

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

JOSÉ ALAYON

Coordenadora Editorial:

MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Les groupements dans la vie économique — Arnaldo Wald 5
- Conversão de ações e relação de substituição diferenciada - Luiz Gastão Paes de Barros Leães 18
- Empréstimos ou adiantamentos a pessoas ligadas. Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de *Leasing* ligada — Renato A. Gomes de Souza 24
- As sociedades limitadas e o Projeto do Código Civil — Egberto Lacerda Teixeira .. 67
- A fraude no negócio jurídico subjacente e seus efeitos quanto ao crédito documentário — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 75
- Inexistência de “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas — Nelson Eizirik 83
- O moderno direito concursal — Jorge Lobo 87
- Aspectos constitucionais do sigilo bancário — Régis de Oliveira 98

ATUALIDADES

- Algumas considerações a respeito da utilização do “Trust” no direito brasileiro — Arnaldo Wald 105
- Cédula de procutu rural — CPR — Novo título circulatório (Lei 8.929/94) — Paulo Salvador Frontini 121

JURISPRUDÊNCIA

- Arguição de inconstitucionalidade — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não distribuído — Inconstitucionalidade — Eduardo Salomão Neto 127

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- A sociedade unipessoal — Waldfrío Bulgarelli 142

NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli ... 143

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 144

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional

EDUARDO SALOMÃO NETO

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ; Doutor e Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ; Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura — EMERJ e da Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro — FEMPERJ e advogado

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

PAULO SALVADOR FRONTINI

Advogado em São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo

RÉGIS DE OLIVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

DOCTRINA

O MODERNO DIREITO CONCURSAL

JORGE LOBO

"Il tema dei fallimenti é um problema insoluto e insolubile."
(Caveri)

"Não importa qual seja esse movimento, dia virá em que
teremos necessidade de valores novos." (Nietzsche)

"Sapere aude" (Horacio)

I — O Direito Comparado — II — As dificuldades das empresas em crise e a solução legal no Brasil: a) causas externas; b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários; c) causas acidentais — III — Finalidade do moderno Direito Concursal — IV — A empresa privada de interesse público — V — A reorganização da empresa privada de interesse particular, econômica e financeiramente viável, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública — VI — Meios para reorganizar as empresas em crise — VII — Procedimentos de reorganização das empresas em crise: a) Procedimentos para-falimentares; b) Procedimentos pré-concursais; c) Procedimentos pré-falimentares; d) Procedimentos pós-falimentares — VIII — Conclusão.

I — O Direito Comparado

A imperiosa necessidade de repensar-se o Direito Falimentar, preso, ainda, ao modelo herdado do Direito Medieval, não é proclamada apenas por estudiosos brasileiros, mas sentida por juristas de todos os países do ocidente, o que provocou uma ampla discussão sobre o conceito, a estrutura e a função de antigos e novos institutos e suscitou um movimento revisionista na Alemanha, Áustria, Espanha, Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Itália e Portugal.

A Áustria, com a Lei de 1.7.1982; os Estados Unidos da América, com a reforma do The Bankruptcy, em 1978, 1984 e 1985; a Inglaterra com o Insolvency Act, de 1986; a França, com a Lei 84-148, de 1984, denominada

"prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades", e a Lei 85-98, denominada "saneamento e liquidação das empresas"; a Itália, com o Decreto-lei 602, de 1978, e a Lei 95, de 1979, denominada "administração extraordinária das grandes empresas", e Portugal, com o Decreto-lei 11/66, empenharam-se na criação de regras jurídicas objetivando a preservação da empresa, econômica e financeiramente viável, assim como a conservação da empresa produtiva é o fim do Anteprojeto de Lei Concursal da Espanha, elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por D. Manuel Olivencia Ruiz, entregue ao Ministério da Justiça em 27.6.1983; o Projeto do Prof. Piero Pajardi da Reforma da Lei de Falências da Itália e o Trabalho da Comissão de Juristas da Alemanha, que se encerrou

em 1985, diplomas, projetos e estudos de que damos ampla notícia em nosso livro *Direito Concursal*, Ed. Forense, no prelo, que, a nosso ver, com o devido respeito que nos merecem seus conspícuos autores, não atendem, também, às necessidades e aos reclamos das empresas em crise, razão pela qual propomos uma disciplina diferente da matéria, como se irá constatar no decorrer deste trabalho.

