

ASPECTOS HISTÓRICOS DOS INSTITUTOS JURÍDICOS PARA SOLUÇÃO DA CRISE EMPRESARIAL

HISTORICAL ASPECTS OF THE LEGAL INSTITUTIONS THAT WERE CONCEIVED TO ADDRESS THE BUSINESS CRISIS

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Professor Adjunto de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Advogado no Rio de Janeiro.

Carlos Martins Neto

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Advogado no Rio de Janeiro.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo discorrer a respeito da evolução histórica dos institutos jurídicos criados para solução da crise empresarial, para que sejam apresentadas as bases de sua origem e desenvolvimento no direito brasileiro. Para tanto, analisam-se brevemente os institutos existentes na Roma antiga (que visavam ao saneamento financeiro do devedor), em algumas Cidades-Estado italianas durante a Idade Média (que já endereçavam o conceito de execução coletiva do comerciante devedor) e em dois momentos históricos da França moderna (Ordenança de 1673 e Código Comercial de 1807). Na sequência, passa-se a estudar a disciplina da crise empresarial no Brasil, desde o período da dominação portuguesa até os dias atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Falência. Recuperação Judicial. Direito Empresarial.

ABSTRACT: The aim of this paper is to examine the historical evolution of the legal institutions that were conceived to address the business crisis, with special focus on to the Brazilian law. For this purpose, this paper will briefly analyze the existing institutions in Ancient Rome (targeted towards restructuring distressed debts) as well as in a few Italian city-states during the Middle Ages (which already contemplated over the concept of collective execution of the merchant debtor). Then, two historical moments in modern France will be examined (the Commercial Ordinance in 1673 and the Commercial Code of 1807). Finally,

this paper will present the legal discipline of the business crisis in Brazil, since Portugal's ruling until present day.

KEY WORDS: Bankruptcy. Corporate Reorganization. Business Law.

INTRODUÇÃO

O escopo deste trabalho é traçar um panorama histórico do desenvolvimento das institutos jurídicos aplicáveis em situação de crise do empresário, de forma a contribuir para uma melhor compreensão do direito falimentar e recuperacional atual. Acredita-se que, ao se resgatar as origens e analisar as etapas evolutivas de tais institutos, colabora-se para a atividade interpretativa da norma vigente.

Esclareça-se que o estudo do atual perfil do direito falimentar e recuperacional impõe a desconsideração do exame mais aprofundado do passado remoto acerca da disciplina jurídica da crise vivenciada pelo empresário, porquanto, sem dúvida, os institutos praticados na Antiguidade foram desinfluentes para o desenvolvimento da matéria.

Com efeito, inexistiu na Antiguidade qualquer instituto jurídico que disciplinasse a execução coletiva ou que promovesse o saneamento financeiro do devedor. Embora não se possa falar em gênese do direito falimentar, a doutrina clássica remete à Roma os rudimentos do que seriam os primeiros embriões de soluções para o insucesso no exercício da atividade econômica, porquanto no âmbito daquele sistema jurídico as obrigações inicialmente representavam um vínculo pessoal, servindo o próprio devedor como garantia a seus credores e, com o passar do tempo, foram ganhando um caráter patrimonial¹. Não obstante, naquele período ainda não havia diferenciação entre o comerciante e o não comerciante, motivo pelo qual não se pode estabelecer uma relação direta com os institutos falimentares propriamente ditos.

Os estatutos das cidades italianas na Idade Média (Veneza, Milão, Gênova e Florença) são indicados, portanto, como o ponto de partida da falência.

Para o adequado entendimento do atual regime jurídico da falência e da recuperação judicial, é válido relatar a experiência resultante da aplicação das boas e das más soluções nos

¹ Sobre esse particular, v. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965, pp. 5-19; MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. V, Tomo I. Campinas: Russell, 2005, pp. 19-23; FARIA, Sebastião Soares de. *Da concordata preventiva da fallencia*. São Paulo: Saraiva, 1932, pp. 9-10; LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, pp. 38-41.

diferentes períodos da evolução humana. Daí a razão pela qual uma análise histórica consistente leva à investigação comparativa entre a estrutura e função do processo falimentar e das concordatas (na atualidade, recuperação judicial), à luz da lei, da jurisprudência e das diferentes influências sociais, econômicas e científicas dos mais variados períodos históricos.

Uma ressalva introdutória merece ser feita: tanto o conceito de empresa, quanto o de recuperação judicial da empresa, são relativamente recentes e decorrentes das insuficiências das teorias e regimes jurídicos que lhes antecederam (respectivamente, Teoria do Ato de Comércio e a concordata suspensiva ou preventiva do concurso falimentar).

Evidentemente, não se cogitava da noção de empresa no período medieval e em sua transição para Idade Moderna. Portanto, quando no presente trabalho faz-se referência à história do tratamento jurídico da crise “empresarial”, quer-se dizer do “profissional que exerce atividade economicamente relevante”, à luz das diferentes legislações. Sem dúvida, até o Séc. XIX, esse profissional era identificado com a figura do comerciante, segundo a maior parte dos sistemas normativos em vigor na Europa continental ocidental². Assim, não se pretende com esta linguagem indicar que a organização empresarial esteve presente em épocas medievais e sim registrar que, ao longo dos diferentes períodos históricos, a realidade objeto da pesquisa consubstancia-se no regime jurídico daquele que exerce atividade econômica em caráter profissional e relevante, a ponto de ter a si destinada, por circunstâncias históricas e pela autoridade dotada do poder competente, uma regulação própria para o tratamento de sua crise.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passar-se-á à análise dos precedentes históricos, notadamente, a contribuição do direito romano, a disciplina da execução coletiva dos comerciantes em algumas cidades-estado italianas no período medieval e as contribuições do direito francês por meio da Ordenança de 1673 e do Código Comercial de 1807. Com referência ao período mais recente, far-se-á menção à experiência norte-americana e sua influência nos mais diversos sistemas. Na sequência, será examinada a disciplina jurídica da crise empresarial no Brasil, desde o período da dominação portuguesa até os dias atuais.

² Segundo Menezes Cordeiro, “Uma tradição de certo modo diversa é constituída pela experiência alemã, desde o início vocacionada para comerciantes e não-comerciantes. O diploma pioneiro foi o Código das Falências prussiano de 8-Mai-1855, que serviu de base ao Código das Falências alemão de 10-Fev-1877, preparado por Carl Hagens. O Código em causa, conhecido pela sigla KO (*Konkursordnung*), vigorou a partir de 1-Out-1879, atravessando as mais variadas situações sócio-econômicas. A KO foi substituída pela *Insolvenzordnung* (*InsO*) que entrou em vigor em 1-Jan-1999. O sistema falimentar alemão não é especificamente dirigido a comerciantes, antes abrangendo a antiga “insolvência civil” latina. Por outro lado, salvo determinados abusos, ele não está marcado pela nota infamante que, desde a Idade Média atinge a falência latina” (CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. v. I. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 339-340).

1. PRECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 A contribuição do direito romano

Segundo António Menezes Cordeiro, não se visualiza no Direito Romano ou em civilizações mais antigas a existência do processo judicial típico que vise a repartição pelos credores de um património excessivamente endividado, de acordo com seus direitos pré-existentes. Nesse sentido, foi com a profissionalização do comércio que se assumiu a noção de que a insolvência deveria exigir um regime jurídico eficiente, tendente a minorar os danos para os credores, para o comércio em geral e para o próprio falido³.

Entre os autores clássicos brasileiros, Bento de Faria é um dos que mais detalhadamente narra os antecedentes históricos à formação do Direito Falimentar. Interessante notar que o autor apresenta o relato histórico de modo consciencioso, afirmando que a gênese do processo falimentar não é encontrada nas civilizações remotas, inclusive em razão da ausência do comércio organizado⁴.

Se assim o é para o processo falimentar, muito mais pertinente é a afirmativa segundo a qual inexistiu na Antiguidade qualquer procedimento tendente a viabilizar o

³ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. v. 1, Coimbra: Almedina, 2001, p. 338. A questão da presença de institutos tipicamente falimentares na Antiguidade é, no entanto, controversa na doutrina, embora tal discussão seja de pouca relevância prática. Autores prestigiados, como Georges Ripert, examinam a história da falência levando em consideração a experiência da execução coletiva havida na Antiguidade e em Roma. No entanto, deixam claro que os contornos da falência e da concordata surgiram tão somente a partir da Idade Média. Convém conferir adiante as linhas clássicas de Ripert: “La quiebra ha sido en origen un procedimiento de *carácter penal* contra los comerciantes que no habían cumplido sus compromisos. Las medidas contra los deudores insolventes, se agravaban contra los culpables de *bancarrota*. Esta expresión viene de que se rompía su banco de mercader (*banca rota*). La diferencia que hace el derecho moderno entre la quiebra y la bancarrota no existía: todo fallido era tratado como un criminal. Como además era necesario liquidar sus bienes, los juristas imitaron el procedimiento romano de la *missio in possessionem* de los acreedores y también el de la venta global de los bienes (*venditio bonorum*). Así se creó un procedimiento particular contra el comerciante que había consumido sus bienes (*decotor*) y dejado de cumplir sus compromisos (*faillitor, defraudador*). Las reglas de quiebra se encuentran en los estatutos de las ciudades italianas, especialmente en el de Génova de 1498, reformado em 1558, y en los de Florencia, Milán y Venecia. En dicha época ya se conocían el concordato mayoritario y las nulidades del período sospechoso que son rasgos característicos del procedimiento de quiebra” (RIPERT, George. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tomo IV. Trad. por Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956, p. 201).

