

DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA EM CRISE

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

1. Concepção tradicional do direito concursal transformada pela teoria da empresa

A origem do instituto da falência é muito discutida; alguns buscam seu germe no direito romano; outros negam tal filiação, apontando os estatutos das cidades italianas como estabelecedores dos fundamentos do direito falimentar. Uma resenha historiográfica responsável requer estudo aprofundado, que, embora importante para a compreensão do modelo falimentar moderno, não constitui escopo desse estudo.

Renzo Provinciali e G. Ragusa Maggiore (*Istituzioni di Diritto Fallimentare*, CEDAM, Pádova, 1988, p. 3) registram que a correlação da dogmática da falência com figuras típicas do direito romano (*cessio bonorum*, *bonorum distractio*, *missio in possessionem ex primo et ex secundo decreto* do direito *justinianeu*) foi superada pelas verificações historiográficas, fixando como precedente da dogmática falimentar os estatutos das cidades centro-setentrionais da Itália, a partir do séc. XIII.

Convém acrescentar que a falência não se destinava exclusivamente aos comerciantes; somente com a legislação francesa do início do século XIX se disciplinou de forma diversa a situação do devedor comerciante e a do não comerciante. É bem verdade que o instituto da falência visava ao estímulo e à proteção do comércio, podendo-se argumentar que a complexidade da atividade

de comercial requeria regime de execução coletiva que não se ajustava ao concurso de credores previsto para o patrimônio do devedor não comerciante, consistindo quase sempre em bens imóveis. A fuga era manifestação de insolvência. O caráter penal da falência no direito intermediário refletia a crise do comércio, resultando numa repressão mais enérgica.

Embora os estatutos das cidades italianas tenham servido de modelo para os demais países europeus, principalmente França, o regime falimentar francês, tomando corpo com a "Ordonnance" de 1663 de Luís XIV e com o Código do Comércio de 1807, constituiu o protótipo das legislações dos países latinos, no século passado. Até mesmo a Itália, berço da dogmática falimentar, sofreu, à medida que reformava seu direito, a influência francesa, que se revelou um diafragma jurídico.

Os juristas alemães do século XVIII associavam a falência ao seqüestro, retratando, assim, a origem romana do instituto da falência. A complexidade do trabalho historiográfico não permite sustentar esta ou aquela concepção, sem proceder à larga investigação, bastando, pois, registrar o que foi dito a esse respeito.

As normas que disciplinam o direito concursal são de natureza prevalentemente processual, determinando o procedimento que medeia a decretação da falência e seu encerramento ou a homologação da concordata. Normas de di-

reito civil e comercial, a exemplo dos pressupostos subjetivos de abertura do procedimento, efeitos em relação ao patrimônio do falido e aos contratos pendentes, também consubstanciam a falência. Direito penal, processo penal e administrativo integram o regime falimentar, todas as normas unificadas pelo objetivo de prevenção da insolvência e satisfação igualitária dos credores.

Provinciali e Maggiore (ob. cit., p. 12) assim caracterizam o direito concursal: "1. liquidazione universale (totalità dei beni a favore della totalità dei creditori) del patrimonio del debitore; 2. trattamento egualitario dei creditori (salvo legittime cause de prelazione); 3. abolizione o limitazione, a carico del debitore, della disponibilità e dell'amministrazione del patrimonio e trasferimento, totale o parziale, de tali facoltà agli organi concorsuali; 4. realizzazione esecutiva dei beni del debitore, trasformazione in denaro, e soddisfacimento pro quota dei creditori concorsuali, a loro tacitazione per concordato di maggioranza".

Evidentemente que essa caracterização genérica sofre variações em cada país. A concordata é, no Brasil, concedida independentemente do assentimento dos credores.

O instituto da falência, conforme o desenho acima esboçado, não se ajustava mais ao modelo econômico que começou a assumir corpo no séc. XIX. A insolvência não resultava exclusivamente da especulação arriscada ou da conduta dolosa do comerciante. Fatores macroeconômicos, alheios ao comportamento do indivíduo singularmente considerado, constituem causas determinantes da crise da empresa. O Brasil enfrenta, nos dias que correm, o problema de insolvência generalizada, como reflexo, em grande parte, da política macroeconômica.

Os Estados Unidos, com sua "business reorganization" seguidos na França e Itália, sem falar dos "deeds of arrangement" ingleses, revelaram que a empresa, transcendendo os interesses pessoais de seu titular, assume relevante papel na sociedade, no tocante à produção ou à prestação de serviços, ao emprego de mão-de-obra e mesmo ao pagamento de tributo. O estudo do direito comparado, ao longo desse ensaio, há de espelhar as valorações subjacentes à fria letra da lei, notando-se a profícua lição de Karl Engisch (*Introdução ao pensamento jurídico*, trad., 6.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1983, p. 379): "As valorações do legislador não podem ser isoladas. Elas têm de ser relacionadas com outras valorações que estão por de trás da lei e imprimem o seu cunho ao Direito".

Angelo Bonsignori ("Il fallimento" in *Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia, organizzato por Francisco Calgano*, 9.º/28, CEDAM, Pádova, 1986), assinala a inadequação do direito falimentar tradicional no contexto da realidade econômica moderna, apontando para o fator político-econômico que a preservação da empresa assume, mediante refinanciamento e reestruturação do estabelecimento. Levam-se em conta a empresa e suas coligações.

Nessa nota introdutória, não se buscou discutir as dificuldades jurídicas que a teoria da empresa suscita, mas tão-só realçar seu papel na sociedade moderna. A fim de salientar as múltiplas preocupações em torno da empresa, convém referir o estudo de M. Dreher (*Unternehmen und Politik* in ZHR 155, 1991, pp. 349-377) em que o autor cuida da influência da empresa no cenário político, anotando, por sua vez, que os objetivos políticos não estão, evidentemente, previstos nos estatutos sociais. Registra que o discurso, nos dias

que correm, gira em torno de uma responsabilidade social da empresa (Ueberrall ist von einer sozialen Verantwortung der Unternehmen die Rede).

O Prof. Fábio Konder Comparato (*Aspectos jurídicos da macro-empresa*, Ed. RT, São Paulo, 1970, cap. II, da segunda parte), ciente da necessidade de adaptação do direito falimentar à nova configuração da empresa, salientou, a partir do estudo da "corporate reorganization" norte-americana, que a tendência do direito concursal moderno se verifica na diferenciação do regime jurídico aplicado à empresa e ao empresário ímprobo ou desidioso, anotando, ademais, que a concordata preventiva, na forma consagrada no Dec.-lei 7.661/45, não se identifica, em estrutura, com a recuperação da empresa no direito norte-americano, por influência deste, com o direito francês.

2. Notas distintivas da recuperação da empresa em relação à falência, à concordata e figuras afins

Algumas precisões terminológicas se fazem necessárias, antes de tratar do tema deste item. A insolvência não se confunde com a falência, que através da sentença decretatória, constitui estado de direito. A insolvabilidade é, por sua vez, estado de fato, que traduz a dificuldade econômica da empresa (Cf. Octávio Mendes, *Falências e concordatas*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1930, n. 17, p. 30).

