

Atualidades

PROJETO DE LEI DE FALÊNCIAS E A REALIDADE BRASILEIRA

JOSÉ ANCHIETA DA SILVA

I. Preâmbulo. II. A tendência legal nova: do individual ao coletivo. III. A Lei de Falências e a construção pretoriana. IV. A concordata preventiva e seu esgotado modelo atual: sua inutilidade. V. O projeto em análise — Seus avanços e algumas críticas: V.1 Sobre as disposições preliminares; V.2 Sobre as disposições comuns à recuperação judicial e à falência; V.3 Sobre a recuperação judicial; V.4 Sobre a recuperação extrajudicial; V.5 Sobre a convalidação da recuperação judicial em falência; V.6 Sobre a falência; V.7 Sobre a falência das microempresas e empresas de pequeno porte; V.8 Sobre o procedimento penal. VI. A adequação do Código Tributário Nacional. Notícia. VII. Conclusão.

I. Preâmbulo

A título de reflexão preambular, acreditamos, sem qualquer novidade, que a prioridade que tardiamente se pretende dar no Congresso Nacional ao projeto de lei, objeto deste breve estudo, atende ao binômio da “oportunidade” somada à “necessidade” urgente de um novo estatuto legal, em matéria de falência ou de direito concursal. Esta necessidade e esta oportunidade têm assentamento múltiplo seja em face do anacronismo da lei vigente, seja em face do vazio da doutrina, seja ainda em face do vacilo permanente e nada uniforme da jurisprudência sobre falência, sobre concordata e sobre temas afins.

Desnecessárias maiores perquirições, para demonstrar a extraordinária mudança daquele Brasil da metade do século XX, em relação ao Brasil em que se vive neste pórtico de século novo. Basta voltar os olhos pelo retrovisor para reconhecer as mudanças profundas ocorridas em todos os campos da atividade humana, conferindo-se, em

estudo comparativo, que não vivemos mais no Brasil de Getúlio Vargas. Não temos mais os Barões do Café. A contabilidade não mais é feita por guarda-livros. A atividade comercial, fundada no “ato de comércio”, não mais pode ser bipartida entre os comerciantes de atacado e os comerciantes de varejo, ou, no jargão da época, venda a grosso e venda a retalho. A atividade comercial não mais aguarda pela chegada do carteiro para o acertamento do negócio.

Em escala internacional, não se vive mais sob a ameaça daquela guerra fria que antagonizava os dois mundos: o capitalista e o comunista. Não existe mais o muro de Berlim. O Brasil mudou. O mundo mudou.

O tradicional Direito Comercial Brasileiro que nasceu regulado, após os precários e pontuais regulamentos do império, pelo Código Comercial de Dom Pedro II, em 1850, tratando de locação de escravos, de navio a velas e de trapiches e trapicheiros, veio sendo substituído por moderna legislação extravagante, de maneira tão vo-

lumosa que recentemente, quando o Código Civil do Professor Miguel Reale dele revogou significativa parte, nada mais se praticou senão um simples *réquiem*, promovendo-lhe um “descanse em paz”. De se reconhecer, evidentemente, em relação do Código Comercial, os seus preciosos serviços prestados ao Brasil e de se lhe reservar lugar de honra e de destaque nas estantes do fundo, como inegável obra de valor histórico inclusive.

Aquele Brasil rural recebeu investimentos industriais de relevo, principalmente no campo da indústria do aço, do automóvel, da energia elétrica e mais recentemente da comunicação. O desenvolvimento de uma indústria baseada na energia elétrica e no petróleo mudou inteiramente a face do Brasil, seguindo-se modificação estrutural em todo o comércio de dinheiro e de valores mobiliários. Afinal, além do mercado de frutas, de legumes e de verduras em geral, passamos a conviver com outros tipos de mercados complexos: o financeiro e o de capitais.

II. A tendência legal nova: do individual ao coletivo

Em face de tantas modificações e em face de um crescimento demográfico também acentuado, no surgimento de um Brasil cada vez mais repleto de grandes conglomerados industriais e comerciais, ensejando o aparecimento de metrópoles e de regiões metropolitanas, a legislação passou a ocupar-se de interesses cada vez mais coletivos, afastando-se de uma dedicação, até então acentuada, que se verificava, sobretudo, na primeira metade do século XX, ao indivíduo isoladamente, em detrimento até de interesses coletivos ou comunitários. Os exemplos mais à mão de tais constatações aparecem na legislação ambiental, no Código do Consumidor e no novo Código Civil.

O legislador, seguindo tendência mundial, passou a preocupar-se com a qualidade de vida; com a proteção dos mananciais,

do ambiente em que vive o ser humano; com as relações de consumo, ganhando terreno a dita proteção dos interesses chamados difusos.¹

Foi neste cenário que passou a ser indispensável o considerar a figura dos agentes da produção, em substituição daquela figura do comerciante com os considerados “atos de comércio”, reconhecendo-se ao empresário, pessoa natural e às sociedades empresárias a sua verdadeira importância no contexto social.

A nova ordem está a pôr e a ver as coisas a partir do coletivo para o individual.

Tornou-se, então, imperativo modificar o conceito das relações jurídicas existentes entre o dono do negócio (ou titular da atividade) e os seus parceiros, para analisar-se, a partir de um escopo mais amplo, todo um conjunto de relações, com todos os seus reflexos econômicos e sociais, sopesando-se os interesses da comunidade.

O mundo do indivíduo não desapareceu. O ser humano não deixou de ser uma esfera jurídica. A partir, entretanto, dessa visão nova reclamada pelo Direito, passou a ser fundamental o considerar as suas relações individuais relacionando-as com o contexto comunitário, maior e mais abrangente.²

III. A Lei de Falências e a construção pretoriana

Com esta realidade nova, tornando-se superada a legislação individualista do Código Civil de Clóvis Beviláqua, diferentemente não se deu com a legislação falimentar. Aliás, o Decreto-lei 7.661, de 21.6.1945 — a atual Lei de Falências —

1. Interesse difuso que, na expressão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, compreende aquele *pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade* (*Direito Administrativo*, 13ª ed., Atlas, 2001, p. 652).

2. Miguel Reale, “O novo Código Civil brasileiro”, *Revista da Academia Paulista de Magistrados* 1, São Paulo, 2001.

tendo em vista o cosmopolitismo e a agilidade próprios do Direito Mercantil, só veio a resistir por mais de cinco décadas, em face da extraordinária contribuição dos tribunais, em trabalho diuturno de construção pretoriana, digno de nota, não obstante nada uniforme.

Deve-se a este trabalho de construção jurisprudencial, auxiliado por também volumoso esforço despendido por doutrinadores, o retardamento de um trabalho legislativo mais fecundo e que se deu a partir do ano de 1993, resultando no Projeto que será objeto de nossas considerações.