⁴ Leia-se adiante trecho de sua obra: “Consoante a opinião unânime dos escritores, o instituto da falência teve origem direta nas regras que a disciplinaram na Idade Média, notadamente na Itália, e, mais aproximadamente, nos Estatutos das suas cidades – Veneza, Milão, Gênova e Florença – , com certeza devido ao desenvolvimento dos seus comércios (V. LATTES – *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria italiana* cap VI; RENOARD – *Traité de faillites et banqueroutes*; THALLER – *Op. cit.* I p. 57; BRUNETTI – *Fallimento in Nuovo Digesto italiano*, V p. 784). Das observações minuciosas de Lattes e Sacerdote, resulta que a mais antiga legislação onde se encontra delineada claramente a organização falencial é a veneziana como atestam os *Statuta iudicium petitionum*, de 1244, seguidos de outras leis em 1290 e 1329 [...] f) – era admitida a concordata, sendo imposta ao Juiz a obrigação de ajudar o falido, quer proporcionando-lhe auxílio para evitar que o mesmo fugisse, quer intervindo junto aos credores relutantes, a fim de conseguir a aceitação da proposta baseada em condições equitativas. Em regra, preponderava o voto da maioria (*major pars*), excluída a intervenção da mulher, dos filhos e dos parentes próximos.” (FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, pp. 17-19).

saneamento econômico-financeiro do devedor. De um modo geral, os sistemas de direito vigentes nas grandes sociedades da Antiguidade como as da Mesopotâmia, do Egito Antigo, da Índia e dos povos helênicos continham previsão acerca da submissão do próprio corpo da pessoa do devedor à satisfação das dívidas por ele assumidas, podendo este, inclusive, sofrer severos castigos corporais ou passar à condição de escravo de seu credor até que fosse quitado seu débito. Relativamente ao primitivo Direito Romano, um dos institutos que revelava sua desumanidade consubstanciava-se na *manus injectio*, que, prevista na Lei das XII Tábuas, franqueava a execução da dívida sobre o corpo do devedor, podendo haver, inclusive, o rateio entre os credores do preço obtido com sua venda como escravo para os povos além do Tibre⁵.

Alternativamente, como disserta Rubens Requião, poderia o exequente matar o devedor e “havendo pluralidade de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado; se fosse cortado a mais ou a menos, isso não seria considerado fraude”. Embora o texto da Lei das XII Tábuas contivesse norma tão incivilizada, o próprio Requião afirma que não há registro histórico de aplicação da regra, que, assim, assumiu “apenas um sentido místico”⁶.

Se por um lado a prática de severas medidas se inseria no contexto do sistema econômico impulsionado pelo modelo escravocrata e da propriedade familiar, a tendência evolutiva da civilização romana acabou por aboli-las e substituí-las pela execução de caráter patrimonial.

Nesse sentido, relata Frederico Simionato que: “[...] no período clássico do direito romano, com o fortalecimento das instituições, abre-se uma nova temporada para a execução coletiva. Esta temporada vem até os nossos dias, com a execução real. Nela não é mais a pessoa do devedor que responde pessoalmente pela obrigação não cumprida, mas a integralidade de seu patrimônio”⁷.

Não obstante a patrimonialização do processo de execução coletiva, fundado na ideia de que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores, o Direito Romano manteve-se afastado da noção de recuperação do devedor e, assim, permaneceu estreitamente vinculado ao caráter repressivo da cobrança imposta ao inadimplente, conforme bem salientado por Trajano de Miranda Valverde no trecho abaixo transcrito:

⁵ A esse respeito, v. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 37-38. Tais apontamentos históricos são indicativos da falta de identidade com a essência da recuperação judicial.

⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. v.1. 17ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 8.

⁷ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 219.

Surge, então, no desenvolvimento das instituições jurídicas, o processo de execução coletiva. A ideia, relativamente nova, de que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores, preside ao regular funcionamento do instituto e o disciplina. Vamos encontrar no direito romano, na forma processual da *missio in bona* e conseqüente *venditio bonorum* do devedor foragido, ou insolvente, as suas primeiras linhas. Mas a execução forçada dos bens do devedor não lhe tirava o caráter pessoal, porquanto o pensamento jurídico dos romanos não concebia a obrigação senão sob o aspecto de um vínculo exclusivamente pessoal. Era a pessoa do devedor a garantia comum dos credores. Daí os longos e sinuosos caminhos percorridos para chegar ao fim colimado: a satisfação ou pagamento dos credores pela venda dos bens do devedor. Essa concepção apesar das modificações profundas introduzidas no direito romano no evolver dos séculos, persiste ainda no direito comunal italiano, ao qual se deve a formação do instituto da falência, delineado como processo de execução coletiva contra o devedor foragido, ou insolvente.⁸

Como se vê, os institutos do Direito Romano visavam tão somente a quitação das dívidas do devedor inadimplente, sem cogitar de qualquer medida tendente a seu restabelecimento patrimonial. Embora a doutrina aponte algumas instituições romanas como indícios remotos da concordata, entre as quais se destacam a *praescriptio mora* (mediante a qual o Imperador dispunha da prerrogativa de conceder mais tempo ao devedor para que este quitasse as suas obrigações) e, ainda, o *pactum remissorium* e o *pactum ut minus solvatur* (pelos quais os credores poderiam conceder, mediante comum acordo, deduções e abatimentos em suas respectivas dívidas a fim de que o devedor pudesse honrá-las)⁹, o fato é que não se pode identificar nessa etapa histórica um sistema jurídico voltado para solucionar a causa do desequilíbrio patrimonial do devedor de boa-fé, tendo em vista inexistirem contingências sociais e econômicas que justificassem sua aplicação.

Com a decadência do Império e o esfacelamento das instituições romanas, observa-se, em toda a Europa, uma retomada das medidas draconianas contra o devedor, sobretudo pela influência da tradição praticada no direito dos povos germânicos que passaram a controlar as regiões outrora submetidas à *Pax Romana*¹⁰.

1.2 O Renascimento Comercial e seus reflexos nas legislações modernas

Segundo anota Hespanha, o cenário político medieval foi amplamente favorável à criação de um direito especial dos mercadores, à vista da fragmentação do poder político e da

⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. V. I. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello e STAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 214.

¹⁰ Nesse sentido, v. SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 228-230.

valorização da ideia de “corpo social”, a quem deveria ser conferida autonomia necessária para o desempenho de suas funções, que consistiam no poder de editar leis e estatutos, constituir magistrados, julgar conflitos e emitir comandos¹¹.

Como bem catalogado por Alfredo Rocco, só na Idade Média o Direito Comercial apareceu e se afirmou como direito autônomo, donde se conclui que o advento e a expansão do mercantilismo renascentista tiveram especial significado histórico para o Direito Mercantil e, conseqüentemente, para o Direito Falimentar:

Cabe à Itália a glória de ter criado e difundido o direito este novo e orgânico complexo de institutos jurídicos, merecendo, por isso no campo da jurisprudência comercial, o nome de berço e de difundidora do direito. Porquanto ainda que nos portos setentrionais, sobretudo da Hansea teutônica, o comércio tivesse atingido um grau de notável desenvolvimento, todavia, durante toda a idade Média foi ainda o Mediterrâneo o centro do tráfego mundial e, no Mediterrâneo, a Itália. Pisa, Amalfi, Veneza, Gênova eram as primeiras praças marítimas do mundo; Siena, Lucca, Milão, Bolonha, Florença, as mais importantes cidades comerciais e industriais; Florença também a maior praça bancária e cambiária. Diante desta floração do comércio estava a insuficiência do direito privado e judiciário comum [...]. A tudo isto deve se juntar a influência do direito canônico, que crescia cada vez mais. A Igreja olhava com desconfiança, senão com má vontade, a atividade comercial, por ser aquela que procurava mais fáceis e rápidos lucros e servia para criar e satisfazer necessidades voluptuárias. Mas, sobretudo, a Igreja punha graves obstáculos ao desenvolvimento do comércio, que tanta necessidade tem do crédito, com a sua rigorosa proibição de estipular juros, baseada na ideia de que o capital era dinheiro, por sua natureza improdutivo; que não se podia administrar lucro sem trabalho; que, portanto, receber juros pelos empréstimos era ilícito e imoral. Compreende-se, assim, como o comércio, atingida agora uma grande importância, sentisse a necessidade de uma regulamentação própria [...]. A esta época remontavam as origens dos mais importantes institutos do direito comercial: a matrícula dos comerciantes (*matricula, liber mercatorum*); as várias espécies de sociedades, particularmente as em nome coletivo e comandita; a letra, os negócios bancários; o seguro; o comércio marítimo; a avaria; a falência.¹²

¹¹ Conforme a lição de Hespanha: “A unidade dos objetivos da criação não exigia que as funções de cada uma das partes do todo, na consecução dos objetivos globais de criação, fossem idênticas às outras. Pelo contrário, o pensamento medieval sempre se manteve firmemente agarrado à ideia de que cada parte do todo cooperava de forma diferente na realização do destino cósmico. Por outras palavras, a unidade da criação não comprometia, antes pressupunha, a especificidade e irredutibilidade dos objetivos de cada uma das “ordens de criação” e, dentro da espécie humana, de cada grupo ou corpo social. Ligada a esta, estava a ideia da indispensabilidade de todos os órgãos da sociedade, logo, da impossibilidade de um poder político “simples”, “puro”, não partilhado. Tão monstruoso como um corpo que se reduzisse à cabeça, seria uma sociedade em que todo o poder estivesse concentrado no soberano. O poder era, por natureza, repartido; e, numa sociedade bem governada, esta partilha natural deveria traduzir-se na autonomia político-jurídica (*jurisdictio*) dos corpos sociais. Por outro lado, faz parte deste patrimônio doutrinal a ideia, já antes esboçada, de que o corpo social, como cada órgão corporal, tem a sua própria função (*officium*), de modo que a cada parte do corpo deve ser conferida a autonomia necessária para que a possa desempenhar. A esta ideia de autonomia funcional dos corpos anda ligada, como se vê, a ideia de autogoverno que o pensamento jurídico medieval designou *por jurisdictio* e na qual englobou o poder de fazer leis e estatutos (*potestas lex ac statuta condendi*), de constituir magistrados (*potestas magistratus constituendi*) e, de um modo geral, julgar os conflitos (*potestas jus dicendi*) e emitir comandos (*potesta praeceptiva*).” (HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa – Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997, pp. 60-61).