Gustavo Bonelli (*Del Fallimento*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, n. 36, p. 49) anota que a insolvência comercial se manifesta na cessação de pagamentos, que, como sublinha o jurista italiano, não é um fato, mas um estado patrimonial verificado num período de tempo. A cessação de pagamentos traduz estado de fato, que, mediante a sentença de falência, se trans-

forma em estado de direito. A fixação de lapso temporal é importante para o estabelecimento do período suspeito. Octávio Mendes (ob. cit., n. 18, p. 32) censura a cessação de pagamentos como fundamento da falência, já que oferece ensejo a abusos do devedor, que pode embaraçar a verificação da cessação de pagamentos.

O Dec.-lei 7.661/45 adotou sistema misto de fundamentação do pedido de falência. Em vez da cessação de pagamentos, escolheu a impontualidade (art. 1.º), acrescentando também como fundamento da decretação da falência outras causas que fazem supor a difícil situação econômico-financeira do comerciante (art. 2.º).

A insolvência civil se caracteriza pela insuficiência do ativo em face do passivo (art. 1.554, do CC, art. 748, do CPC).

Essas notas preliminares têm por escopo discutir a propriedade do emprego da expressão crise da empresa. Autores italianos a utilizam muito, a exemplo, entre outros, G. Ferri (*Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, Turim, 1976, n. 278, p. 487). Já foi assinalado que a insolvabilidade manifesta crise de fato do empresário, restando, pois, indagar se tal termo está apto a designar o que os autores, nos dias presentes, chamam de crise de empresa.

Francisco Carnelutti (*Metodologia del Derecho*, 2.ª ed., espanhola, UTEHA, México, 1962, p. 59) nota que "a ciência do Direito, nascida e crescida na biblioteca, está condenada à anemia, por não dizer à tuberculose. O remédio não é outro senão a reencarnação dos conceitos com as imagens sacadas da observação da realidade". "Já que os conceitos não se cristalizam, assumindo, antes, contornos novos com igual alteração de conteúdo, não se vislumbra qualquer embaraço no uso do vocábulo insolvabilidade, que, para ilustres ju-

ristas, se trata de galicismo indispensável”.

A insolvabilidade expressa, sem dúvida, crise econômica, configurando estado de fato. Pode-se, assim, dizer que a insolvabilidade manifesta a crise da empresa. Esta, no entanto, é mais ampla, já que traduz causas microeconômicas e também macroeconômicas, a exemplo da dificuldade no fornecimento de matéria-prima, na superação tecnológica pelos concorrentes, assim como das escolhas da política econômica. Quando se trata de conceitos econômicos, não é possível precisar seu conteúdo, evitando controvérsias. Ao longo desse ensaio, mencionar-se-á a expressão crise econômico-financeira da empresa, pressupondo a possibilidade de superação desta. A plena compreensão dos novos institutos concursais requer que não se cogite mais no aspecto predominantemente processual de execução coletiva em benefício dos credores. A recuperação da empresa implica, afinal, a melhor satisfação dos credores.

A falência, que é procedimento complexo, visa à comum satisfação dos credores, mediante a realização do ativo. Como os bens do devedor não são suficientes para satisfazer todos os credores, procede-se a um rateio, de forma que todos são tratados igualmente (*par conditio creditorum*), salvo as preferências estabelecidas em lei. Entre a sentença decretatória da falência e o seu encerramento, há um lapso de tempo. A concordata suspensiva pode ser concedida nesse ínterim. O efeito da falência, no tocante ao desapossamento dos bens do devedor, implica a necessidade de órgãos de administração da massa falida. A função administrativa compete ao síndico, sob a imediata superintendência do juiz (art. 59, do Dec.-lei 7.661/45). O Ministério Público atua igualmente na falência.

O esboço do procedimento falimentar registrado no parágrafo anterior corresponde, guardando as devidas diferenças de cada sistema, às notas características da falência. Não constituindo escopo desse ensaio aprofundar a discussão sobre os elementos caracterizadores da falência, basta referir o ensinamento das autoridades no assunto. Agostino Ramella (*Trattato del fallimento*, v. 1.º/1, Società Editrice Libreria, Milão, 1903) assinala que o instituto da falência tem por escopo a comum e conforme satisfação dos credores sobre o patrimônio do devedor, que se mostra insuficiente ao integral pagamento.

Todas essas observações acerca da falência que se encontram nos compêndios têm por fim contrastar a falência talhada no modelo tradicional com as novas tendências do regime concursal, que superam a finalidade liquidatária e solutória do regime de quebra. O Prof. Nelson Abrão (*A administração concursal*, São Paulo, 1987, p. 25) salienta a importância do papel da administração no regime concursal, anotando que não é menos relevante que na fase *in bonis* da empresa, uma vez que o objetivo principal consiste na preservação da empresa.

O regime concursal, na forma disciplinada no Dec.-lei 7.661/45, está dividido em duas fases. Uma de instrução, dita de informação; a outra de liquidação. A concordata preventiva ou suspensiva visa à preservação da empresa, embora as suas normas não sejam totalmente idôneas para tanto. Pode-se, igualmente, divisar o objetivo de recuperação total ou parcial da empresa na continuação do negócio pelo falido e na organização de sociedade pelos credores, na fase de liquidação. São figuras que não encerram qualquer saneamento programado; daí sua pouca expressividade na preservação da empresa.

Por força do Dec.-lei 7.661/45, a concordata preventiva é, como registra J. C. Sampaio Lacerda (*Manual de direito falimentar*, 7.^a ed., Freitas Bastos, RJ, n. 171, p. 234), “o ato processual pelo qual o devedor propõe em Juízo melhor forma de pagamento a seus credores, a fim de que, concedida pelo juiz, evite ou suspenda a falência”.

A concordata apresenta, no direito brasileiro vigente, sérias distorções, plasmando regras que podem favorecer, indistintamente, tanto os comerciantes honestos como os menos escrupulosos. Alcançando tão-só os créditos quirografários, a concordata deixa desprotegidos muitos credores, que não têm força econômica para exigir garantias reais. O deferimento da concordata se fundamenta em aspectos formais, não se apurando a culpa dos administradores e controladores da empresa. Outra grave desvantagem consiste na polêmica em torno da incidência ou não de correção monetária dos créditos sujeitos a concordata. Não cabe discutir se se trata de dívida de dinheiro ou de valor, uma vez que a desvalorização da moeda quando não corrigida implica enriquecimento indevido do devedor.

