

Revista de Direito Mercantil

industrial,
econômico e
financeiro

vol.

127



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 127 — julho-setembro de 2002

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

SOCIEDADE ANÔNIMA: INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

- CALIXTO SALOMÃO FILHO 7

ATUALIDADES

REGIME SANCIONATÓRIO EM DIREITO BANCÁRIO

- ARMINDO SARAIVA MATIAS 21

AS SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CONTRATAR

- PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA E ANA PAULA DE CARVALHO REIS 30

ACORDOS FINANCEIROS E A RESOLUÇÃO 3.039/2002

DO BANCO CENTRAL — DISTORÇÃO NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 52

SOBRE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS NO BRASIL

- RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE 56

OS COMPROMISSOS DE VOTO NOS ACORDOS DE ACIONISTAS E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA

- JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 63

CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

- HEE MOON JO 68

A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: O ART. 192 E O MITO DA LEI COMPLEMENTAR ÚNICA

- LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA 79

ACORDOS DE ACIONISTAS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE

(Análise das principais alterações introduzidas ao art. 118 da Lei das S/A
pela Lei 10.303/2001)

- MIGUEL TORNOVSKY 93

O SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO (SPB)

- ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES 107

AS IMPORTAÇÕES PARALELAS À LUZ DO PRINCÍPIO DE EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS CONTRATUAL E CONCORRENCIAL

- CLÁUDIA MARINS ADIERS 127

FUNDAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL	
— MILTON NASSAU RIBEIRO	165
PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR	
— OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NO CNPJ	
— ZANON DE PAULA BARROS	175
DIREITO E ECONOMIA	
MUDANÇA INSTITUCIONAL, A PERSPECTIVA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	
— BASILIA AGUIRRE	179
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA	
COBRANÇA JUDICIAL DE DIVIDENDOS PRIORITÁRIOS: DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR	
— CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES	189
ESPAÇO DISCENTE	
A RELAÇÃO ENTRE O NOVO SPB E OS TÍTULOS DE CRÉDITO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS	
— ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA, ARTHUR MARINHO, EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA E IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA	215
O ABUSO DE DIREITO NA DENÚNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E AS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL	
— PAULO EDUARDO LILLA	229

COLABORAM NESTE NÚMERO

ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES

Advogado em São Paulo

ANA PAULA DE CARVALHO REIS

Advogada

ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Bolsista da FAPESP. Monitor da Cátedra de História do Direito na FADUSP

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor do Banco de Portugal

ARTHUR MARINHO

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Pesquisador do CNPq, junto ao Departamento de Direito do Estado

BASILIA AGUIRRE

Professora da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo — FEA/USP

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CLÁUDIA MARINS ADIERS

Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS. Advogada no Rio Grande do Sul

EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA

Jornalista. Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Foi pesquisador selecionado pelo CNPq

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Mestre em Direito pela *Korea University*. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da USF. Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA

Doutorando em Direito Econômico na Universidade de São Paulo — USP

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Mestre em Direito do Estado pela
Universidade de São Paulo — USP.
Doutorando em Direito Constitucional e
Teoria do Direito na Universidade de
Kiel, Alemanha

MIGUEL TORNOVSKY

Formado pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ.
Mestre em Direito pela *Columbia Law
School*, em Nova Iorque. Advogado

MILTON NASSAU RIBEIRO

Pós-Graduado em Direito de Empresas e
da Economia pela Fundação Getúlio
Vargas — FGV. Mestrando em Direito de
Empresa na Faculdade de Direito Milton
Campos, BH/MG. Advogado

PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA

Professor de Direito Comercial da
Pontifícia Universidade Católica do Rio
de Janeiro — PUC/RJ. Mestre em Direito
pela Universidade de Cambridge,
Inglaterra. Advogado

PAULO EDUARDO LILLA

Graduando da Fundação Armando
Álvares Penteadó — FAAP

RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE

Ex-Presidente da Associação dos
Advogados de São Paulo. Advogado em
São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS

Advogado

Atualidades

SOBRE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS NO BRASIL*

RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE

Introdução. I — Moratória — Concordata preventiva: 1. Conceito: a) Moratória legal; b) Condições exigidas pela lei; c) Prazo para pagamento; d) Credores atingidos; e) Decretação da falência. 2. Atividades em regime de concordata. Restrições da lei em vigor: a) Fiscalização pelo comissário; b) Balancetes mensais; c) Restrição à alienação do ativo permanente. 3. Negociações no curso da concordata: a) Cessão de crédito; b) Restrições da lei atual e suas conseqüências; c) Concessões dos credores com garantias reais. 4. Propostas do Projeto de Lei. 5. Caso prático: a) Lojas Arapuã S/A. II — Falência: 1. Conceito: a) Caracterização: impositividade no pagamento ou atos de falência; b) Processamento. 2. Propostas do Projeto de Lei: a) Dificultar requerimento; b) Continuação do negócio; c) Agilizar realização do ativo. 3. Caso prático: a) Cevekol S/A — Concordata/falência. III — Considerações finais.