¹² ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial. Parte Geral*. Tradução por Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 8-13. Aduz ainda Frederico Augusto Monte Simionato que: “Com o florescimento da atividade comercial no Mediterrâneo as associações de comerciantes assumem papel decisivo e o regime municipal toma

Não por acaso, diz-se que, no plano do pensamento jurídico na Baixa Idade Média, a mais relevante tarefa foi a integração das normas, porquanto, ao lado do direito comum geral, existiam direitos comuns especializados em razão da matéria. Além do direito canônico, o exemplo mais fortemente ofertado é o direito mercantil (*Lex mercatoria*), que era considerado direito comum no que respeitava à regulação da atividade mercantil¹³.

Assim, sustenta-se que o próprio Direito Comercial surge como disciplina autônoma na Baixa Idade Média, dotado princípios que o coordenavam, sistematizavam e, assim, lhe conferiam certa autonomia em face do direito geral. Institutos clássicos daquela época, até hoje intensamente praticados, compreendem os títulos de crédito, as sociedades comerciais, incluindo os bancos e outras instituições financeiras, além da consolidação da figura do mercador ou comerciante enquanto categoria profissional e social, que mais tarde cedeu lugar à categoria dos empresários.

A essa classe econômica em franca ascensão foram dirigidas normas de caráter especial, aplicadas em função da crescente atividade desenvolvida pelos profissionais do comércio na era medieval. Simultaneamente, estes agentes econômicos adotavam práticas costumeiras inerentes à celeridade e dinamismo de seus negócios, que requeriam medidas diversas do direito comum e até contrárias a determinadas normas de direito canônico.

feição comercial. A cidade é uma confederação de corporações de mercadores. Na França surgem os sindicatos de pequenos artesões. As cidades italianas como Gênova, Pisa, Florença e Veneza eram governadas por mercadores. Surge assim um novo sistema comercial antecipando a forma do capitalismo vindouro” (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 236).

¹³ Anota Hespanha que: “O próprio direito comum não era único. Pois, ao lado deste direito comum geral, existiam direitos comuns especializados, referentes a certas matérias. Tal é o caso do direito canônico, que era comum em matérias atinentes à religião, ou o direito mercantil (*lex mercatoria*) que era comum na perspectiva à regulação da atividade mercantil. Entre estes direitos comuns, nem tudo era harmonia, existia entre eles princípios contraditórios. Mas, sobretudo, o direito comum coexistia, em equilíbrio indeciso, com os direitos próprios [...]. Abaixo do plano do reino, proliferavam as ordens jurídicas particulares já referidas, todas elas protegidas pela regra da preferência do particular sobre o geral. Em alguns casos, vigoravam ainda normas suplementares que asseguravam o respeito pelos direitos particulares. Por exemplo, as normas que protegiam os estatutos (ou direitos das comunas, cidades, municípios), considerando-os, nos termos da lei “*omnes populi*” como o *ius civile* <<*dicitur ius civile quod unaqueque civitas consuit*>> (diz-se direito civil o que cada cidade institui para si), ou seja, com a dignidade igual à do direito de Roma. Ou as que protegiam o costume (nomeadamente, o costume local) cujo valor é equiparado à lei (“também aquilo que é provado por longo costume e que se observa por muitos anos, como se constituísse um acordo tácito entre os cidadãos, se deve observar tanto como aquilo que está escrito.” D., 1, 3, 34; v. também os fragmentos 33 a 36 do mesmo título). Ou, finalmente, o regime de proteção dos privilégios, que impedia a sua revogação por lei geral ou sem expressa referência; ou mesmo a sua irrevogabilidade pura e simples, sempre que se tratasse de privilégios concedidos contratualmente ou em remuneração de se serviços (“*privilegia remuneratória*”). Ou seja, em todos esses casos, ainda que as normas particulares não pudessem valer contra o direito comum do reino enquanto manifestação de poder político, podiam derogá-lo enquanto manifestação de um direito especial, válido no âmbito da jurisdição (“*superiorem recognoscens*”) dos corpos de que provinham. E, nessa medida, eram intocáveis. Pois, decorrendo estes corpos de natureza, a sua capacidade de autogoverno e de edição de direito era natural e impunha-se, assim, ao próprio político mais eminente” (HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, Lisboa – Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997, pp. 94-96).

Em suma, com base em tais considerações, a doutrina reconhece o embrião do Direito Falimentar nas práticas legais e jurisdicionais adotadas na Europa Ocidental durante o período medieval, especialmente entre os séculos XII e XV:

[...] já na Idade Média, a partir do século XIII, está em formação um direito comercial informal e cosmopolita, decorrente dos usos e costumes das corporações de ofício. Estabelecem-se aí os primeiros delineamentos do direito falimentar, estendendo-se a falência tanto ao devedor comercial quanto ao devedor civil, sendo o falido coberto de infâmia, tido como fraudador, réprobo social, sujeito a severas medidas penais, além da perda total de seu patrimônio.¹⁴

Devido à vultosa e estratégica importância econômico-financeira que os riscos suportados pela classe mercantil representavam para as sociedades da época, o eventual fracasso do empreendedor comerciante era altamente condenável e socialmente execrável.

Embora a responsabilidade pelas dívidas não mais possuísse caráter essencialmente pessoal da antiguidade clássica, o corpo do devedor ainda servia de veículo para se alcançar a satisfação dos credores. Isto porque, dentre os aspectos fundamentais do direito falimentar medieval destacava-se o caráter da *infâmia* do falido, que justificava, desse modo a utilização de severas penas bem como pesados castigos corporais a fim de coagir o devedor a colocar seu patrimônio pessoal à disposição dos seus credores.

Outro ponto importante diz respeito à figura do magistrado na condução dos procedimentos referentes à execução coletiva, em contraposição à iniciativa dos próprios credores, praxe da antiguidade clássica. Substituir-se-ia, assim, o caráter anterior de vingança privada dos credores pela criminalização da conduta do devedor insolvente, pelo que se justificava o uso do aparato coercivo estatal a fim de punir o falido, utilizando inclusive a humilhação pública, a pena de infâmia e a pena de morte.

Desse modo, a fuga do devedor, ou a sua recusa em comparecer perante o magistrado, não só representava confissão de falência como também autorizava este juiz a decretar sequestro de todos os seus bens, como bem resumido por Simionato:

As clássicas normas falimentares italianas da Baixa Idade Média foram aos poucos influenciando várias cidades européias por conta do forte crescimento e do relacionamento comercial. Por conseguinte, os princípios fundamentais de tais legislações notadamente genovesas e venezianas, foram assimiladas na França, especialmente na seqüência dos intensos contratos comerciais nas feiras de Champagne, Brie e Lyon. Da França tal influência alcança quadrantes mais distantes

¹⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

ainda, chegando aos Países Baixos e Inglaterra, buscando fazer do ponto de partida a tutela dos interesses dos credores.¹⁵

Conforme salientado acima, as primeiras legislações tipicamente falimentares surgiram nas grandes cidades medievais, especialmente nos pólos do comércio renascentista localizados nas cidades italianas e, devido à influência que estas exerceram sobre as demais áreas da Europa Ocidental, foram aos poucos se disseminando por entre os diversos países, criminalizando assim a falência e associando à pessoa do falido o caráter vexatório e de infâmia em vários ordenamentos.

De acordo com Franco e Stajn, justamente nesse contexto surge propriamente o instituto da concordata, através dos usos e costumes corporativos praticados nas cidades italianas medievais, grandes focos das atividades mercantilistas do Renascimento; devido ao fato de que a extrema severidade dos procedimentos referentes à falência frequentemente resultavam na fuga do devedor:

É assim que, no século XIII, substituem-se as sanções pessoais de execução privada pela decisão coletiva da maioria dos credores, formando um pacto comum com o falido de molde a obter melhor satisfação dos créditos. O acordo era homologado pelo magistrado (cônsul) que presidia o processo e, em consequência, a par de um salvo-conduto que o falido que fugira, a fim de que retornasse, seus bens eram devolvidos para que pudesse se compor com os credores. Para a concessão da concordata bastava a anuência da maioria dos credores, ora por créditos, ora por cabeça, dando-se ao credor dissidente a possibilidade de oposição. O fundamento aqui, todavia, não era tutela do devedor de boa-fé e sim o interesse dos credores tendo em vista a melhor liquidação do passivo decorrente da manutenção do devedor no exercício da atividade comercial ou, pelo menos na administração de seus bens.¹⁶

Convém ressaltar que a concordata medieval restringia-se à figura da concordata suspensiva da falência, não se conhecendo, naquela época, da concordata preventiva, cujos aspectos poderiam ser considerados como embrionários da noção de recuperação, apenas no sentido de objetivar o mal menor, consubstanciado na falência do devedor honesto e infeliz em seus negócios.