Pessoalmente, e censurando os saudosistas por antecipação, não levo em consideração afirmativas tais como a de que a Lei atualmente em vigor estaria dentre nós consolidada. Este argumento é muito bom apenas para servir de biombo àqueles que têm medo do novo. Não é o nosso caso. A legislação anterior não se consolidou na medida em que os institutos nela regulados não atenderam à finalidade social alguma. A falência tal como ali regulada é apenas meio violento de cobrança, para surpreender comerciante incauto ou desprevenido. A concordata preventiva perdeu completamente sua utilidade, já que cinge-se a credores quirografários, não conferindo ao concordatário prerrogativa alguma. Noutro ponto, a concordata suspensiva — ave cada vez mais rara que os ambientalistas do processo sequer perceberam o risco de sua extinção — não pode fazer milagre, exatamente porque não há como ressuscitar a ninguém, depois de assaltadas as suas vísceras úteis e de esquarterada a sua dignidade de agente de produção.³

Pelo sistema atual o que se presencia é o exercício de uma ação violenta, que dissipa o patrimônio do devedor; penaliza os credores que, com raríssimas exceções, conseguem receber os seus créditos, e ainda beneficia figuras que encontram no bojo

do processo falimentar, mas longe do magistrado, ambiente próprio para se moverem na penumbra, entre o crime e a contravenção, utilizando-se da debilidade do sistema para atender a propósitos secundários, às vezes inconfessáveis. Trata-se de operações próprias de guabirús⁴ e de aves de rapina, realizadas nos desvãos da lei. É certo que Vitor Hugo, em sua consagrada obra *Os Miseráveis*, descreveria melhor algumas daquelas tramas.

O resultado disso é que se criou um cenário onde a lei não cumpre a sua função; da falência, como instrumento legal, restou apenas o estigma que crava nos seus alcançados, transformados em mortos vivos.

À parte discursos desprovidos de sinceridade, não há como não reconhecer que estávamos a necessitar de um ordenamento positivo novo para o nosso Direito Falimentar.

Não será difícil constatar que, em se tratando de falência pura, aquela correspondente à eliminação do agente da produção, em face da absoluta impossibilidade de resgatar-lhe a atividade, não pode e nem precisa ser um processo longo ou complexo. Afinal, a falência corresponde, basicamente, em arrecadar os bens ativos para resgatar, nos limites de suas forças e observadas todas as prelações legais, a massa passiva: os credores.

Quanto à concordata, no entanto, ou qualquer nome que se lhe dê, há necessidade de se estabelecer regras mais contemplativas; com interferência mesmo sobre os interesses em conflito. Foi nesta parte, que a legislação ainda vigente falhou e vem deixando órfãos todos os agentes da produção que, a despeito de viáveis os seus negócios, não encontram na lei o apoio capaz de propiciar-lhes o soerguimento, o salvamento da atividade e do negócio mui-

3. "O purgatório do devedor comerciante", deste Autor, *Diário do Comércio*. Belo Horizonte-MG, edição do dia 25.5.1998.

4. "Guabirús", espécie de rato grande, ratazana, segundo o "Caldas Aulete" (verbete) que passou a ser usado para descrever os seres humanos ditos "excluídos"; diz-se dos que vivem ou sobrevivem dos lixões dos centros urbanos.

to mais no interesse coletivo e social do que no individual.

IV. A concordata preventiva e seu esgotado modelo atual: sua inutilidade

É nosso propósito analisar o projeto diante da realidade brasileira. Entretanto, antes de enfrentá-lo, parece-nos razoável peregrinar por sobre as ruínas que ficarão do sistema atual, para demonstrar inclusive que, no futuro, dele não restará nem saúde.

Analisando os inconvenientes do processo de concordata preventiva do modelo atual tradicional, pudemos nele verificar dez desvantagens que o desrecomendam e não, dez vantagens que o pudessem justificar.

Em primeiro lugar, certamente que distanciado daquilo que era desejo do legislador de 1945, a concordata preventiva se tornou algo definitivamente estigmatizante. Por mais que se queira analisar a questão despida de preconceitos, o concordatário é visto no meio em que atua, debaixo de um inaceitável estigma, o que traz como consequência natural, uma retração no seu negócio. Vários são os exemplos a confirmar essa conclusão, dentre eles devem ser citadas as limitações enfrentadas nos processos licitatórios,⁵ as malfazejas anotações nos vários cadastros setoriais, dos quais os Cadins e os Serasas são os exemplos mais conhecidos.

Em escala comercial, tais anotações correspondem às inscrições que mantinha a Igreja Católica, por volta da Idade Média, em relação às doutrinas que não queria difundidas dentre seus fiéis, criando-se o então chamado *Index Librorum Prohibitorum*.

Em segundo lugar, na lei atual tem-se que a concordata só obriga os chamados credores quirografários. Este é o universo

de seu alcance. Credores quirografários são os assim considerados credores comuns, aqueles despidos ou destituídos de quaisquer garantias. De um modo geral se encontram na conta dos fornecedores. Ocorre, no entanto, que não têm sido estes os credores que propriamente atazanam a vida do devedor comerciante, até porque o fornecedor, geralmente, é também empresário sujeito aos mesmos padecimentos do empresário concordatário.

Em terceiro lugar, de acordo com a cinquentenária lei, vem o prazo e a forma de pagamento que também não conferem com as técnicas modernas de compor passivos. A lei estabelece como prazo máximo para o resgate ou para o pagamento aos credores quirografários o limite de dois anos. Quanto à forma de pagamento, não obstante certo escalonamento com algum desconto admitido em lei, que só funciona em se contando com o *placet* dos credores e do magistrado, em regra exige-se o pagamento de cem por cento da dívida quirografária, sendo quarenta por cento ao término dos primeiros doze meses e os restantes sessenta por cento ao término dos vinte e quatro meses, contados da data da impetração do pedido, corrigidos. Já restou mais do que comprovado que este prazo não atende à necessidade de reorganização do devedor concordatário. É seguro que quem deveria ditar os prazos, haveria de ser um "plano" e não a lei. Aí o sentido técnico da verdadeira concordata. E note-se bem: a concordata sequer cogita de dilação de prazo para cumprimento de quaisquer outras obrigações. Aí a sua inutilidade mais à mostra.

Em quarto lugar, na concordata preventiva se apresenta a figura do chamado comissário que, por lei, o juiz da concordata tem que nomear para funcionar como seu olheiro durante a concordata. Este comissário, por sua vez, deve indicar o nome de um perito contador para proceder à verificação da qualidade da contabilidade do concordatário. A conta de ambos quem paga é o concordatário. Esta dupla pode

5. Confira-se na Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.1993), o conteúdo de seu art. 31, II.

recomendar ao juiz que se convole a concordata em falência. Neste caso eles se transformam em agentes da eutanásia. A seu turno, o universo de observação desse comissário não diz respeito apenas ao universo dos credores quirografários, aqueles submetidos à concordata. Logo, trata-se de ônus excessivo para um resultado prévia e sabidamente pífio. E nem se cogitará dos tristes casos em que comissários desonestos, ainda transformam o purgatório do devedor em inferno dantesco, quando esses, por deformação de caráter, se tornam agentes da extorsão contra os espoliados concordatários. Evitando-se a concordata preventiva que oferece tão pouco, evitar-se-á a convivência com esse dito “fiscal” do juiz.