Introdução

É com grande prazer e enorme satisfação que, a convite da diretoria da DBJU, comparecemos a esta conferência anual para trazer nossas experiências aos colegas alemães e brasileiros aqui reunidos. Ao agradecer esse honroso convite, cabe-nos dizer que, militando há mais de 25 anos especialmente em procedimentos judiciais de recuperação de empresas, denominado no Brasil Concordata Preventiva, nosso objetivo é apresentar, neste curto tempo, questões práticas a respeito do tema e, em apertada síntese, uma visão geral do processo falimentar brasileiro. Faremos, ainda, uma

breve referência ao Projeto de Lei 4.376/93, que se encontra em trâmite no Parlamento, que traz importantes alterações no sistema atualmente em vigor.

I — Moratória — Concordata preventiva

1. Conceito

a) Moratória legal

A empresa em dificuldades financeiras poderá, para obter sua recuperação, utilizar-se do instituto da *concordata preventiva*. Trata-se de um processo judicial destinado a empresas, com atividades comerciais, que poderão pagar suas dívidas em determinado prazo e prosseguir em seus negócios. A concordata existe para auxiliar a empresa, de boa-fé, que tenha situação

* Palestra apresentada na XXI Conferência anual da *Deutschbrasilianischen Juristenvereinigung* realizada em Frankfurt, Alemanha, em 15.11.2002.

econômica que atenda a exigência da lei, mas esteja enfrentando crise de liquidez. As disposições legais estão contidas no Decreto-lei 7.661, de 21.6.1945, arts. 139 a 176.

b) Condições exigidas pela lei

Para que a empresa possa se utilizar da *concordata* deve satisfazer as exigências legais definidas nos arts. 140 e 158 da Lei de Quebras, das quais se destacam as seguintes:

(i) exercer o comércio há mais de dois anos;

(ii) não ter título protestado;

(iii) possuir ativo que corresponda a mais de 50% de seu passivo quirografário.

A primeira exigência demonstra que apenas empresas com atividades comerciais podem se valer da *concordata*, afastadas, portanto, as prestadoras de serviço. Também não podem dela se beneficiar as entidades financeiras cuja liquidação extrajudicial, executada pelo Banco Central, vem regulamentada em lei especial — Lei 6.024/1974; as Cias. de Seguro — Decreto-lei 73, de 21.11.1966, arts. 96 e 97; as Cooperativas — Lei 5.764/1971, as Cias. de Transporte Aéreo — Código Brasileiro do Ar, art. 188; as entidades de previdência privada — Lei 6.435/1977. A empresa, também, deve estar regularmente registrada, com seu contrato social arquivado na Junta Comercial, há, pelo menos, dois anos.

O segundo ponto — título protestado — a jurisprudência dominante, especialmente no Estado de São Paulo, tem entendido que é possível ser deferido o processamento *concordata* mesmo havendo protestos, desde que observadas determinadas condições e o quadro geral demonstre que a devedora merece uma oportunidade para se recuperar.

O terceiro requisito visa demonstrar que a empresa tem satisfatória condição econômica e, pode-se prever, terá condições de cumprir a moratória. O cálculo da equa-

ção é complexo porque devem, em primeiro lugar, ser subtraídos do ativo os créditos privilegiados e garantidos, e o percentual será aplicado sobre o remanescente.