Por tais razões, conforme já referido acima, o instituto da recuperação remonta à época bem mais recente do que o Direito Falimentar, sua origem histórica é marcada pela mudança no objetivo dos procedimentos coletivos: ao invés de simplesmente liquidar os débitos pendentes de um devedor falido, passa-se a objetivar o soerguimento de empresários em dificuldade financeira, procurando alcançar, tanto quanto possível, a sustentabilidade

¹⁵ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 241.

¹⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello e STAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 215.

sócio-econômica da atividade empresarial. Nesse sentido, fica claro que a síntese evolutiva da recuperação judicial não se identifica com a do Direito Falimentar, tendo em vista a diferença entre os objetivos desses referidos institutos.

1.3 A contribuição do direito francês

Quanto às legislações modernas, registra Jacquemont que, inicialmente, ainda vigoravam as normas medievais fortemente marcadas pela influência das grandes cidades italianas do comércio renascentista como Gênova, Veneza e Florença. Somente no século XVII, surgiria uma normativa efetivamente produzida pelo Estado Francês sobre a matéria, as Ordenações de Colbert de 1673 sobre o Comércio, que unificaram as disposições sobre os procedimentos e sanções aplicáveis tanto ao devedor de má-fé quanto aquele considerado como honesto, mantendo, contudo o caráter repressivo notadamente medieval¹⁷.

Segundo Bento de Faria, a Ordenança de 1673 é considerada a primeira forma do Código de 1807. A respeito da referida Ordenança, o autor registra que:

Tratava da – detenção, moratórias (*letres de repit*), cessão de bens, estabelecendo a igualdade dos credores, a preponderância das decisões da maioria, mantendo a pena de morte para a falência fraudulenta. Não exigia, porém, o julgamento declaratório da falência, nem retirava do falido a administração do seu patrimônio ou aludia ao período suspeito, que somente foi restabelecido por uma declaração do Rei, em 1702.¹⁸

A importância do Código Comercial francês de 1807 fez-se sentir igualmente em matéria de insolvência, a ponto de André Jacquemont anotar que, no ordenamento francês, a passagem do Direito Falimentar ao Direito da Empresa em Crise pode ser vislumbrada levando-se em conta cinco momentos distintos da história daquele ordenamento jurídico, nomeadamente os seguintes: (i) até o Código Comercial de 1807, quando se identificam as primeiras finalidades dos procedimentos coletivos, sistematizadas naquele diploma; (ii) a partir do final do Séc. XIX e até meados do Séc. XX, com a distinção progressiva entre procedimentos coletivos fundados no critério da culpa do devedor; (iii) tendo como marco inicial a lei de 13 de julho de 1967, a disseminação da ideia de distinção entre a sorte do

¹⁷ JACQUEMONT, André. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: LexisNexis, 2006, p. 5. Nesse sentido, v. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. V, Tomo I. Campinas: Russell, 2005, p. 23 e LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 43.

¹⁸ FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, p. 20.

homem e a sorte da empresa; (iv) com a lei de 25 de janeiro de 1985, inicia-se o período de aperfeiçoamento dos mecanismos legais de recuperação da empresa; (v) por meio da reforma de 2005, adiante comentada, realiza-se ampla reformulação dos processos coletivos, com a inauguração de institutos que têm caráter voltado para a atuação preventiva e extrajudicial¹⁹.

O Código Comercial de 1807 revelava-se, por influência de Napoleão, extremamente severo, no intuito de conferir ao Estado o controle referente aos comerciantes fornecedores dos exércitos, que eram vistos por Bonaparte como especuladores desonestos. O único procedimento regulamentado era a falência, que era reservada aos comerciantes, sendo os atos de constrição judicial automaticamente ordenados contra a pessoa do devedor e todo seu ativo vendido para arcar com o seu passivo, segundo as regras de procedimento coletivo²⁰.

Entretanto, esse extremo rigor não alcançou resultados satisfatórios, pois que levou os comerciantes a buscar brechas no sistema legal a fim de evitar os perniciosos efeitos da decretação de sua falência²¹.

No final do Séc. XIX, foram adotadas duas espécies de procedimentos coletivos, com base no critério da culpa do devedor, gerando assim certo abrandamento no regime jurídico francês, sobretudo por influência da burguesia liberal. As sanções aplicáveis ao comerciante foram suavizadas bem como revogada, de maneira geral, a prisão por débito, com exceção daquela oriunda do débito fiscal. Uma lei de 1889 criou outro procedimento coletivo mais flexível: a liquidação judicial ou judiciária, ficando a falência reservada aos devedores considerados desonestos ou que houvessem agido de má-fé. Pela liquidação, o devedor dispunha de duas espécies de concordata (simples e por abandono) e as sanções por ele suportadas eram mais brandas que as da falência. Do início do século XX até 1955, verificou-se na França uma série de mudanças tanto na estrutura do Poder Judiciário quanto no sistema legislativo, a fim de punir os dirigentes das entidades que se valiam da personalidade jurídica

¹⁹ JACQUEMONT, André. *Droit des entreprises en difficulté*, p. 5-14. O autor não comenta, na obra em referência, sobre a reforma francesa implementada pela “Ordonnance n° 2008-1345”, de 18 de dezembro 2008, modificativa de diversos artigos do Code, em vigor a partir de 15 de fevereiro 2009, destinada a aperfeiçoar os institutos inaugurados e consolidados pela reforma de 2005.

²⁰ Segundo Menezes Cordeiro, “Uma primeira tentativa de codificar as falências surgiu em França, através da Ordenança de 1673. Apenas o Código de Comércio de 1807, de NAPOLEÃO, procedeu a uma regulamentação mais cabal da matéria. Fê-lo, porém, em termos muito severos para o falido, de tal modo que os próprios credores acabavam prejudicados: os comerciantes em dificuldades retardavam ao máximo a sua apresentação, o que conduzia, depois, a situações irrecuperáveis. O Livro III do *Code du Commerce* foi remodelado pela Lei de 28 de Maio de 1838, longamente em vigor. Mais tarde, tentar-se-iam encontrar esquemas alternativos à falência. Com efeito, toda esta tradição latina esteve marcada pela infâmia do comerciante e por medidas tendentes a defender os credores.” (CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. v. I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 339-340).

²¹ JACQUEMONT, André. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: LexisNexis, 2006, pp. 5-6.

das sociedades que comandavam, a fim de cometer abusos contra seus credores. Permitiu-se, assim, alcançar atos cometidos com intuito de prejudicar o patrimônio da sociedade devedora e, conseqüentemente, a garantia de seus credores.

Dois decretos publicados em 1955 fizeram com que o procedimento referente à falência assumisse duas funções: punir o comerciante de má-fé (malicioso) e promover a liquidação forçada de seus bens a fim de pagar seus credores. Por outro lado, foi instituído o *réglement judiciaire*, com a função de substituir o antigo sistema da liquidação judicial, visando possibilitar a continuação da empresa após concordância de seus credores (concordata), valendo ressaltar que o procedimento poderia ser instaurado tanto pelos credores quanto pelo próprio devedor.

Entretanto, o critério de escolha entre os dois procedimentos e a desonestidade ou não do devedor logo se revelariam antieconômicos, pois o futuro da empresa não dependia de critérios econômicos que viessem a externar sua viabilidade, mas tão somente da postura adotada pelo devedor. Havendo culpa deste, haveria que ser decretada a falência e, conseqüentemente, a cessação das atividades, ainda que presentes as condições de se recuperar e reorganizar o devedor para que fosse dada continuidade às suas atividades, uma vez honradas suas dívidas. No outro caso, a empresa de um comerciante considerado honesto teria de continuar ainda que tal não fosse economicamente viável²².

2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NO BRASIL

Nos tópicos que se seguem pretende-se abordar, de forma sintética, a evolução da legislação que vigorou no território brasileiro desde o período da dominação portuguesa até os dias atuais. Para tanto, tecem-se breves comentários sobre o direito português para, na sequência, se tratar do direito brasileiro propriamente dito.

2.1. Período da dominação portuguesa

No que se refere ao direito português – e a par das influências pelas práticas adotadas nas cidades italianas por força do renascimento comercial e, mais tarde, do direito francês, especialmente através do Código Comercial de 1807²³ – vale ser dito que, durante os séculos XVI e XVII, as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas determinavam a pena de prisão

²² JACQUEMONT, André. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: LexisNexis, 2006, pp. 6-7.

²³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

do devedor até o pagamento de suas dívidas. Waldemar Ferreira registrou que as Ordenações Manuelinas estabeleceram o “princípio da prioridade na satisfação do direito de crédito em favor do primeiro que executava”²⁴.

Mesmo após a libertação de Portugal do domínio Espanhol (1640), as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 por Filipe III, da Espanha, permaneceram em vigor em Portugal em razão da Lei de 29 de janeiro de 1643, por meio da qual D. João IV determinou que “se cumprissem, guardassem e praticassem os preceitos contidos nos cinco Livros” das Ordenações Filipinas²⁵.

Menciona Bento de Faria que, no Brasil-Colônia, a matéria falimentar foi primeiramente disciplinada pelo Livro V das Ordenações Filipinas (Título LXVI e §§ 1, 2, 8 e 9). A concordata era instituto absolutamente estranho àquelas Ordenações, cujo caráter repressivo era prevalecente. Assim, o devedor não poderia obter moratória, ainda que com a concordância de seus credores, manifestada por escritura pública e, em caso de falência fraudulenta, ficaria sujeito à pena de morte ou degredo²⁶.