Em quinto lugar, atualmente, à desvantagem consignada no tópico anterior, aparece ainda o agente do Ministério Público que, funcionando nos feitos judiciais da concordata, dá parecer e, portanto, palpita em todos os passos e passadas do processo. Também ele pode vir a ser o anjo da eutanásia, requerendo ao juiz a rescisão da concordata com a conseqüente decretação da falência. O comerciante comum, mesmo no enfrentamento de processos singulares, não está sujeito, ordinariamente, à fiscalização deste órgão ministerial. Logo, a presença de mais este fiscal da lei é um ônus sem contrapartida razoável que a concordata preventiva possa oferecer.

A sexta desvantagem do modelo vigente reside no impedimento legal que recai sobre o concordatário, se se pretender alienar o estabelecimento ou sua *azienda*, segundo os italianos. Acrescente-se que “o estabelecimento”, doutrinariamente tem sido admitido como “o negócio”, mas, como negócio não possui uma definição clara e limitada, acabando o concordatário por enfrentar dificuldades até mesmo na alienação de quinquilharias. Concretamente, se a sorte não estiver ao lado do concordatário, dificuldades intransponíveis aparecerão. Desnecessário dizer que o empresário comum tem a mais ampla liberdade para comprar e vender todo o seu patri-

mônio livre, aí incluído o próprio negócio. Logo, também esta desvantagem deveria ser sopesada no momento de se requerer o referido “favor legal”.⁶

Em sétimo lugar, de acordo com a lei vigente, aparece uma verdadeira crueldade, contida na exigência introduzida na lei, a obrigar o empresário que pretenda requerer sua concordata preventiva, a sua regularidade fiscal. Esta desvantagem deve ser analisada em conjunto com aquela na qual se demonstrou que a concordata preventiva só alcança os créditos de natureza quirografária. É seguro que aquele que não está conseguindo pagar em dia os credores considerados comuns, muito provavelmente também não estará conseguindo pagar em dia os seus tributos.⁷ Aí a afirmativa de que a concordata preventiva perdeu-se como instituto de proteção ao devedor honesto. Tornou-se um instituto sem função.

Em oitavo lugar, atualmente, aparece a desvantagem que diz respeito e atinge diretamente a todos os coobrigados do devedor concordatário. Coobrigados, em bom português são os avalistas, os fiadores e todos aqueles que de alguma forma se obrigaram solidária ou subsidiariamente em torno dos compromissos assumidos pelo concordatário. Isto significa que, além de a concordata não alcançar os débitos bancários na sua quase totalidade, além de não alcançar também as obrigações de natureza fisco tributárias e as trabalhistas, também não alcança e não beneficia os fiadores e os avalistas. Contra estes, de costas

6. Favor legal é um eufemismo utilizado doutrinariamente para referir-se à concordata preventiva atual.

7. De se registrar que recentemente, duas iniciativas do governo federal tentaram mitigar difícil situação dos devedores de tributos federais. Trata-se do REFIS — Programa de Recuperação Fiscal que foi criado pela Medida Provisória 2.004-4, de 13.1.2000; e o PAES — Programa Especial de Parcelamento do Débito Tributário e Previdenciário, também chamado de novo REFIS, editado pela Medida Provisória 107/2003, de 31.5.2003. Ambos, no entanto, têm-se demonstrado insuficiente para solucionar a séria questão dos encargos tributários tendo em vista o tamanho da carga dentre outros motivos.

para os eventuais benefícios da concordata impetrada, o credor pode mover as ações judiciais que tiver direito. Sendo os sócios e os empresários, pessoas naturais — situação, por sinal, comum — seus familiares e amigos é que figuram como coobrigados. Assim, a concordata tradicional, ao invés de devolver o sono a quem dela necessitou, acaba por tirá-lo de todos aqueles indiretamente envolvidos.

Há, ainda, uma nona desvantagem no atual sistema. Diz o ditado que não é de boa prudência colocar todos os ovos num cesto só. É prudente ouvir este sábio ditado popular. A concordata da lei traz em seu colo a desvantagem considerável de o empresário permitir que a sorte ou o destino de seu negócio, muitas vezes uma vida inteira de labuta, seja concentrado num só processo, e, portanto, sujeitando-se a uma só cabeça, uma só sentença de um só juiz. Não se pretende com esta consideração suscitar qualquer conspiração contra o consagrado princípio da unicidade do juízo. Apenas se quer registrar que, diante de tantas desvantagens, não seria prudente assumir o caminho da concordata preventiva sem antes considerar devidamente todos esses inevitáveis percalços.

A décima desvantagem da concordata preventiva no sistema atual está no fato de que a concordata preventiva é rescindível a qualquer tempo, a juízo crítico, e de certa forma subjetivo do magistrado que preside o processo. Apenas para bem apreender esta consideração, observe-se que na execução comum, assim como na ação ordinária, assim como na ação de despejo, assim como na ação de busca e apreensão não pode o juiz convolar tais processos em falência. O argumento não pode ser desprezado.

A concordata preventiva atual, portanto, ao mesmo tempo em que compreende o benefício da moratória legal, pode também vir a ser a ante-sala da falência e, em não trazendo, benefícios reais a quem dela possa necessitar, melhor será que se analise a possibilidade de outros caminhos.

São estes outros caminhos que, alvissareiramente, o Projeto da nova lei de falências, concretamente, anuncia e sobre eles agora estaremos a dissertar.

V. O projeto em análise

— Seus avanços e algumas críticas

Passamos a tratar do Projeto de Lei de Falências (PL 4.376/1993), que após mais de dez anos de tramitação, e após receber quase quinhentas emendas, encontra-se, acreditamos, em fase final de votação na Câmara dos Deputados tendo já retornado do Senado Federal.

V.1 Sobre as disposições preliminares

No capítulo primeiro, tratando das disposições preliminares, o Projeto elege os seus destinatários ao dizer a que veio: *esta lei institui e regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência da sociedade empresária, da sociedade simples e do empresário*. O dispositivo, além de mencionar a atividade econômica organizada para a produção e a circulação de bens, inclui os *serviços* (art. 1º). A norma não deixa dúvidas quanto à inclusão das sociedades simples que não são sociedades empresárias, na medida em que registradas no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas e não nas Juntas Comerciais (art. 998 c/c art. 1.150 do Código Civil). Esta inovação merece ser destacada.

O Projeto exclui o agricultor titular de exploração rural de subsistência, não restando excluído, portanto, aquele que preferir o seu registro como empresário (Código Civil, art. 971). Dela se exclui ainda: a cooperativa, o artesão, o profissional e a sua sociedade de trabalho, a empresa pública e a de economia mista.

As instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, sociedades de previdência privada, operadoras de planos de saúde, seguradoras, sociedades de capitalização são objeto de leis específicas, as quais, certamente, a seu tempo também deverão ser pelo menos atualizadas (art. 2º).

O Projeto confere a unicidade do juízo falencial e da recuperação, dizendo-o indivisível e universal, exceção feita para as ações trabalhistas, com limitação destas em se tratando de execução de suas sentenças, nas causas fiscais e naquelas em que o devedor for autor ou litisconsorte ativo (art. 4º). Estas exceções que não correspondem a novidade não conspiram contra o princípio da unicidade do juízo falencial, apenas propicia que tais processos sejam, em primeiro lugar, decididos nos juízos próprios antes de aportarem na falência para compor a massa seja como direito, seja como obrigação, isto é, para compor a massa ativa ou a massa passiva.

Nesta parte e com relação à Justiça especializada do Trabalho, entendemos que a redação proposta poderia ser melhorada de modo a dizer com clareza que a Justiça do Trabalho, para efeito de execução de seu julgado, não haverá de ser juízo de execução. Se assim o fizessem os legisladores estariam a evitar que naquela justiça especializada se possa pensar e decidir diferentemente, em detrimento do juízo falencial, uno e universal, para os efeitos da quebra.

V.2 Sobre as disposições comuns à recuperação judicial e à falência

Há no art. 6º uma previsão de que as multas ambientais haverão de ser exigidas na recuperação judicial e na falência. De se considerar que as multas contratuais, as penas pecuniárias decorrentes de infração às leis penais e administrativas não são exigíveis. (§ 1º). De se considerar ainda que as multas dos créditos fiscais, só seriam exigidas após o pagamento dos créditos subordinados (art. 186, § 2º, do Código Tributário Nacional).

Não se justifica, pois, manter a exigibilidade excepcional da multa de caráter ambiental. Tal como redigida, a disposição penaliza a comunidade de credores e não o devedor, exatamente porque os destinatários das penas pecuniárias ambientais são organismos ou entidades do próprio Poder

Público, o que não assegura a ninguém o uso dos recursos de tais penas na mitigação do mal causado.

A sorte da multa ambiental, a nosso sentir, deveria ser a mesma daquela referentemente às demais, isto é, sem direito a prelação alguma.

É seguro que do Código Civil foi retirado o art. 374 que admitia, de modo genérico e amplo, a compensação de créditos de natureza fiscal. Em matéria de compensação o art. 8º do Projeto está a assegurar que *compensam-se, com preferência sobre todos os demais credores, as dívidas do devedor vencidas até o dia do requerimento da recuperação judicial ou da falência, provenha o vencimento do deferimento da recuperação judicial ou da sentença de falência, de estipulação contratual ou da expiração do prazo do título, obedecidos os requisitos da legislação civil*. Esta disposição, diante, sobretudo, da revogação daquela norma expressa do Código Civil está a merecer um acréscimo que sugerimos, *...incluídos os de natureza fiscal*.

A ordem da classificação dos créditos no instituto novo da recuperação judicial será definida no plano de recuperação judicial aprovado (art. 9º). Aí a primeira das grandes novidades, já que não mais se há falar apenas em credores quirografários. Se o instituto vier a ser comparado com a nossa tradicional concordata, esta há de ser definida como uma espécie de concordata ampla.

A ordem da classificação dos créditos na falência, fazendo justiça aos créditos de natureza trabalhista ao mantê-los com as prelações das prelações, está a esquecer-se da etiologia histórica desta preferência. A prelação absoluta deste crédito tem origem no direito natural, eis que se trata de direito alimentar. Por esta razão, tal preferência deverá contemplar, a nosso aviso, apenas o salário do trabalhador; de se entender como tal o salário puro, devendo ser as demais rubricas classificadas como quirografárias. Nessa linha de pensamento estamos a su-

gerir que se acrescente ao inc. I do art. 11 a expressão, *como tal compreendido o salário puro*.⁸

A ordem da classificação dos créditos na falência, todavia, veio estabelecida no art. 11 e traz uma novidade de extraordinário relevo, qual seja: a de estabelecer a concorrência *de um para um*, entre os créditos fiscais, independentemente de sua natureza, concorrendo agora com os créditos garantidos por ônus real até o limite do valor do bem gravado ou objeto da garantia (art. 11, II, alíneas *a e b*).

É neste art. 11, entretanto, que estamos a sugerir a inclusão de um acréscimo, certamente que em forma de parágrafo e que o seria sob os seguintes termos: "Parágrafo único. Decairá de qualquer privilégio, tanto na recuperação judicial, na extrajudicial, quanto na falência o crédito de entidades públicas se o motivo da recuperação ou da falência tiver por fundamento comprovado o inadimplemento dos agentes públicos. Neste caso os créditos das entidades públicas passam a ser créditos subordinados".

A prática tem revelado a presença quase que constante de um Estado inadimplente (os precatórios que o digam) e, não nos parece nem justo e nem jurídico, que em casos tais, concorrendo o próprio Estado como autor ou co-autor da causa de uma quebra, nela compareça munido de algum privilégio. Ao inadimplente não se confere privilégio algum. Afinal, não se pode conceber outro tipo de Estado que não seja o do Estado ético.

Aparece em lugar do síndico, assim como em lugar do comissário, a figura do administrador judicial que terá a obrigação, dentre outras, de cuidar da consolidação do quadro geral de credores a ser homologado pelo juiz tanto na recuperação judicial, quanto na falência (arts. 13 e 22).

8. Apenas para se ter uma idéia da importância desta alteração proposta, basta conferir o sem número de decisões trabalhistas que penalisa o reclamado devedor com multa de 100% (cem por cento) sobre o débito. Isto tem nome: é confisco.

O pedido de restituição vem autorizado no art. 26, dizendo-o cabível na hipótese de falência. De fato, admitindo-se que o instituto da recuperação da empresa necessariamente estará a compreender a proteção de todo o sistema empresarial instaurado, isto é, mantendo-se intacta toda a *azienda*, a norma legal, ainda que correta na sua inspiração (na hipótese de falência), está, no Projeto, colocada no lugar equivocado, já que o art. 26 está no campo onde se pretende regular a "recuperação" e não a falência. Esta norma deve, pois, ser deslocada para o capítulo próprio da falência.⁹

O Projeto inova ao criar a "assembléia geral de credores", presente na recuperação judicial e na falência, dizendo-a competente *para deliberar sobre o plano de recuperação judicial, a proposta de recuperação extrajudicial e os incidentes do procedimento de falência previstos nesta lei*. A esse órgão ficam assinaladas as seguintes atribuições: na recuperação judicial: (a) aprovar ou aditar o plano de recuperação judicial; (b) aprovar, por maioria simples, a emissão de debêntures; (c) aprovar a supressão ou a substituição de garantias; (d) requerer a constituição de comitê de recuperação indicando-lhe os membros e (e) deliberar sobre o nome do administrador judicial quando do afastamento do devedor. Na recuperação extrajudicial: (a) deliberar sobre a celebração de acordo de recuperação extrajudicial; (b) produzir documento em que se comprove a aprovação da proposta de recuperação extrajudicial apresentada pelo devedor; (c) aprovar proposta de recuperação extrajudicial apresentada pelo devedor. Na falência: deliberar a forma de realização do ativo (art. 36).