Esta condição é essencial e, não feita sua demonstração, a consequência é a decretação da falência. Portanto, antes de ser analisada a necessidade da *concordata* ou sua oportunidade, é preciso verificar, contabilmente, este quesito. Importante, neste passo, é consignar que, para este efeito, deve-se considerar os *valores contábeis* dos bens que compõem o ativo permanente da empresa.

c) Prazo para pagamento

Embora a lei disponha várias hipóteses, a mais utilizada é para *pagamento em dois anos, sendo 40% no primeiro e 60% no segundo, acrescido de juros de até 12%*. Há, no momento, debates em processos de *concordata* sobre a taxa de juros em percentual inferior a 12% ao ano; a jurisprudência está oscilante. O prazo para pagamento tem início na data em que o pedido de *concordata* é apresentado em Juízo.

d) Credores atingidos

Desde logo, é importante consignar que a *concordata* não atinge a todos os credores indiscriminadamente. Ao contrário, aos seus efeitos estão sujeitos apenas os credores sem privilégios ou garantias, ou seja, os denominados "*credores quirografários*", em geral fornecedores ou bancos em empréstimos de curto prazo. Portanto, credores que possuem apenas seu título de crédito, que são os *quirógrafos*. São credores considerados *privilegiados* os trabalhistas e fiscais e aqueles por força de leis especiais (por exemplo: Notas Promissórias Rurais, Dec.-lei 167/1967; Nota de Crédito Industrial ou Comercial, Dec.-lei 413/1969). Os *garantidos* são aqueles para os quais a *própria empresa devedora* constitui garantias, sejam elas hipotecas de imóveis, alienação fiduciária, penhor de máqui-

nas ou mercadorias, caução de títulos de crédito e outras. Para este efeito, não são consideradas garantias *instituídas por terceiros*, tais como avais, fianças ou hipotecas constituídas por outras empresas coligadas ou pelos diretores como pessoas físicas.

Interessante é anotar a classificação das debêntures. As debêntures são títulos que representam créditos de seu titular contra a empresa emissora, cujas condições constam da escritura de emissão. A sua classificação será, conforme dispõe a Lei de Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 58), também fixada na escritura de emissão e pode ser: a) com garantia real (hipotecária, p. ex.); b) com garantia flutuante, ou seja todos os bens do ativo, que poderão ser alterados (“flutuar”); c) não gozar de preferência (quirografários); e d) subordinados aos demais credores da emitente, ou seja, irão receber após os outros credores (subquirografária).

É importante fixar bem este conceito para que se possa saber quais os credores atingidos pela *concordata* e quais os que, por não sujeitos aos seus efeitos, poderão individualmente tomar medidas judiciais contra a concordatária. Assim, o credor que tenha garantia hipotecária poderá ajuizar a competente ação de execução, o que tiver alienação fiduciária poderá, havendo inadimplência, requerer a *busca e apreensão*; estes apenas alguns exemplos. Relembrando, ainda, que os credores que tiverem garantias de terceiros, sejam reais, sejam por avais ou fiança poderão, além de se habilitar na concordata, mover as ações judiciais cabíveis contra esses coobrigados (art. 148).

A legislação brasileira, por ser bastante antiga, é rígida na disciplina do processamento legal da concordata e não permite opções para composição entre devedor e credores.

e) Decretação da falência

A *concordata*, embora tenha sido mantida essa denominação, que vem da lei

anterior, independe da concordância dos credores. Ou seja, estando preenchidos os requisitos legais, o juiz deve determinar seu processamento. Nessa decisão inicial, devem ser examinados apenas os aspectos formais do pedido, sem análise de mérito da possibilidade de cumprimento da moratória. O despacho que determinar o processamento da concordata — art. 161, § 1º — fixará prazo para impugnação dos créditos declarados pela devedora e nomeará o comissário que, representando os credores, fiscalizará a empresa concordatária. Portanto, na atual legislação brasileira, não há dúvida de que a concordata pode ser definida como “*favor legal*” destinado ao comerciante mal-sucedido, mas de boa-fé.

Em contrapartida, uma vez que devedor confessa que não tem, no momento que requer a moratória, condições, por falta de liquidez, de pagar seus débitos, não presentes essas condições, a *falência* deve ser decretada — arts. 161 e 176 da Lei de Quebras. É esse o grande risco do requerimento de concordata: a *decretação da falência*.

2. Atividades em regime de concordata. Restrições da lei em vigor

a) Fiscalização pelo comissário

A partir da apresentação do pedido em Juízo a concordatária está impedida de pagar os credores quirografários — art. 150, inciso II — devendo fazê-lo apenas nos prazos ajustados. Esse é o princípio geral que veda seja beneficiado um credor em detrimento de outro — *pars conditio creditorum* — que é o fundamento da lei brasileira. Em razão dessa previsão legal é que se pode considerar ser a nossa legislação muito rígida, sem permitir que haja outras formas de composição dentro da concordata.

A concordatária poderá operar normalmente e seus dirigentes conservarão a administração normal da companhia — art.