Em resposta aos problemas da ruína do patrimônio e crédito do comércio, decorrente da calamidade do terremoto de Lisboa ocorrido em 1º de novembro de 1755, foi promulgado o Alvará de 13 de novembro de 1756, assinado pelo Marquês de Pombal e por D. José I, que limitou certos dispositivos das Ordenações Filipinas e introduziu novos dispositivos disciplinadores das quebras no ordenamento jurídico português, sobretudo no que diz respeito

²⁴ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 22.

²⁵ FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, p. 34.

²⁶ Assinala Bento de Faria que: “Sendo esse também o sistema jurídico do Brasil colônia, é no Liv. V das Ordenações Filipinas (tit. LXVI e §§ 1, 2, 8 e 9), inspirada na Lei de 8 de Março de 1579, de D. Felipe II, que se encontra a primeira disciplina, aliás imperfeita sobre – *os quebrados dos bens* (falidos). Assim é que: a) – os mercadores e cambistas, ou seus feitores que se levantassem (fugissem) com mercadorias alheias ou dinheiro que tomassem a câmbio, ausentando-se do lugar, levando consigo o dinheiro que tivessem ou passando-o por letras a outras partes, ou escondessem a fazenda em parte não sabida, fossem havidos por públicos ladrões e roubadores e como tais castigados, com as penas que a estes eram aplicadas e perdessem a nobreza e liberdade de que gozavam; b) – não sendo possível aplicar, em tal caso, as penas de morte natural e açoites, segundo a malícia ou engano do aludido procedimento, fossem degredados para as galés, ficando porém, em qualquer hipótese, impossibilitados do exercício da profissão, havendo de incorrer, se o fizessem, nas penas impostas aos que, sem licença, usassem ofícios públicos. c) – não tinham direito de fazer cessão de bens nem de obter quitação ou moratória, ainda que os credores as concedessem por escritura pública, podendo estes executar os bens encontrados ou que os ditos devedores viessem a adquirir por qualquer título; d) – sendo ordenado aos julgadores a que o conhecimento pertencesse, que tanto que à sua notícia vier, que algum mercador se levantou, fossem logo à sua casa, e fizessem auto e inventário do que nela achassem, e lhe tomassem o Livro da Razão, e se informassem dos seus credores da quantia do dinheiro ou fazenda, com que se levantou e, do tempo em lhe foi dada; e tirassem devassa, de modo que se soubesse a verdade, e a causa que teve para quebrar e procurassem prender os culpados, procedendo contra eles como fosse de justiça” (FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, pp. 35-36).

aos procedimentos da execução coletiva. A respeito do referido Alvará, Waldemar Ferreira anotou que:

Como se vê, instaurou-se em Portugal originalíssimo e autêntico processo de falência, nítida e acentuadamente mercantil, em juízo comercial, exclusivamente para comerciantes, mercadores ou homens de negócios, sob a influência, por certo, com mais simplicidade, e com maior espírito de humanidade [...].²⁷

Bento de Faria registra a edição de outros Alvarás que fizeram alterações pontuais na disciplina das quebras, notadamente os de 1750, 1757, 1759, 1760 e 1770 (todos aplicáveis ao Brasil), resumindo-os da seguinte forma:

- b) – o Alvará de 1 de Setembro de 1757, determinando que, no caso de má-fé dos falidos, procedesse a Junta do Comércio a arrecadação dos seus bens, com a separação apenas de 10% aos que fossem considerados de boa-fé;
- c) – o Alvará de 17 de Maio de 1750, mandando não fôssem contados os juros contra os falidos senão até o dia da sua apresentação à Junta e sequestro dos respectivos bens;
- d) – o Alvará de 30 de Maio de 1759, determinando que a devassa sôbre o procedimento dos falidos fôsse feita por forma a ficar apurada, com certeza jurídica, a boa ou má-fé dos mesmos;
- e) – o Alvará de 12 de Março de 1760, esclarecendo que o benefício dos referidos 10% somente poderiam ser atribuídos aos falidos que além de se apresentarem à Junta de Comércio e sendo reputados de boa-fé, exibissem seus livros escriturados com clareza e mais aquêles que principiaram seus negócios com fundos e cabedais próprios, pelo menos de 1/3 da soma total da importância da quebra;
- f) – o Alvará de 29 de Março de 1770, mandando que todos os feitos de qualquer falido competissem privativamente à Junta do Comércio, onde deveriam ser intentadas tôdas as ações dos credores.²⁸

No ano de 1769, a chamada Lei da Boa Razão (Alvará de 18 de agosto de 1769) afastou a pena de morte do devedor, que seria convertida em prisão²⁹. Referida lei autorizava invocar-se como subsídio nas questões comerciais as normas legais “das nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estavam resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência”. Nessa etapa histórica, pouca contribuição pode ser registrada a partir do Direito português, no que se refere ao aperfeiçoamento da legislação falimentar.

A atividade comercial foi impulsionada no Brasil com a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, que abriu os portos do Brasil ao comércio direto com as nações amigas. Após a

²⁷ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 29.

²⁸ FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, pp. 36-37.

²⁹ SANTOS, Joaquim de Vizeu Penalva. *Recuperação Judicial de Empresas*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, p.1.

Declaração de 7 de setembro de 1822, a transição política do Brasil, de antiga colônia à nação independente, conforme afirma Bezerra Filho, foi marcada por um “vazio legislativo” típico das situações de ruptura institucional, o que propiciou a permanência em vigor das normas jurídicas portuguesas em solo brasileiro, até serem gradualmente substituídas pela atividade legislativa pátria³⁰. Por meio da Lei de 20 de outubro de 1823, D. Pedro I oficializou a manutenção da vigência das leis portuguesas no território brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 1º. As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.³¹

2.2. O Código Criminal de 1830

A Constituição Brasileira de 1824 estabeleceu como norma programática, em seu art. 179, XVIII, que “organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”³². Após 6 anos foi promulgado o Código Criminal de 1830.

O Código Criminal, pela sua natureza (matéria penal), não promoveu grandes alterações na disciplina da falência, mas é digno de nota porquanto tipificou a falência fraudulenta em seu artigo 263: “a bancarrota, que fôr qualificada de fraudulenta na conformidade das Leis do commercio, será punida com a prisão com trabalho por um a oito annos”³³.

Sampaio de Lacerda anota que o Código Criminal prescreveu pena para os crimes de falência, mas a qualificação de tais crimes seria feita de acordo com as leis de comércio³⁴.

³⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.

³¹ Texto original disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em 15.02.2014.

³² Texto original disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 15.02.2014.

³³ Texto original disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 15.02.2014.

³⁴ LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 45.

2.3. O Código Comercial de 1850

Somente no ano de 1850, com a edição do Código Comercial, surgiria um sistema verdadeiramente nacional regulador da matéria de direito concursal (arts. 797 a 913), que, no entanto, previa somente a possibilidade da moratória e da concordata suspensiva, a qual exigia um duplo critério para sua concessão: maioria numérica dos credores e que estes representassem, cumulativamente, 2/3 (dois terços) dos créditos habilitados.

O Código Comercial de 1850 inaugurou o que a doutrina considera como a primeira fase histórica do instituto da falência no direito brasileiro³⁵. Os procedimentos tanto da falência quanto da concordata foram regulamentados pelo Decreto nº 738, também de 1850.

Segundo a disciplina do Código Comercial, a falência era caracterizada tão somente pela “cessação de pagamentos” (artigo 797), conceito que, por ter difícil definição, foi alvo de críticas. A concordata suspensiva, por sua vez, consistia em acordo entre devedor e os credores, que, se aprovado pelo quórum acima referido, obrigava todos os credores, salvo os “do domínio” (artigo 874), os “privilegiados” (artigo 876) e os “hipotecários” (artigo 879).

Já a moratória, era destinada ao comerciante que comprovasse a sua impossibilidade de satisfazer suas obrigações em razão de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior e que, cumulativamente, demonstrasse contabilmente que possuía recursos suficientes para pagar integralmente a todos os seus credores, após determinado prazo. Nos termos do artigo 903 do Código Comercial, produzia o efeito de “suspender toda e qualquer execução e sustar a obrigação do pagamento das dívidas puramente pessoais do indiciado”, sem, contudo, suspender o trâmite dos processos em curso ou posteriormente ajuizados, ressalvadas as respectivas execuções.

Durante esse período, a moratória fazia, por vezes, o papel da concordata suspensiva, podendo ser concedida por um prazo de até 3 (três) anos, também exigindo o critério duplo de aprovação: maioria absoluta de credores que representassem, obrigatoriamente, (2/3) dois terços dos créditos habilitados.³⁶

Bento de Faria registrou a crítica do então Ministro da Justiça Nabuco de Araújo ao sistema falimentar do Código, consignada na justificção do projeto que resultou no Decreto nº 3.065, de 6 de maio de 1882, que realizou a primeira reforma do Código Comercial:

³⁵ Nesse sentido, v. LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 45 e VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. V. I. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9.

³⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello e STAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 216.

O nosso processo de falências, lento, complicado, dispendioso, importa sempre na ruína do falido e no sacrifício do credor. Uma dolorosa experiência tem demonstrado que os credores, apesar das fraudes de que são vítimas, descoroçados do resultado, abstêm-se desses processos eternos e querem antes aceitar concordatas as mais ruinosas e ridículas.³⁷

O Decreto nº 3.065, de 1882, alterou o quórum para aprovação da concordata suspensiva, que passou a ser concedida mediante a aceitação pela maioria dos credores presentes, desde que representem dois terços dos credores sujeitos aos efeitos da concordata³⁸.