II — As dificuldades das empresas em crise e a solução legal no Brasil

Se as dificuldades das empresas fossem sempre as mesmas, as soluções não seriam difíceis, pois, diagnosticadas as causas, bastava combatê-las com remédios jurídicos específicos, constituindo-se em erro crasso considerar a impontualidade ou a cessação de pagamentos ou a insolvência as causas das crises das empresas, pois estas não são mais do que efeitos de causas mais variadas e complexas, porquanto as verdadeiras causas das crises das empresas são de várias ordens, podendo-se classificá-las grosso modo em:

a) causas externas:

1. aperto da liquidez dos bancos;
2. redução de tarifas alfandegárias;
3. liberação das importações;
4. mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia;
5. criação de impostos extraordinários;
6. surgimento de novos produtos;
7. queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais;
8. retração do mercado consumidor;
9. altas taxas de juros;
10. inadimplimento dos devedores, inclusive do próprio Estado.

b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários:

1. sucessão do controlador;
2. desentendimento entre sócios;
3. capital insuficiente;
4. avaliação incorreta das possibilidades de mercado;
5. desfalque pela diretoria;
6. operações de alto risco;
7. falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada;
8. baixa produtividade;
9. excesso de imobilização e de estoques;
10. obsolescência dos equipamentos;
11. redução das exportações;
12. investimentos em novos equipamentos.

c) causas acidentais:

1. bloqueio de papel moeda no BACEN;
2. maxidesvalorização da moeda nacional;
3. situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro;
4. conflitos sociais.

Diante de tão diferentes causas, que atingem a empresa; os acionistas empresários; os acionistas rendeiros; os acionistas especuladores; os empregados; os fornecedores; as instituições financeiras; os consumidores; o crédito público; o Poder Público e a coletividade como um todo, qual a solução prevista no Decreto-lei 7.661/45 para evitar a derrocada da empresa em crise?

Apenas a concordata preventiva da falência, solução que, se, em 1945, era a única cogitável, atualmente deixa muito a desejar, pois em desacordo com a finalidade precípua do moderno Direito Concursal.

III — Finalidade do moderno Direito Concursal

Como sabido, o Direito Falimentar, em seus primórdios e durante séculos, tinha por finalidade exclusivamente atender aos interesses dos credores, mesmo com sacrifício da liberdade, da saúde e até da vida do devedor.

Em 428 a.C., surgiu a *cessio bonorum*, com a *Lex Poetelia Papiria*, imprimindo um abrandamento sensível nos meios de execução das dívidas do devedor insolvente, porquanto a execução não mais poderia recair sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre o seu patrimônio. Essa modificação no sistema de execução coletiva das dívidas, através da *cessio bonorum*, inspirou o legislador medieval a criar o instituto da moratória e da concordata preventiva da falência,¹ que, a sua vez, perduraram também por muitos séculos, chegando aos nossos dias.

A moratória e a concordata preventiva da falência fizeram surgir uma situação inusitada no processo de insolvência, pois não mais se buscava apenas a satisfação dos credores, mas a composição entre devedor e seus credores.

Com o tempo, verificou-se que a moratória e a concordata preventiva da falência, na forma de acordo entre devedor e seus credores, não atendiam às necessidades do devedor, cumprindo, então, mudar, de novo, o sistema, para tornar, independente da vontade dos credores, obrigatória a dilação dos prazos de pagamento das dívidas do devedor e até mesmo a remissão parcial, o que veio a ocorrer com a concordata preventiva da falência imposta pelo juiz, pelo simples fato de o devedor preencher determinados requisitos expressa-

mente previstos em lei. Neste momento, passa, então, a ser a concordata preventiva da falência deferida em benefício do devedor, com efeitos reflexos sobre os direitos do credor.

Porém, mais uma vez, foi necessário mudar o sistema, para adaptá-lo às necessidades, anseios, interesses e desejos surgidos por força de uma nova doutrina econômica, a do neo-liberalismo, e uma nova doutrina jurídica, a da intervenção do Estado no domínio dos contratos, da propriedade, das relações entre os particulares em geral.

Nessa nova fase, não mais se busca proteger apenas os interesses do devedor e/ou os dos credores, mas, também, os superiores interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, administrativas, gerenciais e técnicas da empresa não mais preocupam apenas ao devedor ou ao credor e a seus credores, como, por igual, ao Poder Público e à sociedade, sendo certo que, além e acima do interesse privado do devedor e dos credores, há o interesse público e social de saneamento, preservação e desenvolvimento da empresa financeira e economicamente viável.

