

# Cadernos de Direito Empresarial

Nº 2 • SETEMBRO 2004



# Cadernos de Direito Empresarial

VOLUME 2



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Cadernos de direito empresarial, volume 2 /  
coordenadores Fernando Antonio Cavanha Gaia,  
Jose Maria Arruda de Andrade. -- São Paulo :  
Gaia, Silva, Rolim & Associados, 2004.

Vários autores.  
Bibliografia.

1. Direito empresarial I. Gaia, Fernando  
Antonio Cavanha. II. Andrade, Jose Maria Arruda de.

04-6204

CDU-34:338.93

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direito empresarial 34:338.93

05 **Protocolo de Kyoto  
e o Mercado de Carbono**  
JULIANA GIACOMAZZO MEYER

12 **A Nova Lei de Falências  
e o Instituto da Recuperação**  
LEONOR M. C. PRADO DE ALMEIDA  
CESAR TADEU DIAS JUNIOR

# Protocolo de Kyoto e o Mercado de Carbono

JULIANA GIACOMAZZO MEYER

Não é sem motivo que ultimamente percebemos tanto alarde e bandeiras hasteadas sobre questões ambientais, em especial no que tange as mudanças climáticas e aquecimento do planeta. A conscientização e preocupação global vem adquirindo inofismável força e respeitabilidade.; e quando podemos unir uma boa ação a uma atividade lucrativa, tal como é o mercado de carbono, o tema torna-se ainda mais interessante.

Nos últimos cem anos, a temperatura do planeta subiu, em média 0,56<sup>o</sup>C graus, e a perspectiva para os próximos cem anos, se nenhuma medida preventiva for tomada, é que a elevação chegue até 3<sup>o</sup>C. Três graus Celsius pode parecer pouco, se não soubermos a magnitude das conseqüências que poderão ocorrer.

Inicialmente, para melhor elucidação do assunto, cumpre-se tecer breve explanação sobre o tão famigerado “efeito estufa”, pois ao abandonarmos sprays e inseticidas há alguns anos atrás, e hoje lendo frascos que determinados produtos “não prejudicam a atmosfera”, muitos de nós não sabemos o real significado desses atos e expressões.

Efeito estufa é portanto um fenômeno natural causado pelo acúmulo de gases na atmosfera, principalmente vapor d’água e dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), que provocam a retenção do calor na superfície da Terra. Os gases funcionam como uma espécie de vidro-estufa, pois ao mesmo tempo em que permitem a entrada do sol, retém seu calor mantendo a temperatura da terra em torno de 16<sup>o</sup>C. Sem eles, o sol não conseguiria aquecer a Terra o suficiente para que ela fosse habitável, pois a temperatura média do planeta estaria em torno de 17<sup>o</sup>C negativos e a superfície seria coberta de gelo. O problema está com a intensificação do efeito, pelo excesso de emissões de gases poluentes, que ao permanecerem na atmosfera, elevam a temperatura global. Precisamos então do efeito estufa, mas em quantidade equilibrada: não tão pouco a ponto de congelar o planeta, não em excesso a ponto de super aquecê-lo.

Dentre os gases poluentes, ou gases de efeito estufa, o gás carbônico ou dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) é o mais liberado, correspondendo a mais de 55% do total geral de emissões, sendo resultado da queima de combustíveis fósseis, de florestas e pastagens e da própria respiração humana. Além dele, verifica-se o metano (CH<sub>4</sub>), produzido pela decomposição da matéria orgânica (lixo); o óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), gerado pela atividade das bactérias no solo; compostos de clorofluorcarbono (CFC), utilizados em embalagens de plástico, refrigeradores, aerossóis e outros produtos. O excesso de gás já acumulado deve-se às intensas atividades industriais, agrícolas, de transportes, principalmente a queima de carvão, petróleo e seus derivados, e também pela urbanização dos centros e ao grande crescimento demográfico em geral.

Atualmente cerca de um bilhão de pessoas, uma sexta parte da população mundial, já vive em zonas consideradas ameaçadas, a área dos desertos estão aumentando, e muitas pessoas, em países tropicais, já foram vítimas de violentas tempestades e furacões extemporâneos.

Para um futuro próximo, estudiosos do assunto vislumbram a grande possibilidade que a Terra com três graus Celsius a mais, seja palco das mais sérias e catastróficas mudanças. Vislumbram a grande possibilidade de sermos testemunhas vitimadas do derretimento das calotas polares do planeta, do aumento de todos os oceanos, do desaparecimento de ilhas e cidades de baixa altitude, da modificação dos regimes dos ventos, maior evaporação da água e conseqüentes tempestades e furacões. As condições do solo e da agricultura sofrerão grandes transformações, e a água doce, recurso vital, seria ainda mais prejudicada, vez que encontrar-se-á com água salgada elevada dos oceanos.