A assembléia geral pode ser convocada por credores que representem 25% (vinte cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe e, em se tratando de recuperação judicial e na fa-

9. No Senado Federal percebeu-se este equívoco e tem-se notícia de proposta visando arrear a disposição para o capítulo da falência.

lência, será presidida pelo administrador judicial. O voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito (art. 38).

A assembléia geral é dividida por classes de credores assim dispostos: (a) credores trabalhistas; (b) credores com direitos reais ou privilégios especiais; (c) credores quirografários e com privilégios gerais (art. 40).

Nas deliberações de interesse exclusivo de cada classe, somente seus membros poderão votar (art. 42). O plano de recuperação judicial deverá ser aprovado por todas as classes de credores, devendo, para tanto, ser aprovado pelos credores que representem mais de 50% (cinquenta por cento) da totalidade dos créditos e, cumulativamente, pela maioria dos credores presentes (art. 43).

Se o plano de recuperação não houver sido aprovado na assembléia geral de credores o juiz poderá aprová-lo, cumprindo-se os requisitos percentuais do art. 44, o que corresponde à acumulação das seguintes ocorrências: (a) voto favorável de credores que representem mais de 50% (cinquenta por cento) do valor total dos créditos totais e (b) voto favorável de credores que representem mais de 50% (cinquenta por cento) do valor dos créditos em cada uma de duas das classes de credores de que trata o art. 40 e (c) voto favorável dos credores que representam mais de 33% (trinta e três por cento) dos créditos no âmbito da classe que o tiver rejeitado.

V.3 Sobre a recuperação judicial

A recuperação judicial é ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, e viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa (art. 45). Eis aí um exemplo da dicção adotada com certa ênfase pelo novo Código Civil, ao cogitar da “função social

da empresa”. Trata-se, pois, de fato, de um modelo de concordata ampla e judicial.

Reputa-se devedor em estado de crise econômico-financeira aquele devedor sujeito a dificuldades temporárias do seu negócio, com iliquidez, insolvência ou em situação patrimonial a merecer readequação planejada de sua atividade. (parágrafo único do art. 44). Para tanto devem ser considerados: (a) importância social e econômica da atividade do devedor; (b) mão-de-obra e tecnologia empregadas; (c) volume do ativo e do passivo; (d) tempo de constituição e funcionamento do negócio; (e) faturamento anual e nível de endividamento da empresa (art. 46).

Merece chamar a atenção para a contextura do art. 49 que está a dizer que, em se tratando de recuperação judicial, os créditos de natureza trabalhista devem estar regularizados no prazo de um ano. Isto não corresponde dizer que tais créditos devam estar pagos naquele prazo de um ano. Esta norma, tal como existente, sugere que também os credores trabalhistas podem e devem participar do plano de recuperação.

Embora fazendo-o exemplificativamente, a lei é pródiga em apontar as operações que considera meios de recuperação de empresa, fazendo-o assim: (a) concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas; (b) cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral e cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos cotistas ou acionistas; (c) substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos, concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; (d) aumento de capital; (e) transferência ou arrendamento; (f) celebração de acordo coletivo de trabalho; (g) dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo; (h) constituição de sociedades de credores; (i) venda parcial de bens; (j) equalização de encargos finan-

ceiros relativos a débitos de qualquer natureza; (k) usufruto da empresa; (l) administração compartilhada; (m) emissão de debêntures; (n) constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos da empresa em recuperação judicial, ressalvado o direito dos credores dissidentes, no rateio proporcional que lhes caberia; (o) substituição de garantia; (p) transformação de créditos em capital da empresa (art. 50).

A ação de recuperação judicial está sujeita à determinação de seu processamento¹⁰ pelo juiz (art. 52), que: (a) nomeará o administrador judicial; (b) determinará a convocação de assembléia geral de credores; (c) determinará a constituição de comitê de recuperação judicial quando for o caso; (d) determinará a dispensa da apresentação de quaisquer certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades comerciais, exceto para contratar com o poder público e para recebimento de incentivos fiscais ou creditícios; (e) determinará, mediante requerimento de credores, a elaboração de laudo econômico-financeiro; (f) designará datas para apresentação e abertura de propostas aos interessados na elaboração de laudo econômico-financeiro e laudo de avaliação; (g) ordenará a suspensão das ações e execuções contra o devedor, com exceção daquelas decorrentes de financiamento de valores a receber garantidos por penhor sobre direitos creditórios, títulos de crédito, valores mobiliários, aplicações financeiras (art. 52).

É possível a apresentação de plano alternativo de recuperação judicial, o que ensejará vista ao devedor (art. 55).

No caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a falência ou execução específica (art. 57). Neste caso, em se tratando de pedido isolado, a nova lei criará uma situação assaz interessante uma vez que, exis-

tente o plano, qualquer dos demais interessados no salvamento da empresa poderá intervir no processo, inclusive para contestá-lo, já que é evidente, no caso, o interesse de agir daqueles que estão submetidos a um plano de recuperação.

O art. 60 está a mencionar que *As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)*.

Parece-nos seguro que uma leitura doutrinária séria em torno do verbo tal como utilizado — *poderão* — estaria por concluir que nele se contém uma ordem. Trata-se de determinação. A norma é mandatória. Livres de dúvidas, entretantes, estamos sugerindo seja o verbo substituído definitivamente por um: *deverão*. A motivação é simples, o cidadão comum — empresário ou não — não trata de suas tertúlias nem com o ministro da fazenda e nem com o presidente do Instituto Nacional da Seguridade Social. A forma adotada (o *poderão*) acabará por deixar o devedor nas mãos do agente público de plantão, sujeitando-se a uma interpretação subjetiva e muitas vezes mal humorada. É obrigação do legislador não deixar o cidadão assim exposto sem necessidade.

O juiz ao determinar o processamento do pedido de recuperação judicial, além de nomear o administrador judicial, determinará a convocação da assembléia geral de credores para a eleição dos representantes do Comitê de Recuperação Judicial (art. 64).

Os membros do comitê não serão remunerados, mas serão reembolsados nas despesas (art. 65) e este será composto por três membros e suplentes assim: um representante dos empregados com dois suplentes; um representante da classe de credores com direitos reais de garantias ou privilégios especiais com dois suplentes; um representante da classe de credores quirogra-

10. Trata-se daquele processamento previsto na lei atual em seu art. 163.

fários e com privilégios gerais com dois suplentes (art. 66).