O Prof. Rubens Requião (“A crise do direito falimentar brasileiro” in *RDM* 14/23-33, 1974), ao assinalar a necessidade de reforma da Lei de Falências, registra o papel da recuperação econômica da empresa, que implica o afastamento dos dirigentes, levando-se em conta a separação entre empresa e empresário. Anota o Prof. Requião: “O erro fundamental do sistema de concordata preventiva, e mesmo da concordata suspensiva, em nossa Lei de Falências, é permitir sua concessão atendidos, apenas, alguns pressupostos formais. Não se cogita de saber as verdadeiras causas da insolvência do devedor; não se cogita sequer de indagar se ele tem um plano viável para a reor-

ganização de sua empresa; não se indaga se foi ele inepto ou incompetente. Atendidos os pressupostos legais e formais, os juízes geralmente complacentes estão dispostos a fazer vista grossa sobre os desmandos econômicos e financeiros evidentes, para conceder logo a concordata”.

Cumprido salientar que a recuperação da empresa, na forma disciplinada no direito norte-americano e francês, é profundamente diversa, em escopo e estrutura, das figuras da continuação do negócio, prevista no art. 74, do Dec.-lei 7.661/45, ou da organização de sociedade para a continuação do negócio do falido regulada no art. 123, § 1.^o, do mesmo diploma legal.

A primeira censura que se há de opor à continuação do negócio do falido, na forma disciplinada na Lei de Falências, diz respeito à legitimidade exclusiva do falido em requerê-la (Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, II/38, 3.^a ed., Ed. Forense, RJ, 1962, n. 484). Deferido o pedido, o juiz nomeia gerente para dar continuidade ao negócio, ficando este sob a fiscalização do síndico. O falido, ao requerer a continuação do negócio, tem em mira a concessão de concordata suspensiva. As observações em torno da concordata servem para firmar a crítica de que tais institutos podem beneficiar devedores de má fé.

Considerando-se a empresa, independentemente da forma societária, antes como expressão das virtualidades do ativo nas mãos de empresário capaz, a possibilidade de os credores, respeitado o direito dos dissidentes, organizarem sociedade para a continuação do negócio do falido, constitui modesto meio de preservação da atividade. A manutenção da empresa, mediante programação inicial desde a manifestação de crise, revela-se integral e, portanto, mais vantajosa, já que as soluções adotadas, na

fase de liquidação, não evitam o desgaste das potencialidades da empresa decorrente do processo falimentar.

No campo do direito comparado, podem se apontar figuras que, de forma mais abrangente, embora não completa, visam à recuperação da empresa. Tais institutos foram aperfeiçoados, sendo até mesmo superados por leis mais recentes, que supõem saneamento planejado. A gestão controlada belga expressa tentativa de instituir, através de medida legal permanente, instrumento de superação de crise de liquidez. Todas as medidas tendentes à recuperação da empresa eram transitórias. A gestão controlada implica a suspensão de todas as execuções contra o devedor, sejam os créditos quirografários, sejam privilegiados, averiguando-se a situação comercial do devedor. Interditam-se-lhe, sob pena de nulidade, vender, constituir garantia, endividar-se ou receber capital imobiliário, enfim, tudo que foge à administração ordinária, sem especial autorização do juiz delegado. Facultava-se ao comissário nomeado prescrever as medidas mais oportunas, no interesse do devedor e dos credores. Verifica, ademais, o ativo e passivo, apresentando plano de reorganização, liquidação e rateio do ativo. Quanto ao plano, torna-se necessária a votação dos credores, assim como a aprovação do tribunal.

A administração controlada italiana também apresenta deficiências. Uma delas foi suprimida pela modificação legal de 1978, que subordina a concessão de tal regime especial à possibilidade de saneamento da empresa. Entre as críticas opostas à tal regime mencione-se o papel inativo do comissário, à atenuada participação dos credores, assim como a preponderância do devedor na reorganização. Tais críticas Angelo Bonsignori teceu acerca da gestão controlada (ob. cit., p. 36); o mesmo se pode dizer da administração controlada.

Os institutos que, embora regulados e estudados no âmbito da falência, são destinados a favorecer os devedores de boa-fé, assumem contornos e designações diversas nos sistemas legais de cada país. A *discharge* constitui uma das formas de proteger o devedor honesto. Neste item, registraram-se alguns conceitos já por demais discutidos e repetidos nos manuais especializados. O escopo consistiu, no entanto, no cotejo de figuras que guardam certa semelhança entre si, mas que são estruturalmente diferentes. Procurou-se, ademais, oferecer visão crítica de cada instituto, uma vez que só a aplicação do direito mostra a medida de acerto do legislador. Outro aspecto relevante diz respeito à participação dos credores na determinação das soluções a serem adotadas. Convém salientar que a aferição da maioria fundada no valor dos créditos não se mostra, na experiência jurídica, efetiva, de sorte que a revitalização da assembléia de credores há de adotar o critério da maioria dos credores (com base no valor) presentes.

3. A recuperação da empresa através de um plano

A empresa, como entidade econômica desvinculada da pessoa dos seus administradores e controladores, deve ser, salvo quando economicamente inviável, preservada. A forma jurídica da empresa, que não passa de um aspecto organizacional, não terá reflexos na continuação da empresa, como atividade econômica organizada. A recuperação pode resultar em desmembramento da unidade econômica, sob a forma de cisão ou incorporação. Tratando-se de sociedade, a cessão de controle, associada ou não a outras formas de reorganização da empresa, constitui outro instrumento de reerguimento da empresa em crise.

O plano de reorganização constitui, no direito norte-americano, um negócio

entre o devedor e os credores. A classificação dos créditos depende do alcance de cada pretensão que os créditos fazem surgir; as pretensões similares figuram numa mesma classe. Os créditos menores são, por sua vez, enquadrados, devido a conveniências administrativas, numa classe separada. O plano contém tanto disposições imperativas como facultativas, prevendo, ademais, os meios adequados de sua execução. Além da forma de satisfação dos credores e dos instrumentos de recuperação da empresa, não se exclua a possibilidade de alteração do controle ou da transferência deste para terceiros (cf. J. Ronald Trost, "Business Reorganizations under Chapter, 11 of the New Bankruptcy Code" in *Business Lawyer*, 34/1.309-1.345, abril 1979). Convém acrescentar que o plano pode resultar na escolha de um agente fiduciário para ficar à frente da empresa, restando ao juiz tão-só a homologação das decisões. Isto facilita sobremaneira a administração da empresa em crise, uma vez que os aspectos de conveniência e oportunidade são exclusivamente apreciados pelos envolvidos, cumprindo ao Judiciário verificar a legalidade.