Por isso, ao final de perfunctória análise da evolução histórica do problema da crise da empresa, chega-se à conclusão que, em nome do interesse público e do interesse social, o legislador e o juiz devem, nos limites de suas atribuições e poderes, zelar pela recuperação da empresa, de suas atividades e do emprego, mesmo que tenham de sacrificar, se necessário, os interesses do devedor e dos credores, momentaneamente.

Com esse *desideratum*, as leis mais recentes em matéria falimentar procuraram criar novos instrumentos, para propiciar a determinadas empresas condições de sair do estado de crise, denominados:

1. Alfredo Rocco, *Il Concordato nel fallimento*, apud Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1992, 2.º v., p. 8.

- a) procedimentos para-falimentares;
- b) procedimentos pré-concursais extrajudiciais;
- c) procedimentos pré-falimentares judiciais; e
- d) procedimentos pós-falimentares judiciais, de que damos apurada notícia em nosso *Direito Concursal*, Forense, no prelo, e, também, sumariamente, no item VII deste trabalho, todos, repita-se alto e bom som, elaborados tendo por escopo principal, por finalidade precípua, fazer prevalecer o interesse público e social da preservação, reorganização e recuperação da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública, objetivos, frise-se, que as citadas leis e, inclusive, projetos e anteprojetos não lograram alcançar, por se manterem arraigados aos princípios clássicos do *Direito Concursal*, o que nos leva a afirmar e a propor que a disciplina da crise:

- a) da empresa privada de interesse particular econômica e financeiramente viável;
- b) da empresa privada de interesse público;
- c) da empresa de economia mista; e
- d) da empresa pública deve ser objeto do *Direito da Crise Econômica da Empresa* e não do *Direito Falimentar*.

IV — A empresa privada de interesse público

Desde logo, fique assentado que há nítida distinção entre empresas que devem ser socorridas e salvas e empresas que devem perecer, bem como que, a nosso juízo, inspirados em Norberto Bobbio e na sua famosa lição sobre a gênese dos direitos, o *Direito da Crise Econômica da Empresa*, diverso, por sua natureza e finalidade, do *Direito Falimentar*, é um direito de 3.ª geração, pois os seus titulares não são as pessoas

físicas e/ou jurídicas do devedor e seus credores, mas os grupos humanos, a coletividade, a nação, o que nos leva a concluir que a solução do problema não está nem no plano jurídico, nem no filosófico (natureza e fundamento), mas no plano político, porquanto, se, como já demonstrado, a função primária do concurso falimentar era a satisfação dos credores através da liquidação dos bens do devedor e a partilha do seu produto entre os credores segundo o princípio da *pars conditio creditorum*, de caráter nitidamente privado, depois de muitos séculos passou a ser:

1. a defesa do interesse público do Estado na manutenção da atividade produtiva e do emprego da classe trabalhadora;

2. a defesa do interesse social da própria coletividade em que a empresa tem sede, filiais, agências, sucursais e departamentos.

Destarte, se a solução para a crise da empresa está no plano político, é mister:

1. distinguir o interesse privado da liquidação da empresa insolvente do interesse público da conservação da empresa viável;

2. deixar evidenciado que a empresa privada de interesse público, a empresa de economia mista e a empresa pública devem beneficiar-se de ajuda especial, por razões de ordem econômica e social; e

3. ter em mente que a “empresa privada de interesse público é a entidade industrial, comercial, financeira e de prestação de serviços que, por sua decisiva importância para a economia nacional ou regional ou pelo elevado número de empregados, transcende à mera significação de empresa privada”.²

2. Angel Jose Rojo Fernandez — Rio, “El estado de crisis económica”, in *La Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, p. 135.

V — A reorganização da empresa privada de interesse particular, econômica e financeiramente viável, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública

De início, cumpre-nos reiterar nossa discordância com os principais modelos do Direito Comparado, em especial o da legislação francesa e o do Projeto de Reforma da Legislação Falimentar Espanhola, segundo os quais a finalidade da Lei de Falências não deve ser a liquidação do patrimônio do devedor, mas a recuperação da empresa por todos os meios possíveis,³ daí pregarem que deve existir, em todo processo concursal, uma fase preliminar de verificação da viabilidade do reerguimento da empresa, ainda que, desde o início, salte aos olhos a evidentiíssima situação de irremediável insolvência do devedor.