Obviamente é impossível pontuar com precisão as futuras conseqüências de um aquecimento, mas como pregam as Nações Unidas, através do princípio da precaução “onde houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a falta de certeza científica não deve ser motivo para o adiamento das soluções”<sup>1</sup>.

A consciência e preocupação sobre a temática iniciaram-se com a Declaração de Estocolmo, em 1972, que reconheceu um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental ao homem. Tomou força na *United Nations Framework Convention on Climate Change*, de 1992, a Rio ou Eco 92, mas como maior e mais louvável avanço da temática, em 1997, agora com as pessoas e entidades reconhecendo a legitimidade de preocupações (que até então eram tidas como atos isolados de ecologistas radicais) foi estabelecido um acordo entre os maiores países do mundo, conhecido como Protocolo de Kyoto.

Dito Protocolo em suma, obriga seus signatários constantes no anexo I - países industrializados - a reduzirem suas emissões de gases de efeito estufa em ao menos 5,2% em relação aos níveis computados em 1990, entre os anos de 2008 e 2012, devendo no ano de 2005 comprovar progressos quantos aos compromissos assumidos. A União Européia tem a maior meta de redução a atingir, quantificada em 8%, enquanto a dos Estados Unidos é 7%, e do Japão 6%.

O rol das nações mais poluidoras do planeta é encabeçado, com larga folga, pelos Estados Unidos, responsáveis sozinhos por um terço da emissão de poluição mundial, percentuada em 36,1%; vem seguido da China, Rússia, Japão, Índia e Alemanha. China e Índia apesar de grandes poluidoras, não constam no anexo I do Protocolo e não têm metas a cumprir, pois o fato deve-se não ao abuso nas emissões de gases, mas sim, por serem países megapopulosos. Brasil ocupa o 17º lugar na lista, não tendo metas a cumprir, vez que é ainda, sob a ótica da ONU, nação em desenvolvimento.

O Protocolo de Kyoto também prevê que os países que restarem inadimplentes em suas metas de redução de emissão, seja por impossibilidades ou por decisões econômicas, já que as medidas exigirão altos investimentos em tecnologia, diminuição de produção e desemprego na indústria, terão três maneiras de

---

<sup>1</sup> Site oficial: [www.unfccc.org](http://www.unfccc.org)

compensar seus déficits. A primeira é o chamado Comércio de Emissões (“*emissions trade*”) pelo qual países industrializados podem comercializar sua parte que excederam as metas compromissadas. O segundo é pela Implementação conjunta (“*Joint Implementation-JI*”), que possibilita que um país industrializado possa compensar suas emissões participando de sumidouros (processos que visam remover um gás de efeito estufa) e projetos de redução de emissões em outros países. E o terceiro, idealizada pelo brasileiro José Domingues Miguez, chamado de “MDL” – Mecanismo de desenvolvimento limpo, (“*Clean Development Mechanism-CDM*”) consiste na compra de certificados de crédito de carbono de países em desenvolvimento. No artigo 12 do Protocolo lemos que **“Cada tonelada de CO2 deixada de ser emitida ou retirada da atmosfera por um país em desenvolvimento poderá ser negociada no mercado mundial”**<sup>2</sup>

Créditos de carbono comercializáveis advêm invariavelmente de projetos de redução de emissão ou retirada de gases de efeito estufa, que cumpram os requisitos exigidos pelo comprador. Nos moldes do Protocolo de Kyoto, os projetos precisam cumprir as seis metas, quais sejam: concepção do projeto, validação, registro, monitoramento, verificação e certificação, e finalmente emissão de certificados de redução, cada qual pelo órgão responsável, sendo obrigatória a participação de um órgão governamental.

Até o presente momento, o Protocolo de Kyoto ainda não está em vigor, vez que aguarda ratificação de no mínimo países responsáveis por 55% das emissões globais, sendo imprescindível a confirmação pelos Estados Unidos ou pela Rússia. George W. Bush já anunciou que não ratificará o protocolo em sua gestão, mas felizmente o governo russo prometeu sua adesão na próxima reunião das partes, a COP 10, marcada para dezembro deste ano em Buenos Aires, na Argentina. Depois de obtido o número de ratificações necessárias, o Protocolo começa a vigorar em noventa dias.