167. Ficarão, entretanto, sujeitos à fiscalização do *comissário* que, inclusive, poderá nomear prepostos para acompanhar as atividades da empresa. As funções e deveres do comissário estão fixados no art. 169 do Decreto-lei 7.661/1945.

b) Balancetes mensais

Deverá também apresentar ao juiz, mensalmente, um balancete refletindo seu movimento financeiro. Com base nesses números é que se poderá apurar se a empresa está em atividade, se ela vem se recuperando e, em conseqüência, poderá cumprir o pagamento nos prazos da lei. Se a devedora continuar a operar com prejuízos, a hipótese será de convalidação em falência, por isso que estará havendo uma dilapidação do patrimônio com o crescimento dos débitos. Importante é anotar que, no curso da concordata, o juiz, a qualquer momento, poderá convolar o processo em falência (art. 162).

c) Restrição à alienação do ativo permanente

A maior restrição, no nosso entender, é a proibição de vender bens do ativo permanente, salvo com autorização do juiz — *alvará judicial* — art. 167 — se a alienação for considerada benéfica para a empresa e, principalmente, para os credores.

Entretanto, os Tribunais, por vezes, têm entendido que, apesar do *alvará*, em havendo decretação da falência, a transação poderá ser objeto de ação revocatória — art. 52 da Lei. Assim entendem, porque, ao decretar a falência, o juiz deve fixar o período suspeito, chamado *termo legal da falência*, que será 60 (sessenta) dias anteriores à distribuição da concordata (art. 14, III, da Lei Falimentar). Portanto, além do *alvará*, é necessário verificar se a transação não poderá, posteriormente, ser atacada por infringir as normas do citado art. 52.

3. Negociações no curso da concordata

a) Cessão de crédito

Considerando, como já acima mencionado, a impossibilidade de pagamento de um credor em detrimento de outros, o caminho legal normalmente utilizado é o da *cessão de crédito*. Ou seja, o credor cede a terceiro seu crédito, o que é legalmente possível (art. 1.065 do Código Civil). Esse “terceiro” poderá ser pessoa ligada à devedora ou, por vezes, empresa interessada em adquirir o controle da concordatária que, posteriormente, capitalizará seus créditos. Este procedimento, entretanto, se não atender ao formalismo legal, poderá resultar na falência. De fato, demonstrado que o concordatário está pagando algum credor em detrimento de outro (com transferência de valores para o terceiro que será o cessionário do crédito), haverá razão para a convalidação da concordata em falência — art. 150, II. E, ainda, tipificação de crime falimentar — art. 188, II.

b) Restrições da lei atual e suas conseqüências

A rigidez da lei atualmente em vigor, impedindo acordos com credores, tem obrigado as empresas concordatárias a se utilizarem de operações que, embora legais, não cumprem o objetivo do legislador. Na realidade, há via cessão de créditos, pagamentos parciais e individuais a credores, sem que possa haver efetivo controle do juiz, comissário e demais credores.

A dificuldade por vezes encontrada para a venda de um bem do ativo permanente — especialmente imóvel — tem, freqüentemente, resultado em falência de empresas que tem patrimônio que, se alienado, poderia gerar liquidez para pagamento do passivo.

c) Concessões dos credores com garantias reais

Os credores com garantia real — hipoteca, p. ex. —, por temer que na falência

nada recebam, em geral, fazem concessões à concordatária seja revendo taxas de juros ou concedendo prazos de pagamento maiores. Efetivamente, em caso de falência, os bens hipotecados serão arrecadados pela *massa falida* e vendidos em hasta pública; os valores apurados serão destinados, em primeiro lugar, para os credores trabalhistas, fiscais e encargos da *massa*; em consequência, os credores hipotecários poderão ficar sem nada receber.

4. Propostas do Projeto de Lei

O Projeto de Lei 4.376/1993, em trâmite na Câmara dos Deputados, traz importantes inovações ao processo falimentar brasileiro. De fato, está sendo proposta a criação do instituto da *recuperação judicial* o qual atingiria todos os credores, inclusive trabalhistas e fiscais. Haveria a necessidade de apresentação de um *plano de recuperação*, o qual seria aprovado em assembléia de credores e implantado sob fiscalização do *comitê de credores*. A decisão a respeito de prazos e condições de pagamento seriam livremente estipulados no *plano* e negociadas entre empresa devedora e credores.

Há uma importante questão em debate que é a respeito dos privilégios dos credores com garantia real, entendendo-se, de um lado, que deveriam ser suspensas as execuções individuais, mas, de outro, que estes credores deveriam ter vantagens, como, p. ex., receber em melhores condições.