A nosso ver, a disciplina da crise da empresa privada de interesse particular deve ser objeto de diferentes diplomas, conforme a empresa seja ou não econômica e financeiramente viável.

Quando inviável o prosseguimento das atividades da empresa, a lei deve prever, desde logo, a sua liquidação, em livro especial no Código de Processo Civil, como uma simples execução coletiva do patrimônio do devedor insolvente e irrecuperável, ou em lei específica apenas da disciplina da falência, estabelecendo-se, em primeiríssimo lugar, de forma clara e categórica, que o devedor, se não efetuar o pagamento de suas dívidas líquidas, certas e exigíveis no prazo de sessenta dias do primeiro protesto, está obrigado a declarar-se falido, sob pena de ser considerado objetivamente responsável pelos prejuízos causados a seus credores e de

ficar impossibilitado de exercer direitos, tendo as normas dessa disciplina caráter exclusivamente jurídico-processual, sopesando o juiz os interesses privados do devedor e seus credores segundo os princípios da Justiça Comutativa, com respeito aos privilégios e preferências legais, limitando-se o Estado a ser um mero regulador do conflito judicial entre as partes.

Quando viável o reerguimento da empresa em crise, lei especial, que poderia denominar-se “Lei de Reorganização da Empresa”, disporia, em título especial, sobre a crise da empresa privada de interesse particular, compondo-se os interesses das partes ainda 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.

A “Lei de Reorganização da Empresa” cuidaria, ainda, em título especial, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública em crise, para disciplinar a sua reorganização econômica, financeira, administrativa e técnica, 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 de Direito Público, cedendo os direitos do devedor e seus credores diante do interesse maior dos empregados e da coletividade, devendo a nova disciplina:

3. Rodrigo Uria, “Reforma del Derecho Concursal”, in *La Reforma Del Derecho de Quiebras*, cit., p. 417.

1. ser orientada por razões de ordem econômica e não jurídico-processual;
2. prever procedimentos administrativos, procedimentos extrajudiciais e procedimentos judiciais, conforme a solução alvitrada 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.

VI — Meios para reorganizar as empresas em crise

Devido à complexidade das modernas empresas nacionais e multinacionais, a prática exigiu que, além das tradicionais soluções da moratória e da concordata preventiva da falência da empresa, fossem pensados novos mecanismos de saneamento e reorganização.

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

Através das técnicas de aquisição e fusão, uma empresa compra outra após complexíssimo processo de verificação da situação financeira, operacional, de produção, de mercado e da estrutura organizacional da empresa a ser adquirida, formalizando-se o negócio mediante um contrato *pro-forma*, “base para a negociação final”, seguindo-se, então, a

execução de um “plano de transição”,⁴ findo o qual a empresa adquirida ou fusionada passará à condição de novo membro do grupo econômico.

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

Além das técnicas de *aquisição*, *merger* e *joint-venture*, outros meios existem para socorrer a empresa, econômica e financeiramente viável, que se encontre em temporária situação de crise, conforme dá conta o eminente Prof. Nelson Abrão,⁵ alicerçado em autorizadas vozes no estrangeiro, ao esclarecer que, na Alemanha Federal, na Holanda, na Inglaterra, até 1971, por exemplo, 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

4. V. W. Ramussen, *Aquisições, Fusões e Incorporações Empresariais*, Ed. Aduancira, 1989, pp. 51-144.

5. *O Novo Direito Falimentar*, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 57-72.

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

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

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

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

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

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

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

VI — Moratória, com correção monetária mitigada;

VII — Remissão parcial de dívidas;

