Temas em Debate

A DISCIPLINA DA REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA EM CRISE ECONÔMICA NO PROJETO DE LEI CONCURSAL

FREDERICO SIMIONATO

1. Introdução. 2. Considerações sobre a subemenda substitutiva: 2.1 Sujeitos do processo concursal — 2.2 Dissociação empresa-empresário — 2.3 Demonstração de viabilidade da reorganização — 2.4 Mecanismos de alerta sobre a crise econômica — 2.5 Meios de reorganização — 2.6 Interferência judicial — 2.7 Comitê de administração — 2.8 Administrador judicial — 2.9 Responsabilização dos administradores e controladores. 3. Presunção favorável ao devedor para a abertura do processo. 4. Prazo do plano de reorganização. 5. Crédito trabalhista. 6. Crédito tributário. 7. Fundamento da liquidação. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Como é de todos conhecido, a atual legislação falimentar brasileira se mostra completamente inviável para disciplinar os processos de reorganização econômica no âmbito concursal, tanto que há muito se propõe a sua reformulação mediante um sistema mais ágil com atenção à preservação da empresa economicamente viável.

O Decreto-lei n. 7.661/45, pela sua própria característica temporal, é uma legislação que mantém os postulados do processualismo e do caráter liquidatário do instituto falimentar, servindo apenas como um extremo meio de cobrança.¹

1. "É imperdoável que o legislador do Século XX se deixe deslumbrar pelos ouropéis da moderna processualística, olvidando os problemas especificamente econômicos que a insolvência não deixa de suscitar, mormente quando atinge as grandes empresas". Fábio Konder Comparato, *Aspectos jurídicos da macroempresa*, São Paulo, Ed. RT, 1970, p. 108.

Com o surgimento de uma nova perspectiva sobre a importância da atividade empresarial para toda a coletividade, representando uma verdadeira instituição, foram alçadas novas tendências conceituais para que a falência fosse deixada apenas para os casos em que o comprometimento financeiro da empresa atingisse patamares que impossibilitassem o seu salvamento, e por conseguinte, sua manutenção como ente produtivo.

É evidente a importância que a empresa possui para a economia da sociedade, sendo a grande geradora de empregos e riqueza, tanto que sua administração não repercute somente sobre os seus sócios, mas, muito pelo contrário, incide na generalidade dos segmentos que a circundam.

Esta revolução de perspectiva alcançou maior difusão no Direito Francês, quando pela Lei n. 67/563 e a Ordenação n. 67/820, foram modificadas as estruturas primordiais da legislação falimentar. Toda esta

alteração normativa foi motivada pela famosa Comunicação de Roger Houin, quando estabeleceu os principais aspectos a serem observados por uma nova legislação, vale dizer, a separação empresa-empresário, o aumento dos poderes jurisdicionais e a diminuição da intervenção dos credores dentro do processo reorganizatório.

Posteriormente, surgiram na França as Leis de 1984 e 1985, que organizaram um conjunto de medidas obrigando que os administradores declarassem o mais cedo possível as dificuldades existentes na exploração da atividade empresarial, prevenindo o seu agravamento através de medidas societárias apropriadas.² Com a nova legislação de 1994, o sistema francês de salvamento empresarial encontra-se plenamente desenvolvido.

Nesta esteira, o plano de reorganização, ao lado das características publicistas que norteiam o processo reorganizatório, representam inequívocos instrumentos para a tentativa de salvamento da empresa em crise econômica.³

Portanto, na atualidade, o denominado Direito da empresa em crise econômica possui como pilares fundamentais de validade: a manutenção da atividade empresarial, o plano de reorganização, as restrições ao individualismo (diminuição da interferência dos credores), crescimento da participação jurisdicional e a intervenção do administrador judicial.⁴

2. Georges Ripert e René Roblot, *Traité de Droit Commercial*, Paris, LGDJ, 1988, p. 719.

3. O novo procedimento de recuperação se inspira no processo de suspensão provisória das execuções. Ele se inicia com um período de observação, em princípio curto. Depois, durante a fase de tratamento, ele consagra a diminuição dos direitos dos credores em proveito de um reforço dos poderes do tribunal. Esforça-se igualmente em associar os empregados ao desenvolvimento do procedimento". Yves Guyon, *Droit des Affaires*, Paris, Economica, 1992, t. 2, p. 28.

4. Comentando a restrita participação dos credores, assevera Anne-Marie Baudron: "Com efeito, o juiz lhes impõe prorrogações de pagamento, quando ele admite o plano de apuramento coletivo do passivo. Este não tem a necessidade do consentimen-

O plano reorganizatório é composto por duas partes distintas: a primeira, consiste na apresentação das medidas de reorganização econômica e financeira da gestão empresarial; a segunda, corresponde à apuração do passivo, e seu pagamento.⁵

Por sua vez, a dissociação entre empresa-empresário é o ponto fundamental do Direito Concursal haja vista que é desta distinção que se possibilitará o afastamento dos administradores sem, contudo, corresponder à cessação da atividade funcional da empresa. O conceito de empresa sobreleva ao do empresário.

Como estabelecia o artigo 6º do então substitutivo ao Projeto de Lei n. 4.376/93, a recuperação judicial é o processo judicial de gestão dos interesses do devedor, com ou sem a sua atuação, e o conjunto de institutos e procedimentos adotados com o objetivo de superar as condições e circunstâncias que caracterizam a crise econômica. Veremos que o referido Substitutivo foi alterado pela atual Subemenda Substitutiva, em tramitação na Câmara dos Deputados.

Como se percebe, era um artigo que possuía a preocupação de aclarar o novo posicionamento da legislação, ou seja, a tentativa da composição dos vários segmentos que estão jungidos à atividade empresarial. Dessume-se, também, a preocupação com a manutenção da organização do sistema capitalista e estatal, mesmo que não afirmada expressamente.⁶

to dos credores. Deste fato, a ruptura com as concordatas judiciais, simples ou preventivas é extremamente profunda. Em nossa matéria, não é a maioria que submete à sua lei a minoria, sob o controle e com a participação do tribunal; é este último que dita sua vontade aos credores". *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, Paris, LGDJ, 1972, p. 228.

5. Nelson Abrão, *O Novo Direito Falimentar: Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*, São Paulo, RT, 1985, p. 119.

6. "La verità è dunque che in uno stato assistenziale, como è stato il nostro, in uno stato in cui il lavoro è stato privilegiato in funzione del mantenimento di posti offerti come scambio per la conser-

Sendo assim, vejamos como o novo Projeto de Lei se comporta diante desta forma de analisar as questões concursais, verificando se os instrumentos normativos por ele consagrados serão suficientes para outorgar seriedade ao processo reorganizatório, bem como de sua viabilidade operacional.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUBEMENDA SUBSTITUTIVA

2.1 Sujeitos do processo concursal

Analisar-se-á aqui a Subemenda ao Substitutivo do Projeto n. 4.376/93, até então o último texto apresentado pela Câmara dos Deputados, o qual sofreu várias alterações nos seus dispositivos, e não possui correlação estrutural ou mesmo técnica com o Projeto (4.376/93), sendo desenvolvido e apreciado o Substitutivo. Ressalta-se que assim o fazendo, a Comissão Especial agiu com acerto haja vista a precariedade do Projeto original.⁷ Posteriormente, foi elaborada a Subemenda ao Substitutivo, retirando uma série de preceitos que disciplinavam a reorganização, incluindo outros, como o Procedimento Especial para a Recuperação e Liquidação de micros e pequenas empresas.

vazione del sistema e quindi delle grandi imprese che hanno consentito la sopravvivenza del sistema, la legge sull'amministrazione straordinaria, rivolta alle grandi concentrazioni industriali e commerciali non può che essere una legge di salvataggio." Giuseppe R. Maggiore, *Instituzione di Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1994, p. 766.

7. "A Comissão especial destinada a proferir sobre o Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, do Poder Executivo, que "regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências", em reunião ordinária realizada hoje, opinou unanimemente pela constitucionalidade, juridicidade e, no mérito, pela aprovação, como substitutivo, do Projeto de Lei n. 4.376/93". Parecer da Comissão em 4 de dezembro de 1996. É importante notar uma alteração quanto à epígrafe do Substitutivo adotado pela Comissão, que dispõe: "Regula a recuperação e a liquidação judicial de empresas e pessoas físicas que exercem atividades econômicas e dá outras providências". Portanto, houve uma modificação quanto à estrutura do projeto.