A respeito do período em que o Código Comercial pautou a disciplina do direito falimentar brasileiro, Trajano de Miranda Valverde fez o seguinte balanço:

Durante os 40 anos em que vigorou a legislação falimentar do Código, cujo processo, por demasiado lento, oneroso, não satisfazia aos interesses do comércio, não defendia suficientemente o crédito, críticas e projetos de reforma não faltaram. Os defeitos não seriam tanto da lei, mas do modo por que era executada, falseada, como em regra toda a lei de falência, por aqueles mesmos a quem ela procura proteger.³⁹

2.4. O Decreto nº 917, de 1890

Reconhecida a necessidade de reforma da legislação falimentar, o Governo Provisório da recém instaurada “República dos Estados Unidos do Brasil” editou o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, que revogou as disposições sobre falência constantes do Código Comercial e inaugurou a segunda fase histórica do direito falimentar brasileiro.

Elaborado em quatorze dias pelos juristas Carlos de Carvalho e Antônio Joaquim de Macedo Soares⁴⁰, o Decreto nº 917 trouxe importantes inovações para o direito falimentar brasileiro, dentre os quais destacam-se: (i) caracterização da falência de forma objetiva, por meio de atos ou fatos previstos na lei bem como pela impontualidade (falta de pagamento de obrigação mercantil líquida e certa no respectivo vencimento); (ii) o acordo extrajudicial com credores e a concordata preventiva. A respeito da concordata preventiva, vale transcrever o artigo 120 do referido diploma, que assim dispunha:

³⁷ FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, p. 38.

³⁸ Sampaio de Lacerda afirma que tal reforma foi influenciada pelo drama vivenciado pelo Barão de Mauá, que não pode obter concordata em função de possuir aproximadamente 3.000 credores espalhados pelo Brasil e pelo exterior, o que inviabilizava a obtenção do quórum de maioria absoluta dos credores previsto no Código Comercial (LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, pp. 45-6).

³⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. V. I. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9.

⁴⁰ FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, p. 39.

Art. 120. O devedor, com firma inscripta no registro do commercio, que antes de protesto por falta de pagamento de obrigação commercial liquida e certa, tiver feito extrajudicialmente algum accordo ou concordata com os credores representando pelo menos 3/4 da totalidade do passivo, deverá requerer sem demora a homologação pelo juiz commercial com jurisdição na séde de seu principal estabelecimento e, obtida ella, não poderá ser declarado fallido.

Paragrapho unico. O requerimento para a homologação deverá ser apresentado antes dos protestos.⁴¹

Pode-se dizer que a concordata preventiva (art. 120 do Decreto nº 917 de 1890) surgiu como hipótese de solução da crise empresarial anterior à quebra, decorrente da negociação do devedor com seus credores, sendo o primeiro instituto do ordenamento brasileiro que propunha um meio de saneamento financeiro do então comerciante⁴². Conforme acima consignado, por tal regra, seria necessária a aprovação de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do passivo do devedor e apresentação do acordo para homologação judicial antes de qualquer protesto por falta de pagamento de obrigação comercial líquida e certa.

Como meios de se evitar a falência, o Decreto nº 917 previa, também, a moratória e a concordata suspensiva, que poderia ser implementada por meio de duas modalidades: a concordata por abandono, segundo a qual o devedor entregava todos ou parte dos bens integrantes da massa aos credores, ficando desonerado dos efeitos comerciais, civis e criminais da falência; e a concordata por pagamento, segundo a qual o devedor permanecia na posse dos bens integrantes da massa pelo período pactuado para o pagamento dos credores, nos termos propostos e aceitos. A concordata por pagamento somente produzia seu efeito liberatório após o efetivo pagamento dos credores nos exatos termos acordados.

A falência poderia ser evitada, ainda, por meio da cessão de bens (artigo 131 e seguintes do Decreto nº 917), faculdade conferida ao devedor para que, até 48 horas após o protesto por falta de pagamento de obrigação mercantil, requeresse a imissão dos credores na posse da totalidade dos bens presentes em seu estabelecimento, para que os credores satisfizessem seus créditos por meio de tais bens e, assim, desonerassem o devedor de toda responsabilidade inerente à falência.

A respeito do período em que o Decreto nº 917 vigorou, Waldemar Ferreira anotou que:

Entrando em vigência, mal aplicado em época de crise considerável – a chamada do *encilhamento*, a lei falimentar provocou os mais sérios reparos, no comércio e no

⁴¹ Texto original disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-917-24-outubro-1890-518109-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 15.02.2014.

⁴² FRANCO, Vera Helena de Mello e STAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 216.

fôro. A cedência de bens e a concordata extrajudicial, como meios preventivos da quebra, ensejaram fraudes desabusadas. O processo da escolha dos síndicos provisórios contribuiu para aumentar os males. As críticas foram as mais acerbas e as queixas as mais justificadas. Movimentaram-se os comerciantes e os advogados. Projetos extraparlamentares elaboraram-se. Clamor quase unânime exigia que lei nova coibisse os abusos, que tanto prejudicavam o crédito particular e o público.⁴³

Em 16 de agosto de 1902 foi promulgada a Lei n° 859, elaborada com a finalidade de substituir o Decreto n° 917. Tratou-se, na verdade, de ajustes pontuais no texto-base do decreto até então vigente. Dentre as modificações mais relevantes, destaca-se a extinção do instituto da moratória e da cessão de bens. A Lei n° 859 sofreu severas críticas pela forma de investidura do síndico, que eram nomeados pelo juiz com base em lista elaborada livremente pela juntas comerciais⁴⁴.

2.5. A Lei n° 2.024, de 1908

Fruto de projeto elaborado pelo célebre jurista Carvalho de Mendonça, a Lei n° 2.024, de 1908, surgiu para tentar corrigir as falhas do normativo que lhe antecedeu, inaugurando a terceira fase histórica do direito falimentar brasileiro.

Nas palavras de Sampaio de Lacerda, tratou-se de “uma síntese bem formulada dos princípios que nortearam o Dec. 917, de 1890, embora com o aproveitamento de algumas normas colhidas do direito estrangeiro novo”⁴⁵.

A nova lei reformulou a forma de escolha dos síndicos, que poderiam ser um ou três, de acordo com a importância da massa, escolhidos pelo juiz entre os credores do falido, de preferência os de maior quantia e idôneos, residentes ou domiciliados no foro da falência.

Tanto a concordata extrajudicial como a moratória foram extintas por meio do Decreto n° 2.034, mantendo-se apenas a concordata suspensiva e a preventiva. Entretanto, a abrangência da concordata preventiva restringiu-se aos credores quirografários anteriores ao pedido de concordata.

⁴³ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 39.

⁴⁴ Bento de Faria assinalou que tal prática gerou efeitos funestos, ficando os quarenta síndicos do Distrito Federal conhecidos como “ali babás”, numa alusão à célebre obra “Ali Babá e os quarenta ladrões” (FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, p. 40).

⁴⁵ LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 46.

A lei também tratou das reivindicações, das habilitações retardatárias, das revogações de atos anuláveis. Foi adotado o método de caracterização da falência pela impontualidade ou por meio de atos que representavam a situação de insolvência do devedor.

Miranda Valverde fez as seguintes considerações sobre a necessidade de nova reforma da lei falimentar e suas causas:

Uma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude. Os princípios jurídicos podem ficar, resistir, porque a sua aplicação não os esgota nunca. As regras práticas, que procuram impedir o nascimento e o desenvolvimento da fraude, é que devem com esta evoluir. Contra a fraude à lei é preciso a lei contra a fraude. As brechas, que os arditosos artifícios conseguem com o tempo abrir, por mais fechada que seja, necessitam de reparos.⁴⁶

Não obstante, a Lei n° 2.024 vigorou por aproximadamente vinte anos, sendo substituída, em 1929, pelo Decreto n° 5.746.

2.6. O Decreto n° 5.746, de 1929

Com base no projeto elaborado por Waldemar Ferreira a pedido da Associação Comercial de São Paulo⁴⁷, veio a lume o Decreto n° 5.746, de 9 de dezembro de 1929. O espírito do decreto era o de corrigir as brechas para fraudes, sem alterar o sistema jurídico da lei anterior.

Tratou-se, portanto, de um aprimoramento da lei anterior, especificamente nos aspectos em que a prática forense explicitou falhas de ordem empírica⁴⁸.

Os pontos dignos de nota do Decreto n° 5.746 foram a redução do número de síndicos e liquidatários, de 3 para 1, e a instituição de parâmetros mínimos para a proposta de concordata⁴⁹. A concordata manteve seu caráter contratual, porém os seus termos deveriam observar limites mínimos de prazo e limites máximos de deságio sobre o valor da dívida, nos termos do artigo 106 do referido normativo.

A respeito do Decreto n° 5.746, o próprio Waldemar Ferreira destacou que:

⁴⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. V. I. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 10.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970, p. 99 e FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 46.

⁴⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. V. I. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 10.

⁴⁹ LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 46.

As inovações sugeridas no anteprojeto foram, realmente, relevantes. Não cortaram a tradição do direito falimentar brasileiro. Nem desfiguraram a lei de J. X. Carvalho de Mendonça. Reajustaram-na, ao contrário, às necessidades da prática mercantil e forense, mantendo até os mesmos números de seus artigos. Dominou-as o propósito de melhorar conservando. Sobre-relevaram as atinentes à verificação dos créditos às condições para a propositura da concordata preventiva. Insignes também se mostraram as introduzidas nos debates parlamentares, que tornaram mais eficiente o processo falimentar.⁵⁰

2.7. O Decreto-Lei nº 7.661, de 1945

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, baixado durante o regime de exceção do “Estado Novo” de Getúlio Vargas, inaugurou a quarta fase histórica do direito falimentar brasileiro. O texto do decreto-lei foi elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo então Ministro da Justiça interino, Alexandre Marcondes Filho, e que foi integrada pelos professores Filadelfo de Azevedo, Hahnemann Guimarães, Noé de Azevedo, Canuto Mendes de Almeida, Sílvio Marcondes e Luís Lopes Coelho⁵¹.