Outro tema que se discute é facilitar a venda de bens pela empresa em dificuldades para gerar condições de honrar suas dívidas. Essas alienações deveriam ser dispensadas da demonstração de regularidade com determinadas obrigações fiscais e há de se dar segurança aos compradores. Atualmente, sem a prova de quitação fiscal, a empresa não pode alienar bens do ativo permanente e, por outro lado, o eventual comprador, por vezes, fica temeroso de que, com a falência, possa a transação ser ata-

cada por ação revocatória visando sua ineficácia em relação à *massa falida*.

5. Caso prático

a) Lojas Arapuã S/A

Empresa de varejo cuja concordata — requerida em junho de 1998 — teve grande repercussão na mídia. A solução proposta foi a criação de Companhia de Propósito Específico — CPE (ou SPC — *Special Purpose Company*), que teria como único objetivo (propósito específico) adquirir dos credores — via cessão de crédito — os créditos destes na Arapuã. O pagamento seria com emissão de debêntures com prazo longo — 10 anos —, cujo pagamento seria feito com os resultados obtidos pela emissora. Essa sociedade — na qualidade de cessionária da totalidade dos créditos — dispensaria os depósitos devidos na concordata que, em consequência, será encerrada. No segundo momento, a Arapuã — já então com a desistência da concordata homologada — emitiria debêntures que substituiriam aquelas colocadas pela CPE, a qual se extinguiria. Ainda, para que a operação pudesse ficar mais transparente para os credores, foi criada uma subsidiária integral (Arapuã II), que irá gerir as atividades da concordatária utilizando todos os seus pontos comerciais e funcionários. A idéia é ter uma contabilidade separada para demonstrar os resultados operacionais sem os ônus do passivo anterior. Essa questão está colocada — há mais de dois anos — com anuência de, aproximadamente, 90% (noventa por cento) dos credores. Entretanto, os credores dissidentes — cerca de 10% (dez por cento) do passivo (equivalente a U\$ 80.000.000,00) — exigem seu depósito. O juiz de primeira instância, acolhendo as razões dos discordantes, decretou a falência. A questão está em exame no Tribunal.

Portanto, o que se discute é exatamente a extensão da impugnação de credores que são minoria. Devem ser atendidos sob pena

de quebra, na forma da lei? Ou a interpretação deve ser mais branda, com o intuito de manter a empresa, determinando que o plano de reestruturação tenha validade para todos? É o que caberá ao Tribunal decidir.

II — Falência

I. Conceito

a) Caracterização: impontualidade no pagamento ou atos de falência

Na lei brasileira, a falência se caracteriza pela impontualidade no pagamento de dívida líquida e certa representada por título de crédito. Para comprovação da mora, o título deve ser apresentado ao Cartório de Protesto que lavrará o "instrumento de protesto". Dessa forma, nos termos do art. 1º do Decreto-lei 7.661/1945, estará caracterizada a situação falimentar e o credor poderá, nos termos do art. 11, requerer ao juiz competente sua decretação.

O art. 2º da Lei Falimentar estabelece que também estará caracterizada a falência se a empresa devedora praticar os atos ali elencados (inciso I a VII). O primeiro deles, e mais comum, é a empresa que, executada judicialmente, não paga, não deposita em juízo, o valor reclamado e não oferece bens para garantia da dívida (penhora). Os demais referem-se a venda ruínosa de bens; convocação de credores propondo dilação de prazo ou remição de valores; beneficiar, com fraude algum credor; transferir o estabelecimento comercial; dar garantias reais excessivas ou abandonar o negócio.

A empresa requerida, após regularmente citada, terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentar defesa. Poderá, nesse mesmo prazo, depositar o valor reclamado, para elidir a falência. Havendo apenas o depósito, o credor será intimado para levantar o valor, encerrando-se o processo. Caso haja depósito e defesa essa será processada, ao final, se improcedentes as razões da devedora o credor receberá o

valor depositado. De qualquer forma, não haverá decretação da quebra.

Não havendo depósito e sendo improcedente a defesa será decretada a falência. A sentença conterà os requisitos no art. 14 da Lei de Quebras: (i) indicará o nome dos dirigentes da falida; (ii) nomeará o síndico (administrador da massa falida); (iii) marcará prazo para que os credores declarem seus créditos; (iv) fixará o *termo legal da falência*; (v) determinará providências para resguardar interesses da massa falida (em geral será lacrado o estabelecimento).