O artigo 1º da referida Subemenda determina que a recuperação e liquidação serão aplicadas às sociedades comerciais e civis de fins econômicas e às pessoas físicas que exerçam atividades econômicas em nome próprio e de maneira organizada, com objetivo de lucro, excetuando-se os agricultores que explorem propriedade rural para fins de subsistência familiar e as sociedades civis de prestação de serviços profissionais referentes ao exercício de profissão legalmente regulamentada, e aos que realizem serviços ou exerçam atividade profissional autônoma, quer sejam individual ou organizada. As empresas públicas, as de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, seguradoras, cooperativas de crédito e sociedades de previdência privada, sujeitam-se a recuperação e a liquidação decretadas nos termos de leis especiais.

O Relator, Dep. Osvaldo Biolchi, votou: "Com referência ao art. 2º da Subemenda, decidimos manter a determinação de se elaborar uma lei especial para regular a recuperação e a liquidação de empresas públicas, sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, as instituições financeiras públicas e privadas, as cooperativas de crédito, as sociedades seguradoras de capitalização e de previdência privada, por entendermos que a própria Constituição Federal assim o impõe, além da especificidade que caracteriza estes setores tão complexos da economia brasileira" (grifos do original).

Quanto às instituições financeiras, parece que o legislador esqueceu que já existem normas que tratam dos processos de intervenção e liquidação destas entidades, inclusive com poderes próprios conferidos à Administração Federal (artigo 132 da CF de 1988; Lei n. 6.024/74 e RAET; e o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional).⁸

8. O Professor Marcos Paulo de Almeida Salles, assevera: "Somos pela supressão das instituições financeiras seguradoras e assemelhadas pois elas são

Sobre as cooperativas, existe legislação própria, ou seja, a Lei n. 5.764/71 que em seu artigo 4º as isenta da falência, e o artigo 76, parágrafo único, que estabelece norma suspendendo as ações movidas contra as cooperativas que estejam em processo de liquidação, possibilitando que elas possam fazer frente aos seus compromissos.⁹ Na França, a legislação de 1967 já estabelecia a suspensão das execuções, que se destina a conceder um prazo, no qual será elaborado o plano de reorganização, quer do devedor, quer do administrador judicial.¹⁰

Com efeito, deveriam estar sob a égide da Subemenda somente aqueles que exerçam atividade empresarial, com a separação de disciplinação entre as instituições financeiras, cooperativas e seguradoras.

2.2 Dissociação empresa-empresário

A recuperação judicial é a ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômica do devedor, salvaguardando e mantendo a fonte produtiva, do emprego e os interesses dos credores, viabilizando desta forma a realização da fusão social da empresa. Considera-se em estado de crise econômica: o devedor que está em dificuldades temporárias na condução da sua atividade, com iliquidez, insolvência, e situação patrimonial a merecer readequação planejada (art. 37).

Isto representa uma tentativa de romper com a tradição do Direito Falimentar

organizações empresariais decorrentes de legislação excepcional que compõem microsistemas jurídicos próprios, intimamente vinculadas à competência administrativa do Poder Executivo, dotadas de disposição constitucional própria e procedimentos de intervenção e liquidação extrajudicial disciplinados por leis especiais. Apenas para os casos em que a previsão das leis especiais possam vir a fazer a crise redundar em falência, é que se estaria remetendo todas aquelas instituições ao disposto neste projeto, sobre a liquidação judicial".

9. Waldirio Bulgarelli, *Sociedades Comerciais*, São Paulo, Atlas, 1996. p. 262.

10. Roger Houin, *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Bruxelles, 1969, p. 133.

brasileiro, no tocante à impontualidade. Com a Subemenda, as sociedades estarão autorizadas, *quando em situação de crise econômica*, a requerer a abertura do processo reorganizatório. É importante salientar que este processo não se confunde com a concordata preventiva da atualidade.

Entretanto, o Substitutivo original era muito mais desenvolvido neste aspecto, tanto que em seu artigo 6º, inciso II, definia a recuperação judicial como o processo judicial de gestão dos interesses do devedor, *com ou sem atuação do titular* da empresa, bem como o conjunto de institutos e procedimentos adotados com o objetivo de superar as condições e circunstâncias que o caracterizam em situação de crise econômica.

É bem verdade que na Subemenda ainda se permite o afastamento do controlador e dos administradores, mas com uma ausência de sistematização que certamente dificultará sua implementação pelos tribunais. Com efeito, não há qualquer procedimento para que este afastamento se realize, parecendo, inclusive, que foi deixado de lado por razões de política legislativa.¹¹

O artigo 52 da Subemenda determina que o devedor manterá a administração dos seus bens e continuará com seu negócio no procedimento de recuperação judicial, salvo se for condenado, anteriormente, por sentença transitada em julgado por crime cometido em outro processo de recuperação ou liquidação, houver *indícios suficientes* da prática de crime previsto na Subemenda, existir prova suficiente de dolo,

11. Voto do Dep. Osvaldo Biolchi: "É importante compreender que durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor manterá a administração de seus bens e continuará com seu negócio, sempre sujeito à fiscalização de um comitê, formado pelas diversas classes de credores, ou do administrador judicial. Haverá algumas exceções, como, por exemplo, quando o devedor houver sido condenado anteriormente por crime em outra recuperação ou liquidação judicial ou quando, a critério do juiz, o afastamento se fizer necessário em benefício dos credores e demais interessados".

simulação ou fraude e ficar demonstrado que o devedor efetuou gastos pessoais manifestamente excessivos, com despesas injustificáveis na administração da empresa. Nestes casos, o devedor será afastado.

Outro requisito para o afastamento está previsto no inciso VI, do mesmo artigo 52, que o impõe no caso do devedor colocar empecilhos ao cumprimento do *plano de reorganização apresentado pelos credores*.

Nota-se, claramente, as dificuldades que surgiram, próprias da realização de um plano apresentado pelos credores, que poderão, intencionalmente, pretender a total ruína do credor.

Cabe ao devedor a apresentação do plano de reorganização, elaborado com ou sem o auxílio de especialistas. Todavia, a Subemenda regrediu diante da disciplinação do Substitutivo, que em nenhum momento condicionava diretamente aos credores a aprovação do plano elaborado pelo devedor.

Desta feita, através da Subemenda, o juiz, ao deferir o processamento da recuperação, abrirá prazo de trinta dias para que os credores se manifestem sobre o pedido do devedor, com especial atenção sobre o plano de recuperação apresentado. A sua impugnação poderá ser total, parcial, bem como apresentar plano alternativo, ou simplesmente impugná-lo, e pedir a liquidação judicial (art. 44).

É excessiva, aqui, a forma minuciosa que a Subemenda trata da impugnação, tanto que em um dos casos permite apenas a impugnação, total ou parcial, e em outro, legítima a mesma impugnação, com o pedido de liquidação.

Esta postura encontra sua explicação no próprio voto do Dep. Relator, que considera: "O grande avanço que a recuperação traz diz respeito exatamente à *nova concepção de um amplo acordo*, que será firmado entre o devedor e todos os credores e que será viabilizado por intermédio do plano de recuperação econômico-financeira da empresa... No plano de recuperação da em-

presa em crise, teremos, sim, um *grande contrato*, com a importante fiscalização do Poder Judiciário, sem que isto se confunda absolutamente com qualquer favor legal" (grifamos).

Todavia, esta pretensa novidade, como um grande contrato, data, na verdade, do início deste século, quando a concordata — e o seu nome indica bem — já representava um contrato judicial.

Obviamente, todos os equívocos e problemas que surgiram na condução destes processos concordatários, frutos do individualismo e do liberalismo, fizeram que esta perspectiva perdesse espaço para o trato publicístico da matéria. Isto ocorreu nos EUA e na França.

