finalidades: a Lei 84/148 visa detectar, prematuramente, e socorrer, a tempo e a hora, a empresa em dificuldades; não resolvidos os problemas através dos procedimentos de (1) prevenção-gestão, (2) prevenção-alerta e (3) regulamento amigável, previstos na Lei 84/148, perseguir-se a reorganização, saneamento, recuperação e continuidade da empresa pelos meios e modos previstos na Lei 85/98.

O procedimento extrajudicial de prevenção-gestão tem duas características marcantes: a primeira, é a preocupação com a coleta do maior número possível de informações sobre a situação passada e presente da empresa, quer sob o aspecto contábil-econômico-financeiro, quer sob o aspecto gerencial-administrativo, de maneira a poder prevenir eventuais dificuldades que ela virá a enfrentar por má execução das políticas da empresa por seus dirigentes e sócios ou acionistas; a segunda, a ênfase dada ao financiamento das atividades empresariais, sempre escasso e restrito nas épocas de crise.

O procedimento extrajudicial de prevenção-alerta consiste em apurar quais as dificuldades que a empresa enfrenta, apontando as causas internas (v.g., má-gestão), externas (v.g., mudanças políticas) e acidentais (v.g., greve de trabalhadores), podendo decompor-se o procedimento em três fases: (a) o comissário pede explicações aos diretores sobre a situação econômica, financeira e social da empresa; (b) o comissário leva o assunto para discussão no âmbito do conselho de administração; (c) o comissário, não tendo sido encontradas soluções para os problemas, elabora relatório para os acionistas, dando conta das dificuldades da empresa, sendo-lhe facultado, inclusive, convocar uma assembléia geral ordinária, providência que deve ser evitada, pois o propósito da prevenção-alerta é evitar que as dificuldades se tornem do conhecimento público.

O procedimento extrajudicial denominado “regulamento amigável das empresas em dificuldades” instaura-se a pedido do devedor e seus credores (conhecido como “iniciativa particular ou individual”), iniciando-se com a nomeação de peritos para diagnosticar as causas dos problemas e a concessão de uma moratória, não superior a dois anos, podendo o Tribunal designar (a) um superintendente para fiscalizar os atos da gestão, ou (b) um mandatário com poderes especiais, ou (c) um administrador provisório, para substituir os diretores, prevendo a lei medidas concretas de salvamento, umas, de iniciativa pública (v.g., financiamentos estatais

e benefícios fiscais), outras, de iniciativa privada (v.g., umas a cargo dos bancos e fornecedores: não restringir os créditos; outras, dos sócios: renúncia aos dividendos).

Pode, também, iniciar-se por ordem do Presidente do Tribunal (denomina-se a esse procedimento “iniciativa coletiva”), quando é escolhido um conciliador com o objetivo de conseguir dos credores dilação dos prazos de pagamento e perdão parcial das dívidas.

Finalmente, se persistirem as dificuldades, só resta o recurso à Lei 85/98, que tem como principal característica a fase preparatória da recuperação, que a lei intitula de “período de observação”, durante o qual, antes de qualquer decisão sobre o futuro da empresa, se busca (1) apurar a real situação em que ela se encontra e (2) definir as medidas e meios necessários à sua recuperação.

Uma das partes mais originais da Lei 85/98, o período de observação é obrigatório no processo de recuperação, com a finalidade de ser elaborado um relatório sobre a situação econômica, financeira e social da empresa e sobre a proposta visando a sua continuação ou cessão, não podendo a liquidação ser decidida de imediato pelo juiz, mas exclusivamente quando aquelas soluções se mostrarem inviáveis após o período de observação.

Não obstante os textos dos artigos 178, 179, 181, 182, 185, 197 e 237, da Lei 85/98, que, frise-se, impõem um julgamento prévio sobre a possibilidade da recuperação da empresa antes de passar-se à fase de liquidação, alguns tribunais franceses sistematicamente admitem que seja desde logo declarada a liquidação da empresa, em virtude de fatos notórios que demonstrem ser ela irrecuperável, como, v.g., quando (1) ela cessou, por completo, suas atividades, (2) ela não possui mais empregados, (3) o titular da empresa se desinteressa por completo pelo procedimento de recuperação, (4) não há ativo a realizar, etc., orientação, entretanto, que não era acolhida pela Corte de Cassação, até o advento da Lei 93-435, que tornou dispensável o período de observação nos casos em que é evidente a situação de insolvência da empresa.

O período de observação, que pode durar até dezoito meses, tem por objetivo propiciar a elaboração (a) de um balanço da situação econômica, financeira e social da empresa e (b) de um relatório do administrador, e desdobra-se em três fases distintas: a primeira, dedicada à preparação, pelo administrador, do relatório sobre as atividades da empresa; a segunda, destinada à apresentação de um projeto de plano de recuperação e a terceira, quando o Tribunal, após analisar as informações do administrador, profere um julgamento que encerra o período de observação e pode consistir (a) na continuação ou cessão da empresa ou (b) na sua liquidação.

Decidindo pela continuação da empresa, o Tribunal manda pôr em execução o plano de recuperação, fixando, livremente, (a) a sua duração, (b) as modalidades da recuperação (continuação pura e simples ou cessão total ou parcial da empresa), (c) as necessárias demissões de empregados, (d) os prazos de pagamentos aos credores, etc., nomeando, no mesmo ato, o comissário encarregado da execução do plano.

Como se pode ver, o momento crucial, decisivo, mais importante, do procedimento judicial de recuperação da empresa é o dedicado ao período de observação, quando, diagnosticadas as causas dos problemas, são estabelecidas as medidas de salvação da empresa, podendo esse período, conforme o grau de dificuldades, prolongar-se por dezoito meses e a fase de execução do plano de recuperação por vários anos.

Examinado o Projeto da Câmara dos Deputados, constata-se que, infelizmente, ele não dedica um artigo sequer ao período de observação, ele não dedica um artigo sequer ao projeto do plano de recuperação e ele não dedica um artigo sequer à execução do plano de recuperação, o que nos permite concluir que, em verdade, o Projeto, no capítulo dedicado à recuperação da empresa, não é inovador, não faz jus ao seu paradigma, não aperfeiçoa o sistema vigente, podendo afirmar-se, sem medo de errar, que ele não incorporará ao Direito positivo brasileiro o instituto da recuperação, saneamento e continuidade da empresa, econômica e financeiramente viável, mas manterá, com outra denominação, a vetusta e ultrapassada concordata preventiva.

Por todo o exposto, concluímos, com os olhos na sábia advertência de Josserand - “ou o jurista está em sua época ou a sociedade prescinde do jurista” -, que, se o Projeto, no capítulo dedicado à recuperação da empresa, não for modificado, profunda e radicalmente, os seus autores não se mostrarão à altura de sua época, nem da sociedade que integram.

Autor(es) : Jorge Lobo

Publicação : 01/06/1996