No entanto, antes, e mesmo independentemente do Protocolo vir a ser implementado, diversos países, entidades e empresas, com espírito empreendedor e vanguardista, já estão se articulando, antevendo oportunidades, desenvolvendo mecanismos próprios, e efetivamente negociando créditos de carbono em mercados regionais, alternativos à Kyoto. O Banco Mundial<sup>3</sup>, por exemplo, tem fundos multilaterais de investimentos como *Prototype Carbon Trade (PCF)* constituído por seis governos e dezessete empresas, com U\$S 180 milhões de dólares para investir em projetos amoldáveis a Kyoto, que inclusive recebeu o projeto brasileiro “Plantar”, e como o recém criado *BioCarbon Fund*, que financia projetos Kyoto e não-kyoto, desde que tragam benefícios sócios ambientais. O governo holandês atua de forma peculiar, realizando leilões e licitações para a compra de projetos. Japão, Canadá, e Reino Unido também estão avançados neste novo mercado. E como maior e mais ativo mercado de carbono atual, desponta a Bolsa de Clima de

<sup>2</sup> Protocolo de Kyoto, 1997 – Artigo 12

<sup>3</sup> Site oficial: [www.bancomundial.org](http://www.bancomundial.org)



Chicago (CCX), cuja média de negociação diária, segundo dados institucionais é de 7.585 toneladas de carbono, já tendo atingido negociação geral de mais um milhão de tons desde sua abertura<sup>4</sup>. Para ingressar nesta Bolsa, os projetos tem que ser de florestamento, reflorestamento, manejo sustentável ou energia renovável.

Neste momento em especial, vivemos ainda grande expectativa da iminência da formalização de regras firmes e severas pela União Européia quanto a redução de emissão de gases, com diretrizes semelhantes a Kyoto. Pelo projeto, as empresas do bloco que não cumprirem as metas estabelecidas até o ano de 2005, estarão compelidas a uma multa de 40 Euros por tonelada excedente, indo para 100 Euros no ano de 2008. Japão e Canadá renunciaram suas similares intenções e ao mesmo tempo em que se destacam hodiernamente como grandes compradores.

E além dos mercados alternativos à Kyoto já existentes e vigorosa normatização das nações por vir, cerca de dezesseis estados norte-americanos estão elaborando e aprovando leis que obriguem direta ou indiretamente à redução, assim como várias grandes empresas como Coca-Cola, Unilever, Samsung e Mc Donalds, estão assumindo voluntariamente o propósito de contribuir com a redução de emissão de gases estufa, não comprando ou usando qualquer produto prejudicial em todo seu processo produtivo.

As regras para a compra e venda de créditos de carbono advindos de projetos, são determinadas, geralmente, pelo comprador, sendo os procedimentos de Kyoto os mais complexos. Quem seguir os padrões Kyoto, estará provavelmente apto a cumprir qualquer requisito. Contudo, não é suficiente reduzir ou deixar de emitir CO<sub>2</sub>, para serem aceitos e mais valorizados, os projetos precisam ter um cunho sócio-ambiental, promovendo desenvolvimento sustentável ou algo que de alguma forma contribua para a sociedade.

Os riscos do estado de “grey market” do mercado de carbono atual, por estar ainda em formação, sem procedimentos consolidados e certezas, geram cautela nos investidores mais conservadores e refletem no baixo preço hoje atribuído à tonelada do gás, que é comercializada entre U\$ 1 e 5 dólares americanos. Por outro lado, há boas vantagens em iniciar a negociação de créditos desde já, como a demonstração de pró-atividade da empresa, imagem positiva, o exercício de “learning by doing” como preparação para o mercado, a especulação por melhores preços, o desenvolvimento de vantagens competitivas e a possibilidade de financiamento por diversas fontes internacionais como Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento e para o Meio Ambiente, do Banco Interamericano de Desenvolvimento, da União Européia e especialmente o Banco Mundial, que além de fornecer capital, disponibiliza sua experiência em todas as etapas de um projeto.

**Desta forma, percebemos que muito embora tenha sido o Protocolo de Kyoto o berço da idéia de MDL e de um mercado que comercializa carbono, e que teoricamente**

---

<sup>4</sup> Site oficial: [www.chicagoclimatex.com](http://www.chicagoclimatex.com)

a ele deveria estar atrelado, este mercado antecedeu a implementação do documento que o originou. Atualmente o comércio de carbono já é fato, caminha sozinho, se autofirmando e auto-regulando, independente e transcendendo o próprio Protocolo que a princípio o concebeu. Ou seja, pode-se dizer que o comércio de carbono (*carbon trade*) já independe do Protocolo de Kyoto, e sua eventual não implementação, não afetará sua existência.