O erro em que o legislador brasileiro incorre está em misturar conceitos diversos — ou seja, o plano de reorganização e o voluntarismo dos credores — pretendendo obter uma possível conciliação, através de uma soma algebrica dos interesses em conflito, esquecendo que deve disciplinar forças sociais.

Por isso, a opção deve ser inteira, e o ordenamento jurídico não deve pender para a insegurança das relações, que existirá neste caso, principalmente pela forças de determinados credores, vale dizer, os bancos. Nenhum sistema normativo conseguiu, com êxito institucional, limitar a autonomia dos contratantes, tanto que deve ficar aberta as duas vias de salvamento da empresa.

Assim, se o devedor possui condições de pactuar novas formas e prazos de pagamento com os credores, evidentemente não lhe será vedado; mas, se ao revés, encontra-se em situação tal, que mesmo a sua atividade sendo viável, não possui meios para lidar com os credores, somente resta a via judicial.

Esta via, que possui todos os alicerces bem desenvolvidos na prática norte-americana e na legislação francesa, consagra a plena proteção à empresa, relegando a participação dos credores. Em poucas palavras, não há contrato algum. Nos EUA, inclusive, existe a figura do *cramdown*, que tem

lugar para *forçar* judicialmente os credores dissidentes a aceitarem um plano de reorganização razoável.

Na França, o atual sistema estabelecido pela legislação de 1994 se resume fundamentalmente nos meios de reorganização, quase sempre resolvidos pela cessação das participações sociais. Para apreciar o valor dos planos de reorganização, os juízes devem ter a noção econômica da atividade; os magistrados precisam verificar se os planos são *razoáveis*, e se eles podem ser cumpridos no prazo de três anos.¹² O termo "razoável" possui grande significado no Direito norte-americano, e permite maior discricionariedade ao magistrado, o que influenciou o atual Direito francês.

Toda norma que envolve aspectos societários deveria consagrar o interesse da empresa em si, considerando-a como uma verdadeira instituição social, mitigando as relações intra-societárias. Como dizem Maurice Cozian e Alain Viandier, o artigo 23 da legislação concursal francesa é um exemplo característico da exclusão judicial de um sócio ou acionista.¹³

No entender de Yves Guyon, esta situação sobre a transferência das participações sociais traz uma moralização para os processos coletivos em razão das consequências responsabilizatórias dos dirigentes pela cessação dos pagamentos, pela qual eles são, freqüentemente, os responsáveis; porém, sua eficácia econômica é duvidosa, pela possível diminuição do valor destas mesmas participações.¹⁴

Com efeito, é importante que exista esta forma de disciplinação permitindo a alteração na administração da empresa, tendo como função primordial evitar que os antigos controladores pratiquem atos prejudiciais à empresa.

Quanto à Subemenda, se os credores apresentarem impugnação, o perito desig-

nado para elaborar o laudo acerca do estado econômico do devedor, apresentará *laudo complementar* que, considerando as informações contidas no laudo anterior, analisará a possibilidade do devedor executar o plano alternativo ou da procedência das impugnações. Não *havendo consenso* entre as partes, o juiz designará audiência de conciliação, com a presença de todos os envolvidos, homologando a conciliação obtida (arts. 48 e 49).

Esta situação é equivocada, haja vista a guerra de laudos, tirados às vésperas da abertura do processo, cada qual servindo aos seus propósitos. Ainda, pretende-se uma conciliação extrajudicial, e depois, judicial, dando pouca importância à participação do magistrado para resolver sobre a melhor implementação da reorganização.

Ocorrendo a rejeição e impugnação pelos credores ou pelo Comitê, o juiz poderá conceder a recuperação, desde que esta não ocasione aos credores sacrifício *exageradamente* maior que o resultante da liquidação judicial, ou que o pagamento não desobedeça a classificação dos créditos.

Obviamente, o plano realizado pelo Comitê nunca será colocado a efeito; e se fosse, quem seria responsabilizado pela sua implementação? O que seria feito com a participação social do sócio nesta hipótese! A empresa, depois de reerguida, seria "devolvida" ao devedor, que sequer participou do plano elaborado pelo Comitê! Infelizmente, estas perguntas não mereceram tratamento pelo Legislador.

No tocante ao salvamento da empresa o Legislador brasileiro tem apenas um caminho a seguir. É o da publicização das questões concursais. Qualquer outra medida, oscilando em adotar por completo esta tendência, somente dificultará o bom funcionamento do processo concursal. Mesmo que na França os resultados econômicos não foram os melhores, se não fosse esta mudança de postura, o efeito da insolvência seria muito maior na economia deste país.

12. Anne-Marie Baudron, ob. cit., p. 216.

13. *Droit des Sociétés*, Paris, Litec, 1996, p. 169.

14. Ob. cit., pp. 222-223.

Esta perspectiva não profbe que sejam realizados acordos extrajudiciais, bem mais céleres e com menor custo. Entretanto, em casos específicos, quando somente a intervenção judicial pode diminuir as pressões dos credores, e mesmo impor a responsabilização dos administradores, não há como infirmar a supremacia da entidade produtiva.

A dissociação empresa-empresário é a junção última destes fatores, e serviria como um fator de mudança na gestão empresarial, que se mantém no cenário mundial, a custa de muita exploração e desajustes sociais, sobre os pilares de um sistema que prima pela desigualdade, fomentador dos maiores conflitos que o homem já presenciou. Somente a mudança na administração das empresas, quer em estado concursal, mas principalmente quando estão em pleno funcionamento, também mudará as condições humanas e atenderá aos dignos clamores coletivos.

2.3. *Demonstração de viabilidade da reorganização*

A Subemenda, seguindo o Direito Francês, determina que serão considerados para a concessão da reorganização: a importância social e econômica da atividade empresarial, no contexto local, regional e nacional; a mão-de-obra e tecnologia; volume do ativo e passivo; tempo de constituição e de funcionamento do negócio; faturamento anual e nível de endividamento (art. 38)

O requisito que se refere ao tempo de constituição e funcionamento da empresa deveria ser suprimido, por não existir justificação desta diferenciação, quando, p. ex., um empreendimento novo pode conter enorme soma de capitais, com grande número de empregados e tecnologia, e vice-versa. Não deve haver diferenciação quanto à idade da atividade.

Na França, a Lei de 1985 já determinava que na demonstração de viabilidade da reorganização deverão ser observadas:

a importância social e econômica da atividade empresarial no contexto regional e nacional, a situação dos trabalhadores, tecnologia e volume do passivo.

No requerimento de abertura do processo, deverão constar: a exposição das causas e razões da situação patrimonial do devedor; as demonstrações financeiras referentes ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido; o balanço patrimonial; demonstração dos lucros, prejuízos e resultados desde o último exercício social; relação nominal dos credores, com a indicação dos seus endereços, natureza, classificação e atualização do crédito, bem como sua origem e a indicação dos registros contábeis de cada transação; a relação dos empregados, seus salários e encargos devidos; o contrato social atualizado; plano de reorganização e o respectivo resumo, *com a estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento*; relação dos bens particulares dos acionistas controladores e dos administradores (art. 43).

Destes requisitos, destacam-se o balanço a ser levantado na época da abertura do processo, e a estimativa do prazo para o cumprimento do plano de reorganização.

As condicionantes para o deferimento da abertura da reorganização foram colocadas no Capítulo da Liquidação (art. 82), e deveriam ser reavaliadas. Há uma excessiva preocupação com a conduta do empresário, quando dever-se-ia atentar para a situação econômica da empresa.

A Subemenda adotou um termo que causaria debates, ao dizer que será decretada a liquidação judicial do *agente econômico*. Esta terminologia esbarra na própria Subemenda, que ora fala em "devedor", "negócio", "atividade", "intuito de lucro", e emprega "agente econômico" sem maior cuidado. Por agente econômico, nos moldes apresentados, entenda-se: sociedades comerciais, civis e pessoas físicas, com as exceções dos arts. 1º e 2º.

Desta forma, decreta-se a liquidação: quando o devedor não paga, sem relevante

razão de direito, no vencimento, dívida líquida em título executivo que alcance a soma de 5.000 UFIR; executado, não paga, deposita ou nomeia bens; procede com meios fraudulentos com o objetivo de prejudicar os credores; transfere ou tenta transferir o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se restar bens suficientes; simula a transferência do estabelecimento; favorece algum credor, outorgando garantia real; ou abandonando o estabelecimento. São todas hipóteses tradicionais.