Prevalecem na França considerações de ordem sócio-econômica sobre os fatores meramente jurídicos, procurando-se uma solução voltada para o futuro em vez do passado. O papel do Judiciário e do Ministério Público é marcante. Além da nomeação e substituição de vários órgãos, no *redressement judiciaire*, fixa o Judiciário o período de observação da empresa e a duração do plano, decidindo, ademais, sobre o futuro da empresa (continuação, cessão, liquidação) ou sobre os prazos impostos aos credores ou sobre as autorizações necessárias. O Juiz-comissário é competente para autorizar operações variadas, principalmente no período de observação ou liquidação judiciária. O afasta-

mento dos dirigentes desonestos ou ineptos não suprime o escopo de melhorar a situação dos devedores vítimas das circunstâncias. O plano, quando se trata de empresa sob a forma de sociedade, pode implicar uma reestruturação profunda, envolvendo reconstituição de capital através da entrada de novos sócios, uma estipulação de prazo indefinido de pagamento aos credores anteriores ao *redressement judiciaire*. Ao determinar a cessão total ou parcial da empresa, o tribunal pode estabelecer a transmissão ao cessionário de contratos necessários à continuação da atividade, (cf. Georges Ripert e René Roblot, *Traité de Droit Commercial*, II, LGDJ, Paris, 1988, ns. 2.851-2.827, pp. 711-717). Como administradores dos procedimentos, figuram o administrador judicial e os mandatários liquidatários. Verifica-se, pelas observações registradas, que o aspecto negocial, ao contrário do direito norte-americano, é extremamente atenuado no direito francês.

A Lei 95/79, conhecida como *Legge Prodi*, consagra a administração extraordinária da grande empresa em crise na Itália. A disciplina estabelecida espelha-se, em parte, na liquidação compulsória administrativa, dela se distinguindo, contudo, profundamente, uma vez que no lugar de uma finalidade eminentemente liquidatária da empresa prevalece o escopo de conservação e de saneamento da empresa. Tal procedimento se estende por um biênio prorrogável por mais um ano. Compete ao comissário estabelecer um plano, cuja execução depende do consentimento da autoridade de fiscalização, segundo o parecer do CIPI (Conselho de Ministros para Coordenação da Política Industrial). O programa deve prever, levando em conta o interesse dos credores, um plano de saneamento compatível com os objetivos da política industrial. Sem prejudicar a unidade do complexo opera-

tivo, o plano há de especificar o que deve ser reativado ou complementado, bem como o que deve ser transferido ou incorporado ao estabelecimento. A causa e as circunstâncias do procedimento devem ser mencionadas, esclarecendo-se sobre a diligência do empresário no exercício da empresa, a fim de apurar a sua responsabilidade ou de terceiros. O comissário pode ser único ou plúrimo, figurando ainda como órgão desse procedimento o "comitato de sorveglianza", integrado de três ou cinco membros, dos quais um ou dois devem ser credores quirografários, escolhidos entre pessoas com experiência no ramo de atividade exercido pela empresa. O papel desse órgão não é expressivo, limitando-se a oferecer pareceres. A Lei Prodi dá um passo além em relação às outras legislações que cuidam da recuperação da empresa, tratando da situação da insolvência do grupo de empresas (Francesco Del Vecchio, verbete "imprese in crisi (amministrazione straordinaria)" in *Novissimo Digesto Italiano*). O Tribunal verifica o estado de insolvência da empresa, que é o pressuposto objetivo do ato administrativo inicial do procedimento. Saliente-se que o papel do Judiciário, no tocante à atividade de recuperação da empresa, é reduzido.

O projeto alemão de reorganização da empresa prevê, igualmente, alteração na estrutura financeira e do capital da empresa, a utilização de novos instrumentos empresariais, a organização do pessoal, assim como a alteração das relações jurídicas da sociedade. A complexidade do plano requer o trabalho de pessoal especializado, o que torna a sua execução difícil no tocante a alguns aspectos (Cf. Meinhard Heinze, "Verfahrensrechtliche und arbeitsrechtliche Aspekte eines neuen Insolvenzrechts", in *ZHR* 149, 1985, pp. 526-527).

O "deeds of arrangement act" inglês, de 1914, instituiu entre outras importantes medidas, um plano, que tem natureza contratual. O devedor em dificuldade econômico-financeira pode evitar o incômodo da decretação da falência, propondo aos credores um acordo. Tal acordo pode ser requerido antes ou no curso da falência, sendo cada hipótese disciplinada de forma diversa. O assentimento dos credores, que é verificado com base na maioria em número e valor, constitui condição de eficácia dos *deeds of arrangement*, não bastando, pois, o registro destes. Os credores com garantia são, no que diz respeito ao acordo, considerados credores envolvidos somente na proporção do seu crédito sem garantia. A designação de um agente fiduciário (trustee) não implica a aplicação da lei de falências, quanto aos direitos e responsabilidades deste; aplica-se, antes, a lei geral sobre os agentes fiduciários (*trustees*). Tendo natureza contratual, fica a cargo dos credores estabelecer o conteúdo do plano (Cf. Redmond e McCallum, *Bankruptcy Law*, 8.^a ed., Macdonald and Evans, pp. 140 e ss.).

Heráclito, mostrando a riqueza da filosofia présocrática, registrou que é preferível o que o homem pode ver, ouvir ou experimentar. No campo do direito, o juiz Holmes exalçou a experiência. Tendo isso em mente, convém assinalar que as normas do direito alienígena acima referidas só têm valor, quando ponderada sua efetividade social. A transposição de modelos estranhos, sem proceder às devidas adaptações, foi sempre, acertadamente, censurada pelos melhores juristas pátrios. Constitui defeito oposto desprezar o direito alienígena, à força de auto-suficiência cultural.

A aplicação do regime de recuperação da empresa suscita muitas dificuldades em cada país. Não se tem em mira apontar aqui todos os embaraços

que a recuperação da empresa provoca. Cite-se, a título exemplificativo, o que Giuseppe Alessi (“La crisi dell’amministrazione straordinaria” in *Banca, Borsa e titoli di credito*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 2) asseverou acerca da administração extraordinária. “È amaro e doloroso costatare che la nuova procedura, che pure aveva suscitato tanto interesse ed accesso molte speranze, non solo non ha risolto la crisi delle imprese, ma in molti casi l’ha aggravata”. Na França, a lei de 1985 previu um período de observação, a fim de que se verifique se a empresa há de se recuperada ou liquidada. Têm surgido controvérsias judiciais, já que alguns tribunais decretam, no mesmo julgamento, o “redressement” e a liquidação judiciária (Jean-Phillippe Haehl, “Redressement et liquidation judiciaires in *RTDC*, abr.-jun./90, p. 259).

4. Situação dos credores

O regime jurídico a que os credores estão sujeitos varia conforme a finalidade do regime concursal. O Dec.-lei 7.661/45 define, mediante normas imperativas, a situação dos credores, não restando a esses qualquer autonomia, exceto na fase de liquidação.

Já foi assinalado que o direito falimentar passou, em vários países, por profundas transformações, que o descharacterizaram. É, no contexto dessas modificações, que se deve determinar a situação dos credores.