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

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

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

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

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

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

VII — Procedimentos de reorganização das empresas em crise

Não há dúvida que os procedimentos tradicionais de salvação da empresa em crise, como, por exemplo, a concordata preventiva da falência no Brasil; a suspensão de pagamentos de 26.7.1922 na Espanha; a administração controlada de 1942 na Itália; o "deed of arrangement" na Inglaterra e a "corporate reorganization" anterior a 1978 nos Estados Unidos da América do Norte, não atendem à modificação radical ocorrida na concepção do direito de insolvência, que, na lição de Massaguer Fuentz, era, nos primórdios, um direito destinado a salvaguardar os interesses dos credores, depois, os interesses do devedor, mais tarde, os interesses da economia nacional, para, finalmente, assegurar, por todos os meios e modos possíveis, os interesses

sociais,⁶ o que fez surgir, nas palavras de Angel Rojo Fernandez-Rio, uma “nova filosofia do Direito Concursal”, um “direito vivo da crise econômica”,⁷ um “Direito da Empresa em Crise”,⁸ produto das transformações da realidade econômico-social do mundo moderno, que obriga os juristas, conforme recomenda Joaquim Garrigues, a saírem de seus confortáveis gabinetes de estudo, contemplarem os fatos reais, para servir a um ideal de Justiça,⁹ e a engendram novos procedimentos de reorganizar-se a empresa em crise, como assinalamos em nosso *Direito Concursal*, t. I, Cap. I, itens 10 e ss.

Esses procedimentos podem ser classificados em:

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

A) Procedimentos para-falimentares

Os procedimentos para-falimentares ou administrativos processam-se extrajudicialmente, têm uma ativa e decisiva participação da autoridade pública no seu desenvolvimento e visam criar condições de a empresa potencialmente importante para o Estado recuperar-se, partindo da idéia de que, para obviar as crises das empresas, em particular das grandes empresas, é indispensável prover a sua refinanciamento, o que, as mais das vezes, só é possível fazer-se através do Poder Público, pois, é curial que, entrando em dificuldades, a empresa fica sem meios de obter empréstimos e

6. *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, p. 9.

7. Art. cit., p. 127.

8. Bavetta, *Il diritto dell'impresa in crisi*”, *Dir. Fall.*, 1988-I, p. 351.

9. *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, 1971, Introducción.

financiamentos e até mesmo de comprar a crédito, de que são exemplos, na Itália, o Decreto-lei 602, de 5.10.1978, e a Lei 95, de 3.4.1979, modificada em 1980 e 1982.

De acordo com as leis italianas, em especial a lei “sobre a administração extraordinária das grandes empresas” (Lei 95, de 1979), procura-se salvar as empresas importantes para a economia do país que já receberam créditos especiais do governo e facilitar o seu pré-financiamento, ficando a cargo do Ministério da Indústria nomear um super-comissário, como substituto dos órgãos sociais, incumbindo de reestruturar a empresa e apresentar um plano de reorganização, para ser submetido à autoridade administrativa encarregada do procedimento. O plano deve prever as garantias estatais para as dívidas contraídas pelo comissário e o modo e o prazo de pagamento aos credores.

B) Procedimentos pré-concursais

Dentre os procedimentos pré-concursais mais comuns, destaca-se, sem dúvida, o acordo pré-concursal, que foi definido por Rouillon desta forma: “o acordo pré-concursal é o contrato celebrado por uma parte — devedora — com outra — credor ou credores —, a fim de superar dificuldades econômicas e financeiras de caráter geral, ou a cessação de pagamentos, podendo estipular-se qualquer objeto lícito para esses fins”.¹⁰

Rocco, a seu turno, considera-o “um contrato entre o devedor comum e os credores individualmente, antes da declaração da falência ou de qualquer procedimento judicial, com o fim de modificar as relações jurídicas creditórias entre o devedor e os credores singulares signatários do acordo, de modo a fazer

10. *Reformas al Régimen de los Concursos*, Buenos Aires, 1986, p. 107.

cessar o estado de falência ou evitar sua declaração judicial.¹¹

Ripert conceitua-o como “um procedimento essencialmente contratual, facultativo, despojado de formalismo e confidencial”,¹² e Marcel Bayle, “um procedimento contratual e confidencial, sob o comando de um conciliador, para evitar a cessação de pagamentos, e a fim de promover a reorganização da empresa”.¹³

O acordo pré-concursal tem natureza contratual, pois se aperfeiçoa pelo mútuo consenso das partes, não as impulsinando qualquer coação estatal, mas tão-somente o propósito de compor, da melhor maneira possível para todos, o conflito real ou potencial de interesses entre o devedor e seus credores e, até mesmo, de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais.

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

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

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

11. “Il Concordato nel Fallimento e Prima del Fallimento”, *Tratado teórico e práctico*, Torino, 1902, p. 220.

12. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, LGDJ, tomo II, p. 707.

13. “De intérêt du reglement amiable”, in *Revue de Droit Commercial et de Droit Économique*, Paris, Sireym, 1988, p. 3.