O artigo 194 estabelece que a ação penal não pode iniciar-se antes de decretada a liquidação judicial do devedor, e se extingue quando revogada a sentença que a tiver decretado (art. 205). É um absurdo, consagrador da impunidade da elite econômica.

Deve existir uma completa diversificação destas matérias. Esta distinção proporciona que a empresa ainda viável seja melhor administrada, porque o dirigente que concorreu para esta situação de insolvência será privado das suas funções. O objetivo desta distinção, diz o Professor Fábio Konder Comparato, está em impedir que o mal procedimento de empresário acarrete a dissolução da empresa, separando, assim, a sanção pessoal punitiva e o afastamento do administrador faltoso.¹⁵

Com esta moderna tendência, a sorte de inúmeras pessoas não pode ficar sujeita aos atos lesivos praticados pelos administradores ou sócios. Assim, deve ser aplicada a respectiva punição àqueles que cometeram condutas criminosas na condução das empresas, sem contudo inviabilizar a sua reorganização. É neste cenário que surge o corolário da expropriação dos administradores e dos controladores, com a dissociação empresa-empresário.

2.4 Mecanismos de alerta sobre a crise econômica

A Subemenda não contém nenhum instrumento que permite aos órgãos sociais

responsáveis pela fiscalização da administração de exercerem e implementarem qualquer forma suficiente em denunciar a difícil situação financeira da empresa.

Conforme bem estabelece a Lei n. 6.404/76, esta fiscalização cabe ao Conselho Fiscal, em comunicar à Assembléia Geral a análise dos problemas da empresa. Entretanto, como a Assembléia é um órgão que nitidamente reflete a vontade administrativa do controlador, o controle da gestão se torna um tanto quanto inviável, salvo no que diz respeito a responsabilização que o controlador incidirá no caso de manobrar a Assembléia, desconsiderando a opinião do Conselho Fiscal, ou mesmo do conselheiro individualmente.

Ademais, como o Conselho Fiscal não tem funcionamento em muitas companhias, o controle das contas permanece incompleto, facilitando o encobrimento das condutas fraudulentas, com o aumento do comprometimento patrimonial. As auditorias não se prestam a realizar este serviço de denúncia.

Com efeito, quanto aos mecanismos de alerta e de efetivação das medidas a serem realizados para exteriorizar a situação econômica da empresa, tanto a Subemenda como a Lei n. 6.404/76 se mostram ineficazes para cumprir tal mister — a primeira, por completa ausência de disciplinação; a segunda, por conceituar a Assembléia como órgão soberano, e portanto apta em aprovar a soberania do controlador, quando mais nos conglomerados econômicos.

As atuais legislações societárias e de reorganização em vigor na França possuem instrumentos de controle suficientes em verificar como está sendo colocada a efeito a administração, permitindo que os órgãos encarregados da fiscalização denunciem, nas épocas oportunas, os problemas financeiros por eles detectados. Aqui está a importância do mecanismo de alerta, que deve ser implementado quando as dificuldades ainda não são de grande vulto, mas poderão causar futuramente a inviabilidade financeira da empresa.

15. Ob. cit., p. 122.

Na França, os comissários podem declarar o alerta sobre fatos significativos e suficientemente preocupantes, tendo em conta o contexto particular da empresa, suscetíveis de impedir a permanência da atividade em um futuro próximo, como empréstimos a curto prazo para financiar investimentos de retorno demorado, duração de greves etc.¹⁶

Seria oportuno que esta forma de manifestação do Conselho Fiscal fosse adotada pela legislação brasileira, representando um limite aos desmandos do controlador na administração. Na França, inclusive, a responsabilização dos comissários fica atenuada se eles declaram o alerta quando a situação da empresa ainda não está verdadeiramente comprometida, desde que não cometam abusos,¹⁷ o que é natural para não cercear a fiscalização.

Portanto, as funções cometidas ao Conselho Fiscal pelo artigo 163, IV-VII da Lei das Sociedades por Ações deveriam possuir um reflexo na futura legislação concursal, deferindo ao Conselho Fiscal a competência para declarar o alerta, com todos os efeitos de deste ato surjam para a companhia, e da sua responsabilização (art. 165). Outra solução, seria incluir dentro da própria lei acionária esta competência, o que poderia ter sido realizado recentemente.

2.5 Meios de reorganização

O artigo 42 da Subemenda enumera as formas de proceder a recuperação. Entre eles estão: concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas; cisão, incorporação, fusão ou cessão de quotas ou ações da sociedade; substituição total ou parcial dos administradores; aumento de capital (que não poderá causar diluição injustificada da par-

ticipação dos antigos sócios, art. 42 parágrafo único); arrendamento; celebração de acordo coletivo de trabalho, inclusive para reduzir salário, aumentar ou reduzir a jornada de trabalho; equalização dos encargos financeiros relativos a débitos bancários, aplicando-se aos contratos de crédito rural o disposto na Lei n. 9.138 de 1995; e aos demais contratos o disposto na Lei n. 8.078 de 1990, arts. 6º, V, e 51, IV e na Lei n. 1.521 de 1951, art. 4º, alíneas "a" e "b"; administração compartilhada.

Vários destes mecanismos causam espécie. O primeiro é a falta, em toda a Subemenda, da estipulação de um prazo final e fatal para o cumprimento do plano. O artigo 43 determina que do requerimento de abertura deverá constar o plano de reorganização, com a estimativa de prazo necessário para o seu cumprimento. Isto talvez tenha ocorrido com a mudança de perspectiva em relação ao anterior Substitutivo, considerando, agora, a recuperação como um "grande contrato", que obviamente fica aberto à autonomia dos contratantes. É uma posição extremada.

No referido Substitutivo, o prazo de duração do plano de reorganização era de 3 anos, podendo, em casos especiais, alcançar o limite máximo de 5 anos.

Na Subemenda, os únicos prazos que surgem são para as relações de trabalho, que deverão ser resolvidas pelo valor integral em até 1 ano, atendendo às disponibilidades financeiras do devedor. Se os recursos disponíveis não forem suficientes para a total quitação destes créditos, o juiz poderá prorrogar este prazo (art. 41). Vale ressaltar que não há um limite máximo, o que implica na pressão sobre os trabalhadores, ameaçados pelo desemprego. A outra exceção é para o crédito tributário, que deverá ser regularizado em até 120 meses (arts. 40 e 55).

O Legislador não compreendeu em sua totalidade para que serve o processo de reorganização. Se fosse o contrário, não teria colocado que a concessão de prazos e

16. Jaques Mestre e Alfred Jauffret, *Droit Commercial*, Paris, LGDJ, 1989, p. 519.

17. Georges Ripert e René Roblot, *ob. cit.*, pp. 722-723.

condições especiais de pagamento se referem às *obrigações vencidas*. Cabe perguntar, como ficam as obrigações vencidas!? Há, nitidamente, uma reminiscência da concordata prevista no Decreto-lei n. 7.661/45. Esta perspectiva deve ser rompida, e o plano de reorganização deve conter novas formas de pagamento para todas as obrigações, sem o que dificilmente a empresa conseguirá ser reorganizada economicamente.

Os meios tradicionais de reorganização e a cessão das participações sociais são temas em debate nos dias atuais, principalmente pelas alterações colocadas pela Lei n. 9.457 de 1997.

Como a empresa se tornou um verdadeiro ente social, a tendência que observaria a melhor doutrina seria a redução das hipóteses ensejadoras de recesso, possibilitando que a sociedade não se descapitalize, ou no caso concursal, que não ocorra um aumento significativo dos valores a serem colocados pelas empresas que assumiriam o controle. Tudo isto se impõe nos países com elevada dispersão acionária, o que não ocorre no Brasil. Todavia, a insolvência, e os seus reflexos, merecem um tratamento consentâneo com a magnitude do problema, e as formas reorganizatórias talvez sejam um dos únicos meios de evitar o desaparecimento da entidade produtiva. No Brasil, o que causou grande perplexidade foi a indecente participação de fundos públicos na promoção de fusões no setor financeiro, e o privilégio concedido aos seus inescrupulosos controladores, que adoram se esconder atrás do Estado, quando lhes é vantajoso.