A Lei 85-98 de 25.1.85 consolidou, na França, a reforma do direito concursal, desde 1967. O processo de “redressement judiciaire” é iniciado, quase sempre, pelos credores, quando se trata de cessação de pagamentos, notando-se que a abertura do processo não resulta num desapossamento dos bens do devedor, mas tão-só na limitação dos poderes de administração. O tribunal designa o juiz comissário, que designa

o administrador e o representante dos credores. Convém salientar que o tribunal dispõe de largos poderes para organizar a administração provisória da empresa em dificuldade, podendo reestruturá-la. Fixa a duração do período de observação; submete a pequena empresa ao regime geral quando o regime simplificado não favorece a recuperação. Durante o período de observação, pode autorizar, excepcionalmente, a *location-gérance* (exploração do estabelecimento por terceiros). O representante de credores é escolhido de uma lista de mandatários liquidantes; recebe do devedor a lista dos credores nos três dias seguintes à abertura do processo. Não tem o representante dos credores legitimidade exclusiva para propor ações visando à reconstituição do patrimônio do devedor. Toma iniciativas às vezes concorrentes com o administrador. Nos pequenos processos coletivos, é praticamente o único profissional a intervir. O representante dos credores, que representa a classe no seu conjunto, pode ser responsabilizado pelos danos causados por culpa sua. Os credores anteriores se sujeitam à disciplina coletiva e seus direitos são restringidos em benefício da recuperação da empresa. Cumpre frisar que os credores não têm qualquer poder sobre o destino da empresa. A abertura do *redressement judiciaire*, não torna exigíveis os créditos não vencidos na data de sua decretação. A suspensão das ações individuais abrange tanto os créditos quirografários quanto os créditos garantidos. Em vez de inoponibilidade dos atos praticados no período suspeito, determina-se a nulidade. À vista dessas observações, pode-se concluir que os credores não podem opor seu interesse coletivo ao interesse da empresa, sobretudo quando isso dificulte a recuperação desta (Cf. Ripert e Roblot, ob. cit., pp. 783 *passim*).

Nota-se, no direito francês, a tendência marcante de reduzir os direitos dos

credores anteriores à abertura do procedimento, de forma a favorecer a recuperação da empresa em cessação de pagamentos. Isso implica redução generalizada das prerrogativas dos credores, alterando, assim, a qualidade do crédito. Arlette Martin-Serf ("Redressement et liquidation judiciaires in RTDC n. 2, abr.-jun. 1989, p. 314) anota em comentário de jurisprudência: "la volonté délibérée de réduire au maximum les droits des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture, en vue de favoriser le redressement de l'entreprise en cessation de paiements, implique une réduction généralisée des prerrogatives des créanciers quelle que soit la qualité de leur créance: les exigences pratiques de l'organisation collective et de la détermination du montant exact du passif antérieur militent dans le même sens".

O "Bankruptcy Code" norte-americano atribui relevante papel à assembléia de credores, excluindo mesmo o Judiciário da reunião inicial desta. A continuação do negócio pelo devedor é a regra, salvo se houver determinação judicial diversa. Observa-se uma divisão entre a função judicial e a administrativa. Ao juiz compete a decisão dos litígios, afastando-se, assim, qualquer questão sobre a administração. Os credores podem resolver nomear um agente fiduciário para administrar a empresa, desde que tal modificação tenda a reduzir as perdas. Os créditos concedidos com a finalidade de recuperação da empresa têm preferência especial (first priority administrative claim). Os créditos garantidos podem ser revisados sem o consentimento do credor (cram down). De acordo com a "fair and equitable rule", os credores que sejam prejudicados com o plano de reorganização podem opor-se a este, não votando favoravelmente. Pode ocorrer que a avaliação judicial de certa classe de créditos conclua que o valor de determinados créditos é igual

a zero, de sorte que embora haja prejuízo com o plano, este lhes será "fair and equitable" (cf. J. Ronald Trost, ob. cit.). Opera-se, igualmente, no direito norte-americano a suspensão de todas as ações, desde o ajuizamento da petição de reorganização. A alienação de bens objeto de garantia depende de autorização judicial.

No estatuto de reorganização inglês, há de estar previsto expressa ou implicitamente, a incidência de juros sobre os débitos, já que, em regra, os juros não incidem. O aspecto privatístico assume, pois, relevância, manifestando-se na vontade dos envolvidos (Redmond e McCallum, ob. cit. p. 144).

A Comissão encarregada de propor a reforma do direito concursal na Alemanha adotou, de forma análoga ao sistema norte-americano, a divisão dos credores em grupos. De um lado estão os credores com garantia real sobre imóveis, do outro os credores com garantias mobiliárias. Os primeiros permanecem, em princípio, inatingíveis pelo procedimento de reorganização, ao passo que os outros sofrem redução de seus direitos, quando se alcance no grupo o *quorum* de 80% da soma global dos créditos. Verifica-se uma desvalorização dos créditos com garantias mobiliárias. Meinhard Heinze (ob. cit., p. 529) salienta a incoerência da situação do credor na reorganização e na liquidação, uma vez que nesta a redução do crédito é bem menor. O segundo grupo de credores não são garantidos, sendo-lhes mais interessante a liquidação.

Jacques Treillard ("Introduction comparative" in *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, Économica*, Paris, 1976, pp. 29-30) assinala os três objetivos dos procedimentos coletivos, ao longo da história, a partir da Idade Média. Primeiro, procurava-se a punição de devedor insolvente; depois o

objetivo se voltou para a satisfação dos credores. Nos dias que correm, protege-se o crédito no seu alcance público, transcendendo o interesse dos credores concorrentes num determinado procedimento concursal. Os fatores sócioeconômicos assumem relevo, uma vez que a recuperação da empresa pode resultar no bem-estar geral. Os interesses, demonstrando a concepção de certa forma utilitária de Ihering, estão sempre presentes, orientando-se o Direito para a proteção, ora da coletividade, ora dos indivíduos. Acerca da terceira concepção do regime concursal, Treillard faz alguns comentários, ainda sob o império da lei de 1967, mas ainda válidos na vigência da lei de 1985: "Une telle évolution d'idées prépare tout naturellement l'avènement d'une troisième conception. Il suffit en effet de dire que l'on cherche à protéger, non plus les créanciers d'un débiteur déterminé, mais le crédit en général, pour ouvrir la voie à une réglementation purement objective. Ce nouveau pôle d'intérêt appellera une réglementation d'esprit différent dont l'objectif de base sera la protection de l'économie, régionale ou nationale. Les mesures à prendre seront dictées par la valeur que présente pour l'économie du pays l'entreprise qui périlite. La prise en considération de la personne du débiteur est à peu près indifférent, les critères de la législation étant fondamentalement d'ordre économique. Telle est bien la conception contemporaine de notre droit français depuis 1967".

5. Situação dos créditos trabalhistas e previdenciários

Já foi registrado que a recuperação da empresa revela um aspecto sócioeconômico positivo do novo regime jurídico da empresa em crise. A lei de Falências (Dec.-lei 7.661/45) estabelece gra-

duação dos créditos, tendo em vista o pagamento. Os créditos oriundos de acidentes do trabalho e das relações de emprego encabeçam a ordem, seguidos pelos de natureza tributária, incluindo-se nesses os previdenciários.