O síndico será nomeado dentre os maiores credores, domiciliado no local da falência, e suas funções estão definidas no art. 63 da Lei. Não havendo interesse dos credores em exercer o cargo, o juiz nomeará, por sua livre escolha, outra pessoa para o exercício da sindicância, que será denominado *síndico-dativo*.

O *termo legal da falência* é o período dentro do qual determinados atos, na forma do art. 52, podem ser declarados ineficazes via ação revocatória. Deve ser fixado — art. 14 — em até 60 (sessenta) dias do primeiro protesto ou, em caso de concordata com posterior convolação em falência, contado na data de sua impetração. Na prática, como pode haver protestos muito anteriores à decretação da quebra, esse período pode ser muito longo (dois anos, p. ex.).

b) Processamento

Em apertadíssima síntese, pode-se resumir as fases da falência da seguinte forma:

- *Fase preliminar ou declaratória*: até a sentença;
- *Fase de sindicância*: apuração do passivo — art. 80; inquérito judicial — art. 103; concordata suspensiva — art. 177;
- *Fase de liquidação*: realização do ativo — art. 114; encerramento — art. 132; extinção de obrigações — art. 135.

Concordata suspensiva — A lei prevê que, em determinadas condições, pos-

sam os dirigentes da falida requerer concordata suspensiva (para suspender a falência) e, pagando os credores com deságio (art. 177), recuperar a empresa. Na prática, em razão do tempo necessário para ser atingida essa fase (em geral mais de 2 anos), é impossível a recuperação do negócio por essa forma.

2. Propostas do Projeto De Lei

a) Dificultar o requerimento

Na legislação atual qualquer credor, tendo protestado o título de crédito, poderá requerer a falência do devedor. No projeto em discussão, pretende-se fixar um valor mínimo e exigir que hajam mais títulos protestados.

b) Continuação do negócio

O projeto incentiva as possibilidades de arrendamento da empresa, gestão pelos empregados e outras formas para que haja continuação do negócio, evitando-se o fechamento da empresa após a falência, com sua lacração por ordem judicial.

c) Agilizar a realização do ativo

A lei atual, por prever que a falida terá a oportunidade da concordata suspensiva, determina que o ativo seja realizado após apuração do passivo, em consequência, face à demora, ele se deteriora. No projeto há previsão para imediata realização do ativo com sua venda em bloco.

3. Caso prático

a) Cevekol S/A — Concordata/falência

Empresa *holding* com passivo de, aproximadamente, U\$ 380 milhões, seu ativo era composto de ações de empresas do setor petroquímico, inclusive Petrobrás. Enfrentou desequilíbrio financeiro em razão de flutuações na Bolsa de Valores e falta de liquidez para subscrever ações e manter

sua participação em diversas companhias. Tinha dívidas bancárias garantidas por caução de ações. Impetrou concordata preventiva e, posteriormente, teve sua falência decretada. Os Bancos eram credores de valores que representavam quase a totalidade dos créditos — 95%.

Solução — Credores reunidos em assembléia, na forma permitida pela Lei de Falências (art. 123), deliberaram liquidar o ativo pagando os débitos com ações de propriedade da falida. Os demais credores, como havia dinheiro disponível na massa, resultado de recebimento de dividendos, receberam seus créditos e pode-se encerrar o processo. Não houve impugnação de credores a esta solução, entretanto, ela ainda demorou para ser implementada porque, informado com a solução, o Ministério Público apresentou recurso, o qual não foi acolhido pelo Tribunal de Justiça.

III — Considerações finais

Esta, em apertadíssima síntese, a estrutura da Lei Falimentar brasileira. Existem inúmeras questões relativas ao processo legal que não cabem ser aqui analisadas. Pode-se dizer, em uma visão global, que a legislação, especialmente com relação às concordatas, é bastante rígida obrigando os administradores das empresas em dificuldades a utilizar-se de soluções que, muitas vezes, podem expô-los a riscos se, ao término do processo, não tiverem êxito e houver a decretação da falência. Melhor seria que se fizesse uma flexibilização permitindo composições mais transparentes entre concordatária e credores conforme, na prática, já ocorrem. Parece-nos que o cerne da questão é saber o exato divisor entre o que deve ser tolerado para “salvar” a empresa devedora e a proteção que devem ter os credores. Essa, entretanto, é uma questão para uma discussão mais ampla, que vem sendo feita no Parlamento brasileiro, cabendo, neste momento, apenas procurar trazer uma visão geral da realidade atual.

Novembro/2002.