A substituição dos administradores é uma medida que pode ser realizada a qualquer momento, e no processo concursal torna-se a regra. Isso ocorre porque, muitas vezes, são os administradores os responsáveis pela situação financeira da empresa, e a sua substituição torna mais flexível a futura administração. Obviamente, o correto seria a substituição do controlador, mas a Subemenda é muito tradicional no que diz respeito a tendência de privá-lo judicial-

mente de suas funções e prerrogativas, merecendo reparos.

A equalização das dívidas bancárias possui complexo significado jurídico. Deve se entender como a operação em tornar justo aquilo que foi combinado, pacto este que tivera a sobreposição excessiva da vontade de uma das partes.

O artigo 6º, V do Código de Defesa do Consumidor, determina que são direitos fundamentais do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. O artigo 51, IV, considera nula as cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Por motivo de política legislativa, estas referências não precisariam ser feitas pela Subemenda, juntamente com as Leis n. 1.521/51 e n. 9.138/35, porque devem ser dirigidas ao Poder Judiciário. Parece que o Legislador temendo a aplicação da Lei, "explica" ao magistrado como fazê-la. Deveria ser suprimida esta medida impositiva, a menos que não se confie em nossos tribunais, demais formalistas.

2.6 Interferência judicial

Um dos princípios do processo é a sua celeridade. Para isto, uma lei concursal deverá conter dispositivos que não impeçam a tomada de decisões dentro da companhia em reorganização, evitando os tradicionais excessos do processualismo brasileiro.

A Subemenda não atende ao reclamo da doutrina, mantendo a estrutura processual da atual Lei de Falências. Permite uma série de interposição de recursos, que tumultuam o bom funcionamento da empresa, e, por conseguinte, retiram eficácia das decisões administrativas. Copila, em muitos casos, a atual legislação falimentar.

O grande equívoco está em que o Projeto não tomou partida em prol da reorganização. Fica titubiando entre o salvamento da empresa e a sua liquidação. É evidente que no moderno Direito Concursal há somente duas vias de solução. Deferida a reorganização, nada adianta permitir excesso de recursos sobre a decisão do magistrado, o qual está atuando perto dos fatos, levando a questão aos frios tribunais superiores.

É a situação econômica da empresa que merece atenção. A sua administração ordinária deve continuar, seja com o devedor, seja com o administrador judicial. Para os atos de natureza complexa, como empréstimos, deve anteriormente ser demonstrada a sua viabilidade, o que somente a qualidade da empresa dentro do mercado e o plano de reorganização podem comprovar. Permanecer naquelas velhas perleugas processuais, em nada resolve para os verdadeiros envolvidos na empresa, vale dizer, credores, empregados e a coletividade.

Ao lado das indispensáveis alterações legislativas, também deveria haver uma reformulação da estrutura do Poder Judiciário. Claro é que isto não é uma exclusividade da matéria concursal. As varas especializadas, o aumento do número de juízes, e sua melhoria qualitativa, são importantes formas para o seu desenvolvimento como instituição.

O que não pode ser feito é a solução encontrada pela Argentina, que através da sua recente Lei de Falências (Lei n. 24.522/95) suprimiu, em grande parte, a atuação do magistrado na condução dos processos concursais. Isto nasceu em virtude do seu governo excessivamente liberal. Com a referida Lei, o devedor fica entregue à sorte dos credores, voltando à antiga noção privatística e contratual da concordata existente no começo do século. O juiz, como afirmam os redatores da Lei n. 24.522/95, é um mero espectador, que deve homologar aquilo que credor e devedor "pactuarem" dentro do concordata. É uma legislação que protege credores específicos, como

os bancos, com a ausência de preceitos sobre o plano de reorganização. Osvaldo Maffia, autor argentino, afirmou com veemência que o atual processo concursal previsto na Lei de Falências é mais que privatístico, é talvez clandestino.

A Subemenda se inclina para esta tendência. Assim o faz não pela falta de preceitos sobre a condução do processo, ou seja, sobre o juiz, Comitê e administrador judicial, mas por colocar normas de difícil observação prática, muito semelhante com o atual sistema da concordata preventiva.

Neste cenário, várias normas encartadas na Subemenda deveriam ser alteradas, estabelecendo poderes mais determinantes *no aumento da interferência do juiz sobre a conclusão das propostas de reerguimento*. O juiz não deve ser considerado como um administrador. Por outro lado, ele deve ter o conhecimento da situação da empresa, o que somente ocorrerá dentro do próprio processo, munido das informações necessárias. Estabelecer figuras descabidas, como o Comitê, apenas dificultam a reorganização, e servem para que alguns retirem proveito da situação.

2.7 Comitê de administração

Em nada adianta estabelecer dentro da Subemenda a figura do Comitê. É um órgão desnecessário. O que realmente deveria existir era a participação dos órgãos sociais, principalmente o Conselho Fiscal, e órgãos semelhantes aos existentes no Direito Francês e Alemão que exercem o controle e a vigilância da administração. Portanto, caberia à legislação acionária adotar este sistema, que teria funcionamento na gestão normal da empresa, como dentro dos processos reorganizatórios.

O artigo 59, da Subemenda, determina que os credores que pertençam obrigatoriamente a três classes distintas e que detenham em conjunto no mínimo 30% do passivo, poderão requerer a realização de assembléia que deliberará sobre a instalação do Comitê.

Na decisão que autorizar a convocação da assembléia de credores para a criação do Comitê, o juiz definirá a pauta desta assembléia. É necessária a aprovação de credores que representem, no mínimo, metade do valor dos créditos declarados pelo devedor, para a criação do Comitê. As deliberações da assembléia de credores são realizadas por votos que representem mais de 50% do valor dos créditos presentes em cada assembléia, e a deliberação dos empregados, que deve observar o voto da maioria dos presentes (arts. 62-63; 67, § 3º).

O Comitê é composto de três membros, com representantes indicados pelos empregados, pelos credores com privilégio, e outro pelos credores quirografários. Caberá aos integrantes do Comitê indicar aquele que dentre eles o presidirá (art. 64). Esta disciplinação deve ser alterada.

Os membros do Comitê e o administrador judicial assumem suas funções mediante compromisso nos autos do processo, e exercerão a fiscalização da administração sempre sob a superintendência judicial. Com a instituição do Comitê, o administrador é dispensado das suas funções.

O devedor, o representante de Ministério Público ou qualquer interessado podem requerer a dissolução do Comitê, ou a destituição de qualquer dos seus membros, por omissão, negligência ou prática de ato prejudicial à administração da companhia. A Subemenda permite que, no caso de destituição do devedor que praticar atos contrários à administração e à reorganização, o juiz poderá decretar a prisão administrativa do devedor, por até sessenta dias. Tal medida em nada favorece a reorganização, e contraria preceitos constitucionais. Deve ser suprimida da Subemenda.

Assim como disciplinado, o Comitê terá poucas possibilidades de ser um órgão realmente fiscalizador. Sua composição é altamente conflituosa. São colocados, sem maior atenção, dentro do Comitê, tanto representantes dos credores, devedor e empregados, almejando-se que exista um bom

funcionamento decisório a respeito da reorganização.

Novamente, presenciamos um discurso retórico do legislador, sem qualquer preocupação com o resultado. É demagogia legislativa convidar os trabalhadores para integrarem este Comitê, quando os mesmos trabalhadores são "proibidos" de atuarem na gestão da empresa quando está em boas condições econômicas. Assim, os empregados não possuem voz dentro do Conselho Fiscal, nas Assembléias e nos Conselhos de Administração. Ficam despidos de quaisquer "convite", e o único a imperar é o controlador.

Ora, quando a empresa está próxima da ruína total, o legislador, com um toque de remórcio, os convida para "fiscalizar" a administração. É de perguntar por que a Lei n. 6.404/76 não consagra a participação de todos os envolvidos na atividade empresarial para fiscalizarem a gestão? Ela, por sua vez, entrega todo o poder ao controlador, e torce, efetivamente (art. 116), para que este cumpra aquilo que ela mesma lhe determinou.