O Decreto-Lei nº 7.661 inovou ao não estender a falência da sociedade a seus sócios solidários, prestigiando a diferenciação entre a sociedade e seu titular, bem como ao suprimir a figura do liquidatário na administração da falência, passando o síndico a concentrar as funções de auxiliar do juiz e de liquidatário, passando a ser escolhido pelo juiz e não mais eleito pelos credores. Também foi alterado o instituto da restituição, para inclusão no rol de legitimados a ajuizar a ação, aqueles que, por força de direito real ou de contrato tenham o direito de reaver a coisa arrecadada em poder do falido.

A Lei de 1945 manteve a concordata suspensiva e a preventiva, porém com outros contornos. Para Penalva Santos, a partir do Decreto-lei nº 7.661, tal instituto, que sob a égide dos diplomas anteriores tinha caráter contratual, assumiu uma conotação notadamente processual, de verdadeira “*pretensão ao concurso em benefício do devedor*” na medida em que independia da participação dos credores e apresentava-se como verdadeira demanda movida pelo devedor.⁵² Por essa razão, a concordata ficou conhecida, nesse período, como verdadeiro favor legal concedido pelo Estado, por sentença do juiz.

⁵⁰ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 50.

⁵¹ Trajano de Miranda Valverde expressou certo descontentamento com o fato de o projeto que resultou no Decreto-Lei nº 7661 ter se baseado em projeto anterior, de sua autoria, publicado no Diário Oficial de 26 de janeiro de 1940, e nem o Ministro da Justiça, nem a comissão de juristas encarregados do novo projeto terem feito referência à fonte do texto-base do novo projeto (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. V. I. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11).

⁵² SANTOS, Joaquim de Vizeu Penalva. *Recuperação Judicial de Empresas*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, p. 3. No mesmo sentido, Waldemar Ferreira foi bastante enfático ao afirmar que “domina todo o sistema, no que tem ele de novo, o deliberado propósito de beneficiar o devedor, em detrimento dos credores”, chegando

Com efeito, a concordata consistia em ação do devedor movida em face dos credores e sua concessão estava condicionada ao preenchimento dos requisitos legais, independentemente da vontade dos credores. Importante notar que a concordata abrangia apenas os créditos quirografários, podendo a proposta do devedor dispor somente sobre alongamento ou deságio dos créditos (ou uma combinação de ambos), conforme os prazos e descontos preestabelecidos na lei (artigos 156 e 177).

A disciplina introduzida pelo Decreto-Lei nº 7.662 afastou a possibilidade de concordata “amigável” e extrajudicial: a celebração de acordos dessa natureza passou a ser considerada hipótese de decretação de falência do devedor.

A esse respeito da alteração das características da concordata, Fábio Konder Comparato registrou que:

Mas sobretudo, a atual Lei de Falências introduziu, pela primeira vez ao que parece na legislação universal, a *ação de concordata*, que pode ser julgada procedente pelo magistrado sem, e até mesmo contra, a vontade manifesta dos credores, o que provocou as iras de Waldemar Ferreira (“concordata fascista”).⁵³

Penalva Santos afirma que, embora inicialmente a concordata preventiva tenha propiciado a sobrevivência de parte das empresas, com o tempo este instituto revelou-se obsoleto, apresentando problemas tais como o fato de apenas os credores quirografários estarem submetidos às suas regras.⁵⁴ Assim, revelou-se o insucesso da concordata como solução para empresas em crise, havendo registros de que aproximadamente 90% das concordatárias foram à falência⁵⁵.

Como o objetivo último da concordata, a própria salvação da empresa, não foi capaz de ser alcançado ao longo da vigência desse instituto no direito brasileiro, tendo sido abolida pelo advento Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, diploma este que passou a regular a falência e a recuperação tanto judicial quanto a extrajudicial das empresas e, ousa-se dizer, veio para inaugurar a quinta fase histórica do direito falimentar brasileiro.

a atribuir a alcunha de fascista à lei de 1945 (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 49).

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970, p. 99.

⁵⁴ SANTOS, Joaquim de Vizeu Penalva. *Recuperação Judicial de Empresas*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, p.4.

⁵⁵ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da concordata à recuperação: investigando a recuperação extrajudicial. In: DE LUCCA, Newton e DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord). *Direito Recuperacional – aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 82.

2.8. A Lei nº 11.101, de 2005

Da edição do Decreto-Lei nº 7.662/45 à Lei nº 11.101/2005, muitos fatos importantes ocorreram na história do Brasil. Saiu-se do regime de exceção do Estado Novo (1937-1945) e, após breve período democrático (1945-1964), caiu-se uma vez mais nas trevas do autoritarismo, dessa vez da Ditadura Militar (1964-1985). No processo de redemocratização, foi convocada a assembleia nacional constituinte que aprovou o texto da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, que possui pleno vigor nos dias atuais, tendo sido pontualmente reformada por 77 (setenta e sete) emendas até 11 de fevereiro de 2014.

A nova carta política estabeleceu que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da livre concorrência.

No âmbito das relações patrimoniais privadas, a empresa, como atividade organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, ocupa lugar destaque, sobretudo no que respeita às relações econômicas, tendo a teoria da empresa sido consagrada pelo Código Civil de 2002. Assim, em leitura à luz de valores constitucionais, o princípio da função social da propriedade acaba derivando o princípio da função social da empresa. E é justamente do princípio da função social da empresa que decorre o princípio que norteia a Lei nº 11.101: o da preservação da empresa⁵⁶.

Não há dúvidas que a nova lei, que substituiu o então sexagenário Decreto Lei nº 7.661/45, avançou ao abolir o instituto da concordata (preventiva e suspensiva) e introduzir no ordenamento jurídico pátrio as novas figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, tendo por eixo central a preservação das empresas economicamente viáveis⁵⁷.

Com efeito, a Lei nº 11.101/2005 logrou sistematizar comandos de direito processual e de direito material que visam, primordialmente, viabilizar a recuperação das empresas economicamente viáveis que estejam passando por uma crise e, caso tal recuperação não seja

⁵⁶ PEREZ, Viviane. Função social da empresa – uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 206.

⁵⁷ O processo legislativo que resultou na Lei nº 11.101/2005 teve início na Câmara dos Deputados em 22.12.1993, com a apresentação do anteprojeto de lei pelo Poder Executivo (PL nº 4.371/1993). Após a tramitação e aprovação pela Câmara, o projeto de lei seguiu para o Senado em 23.10.2003 (PLC nº 71/2003), que o aprovou com substitutivo, devolvendo-o à Câmara em 12.07.2004. Em 14.12.2004 a Câmara dos Deputados aprovou a versão final do texto da nova lei e o enviou para a Sanção Presidencial em 17.12.2004, o que ocorreu em 09.02.2005, pouco mais de 11 (onze) anos após o início do processo legislativo, e com veto de 3 (três) dispositivos constantes do projeto aprovado pelo Poder Legislativo.

economicamente viável, colocar a falência como “último recurso”⁵⁸, para fins de promover a liquidação de forma célere e eficiente dessa empresa⁵⁹.

Com o instituto da recuperação, seja ela judicial ou extrajudicial, a solução para a crise empresarial deixou de consistir em favor legal concedido pelo Estado, mas retomou o conceito de negociação entre o devedor e os seus credores, sob um espírito de sacrifício coletivo para recuperação da empresa economicamente viável. No regime atual, o devedor deve apresentar seu plano de recuperação em juízo, para que os credores deliberem sua aprovação ou modificação (esta última somente com a concordância do devedor). Deve-se destacar que a nova lei alargou o rol de credores abrangidos pela recuperação judicial: além dos credores quirografários (únicos que sofriam os efeitos das concordadas da lei anterior), passaram a sofrer os efeitos da recuperação também os credores com garantia real e os privilegiados, ressalvadas as exceções previstas no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101⁶⁰. No caso da recuperação extrajudicial, também deixam de sofrer seus efeitos os credores trabalhistas. Tanto a recuperação judicial quanto a extrajudicial não produzem efeitos sobre os créditos tributários⁶¹.

⁵⁸ A partir da vigência da Lei nº 11.101/2005 deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro a figura jurídica da “concordata suspensiva”, de forma que uma vez decretada, em definitivo, a falência da empresa economicamente viável não há mais que se falar em sua recuperação.

⁵⁹ A respeito do processo legislativo que resultou na edição da Lei nº 11.101/2005, vale lembrar os 12 (doze) princípios adotados na análise do Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003 e nas modificações propostas no substitutivo aprovado pelo Senado, conforme consignados no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, que teve a relatoria do Senador Ramez Tebet: (i) preservação da empresa; (ii) separação dos conceitos de empresa e empresário; (iii) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; (iv) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (v) proteção aos trabalhadores; (vi) redução do custo do crédito no Brasil; (vii) celeridade e eficiência dos processos judiciais; (viii) segurança jurídica; (ix) participação ativa dos credores; (x) maximização do valor dos ativos do falido; (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e (xii) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação.