Compete ao comitê após a posse e a assinatura do termo de compromisso: elaborar plano judicial alternativo se for o caso; fiscalizar a administração do devedor; apurar quaisquer reclamações emitindo pareceres; fiscalizar execução do plano; submeter à apreciação do juiz, quando afastados os administradores, proposta para alienação de bens ou constituição de garantias, agindo sempre em prol da recuperação (art. 67).

Não poderão integrar o comitê ou exercer as funções de administrador judicial aqueles que nos últimos cinco anos tiverem sido destituídos de tais misteres, tiverem deixado de prestar contas ou tiverem reprovadas as contas prestadas; ou aquele com relação de parentesco ou afinidade com o devedor até terceiro grau ou for amigo, inimigo ou dependente deste (art. 68).

A recomposição de tais órgãos ou substituição de seus integrantes se dará por ato do juiz no prazo de quarenta e oito horas.

A assembléia de credores poderá indicar representantes para acompanhar e fiscalizar os atos do administrador (art. 70), o que se nos afigura desnecessário se existente o comitê.

V.4 Sobre a recuperação extrajudicial

No capítulo quarto cuida o Projeto de outro tipo de recuperação de empresa. Trata-se da chamada recuperação extrajudicial.

A convocação, pelo devedor, de credores ou de classe de credores para apresentação de plano de recuperação extrajudicial não caracteriza ato de falência (art. 73). Atenção para a linguagem antiga utilizada, exatamente para esclarecer que a confissão do estado de descompasso do devedor, com as suas obrigações vencidas e vincendas não mais servirá de fundamento aceitável para requerer-lhe a falência.

A celebração do acordo de recuperação extrajudicial poderá ser formalizada em instrumento próprio ou resultar de deliberação da assembléia de credores. A convocação far-se-á por edital (art. 73). Não nos parece que esta deveria ser uma regra obriatória.

Diferentemente da Recuperação Judicial, na Recuperação Extrajudicial não se tem uma ação judicial. O devedor que celebrar acordo de recuperação extrajudicial, entretanto, nos termos da recuperação judicial (art. 46 c/c art. 43), poderá requerer a sua homologação em juízo (art. 74). Nesse caso estamos a concluir que a recuperação passará a ser tratada como recuperação judicial. De forma outra teríamos uma situação pelo menos nominalmente inadequada, que seria a recuperação extrajudicial, em juízo. Afinal se estaria diante de uma recuperação extrajudicial judicializada. E como não há como comparecer em juízo sem ser mediante ação ou procedimento judicial próprio, a afirmativa de que a Recuperação Extrajudicial não corresponderia a uma ação, deve ser acompanhada deste esclarecimento. De outra forma — recuperação extrajudicial judicial entraria para o anedotário forense. Pede-se observar que, de eventual indeferimento da inicial ou do pedido de homologação de recuperação extrajudicial, sanção alguma ocorrerá. Pelo menos o Projeto não prevê. Não poderá o juiz decretar a falência. Não se pode perder de vista o fato de que a recuperação extrajudicial tem natureza contratual. É negócio jurídico multifacetado compreendendo certamente algum tipo de transação.

O plano de recuperação extrajudicial aprovado produzirá seus efeitos sobre todos os credores que tenham ou não votado favoravelmente, a partir da distribuição do pedido de homologação (art. 77). Esta norma merece ser objeto de reflexão, já que nem todas as classes de credores estão obrigadas a participar do plano de recuperação extrajudicial.

V.5 Sobre a convalidação da recuperação judicial em falência

O capítulo quinto trata da convalidação da recuperação judicial em falência (e não da extrajudicial). Será decretada, por convalidação, se durante o processamento da recuperação judicial, assim o deliberar a assembléia de credores, ou quando tiver sido rejeitado o plano de recuperação, ou não tiver este sido objeto de deliberação no prazo de cento e oitenta dias, ou direito a uma prorrogação por noventa dias, ou ainda, se requerida por qualquer credor por descumprimento do plano (art. 79).

Ocorrendo a convalidação da recuperação judicial em falência, os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante o período, presumem-se válidos (art. 80).

V.6 Sobre a falência

O capítulo sexto trata da falência. Diz o art. 81 que será decretada a falência da pessoa que exercer a atividade empresária e que: (a) sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, dívida líquida constante de título executivo, cuja soma ultrapasse o equivalente a quarenta salários mínimos; (b) executado, não paga, não deposita, não nomeia bens à penhora de dívida líquida e certa; ou (c) comprovadamente (c.1) procede à liquidação desordenada de seus ativos ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos; (c.2) realiza por atos inequívocos ou tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou totalidade de seu ativo a terceiros credores ou não; (c.3) transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar bens suficientes para solver o passivo; (c.4) simula transferência de seu principal estabelecimento para burlar a legislação ou a fiscalização ou prejudicar credores; (c.5) dá garantia real a algum credor sem ficar com bens livres e

desembaraçados equivalentes às suas dívidas ou tenta esta prática, revelada a intenção por atos inequívocos; (c.6) ausenta-se sem deixar representante habilitado para administrar o negócio e com recursos suficientes, para pagar os credores, abandona o estabelecimento, ou se oculta de seu domicílio ou da sede do estabelecimento principal de seu negócio. A redação do apontado artigo é infeliz.

Em primeiro lugar está ele a dizer, expressamente, sobre falência da pessoa que exercer a atividade empresária, quando lá no seu art. 1º se acrescentou a sociedade simples como sociedade alcançada por esta lei, sabendo-se que sociedade simples, registrada no cartório das pessoas jurídicas não será sociedade empresária.

Em segundo lugar a norma mantém a redação infeliz da lei anterior ao falar em *relevante razão de direito*. Não há razão de direito que não mereça ser tratada com relevância.

Em terceiro lugar, ao exigir o vencimento de dívida líquida e com títulos protestados (art. 82) no valor original de quarenta salários mínimos, pratica-se uma ficção jurídica, abandonando-se uma boa regra da lei anterior que poderia, nesse direito novo, ser realimentada, obrigando a qualquer credor para requerer a falência de alguém, que o procedesse mediante o protesto especial (previsto este no art. 10 do Decreto-lei 7.661). Seria este protesto especial e declarado: protesto para requerer a falência, como condição para o exercício da ação. Em não sendo assim, a utilização do processo de falência continuará como meio violento de cobrança, ou, de outra forma, os pedidos de falência continuarão mais se parecendo com um tiro pelas costas.

Em quarto lugar, ao admitir a ação de falência por inação de devedor por não oferecer bens à penhora, esquece-se o legislador de que a atribuição de penhorar em circunstâncias que tais é obrigação ou dever processual do credor. O Código de Processo Civil já possui solução para este proble-

ma, que incluído no Projeto de lei de falência causará mais prejuízo do que resultado.