Nos termos da Subemenda, compete ao Comitê: elaborar laudo técnico, com auxílio de auditoria, apresentando um diagnóstico da situação econômico-financeira do devedor, analisando os aspectos de natureza contábil e negocial; fiscalizar a administração do devedor; verificar irregularidades; fiscalizar a execução do plano de recuperação; e elaborar um plano de recuperação alternativo, mediante estudo fundamentado que *comprove a inviabilidade econômica do plano de recuperação apresentado pelo devedor*.

Note que já seria estranho o Comitê apresentar um laudo favorável sobre o plano do devedor; mas determinar que o Comitê apresente um outro plano que "comprove a inviabilidade econômico e financeira do plano de recuperação apresentado pelo devedor" é muito mais estranho ainda. Ou seja, serão despendidos enormes gastos com auditorias, e por conseguinte

para os envolvidos, para que estes falem que a empresa é inviável...

2.8 Administrador judicial

Não havendo a constituição do Comitê, a fiscalização da gestão será exercida pelo administrador judicial, nomeado na abertura do processo e, na hipótese de afastamento do devedor, exercerá a própria administração da empresa em reorganização, sempre sob a fiscalização do juiz.¹⁸

Cabe ao administrador judicial realizar todas as funções cometidas ao Comitê. Sua remuneração será fixada pelo juiz, *não podendo exceder a 2% do valor pago aos credores*. É muito alto este valor, que em determinadas reorganizações alcançará quantias vultosíssimas. Deve ser fixado um valor desconectado do percentual da dívida paga.

Cumpra ao devedor efetuar este pagamento ao administrador judicial, bem como das despesas referentes às pessoas contratadas para assessorar a sua atuação (art. 73). Aqui fica bem demonstrada a inviabilidade da figura do administrador judicial elaborada nos moldes da Subemenda, tratando-o como um paladino apto a resolver tudo que envolva a reorganização. É um erro conceber o administrador judicial como um auxiliar do devedor. Na verdade, o administrador deve ser quem analisará a situação do devedor, devendo ser uma pessoa completamente alheia, e sem qualquer relação com o devedor. Entre estas relações, encontra-se a econômica. O melhor sistema é que a remuneração seja paga com os recursos em caixa, sem a interferência do

devedor, e em épocas determinadas na abertura da reorganização.

O artigo 44 da Subemenda determina que o juiz, na abertura do processo de reorganização, deverá nomear o administrador judicial. Na hipótese do artigo 52, o administrador assumirá a administração, sem o devedor.

Entretanto, a Subemenda nada estabelece sobre o que seria feito com as participações sociais, se seriam alienadas, ou, ao contrário, vedaria esta alienação a terceiros. Ela também é omissa no que diz respeito ao controle externo.

A Subemenda cometeu o sério erro de entregar a sorte da reorganização ao Comitê, conferindo uma série de poderes que não poderão ser cumpridos, em virtude de que demandam conhecimentos técnicos e de natureza financeira. Ela tenta remediar esta situação permitindo que o Comitê contrate auditorias para assessorá-lo, o que será oneroso.

Assim agiu o legislador porque confundiu a figura do administrador judicial, invertendo-a com o Comitê.

No caso de afastamento de devedor, percebe-se o extremo do legislador, que determina competir ao Comitê a indicação do administrador judicial que exercerá o poder dentro da sociedade (art. 52, § 3º).

Ao lado do administrador, também poderá atuar um perito, a ser designado pelo juiz. Assim, todo aquele que for interessado na elaboração de laudo pericial e na avaliação dos bens do devedor, apresentará sua proposta contendo: a qualificação profissional e experiência; a metodologia a ser empregada na elaboração dos laudos; a proposta dos honorários e a sua forma de pagamento (art. 45).

O juiz escolherá os profissionais para a elaboração do laudo pericial sobre a situação econômica e financeira do devedor, e para a avaliação dos bens do devedor. Este deverá entregar o seu laudo em até sessenta dias. O Comitê, o devedor ou qualquer credor poderá indicar assistente técnico

18. "Ainsi, les actes les plus importants sont soumis à l'autorisation du juge-commissaire (natissement de fonds de commerce, constitution d'hypothèques sur les immeubles sociaux...). Quant à l'administrateur, ses pouvoirs sont modelés, sur mesure, par le tribunal: tantôt l'administrateur surveille seulement la gestion, tantôt il assure seul la direction de la société, les dirigeants étant mis sur la touche". Maurice Cozian e Alain Viandier, ob. cit., p. 169.

para acompanhar a perícia, suportando as suas custas.

O perito designado para elaborar a análise econômica do devedor possui o prazo de noventa dias para apresentar o seu laudo. O referido laudo deve determinar: o estado "econômico, financeiro, administrativo, técnico, tecnológico, operacional e mercadológico, em especial da qualificação da força de trabalho, métodos de produção, localização, planta física, logística, capacidade e grau de endividamento" (art. 47, I). A feitura deste laudo ficará muito onerosa para o processo, já desgastado economicamente.

Nos termos do citado artigo 47, o laudo ainda terá que estabelecer: o fluxo de caixa e a rentabilidade prevista;¹⁹ a perspectiva para o setor econômico em que se insere o devedor; o posicionamento da empresa dentro do segmento que explora; a origem e gravidade das dificuldades financeiras; as razões que justificam a aprovação ou não do plano de reorganização.

É preciso lembrar que é de competência do Comitê elaborar plano de reorganização alternativo ao do devedor. Se isto ocorrer, o perito, diante deste plano, deverá elaborar "laudo complementar", analisando as possibilidades que o devedor possui para cumpri-lo, como todos os efeitos sobre a situação financeira e econômica. Se não houver consenso entre devedor, administrador ou Comitê, o juiz designará audiência de "conciliação". Obtida a conciliação, o juiz a homologa, com as alterações acordadas.

19. Este método, muito em voga na atualidade, pode ser empregado para fixar o "valor" da companhia, e não apenas para determinar o seu estado financeiro para fins de reorganização. Assim, uma companhia deficitária hoje, pode ter uma perspectiva de rentabilidade ótima, que a torna especialmente atrativa, e com alto valor no caso de alienação. O importante para a reorganização é a auditoria sobre o balanço, que descobrirá todas as possíveis irregularidades, nível do passivo e a viabilidade do reerguimento. O legislador, parece, colocou esta exigência para "preparar a venda da empresa".

Com todo respeito, é uma solução completamente esdrúxula. Diante desta situação, existirá uma enorme disputa de "laudos", sem qualquer relevância objetiva. Esta audiência de conciliação tem tudo para não dar em nada, e pior, no caso de falta de consenso, a Subemenda remete ao artigo 50, § 2º, incisos I e II, que estabelece condicionantes inexpressivas para determinar a viabilidade da empresa. Então, elaboram-se vários planos, gastam-se enormes quantias, para, no caso de conflito, apenas verificar se o plano de recuperação não impõe aos credores sacrifício maior do que o resultante da liquidação, ou inverte a preferência no pagamento (artigo 50, § 2º).

Tudo isto deveria ser reanalisado, mediante um sistema mais ágil, que atendesse a preservação da empresa, não possibilitando que os credores interferiram sobre o plano apresentado, quer diretamente, quer indiretamente pelo Comitê.

Um ajuste poderia ser feito: se o plano apresentado pelo devedor for inviável, deve ser deferido o do administrador judicial. Se o devedor não cumpri-lo, será afastado, mas não será responsabilizado pela nova administração. Caberá ao juiz verificar a seriedade do plano. A cessão das participações sociais, por decisão judicial, funcionaria com um contrapeso, incidindo sobre o devedor. A alteração dos administradores também pode ser uma solução razoável.

2.9 Responsabilização dos administradores e controladores

A Subemenda é conservadora sobre a responsabilização dos administradores e controladores por atos realizados na gestão. O maior incremento responsabilizatório deveria ser a expropriação dos poderes e prerrogativas, mas isto não mereceu a devida atenção do legislador, ficando sem uma sistematização completa.