⁶⁰ O referido dispositivo excepciona o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade (inclusive em incorporações imobiliárias), ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, cujo crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva. A lei ressalva, no entanto, que durante o prazo de suspensão das ações e execuções (pelo período máximo de 180 dias – art. 6º, § 4º da mesma lei), não é permitida a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

⁶¹ O modelo brasileiro de recuperação judicial do empresário, a exemplo do que ocorreu com outros sistemas estrangeiros, teve forte influência do direito norte-americano, considerado avançado em matéria de saneamento empresarial. Nesse sentido, vige ainda hoje nos Estados Unidos o *Bankruptcy Code* de 1978, que tratou igualmente de duas modalidades procedimentais, nomeadamente o *bankruptcy liquidation* (Capítulo VII) e *bankruptcy reorganization* ou *rehabilitation* (Capítulos XI, XII e XIII). De acordo com as normas do *bankruptcy reorganization*, cabe ao devedor apresentar um plano mediante o qual propõe a seus credores o pagamento total ou parcial de suas dívidas durante um determinado período de tempo, que é geralmente de três anos. Caso o juízo da recuperação aprove o plano, os credores estarão a ele vinculados, independentemente de sua aprovação. O *Bankruptcy Reform Act* de 1994 trouxe medidas destinadas a agilizar os procedimentos referentes à recuperação empresarial, ao mesmo tempo em que estabelece medidas para resguardar determinados bens como

A Lei nº 11.101 avançou, também, no sentido de projetar um processo célere e eficiente de recuperação judicial, visando possibilitar, assim, um ambiente adequado para que o devedor apresente seu plano de recuperação e os credores deliberem sobre sua aprovação (ou não) num curto espaço de tempo. Esse conceito de celeridade e eficiência foi endereçado por meio dos diversos prazos fixados de forma ordenada. Todavia, em razão da morosidade do Poder Judiciário que, excessivamente sobrecarregado, não consegue praticar os atos processuais em prazos razoáveis, a eficiência projetada pela lei acaba não se concretizando na prática⁶².

Não obstante, nos termos do art. 58, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.101, a regra geral a respeito da aprovação do plano de recuperação pelos credores em assembleia pode ser excepcionada pelo juiz da recuperação caso a rejeição se dê por decisão não unânime, desde que se obtenha, de forma cumulativa: (i) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; (ii) a aprovação de 2 (duas) das classes de credores (alternativamente, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas); e (iii) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores.

Embora haja opinião no sentido de que o disposto no art. 58, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.101/2005 corresponda ao “cram down” norte-americano⁶³, cabe salientar que o modelo norte-americano é bem mais amplo, pois prescinde dos requisitos legais impostos pelo mencionado dispositivo da lei brasileira. Assim, a opinião que parece a mais correta é aquela externada por Alberto Carmiña Moreira, segundo o qual, “O *cram down* brasileiro é legalista,

a residência da família do devedor. O intuito de tais medidas foi incentivar o devedor a se valer do Capítulo XII do *Bankruptcy Code* para requerer a reorganização de suas dívidas, para tentar assim preservar a maioria de suas propriedades, caso isto fosse permitido pelas leis do Estado em que residisse o devedor. No ano de 2005, foi aprovado o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* que, ao tratar dos devedores pessoas físicas, incentiva que estes se valham dos procedimentos de reorganização do Capítulo XI do *Bankruptcy Act* a fim de renegociarem, ao menos, o pagamento parcial de suas dívidas.

⁶² A respeito da concatenação dos prazos do processo de recuperação judicial e dos problemas decorrentes da morosidade do Poder Judiciário, v. MARTINS NETO, Carlos e BASTOS FILHO, Claudio Luiz de Miranda. O prazo de suspensão das ações e execuções no âmbito do processo de recuperação judicial: evolução da jurisprudência. *Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE*. nº 10. Rio de Janeiro: Renovar, jan-jun 2012. pp. 67-103.

⁶³ As opiniões advêm principalmente de profissionais que atuam no domínio da recuperação judicial. Nesse sentido, vide PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

fechado, e não dá margem ao juiz para imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores”⁶⁴.

Passados já nove anos desde a edição da lei de 2005, tem-se notado um forte ativismo judicial por parte dos julgadores, no sentido de fazer valer a preservação da empresa quase que a qualquer custo. Nessa linha, começa a causar perplexidade o distanciamento do conteúdo de diversas decisões judiciais (inclusive de tribunais superiores) do que se esperaria de uma decisão técnica baseada no texto da lei.

Não havendo viabilidade econômico-financeira para empresa em crise, impõe-se a imediata liquidação do patrimônio do devedor, para, com o seu resultado, promover a satisfação dos credores, segundo a ordem de pagamentos constante do artigo 83 da Lei. No que diz respeito ao processo falimentar, merece destaque a alteração na forma de realização do ativo, que passou a se iniciar logo após a conclusão da arrecadação dos bens, podendo ocorrer antes mesmo da publicação do quadro geral de credores⁶⁵.

Em suma, o objetivo destas reflexões consiste em examinar aspectos gerais da Lei nº 11.101/2005 *vis-à-vis* as características da vida sócio-econômica brasileira, fixando conceitos tendentes à adequada compreensão da disciplina da recuperação judicial, no sentido de se caminhar para a construção de uma cultura jurídica própria para a recuperação judicial de empresários brasileiros.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto ao longo deste trabalho, pode-se concluir que, os institutos jurídicos para solução da crise empresarial evoluíram positivamente ao longo da história, sobretudo no que diz respeito ao caso particular do Brasil.

Pode-se dizer, relativamente à legislação brasileira, que, na atualidade, o conceito de falência está desvinculado da ideia de fraude. Nessa linha, a leitura racional do processo de falência remete o intérprete a considera-lo como solução adequada para o melhor

⁶⁴ MOREIRA, Alberto Carmiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividades do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005, p. 258.

⁶⁵ Sobre esse particular, Sergio Campinho aponta as razões da modificação do sistema até então vigente: “primeiro, na estrutura processual, que não mais contempla a suspensão da falência. [...] Segundo, porque o escopo central da falência consiste na liquidação judicial do patrimônio do empresário insolvente visando à preservação do valor do ativo e utilização produtiva dos bens, inclusive os intangíveis que integram o estabelecimento (artigo 75), o que só pode se alcançar através de procedimentos que, com maior eficiência, garantam uma melhor forma de satisfação dos créditos” (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação judicial – o novo regime da insolvência empresarial*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 416).

aproveitamento dos bens de produção do empresário mal sucedido em seus negócios, a despeito de ter exercido sua empresa presumivelmente de boa-fé.

Por outro lado, a conceito de recuperação judicial já conseguiu se distanciar da conotação negativa de sua antecessora, a concordata preventiva, que, no contexto do Decreto-Lei nº 7.661/45, era vista como um favor legal oferecido pelo Estado.

Com efeito, discute-se hoje em dia quais são os limites e possibilidades do princípio da preservação da empresa, a fim de que sua aplicação desmesurada não acabe por desnaturar o instituto da recuperação judicial. Assim, deve ser visto com cautela o ativismo judicial que, sob o pretexto de conferir efetividade ao princípio da preservação da empresa, profere decisões judiciais que se distanciam largamente da aplicação técnica da lei.

Não obstante a necessidade de ajustes pontuais e de uma melhor adequação à realidade do Poder Judiciário brasileiro, ineficiente em razão da sobrecarga de processos, entende-se que a Lei nº 11.101/2005 cumpre de forma satisfatória o seu objetivo: prover solução para a crise empresarial, seja possibilitando a recuperação das empresas economicamente viáveis, seja conferindo meios para a liquidação menos onerosa daquelas que não possuem mais viabilidade, a fim de possibilitar o pagamento dos credores com a menor deterioração possível do ativo do devedor.

Por fim, aguarda-se, com grande expectativa, a lei que regulará as condições de parcelamento dos créditos tributários dos devedores em recuperação judicial, conforme previsto no art. 155-A, § 3º, do Código Tributário Nacional, o que, além de conferir maior segurança jurídica ao ambiente empresarial, pode viabilizar a recuperação judicial de um número maior de devedores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Obras completas:

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação judicial – o novo regime da insolvência empresarial*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2001.

FARIA, Bento de. *Direito comercial*. Falência e Concordatas. v. IV. Parte Primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947.

FARIA, Sebastião Soares de. *Da concordata preventiva da fallencia*. São Paulo: Saraiva, 1932.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Décimo Quarto Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965.

FRANCO, Vera Helena de Mello e STAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa – Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997.

JACQUEMONT, André. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: LexisNexis, 2006.

LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. V, Tomo I. Campinas: Russell, 2005.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998 v.1; 14ª edição v.2. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tomo IV. Trad. por Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial. Parte Geral*. Trad. por Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1931.

SANTOS, Joaquim de Vizeu Penalva. *Recuperação Judicial de Empresas*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES PAES, P.R. *Curso de falências e concordatas*. São Paulo: Lejus, 1998.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 3 vols.

b) Capítulos de livros:

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da concordata à recuperação: investigando a recuperação extrajudicial. In: DE LUCCA, Newton e DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord). *Direito Recuperacional – aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 65-121.

MOREIRA, Alberto Carmiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividades do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005, pp. 247-273.

PEREZ, Viviane. Função social da empresa – uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 197-221.

c) Artigos em periódicos:

MARTINS NETO, Carlos e BASTOS FILHO, Claudio Luiz de Miranda. O prazo de suspensão das ações e execuções no âmbito do processo de recuperação judicial: evolução da jurisprudência. *Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE*. n° 10. Rio de Janeiro: Renovar, jan-jun 2012. pp. 67-103.