É informal, porque às partes é facultado regularem seus interesses da maneira que lhe aprouver.

É preventivo, porque visa prevenir a falência.

É individual, porque só obriga os signatários, em função do princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos dos contratos se circunscrevem, afora expressa disposição legal, às partes que o celebram.

É aberto, porque os credores não signatários podem a ele aderir quando quiserem.

São pressupostos do acordo pré-concursal:

a) um devedor em estado de crise econômica;

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

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

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

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

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

os signatários, e aberto, para possibilitar futuras adesões.

2.^a — Antes de propor o acordo a seus credores, a empresa deve:

a) elaborar demonstrações financeiras, que expressem com clareza a sua situação patrimonial, submetendo-as a auditor independente;

b) elaborar relatório sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos dos três últimos exercícios;

c) elaborar lista nominativa de todos os credores, inclusive fiscais e parafiscais, especificando as respectivas garantias, se houver, e reavaliar as contas do ativo permanente; e

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

3.^a — A proposta de acordo, a ser submetida aos credores, deve especificar:

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

b) se o ativo é superior ao passivo exigível;

c) se oferecerá garantias reais;

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

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

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

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

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

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

7.^a — A ata da assembléia-geral de credores e a ata da assembléia dos sócios serão arquivadas no Registro do Comércio.

C) *Procedimentos pré-falimentares*

Os dois modelos que têm merecido maiores encômios no mundo ocidental são o norte-americano e o francês.

O norte-americano, conforme acentuado por Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, "abre ao devedor a possibilidade de prosseguir em seus negócios, reestruturando-se e buscando a reabilitação",¹⁴ "sem dispor de seus bens (ou, pelo menos, não da totalidade deles) e, principalmente, mantendo sua atividade negocial. Para tanto, deverá ele reestruturar-se, e reprogramar o pagamento de suas dívidas, de modo a poder voltar à normalidade, após cumprido um plano de reorganização. A opção é ampla o suficiente para abranger, de um lado, todo o seu ativo, e, de outro, todo o seu passivo, aí incluídos os credores com garantia e os quirogras

14. "A empresa em crise no Direito Francês e Americano", São Paulo, Dissertação de Mestrado, 1987, p. 17.

fários, bem como seus acionistas ou sócios. Os interesses de todos esses deverão ser satisfeitos, na medida e nos termos constantes do plano. E, posteriormente, fará jus o devedor a uma "vida nova", sem preocupar-se com as obrigações antes contraídas".¹⁵

O direito francês, sem dúvida o que melhor disciplina os procedimentos pré-falimentares, possui uma variada gama de meios de recuperação da empresa em crise.

Na França, a Lei 84/148, denominada "prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades", prevê mecanismos de recuperação extrajudiciais, como a "prevenção-gestão" e a "prevenção-alerta", e, se persistirem as dificuldades, a designação, pelo juiz, de um conciliador, para encaminhar um acordo entre o devedor e seus credores, enquanto a Lei 85/98 cuida do "saneamento e a liquidação judicial da empresa", tendo por finalidades precípuas:

- a) a salvaguarda da empresa;
- b) a manutenção das atividades e do emprego; e
- c) o levantamento do passivo, iniciando-se com a apresentação de um plano de recuperação, que será objeto de exame durante o período de observação, podendo prever a continuação da empresa ou a sua cessão. A lei criou

dois tipos diferentes de procedimentos, tendo em conta o número de empregados e o faturamento bruto da empresa, aplicando-se o procedimento simplificado às empresas que empreguem até 50 assalariados ou tenham um faturamento de até vinte milhões de francos anuais e o procedimento comum ou geral às demais, caracterizando-se o procedimento simplificado pela rapidez, simplicidade e pouca onerosidade.

D) Procedimentos pós-falimentares

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

- a) a concordata suspensiva (art. 177 da Lei de Falências); e
- b) a organização de sociedade para continuação de negócio do falido (art. 123, § 1.º, da Lei de Falências).

VIII — Conclusão

No momento em que se discute, no Brasil, em geral, e, na Câmara dos Deputados, em particular, a reforma do Decreto-lei 7.661, de 1945, fazemos votos que o legislador, inspirando-se no moderno *Direito Concursal*, elabore uma lei que atenda aos anseios e reclamos da sociedade brasileira.

15. Ob. cit., p. 35.