Quando a Constituição Federal de 1988 faz uma declaração em proteção à li-

vre iniciativa,²⁰ com a propriedade alçada em nível de *status* quase sagrado, erigindo um discurso retórico da função social, que na verdade é fomentador do individualismo contratual, relega toda sorte da população a uma atividade empresarial volvida, em muitos casos, à exploração do consumidor, com preços predeterminados pelos monopólios públicos ou privados sem uma maior preocupação com todos os setores que envolvem a empresa.

O atual Governo Federal assiste a tudo isto impassível, e parece que ainda promove a desigualdade com uma retórica social, mas com uma prática desumana, a serviço das pretensões bem definidas dos conglomerados econômicos internacionais e nacionais. Obviamente, toda esta situação repercute na elaboração dos textos legislativos, e a Subemenda não contrariou tal tendência. Desta feita, a responsabilização dos administradores e controladores, que deveria ser o ponto de partida da reforma, continua aquela da legislação societária, consequência maior de um controle sobre a gestão realizado em momento inadequado, suscetível de manobras financeiras e desvio de recursos.

3. PRESUNÇÃO FAVORÁVEL AO DEVEDOR PARA A ABERTURA DO PROCESSO

A Subemenda deveria ter consagrado com maior ênfase esta presunção, tão importante para os fins da reorganização.

O Professor Fábio Konder Comparato, com precisão, já questionava se o magistrado terá, na fase inicial do processo, condições de avaliar a real situação econômica da empresa e suas possibilidades de reerguimento! O mesmo Professor, de tantas lições, responde que tem-se a impressão que os Tribunais tenderão para a concessão da abertura da reorganização como princípio, deixando para convertê-la em liquidação

somente quando forem produzidas provas inequívocas de inviabilidade.²¹

Como a Subemenda seguiu aquela confusa técnica da elaboração de laudos, o processo seria o seguinte: o devedor requer a abertura do processo, após, o juiz a concede, e manda citar os credores para impugnar o plano. Suspendem-se as execuções e ações contra o devedor. Abre prazo para os peritos avaliarem e realizarem a auditoria da empresa, e verificar a situação econômica. Se houver impugnação, abre-se prazo para o devedor se manifestar. Audiência de Conciliação. Se não estiverem presentes as condicionantes mencionadas no artigo 50, o juiz concederá a recuperação. Cabe apelação (art. 103).

A única salvação do devedor está no artigo 44, quando o juiz deverá decretar a suspensão das execuções e ações com o simples recebimento do pedido de processamento da recuperação. Será deste prazo, até a possível Audiência de Conciliação, que ocorreram os embates entre credores, devedor e Comitê. Então, o que o devedor precisa fazer é apresentar um plano que tenha, no mínimo, a observância ao artigo 50 § 2º, incisos I e II, porque neste caso o juiz estará obrigado a conceder a reorganização, com todos os efeitos, somente podendo ser revogada nos expressos casos do artigo 75. Estes casos são: demonstrar, no curso do processo, a inviabilidade econômica e financeira do devedor, pelo administrador judicial ou Comitê; ocorrer prejuízos continuados, com a redução do ativo e aumento do passivo; o devedor não demonstrar condições para cumprir o plano, e de suas eventuais modificações não tiver cumprido com qualquer etapa do plano. O juiz deve estar convencido destes acontecimentos.

É de ressaltar o caso das "eventuais modificações". Quais modificações seriam! O plano não é nada mais que uma proposta que foi considerada razoável. Porém, se os credores, posteriormente, quiserem confe-

20. Se é verdade que esta liberdade ainda exista, ou se existiu algum dia.

21. Ob. cit., p. 116.

rir prorrogações ou reduções dos créditos, sem nenhuma vantagem que altere a hierarquia de pagamento (p. ex. concessão de uma hipoteca), eles estão autorizados, e ninguém poderá impedir.

Desta feita, nos termos da Subemenda, para que seja concedida a reorganização, o devedor não pode estar em uma condição econômica deplorável, ou deixar de atender ao artigo 50.

4. PRAZO DO PLANO DE REORGANIZAÇÃO

Não há preceito estabelecendo prazo final para o prazo da reorganização. Somente cabe ao devedor, no plano de reorganização, apresentar uma *estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento* (art. 43, VII).

Dentro da Subemenda pode ser notada uma diversificação quanto aos prazos de pagamento. Para os credores comerciais, fica aberta a negociação. No que diz respeito aos créditos trabalhistas e tributários, houve uma outra forma de solução.

Assim, os créditos trabalhistas deverão ser pagos, integralmente, dentro de 1 ano. Mas, se os recursos disponíveis não forem suficientes para total quitação destes créditos, o juiz poderá *prorrogar o prazo de 1 ano, mantida a preferência em relação aos demais credores* (art. 41).

Para os créditos tributários, o pagamento pode ser efetuado em até 120 meses.

Como a Subemenda tomou partida da noção contratual do processo de reorganização — contrariando a melhor doutrina — a consequência seria mesmo que ficasse em aberto o prazo sobre o qual devedor e credores pactuariam o acordo da reorganização.

Esta posição não pode imperar. O Substitutivo, sobre o qual foi apresentada a presente Subemenda, estabelecia o prazo de 3 anos para o cumprimento do plano,

prorrogáveis, em casos especiais, por mais 2 anos.

Contudo, modificando esta disciplinação, a Subemenda estabelece prazo somente para o procedimento especial de recuperação e liquidação de micros e pequenas empresas. Nesta hipótese, o devedor formulará o plano de reorganização, que deve ser cumprido em até 2 anos, prorrogáveis por igual período (art. 181, § 1º).

O referido procedimento especial é uma concordata, pouco melhor detalhada. Existe disciplinação sobre os créditos trabalhistas, determinando que os mesmos não podem comprometer mais do que 40% do ativo circulante da empresa, e o saldo remanescente integra o plano (art. 181, § 2º).

Os prazos e as formas de pagamento do débitos existentes para as micros e pequenas empresas, são os seguintes:

- a) à vista, com desconto de 20%, em relação a todas as classes de credores;
- b) em 12 meses, com desconto de 10%;
- c) em 24 meses, sem qualquer desconto sobre o valor original.

Homologado o plano, ou seja, quem resolve são os credores, o devedor terá o prazo de 2 anos, prorrogáveis, para viabilizar sua atividade, *sem que possa aumentar gastos ou despesas e contratar empregados, exceto com a concordância do juiz e dos credores* (art. 184). Isto deveria ser revisto, ficando estes atos sujeitos apenas às condições de sua própria viabilidade econômica.

De toda esta sistematização, parece que o legislador aderiu a uma perspectiva que redundaria em inúmeros problemas de ordem prática. Todos sabem que os credores, principalmente os grandes, se cercam de várias garantias, e não só garantias, mas de mecanismos jurídicos que os isentam de concorrer no processo falimentar. Isto facilita a sua pressão, que impedirá a realização do "acordo". Outros, por muitas vezes, querem mesmo a falência da empresa, até

para tomarem o seu lugar. Nos dias atuais, com as rápidas técnicas de distribuição dos produtos, uma empresa declarada falida pode ser suplantada em poucas horas pelas concorrentes, mas isto não inibe os efeitos que o seu desaparecimento causa sobre a coletividade, como o desemprego.

Na verdade a discussão do prazo do plano é apenas o pano de fundo, porque o grande diferencial está em que o juiz deveria ter não uma atuação homologatória, mas, ao revés, lhe caberia uma função de imposição discricionária, fazendo cumprir o plano razoável sobre os credores dissidentes. A existência expressa de prazo serviria como uma proteção ao devedor, que proporia o pagamento, já desenvolvido em condições temporais determinadas.

5. CRÉDITO TRABALHISTA

O credor trabalhista possui uma situação complexa dentro do plano. A natureza alimentar de seu crédito o diversifica dos demais. A Subemenda permite uma flexibilização na sua forma de pagamento, tanto que é considerado um dos meios de reorganização (art. 42, VI).

Nos termos do artigo 41, os créditos trabalhistas devem ser pagos em até 1 ano. Se não houver recursos, poderão ser prorrogados, conforme o plano estabelecer a este respeito, ou através de negociação entre trabalhadores e devedor.