E com equivalente, ou superior força à obrigação legal de redução de emissão de gases de efeito estufa, está a obrigação moral. O mundo, os governos, ONGs e todas as facções sociais, cientes da importância vital do meio ambiente sadio e do desenvolvimento sustentável para as futuras gerações, cada vez mais pregam a responsabilidade ambiental das empresas e de cada cidadão. Empresas que ignoram ou agem com indiferença a defesa e manutenção do meio ambiente, estão fadadas a sérios problemas econômicos, de competitividade e publicidade negativa. Não mais basta a qualidade intrínseca do produto e seu preço final; é obrigatório o respeito ao meio ambiente, que é patrimônio e direito de todos.

Isto posto, não se sabe com exatidão qual será o tratamento comercial, jurídico e fiscal atribuído às negociações em questão. Muito provavelmente os contratos serão intitulados como Compromissos de Compra e Venda de Créditos de Carbono, ou Compra e Venda de Expectativas e será tributado como um ganho de capital. Mas pode-se ir além. À guisa do art.12 do Protocolo de Kyoto, ter valido-se da expressão “comercializada”, e não “vendida”, pode-se pensar em comercialização de créditos de carbono no mais amplo sentido da palavra, não limitando as negociações apenas às compras e vendas. Em tese, não há objeções para conjecturar-se operações de locação, de permutas, dação em pagamento, com carbono, desde que bem estruturadas, respaldadas por contratos que bem assegurem os direitos e deveres das partes, seja à que título for.

O mundo tem então um novo “objeto de consumo”, que apesar de não ser tangível, palpável ou mesmo visualizável, será muito demandado. Nosso país deve saber muito bem aproveitar esta oportunidade, literalmente valiosa, a medida que é potencial gerador de 100 milhões de toneladas de carbono, por ter matriz energética relativamente limpa e vastíssima flora e geografia favorável. Pode ser sem dúvida, fortíssimo *player* nestas negociações.

O posicionamento do governo a partir de agora será decisivo, entre sermos os maiores vendedores de carbono do mundo, ou apenas mais um dos concorrentes. Apesar de nem todos compradores exigirem a interferência governamental nos projetos para sua aquisição, muitos dos compradores o farão. É fundamental, sob pena de perda de mercado, que uma clara posição governamental, transparente e factível, traga respeitabilidade e segurança para as partes. Agilidade com seriedade na normatização, com mecanismos céleres e eficazes na aprovação de projetos permitirá o ingresso de muito capital para o território nacional. Aparentemente, o Brasil está bem ciente dessa necessidade pró-ativa, pois foi o primeiro país em desenvolvimento a criar regras para o MDL, criando e operacionalizando a **Comissão**

**Interministerial da Mudança de Clima**, órgão governamental exigido pelo Protocolo, além de estar estudando arrojado projeto sobre negociações de créditos atuais e futuros na Bolsa de Mercadorias e Futuro sob a regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários.

Os interessados em participar de algumas das pontas ou meios de negociações desse novo mercado portanto, devem se programar e agir já. Além dos trâmites dos projetos serem longos e complexos, a concorrência em todos os pólos está em curva crescente. Empresas e particulares nacionais que já possuem, ou possam efetivar projetos de florestamento, reflorestamento, de conservação ou eficiência de energia, de criação de fontes renováveis de energia, como com resíduos florestais e aterros, sendo os dois últimos os mais cotados do momento, têm em mãos excelente oportunidade de negócio, além de bem contribuírem para o meio ambiente e qualidade de vida mundial”.

# A Nova Lei de Falências e o Instituto da Recuperação

Principais Inovações e Pontos de Discussão

LEONOR M. C. PRADO DE ALMEIDA

CESAR TADEU DIAS JUNIOR

*“Uma das leis que exige mais urgente reforma é a Lei de Falências, pois o atual procedimento constitui um verdadeiro flagelo social em que poucos lucram e a maioria é prejudicada”. – Prof<sup>o</sup> Rubens Requião<sup>1</sup>*

## I. Introdução

**A** Nova Lei de Falências, como vem sendo chamado o Projeto de Lei n<sup>o</sup> 70/2003, atualmente em tramitação no Senado, promete criar um novo panorama frente a crise do setor empresarial brasileiro.