Embora o objeto principal deste ensaio diga respeito ao estudo comparado do novo regime concursal nos países que remodelaram a falência, não custa referir alguns aspectos da vigente Lei de Falências, assim como sua aplicação pelos tribunais. Na ap. 74.102-1, j. 14.8.86, pela 6.^a CC do TJ, o recurso foi provido por votação majoritária. Determinou-se que a conta de liquidação devia ser refeita, para contemplar em primeiro lugar os créditos trabalhistas, uma vez que "os créditos provenientes de salários e indenizações apuradas em ações trabalhistas são privilegiados e precedem, na falência, a quaisquer outros, sejam fiscais, sejam decorrentes de encargos da massa, como custas, remuneração do síndico e perito judicial. O voto divergente visou tão-só a incluir no rateio trabalhista a Comissão do síndico e os salários dos peritos. (RT 614/78, dez./86).

As contribuições previdenciárias, que se descontaram dos salários dos empregados e não foram recolhidas ao órgão público competente, podem ser, com base na Súmula 417, objeto de restituição proposta contra a massa falida (RT 583/289, 603/278).

Se a preservação da empresa interessa aos empregados, a participação destes, através de seus representantes, se faz necessária, o que é garantido na já citada lei francesa. A suspensão das ações, no direito francês, alcança tanto o Tesouro como a seguridade social, não se incluindo os créditos trabalhistas, que são tratados favoravelmente, sem limite de valor.

A proteção do salário do empregado constituiu sempre objeto de preocupa-

ção, tendo em vista, ademais, que, na continuação da atividade, o fator trabalho é indispensável. Em 1973, introduziu-se na França o seguro de garantia dos salários (Ripert e Roblot, ns. 3.080 e ss.).

O anteprojeto alemão prevê a votação da maioria de 80% dos créditos trabalhistas na liquidação em face de 60% dos grupos dos credores sem garantia, já que a liquidação será mais prejudicial aos trabalhadores (cf. Meinhard Heinze, ob. cit. pp. 529-530). Note-se que a implementação do plano de reorganização depende do voto favorável da maioria de cada grupo.

6. Os contratos na continuação da empresa

Este item constitui desdobramento do relativo à situação dos credores. Merece tratamento à parte devido à importância dos contratos na continuação da empresa. O Dec. lei 7.661/45 estabelece que a falência não resolve os contratos bilaterais, podendo, na medida da conveniência da massa, ser executados pelo síndico (art. 43). A recuperação da empresa implica a necessidade de celebração de contratos novos, que se traduz na obtenção de crédito. Se a falência manifesta, em linhas gerais, crise creditícia, a recuperação importa no restabelecimento do crédito. Cumpre verificar o tratamento dessa relevante matéria no direito alienígena.

O direito francês, adotando regime de operacionalização da empresa, supõe tanto a conclusão de novos contratos, desde que se obedeça às limitações dos poderes conferidos ao devedor e ao administrador, como o cumprimento dos contratos de execução continuada. A locação-gerência implica a transferência temporária da administração do estabelecimento para terceiros. No regime geral de *redressement judiciaire*, a opção

de continuar na execução do contrato é deferida ao administrador, qualquer que seja sua missão (supervisão, assistência ou representação). No regime simplificado, verificam-se duas hipóteses: se o tribunal não julga necessário nomear um administrador, a opção é exercida pelo devedor, com autorização do juiz comissário. Havendo administrador, segue-se a regra geral. Os contratos que o devedor continua executando, sem considerar os poderes do administrador, são nulos, independentemente da boa-fé de terceiros.

A resilição dos contratos personalistas pode resultar em embaraço à continuação da atividade, que constitui o principal escopo do novo regime jurídico. Note-se que há controvérsia judicial a respeito da continuação do contrato (Yves Chaput, "Redressement et liquidation judiciaires" in *RTDC*, n. 2, abr.-jun./89, pp. 307-308).

A continuação na execução do contrato importa no respeito às cláusulas e condições nele estabelecidas, de sorte que o administrador ou devedor hão de obedecer à cláusula compromissória avençada.

O co-contratante tem o direito de reter a coisa vendida, não podendo, contudo, vendê-la. O devedor ou o administrador não podem desembaraçar a coisa se não pagar o preço, com a autorização do juiz comissário, tendo sempre em vista a continuação da atividade. A resolução judicial se funda na inexecução das obrigações pelo devedor. O *redressement judiciaire* não configura força-maior, havendo o devedor culpa de responder por perdas e danos decorrentes da inexecução contratual.

Os contratos de trabalho são excluídos do regime geral estabelecido no art. 37 (al. 6) da lei francesa de 1985. O contrato de seguro terrestre subsiste sem necessidade de qualquer manifestação de vontade. O *redressement judi-*

ciaire não implica a resolução do contrato de edição; na hipótese de cessão da empresa de edição, o adquirente assume as obrigações do cedente.

Os créditos posteriores à abertura do procedimento de recuperação da empresa têm preferência relativamente aos demais. Tal tratamento de justifica pela importância que os créditos concedidos à empresa em dificuldade econômico-financeira assumem, no tocante à recuperação desta (Cf. Ripert e Roblot, ob. cit. n. 3.044 e ss., p. 876 *passim*).

O financiamento constitui negócio jurídico de elevada importância na recuperação da empresa. Giuseppe Alessi (ob. cit. p. 12) aponta as várias dificuldades de aplicar o novo regime de saneamento da empresa, acrescentando que o principal obstáculo de tornar eficaz a administração extraordinária consiste na falta de meios financeiros. Eis, pois, a relevância dos financiamentos bancários.

A *business reorganization* norte-americana supõe a concessão de crédito, sob a forma de compra de mercadorias ou prestação de serviços, assim como financiamento bancário. Estando a empresa em operação, não há necessidade de ordem judicial. Os créditos assim concedidos configuram pretensão prioritária (*first priority administrative claim*). Se a empresa não estiver em atividade, torna-se necessária ordem judicial. Tais créditos não são garantidos; não conseguindo, porém, obter crédito sem garantia, o devedor, com a aprovação judicial, pode obter crédito com garantia (Cf. J. Ronald Trost, ob. cit. p. 1.323).