Em quinto lugar, recriando aquilo que seria a demonstração de estado de falência, na verdade a lei passa a propiciar, na instância falencial, discussão mais ampla, mediante processo cognitivo próprio, levando a questão da falência para a vala dos processos comuns o que se daria com prejuízo legal. Esta disposição compreende a negação de todas as inovações que o Projeto está a patrocinar. Neste caso, a proposta coloca o Projeto na contra mão do que era desejo do próprio projeto. Observe-se que no art. 81, III, de *a a f*, só há matéria de prova. Tudo isto se resolveria se tivesse o legislador admitido e valorizado a figura do protesto especial (inspirando-se no art. 10 da lei atualmente em vigor). Afinal, em se querendo requerer a falência, que se declare esta intenção no momento já do apontamento a protesto. Este nos parece o procedimento, inclusive, mais ético.

O único lenitivo que se recolhe de tais disposições é o de que, mesmo tendo contra si requerida a falência, pode o devedor requerer a recuperação judicial.

O prazo para defesa é de cinco dias (art. 85). Nesta parte a inovação faz justiça aos demandados e aos seus advogados que freqüentemente eram traídos pelas vinte e quatro horas da lei em vigor.

Diz o art. 90 que *a falência, ao promover o encerramento das atividades do devedor, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa*. Há uma sinceridade nessa norma, compatível com os propósitos de um Direito novo. Perseguindo-se o encerramento das atividades do devedor se estará excluindo-o do exercício da atividade, mas a norma propõe a preservação de seus ativos produtivos, priorizando-se a venda ou a transferência de seu fundo de comércio. Privilegia-se o coletivo em detrimento do individual.

Na venda de ativos, os credores poderão, inclusive, pretender a adjudicação de bens, observada a regra da classificação dos créditos (art. 91). Aí, e em concreto, o exercício da função social da empresa.

O art. 105 prevê que *a sentença que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis, diretores e administradores solidários por lei, também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar defesa, se assim o desejarem*. Esta norma há de ser aplicada com temperamentos.¹¹ É que as sociedades, agora regulados no Código Civil, no livro próprio do "Direito de Empresa", tem ali regulada a matéria da responsabilidade de seus membros, sociedade por sociedade, daí que qualquer lei de falência não necessitaria cogitar da matéria, bastando servir-se da regração já existente no Código Civil.

Pelas mesmas razões o art. 106 também necessita ser reescrito, porque não têm cabida as assertivas nele contidas ao assinalar que *a responsabilidade solidária e ilimitada dos controladores e administradores da sociedade por ações e a dos administradores da sociedade limitada, estabelecidas nas respectivas leis, bem como a dos sócios comanditários e do sócio oculto, previstas em lei, serão apuradas no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo*. Assim não pode ser. Não há responsabilidade nem solidária e nem ilimitada de controladores e muito menos de administradores de sociedade, a não ser na forma regulada pelo Código Civil ou por leis próprias. Em tais casos, a responsabilidade ilimitada ou decorreria de ilícito ou de ato volitivo do cidadão e não do tipo societário. Nessa linha, e também carecen-

11. As sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada inclusive, estão reguladas no novo Código Civil (arts. 981 e ss.).

do de mitigação, aparece o § 6º para dizer da possibilidade e até da indisponibilidade de bens particulares dos réus, compatível com o dano provocado. Partindo-se da idéia de dano, adentra-se no território do ilícito, circunstância sobre a qual o enunciado do artigo não esteve a dizer.

A partir do art. 107, a lei passa a cogitar da falência requerida pelo próprio devedor, a autofalência. E nada se oferece àquele que exercitar o ato do pedido de sua própria quebra. Seria necessária uma revisão de toda a secção, a nosso sentir, oferecendo-se àqueles que requererem sua autofalência alguma condição e algum lenitivo especial. Afinal, este ato de cidadania e de auto-humilhação deveria, de alguma forma, proteger tais agentes da produção que tenham se vitimado da falência pelos percalços da atividade empresarial. Poder-se-ia, por exemplo, permitir que o próprio devedor viesse a exercer as funções de administrador judicial de sua empresa.

À declaração da quebra segue-se arrecadação e custódia dos bens (art. 111).

O art. 122 estabelece direito à compensação assim se expressando *as contas correntes com o devedor consideram-se encerradas no momento de decretação da falência, verificando-se o respectivo saldo após as compensações expressamente previstas nesta lei*. Para compatibilizar esta norma com a proposta que sustentamos, quando da abordagem do art. 8º, também aqui seria prudente deixar expresso que a compensação há de alcançar também *os créditos de natureza fiscal*.

Quanto à norma do art. 124, especialmente em seu parágrafo único, estamos admitindo necessária a sua supressão.

É que a disposição apontada está a permitir que a massa, em evidente diminuição de seus ativos, venha a pagar juros às debêntures e aos créditos assegurados por garantia real, advindo a receita para tal remuneração do *produto dos bens que constituem a garantia*. A aplicação de tal dispositivo além de distinguir créditos de for-

ma diferente da hierarquia ou da vocação que a própria lei criou, está a sugerir que, na massa ativa seja possível separar o numerário resultante de uma determinada operação de um determinado bem ou de uma determinada coisa. Seria o dizer que esta norma carimba o dinheiro resultante de uso de um determinado equipamento. Na realidade isto é impossível.

O art. 124 estabelece que *contra a massa falida não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal*. E o parágrafo abre exceção para os *juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por eles responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia*. A norma padece dos mesmos vícios que acabamos de demonstrar no tópico anterior e, ademais, trata-se ainda de um conferimento de privilégio além daquele já consistente na própria garantia.

Ao administrador judicial compete administrar os bens compreendidos na falência (art. 143 em alentada descrição). Pode ser pessoa natural ou jurídica (art. 145). Suas atribuições são personalíssimas (art. 148).

A competência da assembléia geral aparece no art. 152, compreendendo: (a) acompanhar e fiscalizar o processo de falência; (b) fiscalizar o administrador judicial; (c) requerer ao administrador judicial o exame de livros; (d) propor formas alternativas de realização do ativo.

A seu turno a realização dos ativos recebe inovação com o Projeto quanto à oportunidade e quanto a forma de fazê-lo. Diz o art. 153 que *Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto do processo de falência, será iniciada a realização do ativo*. Esta antecipação da oportunidade de alienação dos artigos tem por finalidade evitar não o perecimento de bens solução encontrada na lei antiga, mas proteger os valores vivos de todo o fundo de comércio. Trata-se de proteção da empresa ou, pelo menos, de suas vísceras úteis.

E sobre as formas de realização prossegue o art. 154 admitindo (a) alienação da empresa, com a venda do estabelecimento em bloco; (b) alienação por venda de filiais ou unidades; (c) alienação em bloco de bens; (d) alienação parcelada ou individual de bens. E isto se dá independentemente da formação do quadro geral de credores. É inovação de monta e de extrema utilidade.