O importante a notar é que o crédito trabalhista integra o plano, mudando completamente a sistemática atual. As formas de parcelamento, quantias e todos os demais encargos envolvidos na relação de trabalho fazem parte do plano geral de reorganização. É uma medida acertada, mas merece análise cuidadosa, em cada caso.

6. CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Há alteração sobre a forma de pagamento do crédito tributário. Todavia, sua classificação continua a mesma.

A Subemenda foi expressa, quando estabelece que estão sujeitos aos efeitos da reorganização todos os credores anteriores ao pedido, inclusive a Fazenda Pública, seja qual for a natureza do crédito (art. 40).

Os créditos fiscais poderão ser objeto de parcelamento, mesmo que não oferecida garantia, sempre que o juiz deferir a abertura da reorganização. Este parcelamento alcança o prazo de até 120 meses, com incidência de correção monetária e juros, mas sem a cobrança de multa. Desta forma, o devedor poderá oferecer, dentro do seu plano, novas formas de pagamento. A Subemenda consagra uma tendência atual, que deve ser mantida.

7. FUNDAMENTO DA LIQUIDAÇÃO

Este é um ponto importante, e cumpre fazer rápido comentário. A Subemenda manteve, no seu artigo 82, os mesmos requisitos existentes no Decreto-lei n. 7.661/45 para a decretação da falência. Conforme este texto, será decretada a liquidação judicial do *agente econômico*, quando: a) sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, dívida líquida constante de título executivo que alcance a soma correspondente a 5.000 UFIR; b) executado, não paga, deposita ou nomeia bens à penhora; c) atua com fraude, simulação, através de atos ruinosos e prejudiciais aos credores, todos expressamente previstos.

Deveria ser suprimido o termo "agente econômico", substituindo-o pela frase "Será decretada a liquidação judicial do devedor". Todos sabem que a Subemenda somente seria aplicada às entidades previstas nos artigos 1º e 2º.

Os itens "a" e "b", acima mencionados, demandam interpretação sistemática. No primeiro caso, o devedor, no prazo da contestação, poderá pleitear a reorganização judicial, com todo os efeitos (arts. 83 e 84, V). Feito isto, o que o juiz deve fazer? Ele deve observar todo o procedimento existente quando o devedor requer a aber-

tura do processo, ou seja, nomear perito, administrador judicial, Comitê etc. Por sua vez, cabe ao devedor, dentro da contestação, apresentar o plano. Depois, decide-se em Audiência. Desta feita, apenas há uma alteração quanto ao momento processual de pedir a abertura, ou seja, em petição inicial ou em contestação. O juiz não pode, sem todo este procedimento, decretar a liquidação, porque contrariaria o objetivo da reforma.

É óbvio que o devedor mais atento deveria, logo que percebe a existência da crise econômica, demandar a abertura da reorganização. Se ele tem receio de agir, os resultados poderão ser drásticos principalmente com o aumento do comprometimento patrimonial. Por outro lado, o que é regra, o devedor deixará para requerer a reorganização somente em contestação, prolongando, um pouco mais, a sua permanência.

São notórios os efeitos jurídicos e financeiros do pedido de reorganização. Mas esta posição deve ser alterada, e o processo de reorganização não deve ter aquele sentido punitivo, ou vexatório, comum outrora. A premissa é a seguinte: o prolongamento temporal do pedido de reorganização apenas retira possibilidades de seu êxito.

Mesmo no segundo caso, ou seja, quando em execução o devedor não paga, deposita, ou nomeia bens à penhora, há medidas tradicionais para evitar a decretação da liquidação.

De tudo isto, deve ficar claro que mesmo diante de um procedimento essencialmente inconveniente, fica impedida a decretação da liquidação sem cumprir tudo aquilo que a Subemenda estabelece. O credor, em hipótese alguma, pode conseguir a liquidação, sem que se permita ao devedor comprovar ou não a *inviabilidade econômica da atividade*. Aqui ressurgiu aquela presunção favorável ao devedor, que determina a abertura da reorganização, para dentro dela detectar a sua seriedade, com o menor dispêndio para os credores.

As hipóteses previstas no artigo 82, I e II da Subemenda são apenas formas de exteriorização da situação econômica, situação esta que pode ser revertida com o processo. É importante notar que se o devedor estiver em dificuldade econômica sem ocorrer a impontualidade, também poderá se servir das providências do processo de reorganização. Com isto, há uma ruptura entre o conceito de impontualidade e a de crise econômica de natureza eventual e superável (art. 37). Na verdade, os processos concursais devem ser aplicados quando o comprometimento patrimonial é restrito, sem grandes repercussões para a atividade da empresa. Medidas tardias, ou de natureza suspensiva, em nada resolvem para evitar o desaparecimento da entidade produtiva.

CONCLUSÃO

Inúmeros outros aspectos da Subemenda merecem atenção, principalmente sobre os contratos para construção de bem imóvel (art. 122), hierarquia creditória e verificação dos créditos. A Subemenda traz pouquíssimos pontos novos, e volta a noção contratual do concurso. Merece, portanto, ser reformulada.

A sugestão que pode ser feita é alterar os dispositivos que permitem excessiva interferência dos credores, como o Comitê, passando o administrador a atuar diretamente com o juiz, lhe conferindo todas as informações financeiras necessárias. Assim agindo, evitaria a participação dos peritos nomeados, que iriam onerar ainda mais a reorganização. O Legislador deve tomar posição sobre qual fórmula adotará no que diz respeito ao afastamento do devedor, determinando, com precisão, o que será feito com as participações sociais, e a responsabilização daqueles que gerirem a sociedade neste caso.

É imprescindível que o Legislador estabeleça entre as obrigações funcionais do Conselho Fiscal a de declarar o alerta so-

bre a situação financeira da sociedade. O melhor lugar para esta estipulação é na lei das sociedades por ações, mas dever-se-ia aproveitar o ensejo, e discipliná-lo mesmo na lei concursal. Aspectos de política legislativa também devem ser revistos, principalmente na distribuição das matérias encartadas no texto da Subemenda apresentado. Deve haver redução não apenas na quantidade de recursos, mas nos casos que os possibilitam, como a excessiva interferência do Comitê e do Ministério Público, que não devem interferir sobre a parte econômica do plano.

Os meios de reorganização presentes na Subemenda repercutem sobre relevantes problemas societários, quando mais nos casos de cisão, fusão e incorporação, reflexos sobre o recesso, valor das participações sociais e sua alienação, poder de controle, e de origem tributária.

Ponto que não pode ser olvidado é a situação econômica do país. É um erro acreditar que uma nova legislação seria suficiente para remediar todos os males da insolvência, quando, ao mesmo tempo, estas empresas estão inseridas dentro de um sistema com política econômica profundamente mal trabalhada pelos agentes políticos. A reforma é também de natureza estrutural.

Enfim, a construção de uma nova sistemática jurídica no âmbito concursal requer um crescimento gradual das suas formas de aplicação e interpretação. A atual

sociedade capitalista e industrial, profundamente diversa daquela existente nos anos 40, requer um aparato legislativo e jurisprudencial compatível com os seus elementos estruturais, dando guarida às novas formas sociais, bem como a sua melhor disciplinação. O debate se impõe sobre estas questões, ademais em determinar os caminhos a serem seguidos para o desenvolvimento dos institutos concursais.

Bibliografia

ABRÃO, Nelson. *O novo Direito Falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*, São Paulo, Ed. RT, 1985.

BAUDRON, Anne-Marie. *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, Paris, LGDJ, 1972.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*, São Paulo, Atlas, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*, São Paulo, Ed. RT, 1970.

COZIAN, Maurice e VIANDIER, Alain. *Droit des Sociétés*, Paris, Litec, 1996.

GUYON, Yves. *Droit des Affaires*, Paris, Economica, 1992, t. 2.

HOUIN, Roger. *Idées nouvelles dans le Droit de Faillite*, Bruxelles, 1969.

MAGGIORE, Giuseppe R. *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1994.

MESTRE, Jaques e JAUFFRET, Alfred. *Droit Commercial*, Paris, LGDJ, 1989.

RIPERT, Georges e ROBLOT René. *Traité de Droit Commercial*, Paris, LGDJ, 1988.