7. Transferência total ou parcial da empresa

Observações de natureza terminológica se impõem, antes de tocar a matéria proposta. Empresa é vocábulo equívoco, expressando, na linguagem jurídica, rea-

lidades diversas. A doutrina, ao mencionar cessão de empresa, quer muitas vezes dizer cessão de ativo ou cessão do estabelecimento. Outras vezes se fala em alienação (*Aeusserung*) da empresa. A utilização de conceitos precisos evita sem dúvida muitas controvérsias jurídicas; mais importante, contudo, é entender a adaptação do direito às novas concepções econômicas. A proteção do interesse dos credores, conquanto relevante, não se mostra determinante na escolha da opção de cessão da empresa ou de sua liquidação. Na aplicação da lei francesa de 1985, surgiram algumas controvérsias, no tocante aos objetivos do novo regime jurídico em face do interesse dos credores. Marie-Jeanne Campana ("Plan de redressement, continuation de la procédure Cession" in *RTDC* n. 4, out.-dez./89, p. 728) registra: "Ce choix entre la cession d'une entreprise ou sa liquidation ne s'opere pas en fonction du paiement décent des créanciers. Un tel critère pouvait avoir un sens lorsque la procédure avoit pour finalité la protection de leurs intérêts particuliers. On sait qu'aujourd'hui le maintien de l'activité et de l'emploi doivent l'emporter, dans l'ordre des priorités, sur l'apurement".

O novo regime concursal acarreta radical modificação do direito societário. A reorganização da empresa supõe a elaboração de um plano, que tem repercussões sobre credores, empregados e trabalhadores. Os sócios de uma empresa sob reorganização também são alcançados pelas decisões. Respeitadas as peculiaridades de cada legislação, quanto à maior ou menor participação do Judiciário, verifica-se que a reorganização implica quase sempre a alteração da estrutura da sociedade, mediante aumento de capital, venda de parte do ativo ou afastamento dos órgãos sociais.

A questão que se coloca diz respeito à necessidade de manifestação positiva

dos sócios. Se a reorganização não depende da vontade do devedor, segue-se que a alienação da empresa não se vincula à vontade dos sócios, mesmo porque a participação patrimonial destes foi pulverizada pela crise econômico-financeira da empresa. Há de considerar-se, todavia, a possibilidade de o devedor aportar recursos novos para reerguimento da empresa, podendo, assim, opor-se à alienação da empresa.

Peter Ulmer ("Die gesellschaftsrechtliche Regelungsvorschlaege der Kommission fuer Insolvenzrecht in ZHR 149, 1985, pp. 573-574), comentando a proposta da Comissão de Falência, salienta que, fora do regime concursal, a alienação da empresa depende do assentimento dos sócios. No tocante à proposta alemã de reforma do direito falimentar, conclui o autor que, sendo o voto do sócio irrelevante nos procedimentos de reorganização ou liquidação, não há razão para torná-lo relevante na alienação da empresa como um todo.

O direito francês cuida na Lei 85-98 da cessão da empresa. O modelo francês prevê soluções variadas, combinando algumas vezes tipos de reorganização de empresa. Tem como escopo assegurar manutenção de atividades suscetíveis de exploração autônoma. A transferência global do ativo, que implica a dissolução da sociedade, pode suceder mediante a cessão separada de conjunto de bens. O tribunal pode igualmente determinar a cessão parcial de alguns elementos do ativo, possibilitando, assim, a continuação da empresa. Uma ou várias empresas, ao adquirir a exploração global ou parcial de ramos da empresa em crise permitirão a preservação da atividade e manutenção dos empregos, assim como uma forma razoável de solução do passivo. O que se chama cessão de empresa não se confunde com a reestruturação das participações societárias. Com efeito, pode

ocorrer que, em se tratando de sociedade, o plano de reorganização proveja alteração do corpo de acionistas majoritários, uma vez que os sócios não participarão da recomposição do capital. A cessão total ou parcial pode trazer no seu bojo um período de *location-gérance*.

8. Regime de responsabilidade dos administradores

O regime de responsabilidade dos administradores e controladores da empresa em dificuldade econômico-financeira há de espelhar a concepção do regime de reorganização empresarial. Se fatores sócio-econômicos determinam a preservação da unidade produtiva, justifica-se assim que a punição dos dirigentes faltosos não acarrete a extinção da empresa, que tem perspectivas de reerguimento econômico-financeiro.

O direito francês estabeleceu tratamento diferenciado da empresa e dos dirigentes. O devedor, que comete faltas, pode, de acordo com a gravidade destas, sofrer a falência pessoal (com repercussões cívicas e profissionais), ou interdição de alcance limitado, sem falar nas sanções penais da bancarrota e outros delitos. Tratando-se de sociedade, os administradores incorrem em sanções idênticas às cominadas à pessoa física. Quanto ao aspecto patrimonial, convém observar que, tendo em vista a distinção entre sócio e sociedade, não se verificava até recentemente qualquer consequência econômica para os sócios da sociedade limitada ou os acionistas das sociedades por ações. Somente os sócios ilimitadamente responsáveis pelos débitos sociais (nas sociedades ditas de pessoas) eram alcançados pela falência da empresa.

Os abusos perpetrados, através da má utilização da personalidade jurídica da sociedade por cotas de responsabili-

dade limitada e das sociedades por ações, justificaram a desconsideração ou penetração do véu societário, sobretudo quando se dá uma confusão patrimonial fática. Um decreto-lei permite, na França, estender a falência àquelas pessoas que, usando o manto da personalidade jurídica, exerceram o comércio no interesse pessoal. Outro decreto-lei comina penas de bancarrota aos mandatários sociais culpados de certos fatos nele enumerados. Determina, de resto, a interdição de administrar qualquer sociedade, cuidando-se de administrador de sociedade por ações ou gerente de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, que cometam faltas graves na gestão da empresa.

O direito francês vai além da mera desconsideração da personalidade jurídica. Com efeito, a desconsideração da personalidade implica a confusão, para certos efeitos, dos patrimônios do sócio e da sociedade. Tal remédio das distorções da pessoa jurídica não é, contudo, suficiente para coibir os abusos possíveis, restando inatingíveis as relações fáticas. A lei de 1985 não isentou os dirigentes de fato das responsabilidades, entendendo-se como dirigente de fato aquele que manipula um dirigente legalmente investido. Os dirigentes de uma sociedade são responsáveis por todo ou parte do passivo social, tendo a difícil situação da sociedade resultado da má gestão. Convém acrescentar que, tratando-se de sócio pessoa jurídica, a responsabilidade patrimonial e pessoal não se afasta.

O regime de responsabilidade dos dirigentes era mais severo na vigência da lei de 1967. Com efeito, quando o *reglement judiciaire* ou a liquidação dos bens de uma pessoa jurídica decorriam da insuficiência do ativo, o tribunal podia determinar, a requerimento do síndico ou de ofício, que os débitos sociais seriam suportados no todo ou em parte,

com ou sem solidariedade, por todos os dirigentes sociais ou por alguns deles. Verifica-se inversão do ônus de prova, devendo, pois, o dirigente provar que, na gestão dos negócios sociais, empregara toda a diligência necessária. A presunção de culpa e de causalidade revela embaraço ao espírito empreendedor, de sorte que o Judiciário se mostrou prudente na aplicação da lei.

O regime estatuído na lei de 1985 contrasta com a severidade anterior, de sorte que a apuração da responsabilidade dos dirigentes sucede na forma dos princípios gerais da responsabilidade civil. A insuficiência do ativo social, em razão das faltas de gestão, deve ser verificada mediante provas. (Ripert e Roblot, ob. cit. ns. 3.277 e ss.).