As vendas se darão por leilões orais, propostas fechadas ou pregão (art. 155).

As sobras porventura existentes, após pagamento integral dos créditos, serão restituídas ao devedor, mediante recibo nos autos (art. 167).

As obrigações do devedor se extinguem: (a) com o pagamento, sendo permitida a novação com os créditos com garantia real; (b) com o rateio de mais de 40% (quarenta por cento) depois de realizado todo o ativo; (c) pelo decurso do prazo de cinco anos contados a partir do encerramento da falência, se o devedor não tiver sido condenado penalmente; (d) pelo decurso do prazo de dez anos, contados a partir do encerramento da falência, se o devedor tiver sido condenado. O devedor pode requerer, por sentença, a declaração de extinção de suas obrigações (art. 170).

A reabilitação do devedor há de ser concedida ao devedor quando: (a) pagar integralmente os créditos, os juros, os encargos e as despesas do processo; (b) tiver declaradas extintas suas obrigações.

Quanto à assertiva legal de se incluir, na cota de pagamento pelo devedor, dos juros ajustados ou objeto de condenação, temos sustentado, com base na lógica mais elementar, aquilo que chamamos de princípio da comportabilidade, exatamente porque ninguém dará, materialmente, mais do que tem, ou, do que arrecadado. Isto é tudo.

V.7 Sobre a falência das microempresas e empresas de pequeno porte

Com relação à falência da microempresa ou empresa de pequeno porte está a

prever o art. 180 que *deverá o credor instruir o pedido com um ou mais títulos executivos devidamente protestados, acompanhado de certidão de protesto de dois ou mais credores distintos, tirados contra o devedor no período de 90 dias anteriores à data do pedido*. As críticas e considerações já avivadas, em boa medida, até aqui se estenderão.

No caso dos créditos trabalhistas devidos superarem 30% (trinta por cento) do ativo circulante da empresa, caberá ao juiz fixar um novo critério de rateio entre os empregados. Continuamos a sustentar que a solução mais aceitável haveria de ser aquela contempladora de prelação em relação ao salário, mas apenas em relação ao salário puro, sem multas e sem penduricalhos.

Para tais devedores, o requerimento da recuperação tem efeito impositivo nos termos do art. 182, assim expresso: *a recuperação judicial, solicitada pelo devedor e homologada pelo juiz, consistirá no parcelamento automático dos valores dos débitos existentes no momento da sua solicitação, devendo todos os credores ser pagos em até trinta e seis parcelas mensais, iguais e sucessivas*, com possibilidade de prorrogação motivada por mais um ano. Os débitos trabalhistas deverão ser pagos em seis parcelas mensais, iguais e sucessivas.

Para o art. 182, em seu § 4º, gostaríamos que sua redação fosse razoavelmente aprimorada dizendo que *Os débitos fiscais deverão ser pagos na forma da legislação específica, assegurando-se-lhes direito a parcelamento que se concede a devedores comuns, se parcelamento especial não lhes for concedido*.

Estamos, assim, adotando a mesma inteligência que já sustentamos a respeito do art. 60, já analisado. Afinal, simplesmente não teria sentido deixar as microempresas e as pequenas empresas sem a certeza de que teriam acesso a algum tipo de parcelamento. De se ter em mente que, em se tratando de direito público, os seus agentes só

poderão agir se autorizados por lei. Há, pois, necessidade de que esta autorização esteja prevista em lei e seja imperativa.

Nenhuma falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte poderá perdurar por mais de cinco anos (art. 186).

V.8 Sobre o procedimento penal

Quanto aos crimes e procedimentos penais, a única observação de caráter preliminar aqui comportável é o de que permitindo-se a separação entre a massa ativa/passiva do devedor e seus eventuais delitos, o Projeto de lei andou bem.

Sobre os crimes diz o art. 200 que *a falência e na recuperação judicial de sociedades, os seus diretores, administradores, controladores e sócio oculto equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta lei, na medida de sua culpabilidade.*

O conteúdo do art. 217 está a nos parecer um retroceder inaceitável. A lei deixa de olhar para frente, voltando-se para o retrovisor, ao olhar para trás. A norma pode e deve ser eliminada. Diz o artigo: *no caso de empresa ou empresário que se encontre em concordata somente será admitida a sua sujeição a esta lei, se estiver no exercício efetivo de suas atividades empresariais e fizer prova de regularidade fiscal, comprovando ainda o adimplemento das obrigações contraídas por força da decisão judicial que deferiu a concordata.* Tal disposição, não obstante final e transitória, coloca-se em descompasso com todo o espírito do Projeto, exatamente naquilo que ele tem e propõe de inovador.

VI. A adequação do Código Tributário Nacional. *Notícia.*

Considerando-se a significativa interferência da matéria fiscal nos institutos da recuperação e da falência, cogita-se também de alterações no Código Tributário

Nacional, Lei 5.172, de 25.10.1966 (Projeto de Lei Complementar 72, de 2003, que é resultante da fusão da Emenda de Plenário 15, com os textos do PLP 72/2003, PLP 73/2003, PLP 97/2003, substitutivo da CEIC e substitutivo da CFT).

Isto é matéria, todavia, que merece um estudo à parte, o que faremos oportunamente.¹²

VII. Conclusões

A primeira conclusão que nos anima é a de poder afirmar que o texto, no geral, é bom.

Algumas alterações propostas são, a nosso sentir, mais do que úteis e até necessárias.

O mérito maior de toda a proposta se apresenta na determinação contida no texto de se preservar a empresa¹³ e o empresário, com a sua atividade produtiva. Este, talvez, tenha sido dentre nós o exemplo mais exuberante do exercício, em concreto, da função social da lei e da função social da empresa.

Com efeito, a chegada, desejamos próxima e breve, de um novo estatuto para o direito falimentar é imperativa.

De fato seria manifestação de hipocrisia pura admitir-se que a atual lei de falências, em que pese os esforços dos tribunais brasileiros, teria resposta para as complexas questões modernas da sociedade, de suas empresas e de seus empresários.

De parte do Estado e de todos os seus entes o que se espera é que, a partir de um

12. Quando do término da elaboração deste texto, em 22.10.2004, o projeto já então aprovado pela Câmara Federal havia já retornado do Senado Federal.

13. Atente-se para o fato de que ao se utilizar a expressão "empresa" a partir da vigência do novo Código Civil, estaremos sempre a falar em objeto de direito e não em sujeito de direito porque sujeitos de direito são os empresários pessoas naturais e as sociedades empresárias.

direito concursal novo, venha ele a ser parceiro, a ser companheiro confiável dos agentes da produção. Em outras palavras: o que se deseja é a presença de um Estado, sobretudo, Ético. Isto também é urgente.

Fazem eco às nossas observações em relação ao Projeto aquelas palavras proferidas por Carnelutti, dentre nós reproduzidas por Arnaldo Wald: *a função do direito é a de submeter a economia à ética.*