9. O tratamento do grupo no regime de recuperação da empresa

A questão dos grupos em face dos processos coletivos é por demais complexa para ser discutida em tão limitado contexto. Cumpre, no entanto, apontar, ao menos, as dificuldades. A primeira dificuldade que surge diz respeito à terminologia. Que se deve entender por grupo? É bem verdade que a Lei 6.404/76 cuida da matéria, disciplinando o controle e o grupo de sociedades. Mas a riqueza fática supera os acanhados limites da lei. Pode-se falar em grupo de empresas, considerando-se o grupo como sociedade de segundo grau, ou seja, uma própria empresa? As indagações se multiplicam, tornando mais difícil o entendimento, mediante o uso indevido da doutrina alemã.

A lei alemã das sociedades por ações de 1965 não se limitou à regulação do grupo (Konzern) em senso estrito, mas cuidou, igualmente, das empresas ligadas (Verbundene Unternehmen), no § 15. Empresas ligadas não são somente a sociedade por ações ou a sociedade em

comandita por ações; podem ser as sociedades de pessoas ou mesmo a empresa individual. Entre as várias modalidades de empresas ligadas, figura o "Konzern" (grupo), cuja nota distintiva, de acordo com o § 18, é a direção unitária (Einheitliche Leitung). No caso de contrato de dominação (Beherrschungsvertrag) ou de subsidiária integral, configura-se um grupo (Konzern). Tratando-se de empresa dependente, supõe-se que ela forma um grupo com a empresa dominante. Alfred Hueck (*Gesellschaftsrecht*, 13.^a ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique e Berlim, 1965, p. 260 *passim*) e Friedrich Kuebler, *Gesellschaftsrecht*, 2.^a ed., C. F. Mueller, *Juristischer Verlag*, Heidelberg, 1986, p. 363 *passim*).

A lei francesa, como já foi assinalado, estabeleceu a responsabilidade do dirigente de direito ou de fato, remunerado ou não, pela insuficiência do ativo, desde que se comprove má gestão, não disciplinando à hipótese do grupo em dificuldade econômico-financeira.

Na Itália, a Lei 95/79, prevê, no art. 3.^o, a possibilidade de estender a administração extraordinária à empresa ou sociedades controladas ou sob direção unitária, dispensando tratamento unificado ao complexo produtivo. No artigo citado não se emprega as expressões "grupo de empresa" ou "grupo de sociedade". Para efeito de extensão do regime de administração extraordinária, quatro tipos de sociedade são levados em conta: a) a sociedade que controla diretamente ou indiretamente a sociedade em administração extraordinária; b) a sociedade diretamente ou indiretamente controlada pela sociedade em administração extraordinária ou pela sociedade que a controla; c) a sociedade que em base da composição dos órgãos administrativos estão submetidas à mesma direção da sociedade em administração extraordinária; d) a sociedade

que concedeu crédito ou garantia à sociedade em administração extraordinária e à sociedade coligada, num montante superior, conforme o resultado do último balanço, a um-terço do valor conjunto da própria atividade.

Antonio Pavone La Rosa ("La responsabilità da controllo nei gruppi di società" in *RS*, mai.-jun./84, fascículo 3, p. 409) esclarece a diversidade encerrada nos conceitos de controle e direção unitária, caracterizando esta a existência de um grupo. Diz ele "L'influenza svolta mediante l'esercizio degli indicati poteri costituisce una naturale esplicazione del potere di controllo e non basta di per se ad integrare un fenomeno di gruppo. Per l'esistenza di quest'ultimo si richiede qualcosa di più: occorre che, l'influenza sia esercitata attraverso la direzione unitaria delle imprese ad esso partecipanti, della controllante o di società intermedie investite di compiti direttivi (holdings di settore), di funzione amministrative inerente alle diverse unità aggregate".

Sem querer adentrar na controvérsia sobre a natureza da responsabilidade dos administradores das empresas agrupadas, tema que mereceu o pronunciamento de juristas ilustres, entre, outros, Pier Giusto Jaeger ("Direzione unitaria de gruppo e responsabilità degli amministratori" in *RS*, jul.-out./85, fascs. 4.^o-5.^o), registre-se que os administradores da sociedade controladora, ocorrendo direção unitária, respondem solidariamente com os administradores da sociedade controlada, por danos causados a essa, desde que os administradores da controladora induzam os administradores da controlada a ter comportamento, que constitui, para estes, fonte de responsabilidade por força do art. 2.392 do CC. Alessandro Borgioli ("Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria" in *RS*, jan.-abr./82, fascs. 1.^o-2.^o, p. 37) assinala.

a tendência da jurisprudência em incluir na noção de grupo a empresa individual.

O tratamento unitário das empresas agrupadas pode acarretar sérios prejuízos para os credores das sociedades controladas ou controladoras, que não estejam em má situação econômico-financeira. Nos Estados Unidos, o tratamento unificado das chamadas entidades relacionadas, designa-se *substantive consolidation*. Cuida-se de construção judicial, que leva em conta três fatores: as relações pré-falimentares das entidades separadas, a relação dos credores com as entidades em conjunto ou separado, bem como o impacto da consolidação nos bens da falência. Não há padronização de critério, nem a Suprema Corte se pronunciou sobre a matéria (critérios definidos). A consolidação têm por base as peculiaridades de cada caso. Independentemente do requerimento de qualquer credor, o juiz deve verificar se os credores serão prejudicados com a consolidação (Cf. Joy Flowers Conti, "An Analytical Model for Substantive Consolidation of Bankruptcy Cases" in *The Business Lawyer*, 38/855-865, maio-83).

10. Considerações Finais

O direito falimentar brasileiro necessita de reforma. Os interesses expressam

aspecto fundamental de qualquer instituto jurídico. Como a sua supressão é impossível, fato, ademais, muito bem intuído por Ihering, cumpre discipliná-los, procurando sempre o equilíbrio inerente à idéia de direito.

Independentemente das particularidades de cada direito concursal analisado nesse ensaio, ficou evidenciado que nem o interesse dos credores, nem tampouco o do devedor prevalecem em face do escopo de recuperação da empresa. É bem verdade, no entanto, que o reerguimento da empresa implica a melhor satisfação dos credores.

A investigação científica impõe que se registrem todas as tendências jurídicas, que serão levadas em conta na reforma do direito nacional, sem perder de vista a impossibilidade de adotarem-se certos modelos incompatíveis com a realidade brasileira, sobretudo a cultural.

Reputam-se, entretanto, como indispensáveis, alguns pontos. O afastamento dos administradores ou controladores ímprobos, desidiosos ou inexpertos, sem aplicação das normas comuns de direito societário, torna-se imprescindível. Outro aspecto fundamental diz respeito à elaboração de um plano de reorganização da empresa, evitando, assim, as soluções desordenadas.