Políticos, juristas, empresários e a sociedade em geral, chegaram ao tardio consenso de que o atual direito falimentar (Dec-Lei n<sup>o</sup> 7.661/1945) não é eficaz para proteger os principais interesses envolvidos e “só vem se sustentando, graças a uma interpretação extensiva e evolutiva proposta, debatida e exigida pelos operadores de direito”<sup>2</sup>.

Inspirada na mentalidade das legislações européias editadas anteriormente a I Guerra Mundial (1914 -1918), num cenário que envolvia, em sua maioria, empresas familiares, a atual legislação já nasceu ultrapassada, pois nunca conseguiu solucionar os conflitos gerados pela crise e quebra das empresas.

De fato, seu caráter meramente processualista e liquidatório, concentrado nos pólos credor/devedor, jamais tentou a preservação da atividade empresarial, revelando-se muito mais como um coator meio de cobrança<sup>3</sup>, que prejudica trabalhadores, diminui a arrecadação fiscal, deprecia o ativo da empresa e, por muitas vezes, não satisfaz nem os créditos dos requerentes da falência.

De acordo com a Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp), somente nos meses de janeiro e fevereiro do corrente ano foram registrados 196 pedidos de falência. Em 2003, foram 2.055 mil. “A impressão do desastre econômico-social se agiganta ainda mais quando pelas estatísticas se comprova que a maior parte dos procedimentos dos sistemas judiciais terminam na liquidação dos bens”<sup>4</sup>.

Desta forma, apontamos como diagnóstico deste preocupante cenário, a índole repressiva do processo falimentar, que visa, basicamente, a punição do devedor e a liquidação do ativo da empresa em crise.

---

<sup>1</sup> Professor e Doutor em Direito Comercial, em palestra proferida no Instituto Brasileiro dos Advogados, no Rio de Janeiro, em 1974. Trecho citado pelo Sr. Deputado Osvaldo Biolchi, relator, no Parecer sobre as emendas de plenário, por ocasião da entrega do Projeto para votação na Câmara dos Deputados.

<sup>2</sup> BULGARELLI, W. A Reforma da Lei de Falências e Concordatas. RDM n<sup>o</sup>85 - 1992

<sup>3</sup> MICHELAN, T.C.C A crise financeira da empresa e os institutos da falência e da concordata.

<sup>4</sup> BULGARELLI, Op. Cit.

Diante disso, alguns tribunais já vêm adotando postura visando a preservação da empresa, em detrimento do rigor da lei. Confira-se

*“Concordata suspensiva. Anterior processamento de concordata preventiva interrompido por pedido de autofalência. Afronta do art. 140, IV da lei de Falências. Inocorrência. Possibilidade de reabilitação da empresa. Flexibilização dos requisitos da concordata. Decisão denegatória reformada.*

*Conhecidos os riscos iminentes à produção e a circulação de riquezas, a concordata suspensiva é um favor legal concedido ao comerciante probo em revés financeiro, voltada precipuamente à reabilitação da empresa.*

*Hermenêutica mais afeita à realidade do país reclama a flexibilização de seus pressupostos, sendo notórios e ruinosos os reflexos econômicos e sociais da falência, medida que, em regra, não aproveita nem aos empregados, nem aos credores, ao contrário é prejudicial à todos.*

*No exame do instituto conveniente, senão imperioso, imprimir contornos menos rijos e seus requisitos, em homenagem não só ao princípio da continuidade da empresa, como também do art. 5º da LICC, mormente em se tratando de empresa trintenária, fonte de mais de uma centena de empregos, dotada de valioso fundo de comércio, de matéria-prima abundante e de vultuosos pedidos em carteira”. (TJSC, Agravo de Instrumento nº 98.018011-2. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu).*

*“Concordata preventiva. Uma das condições para a concessão da medida é o requerente exercer o comércio regularmente há mais de dois anos (art. 158, I, da lei de quebras). Havendo exercício do comércio mesmo antes do contrato social, não se pode negar a continuação e o cumprimento do requisito legal. Deve-se dar maior tolerância aos requisitos legais quanto à concessão da concordata preventiva, porque só se decretará a falência na falta das condições exigidas (art. 158). A tendência do julgador é de, dentro do limite da lei, dar maior amplitude para que o requerente evite a morte da firma com suas conseqüências que a ninguém agrada, nem beneficia ninguém. Só quando não há, absolutamente, conserto legal é que se decreta a falência”. (TJRS – Agravo de Instrumento – Rel Des. Protásio Leal – JC 58/291)*

Será sobre esse contexto que a nova lei atuará, tendo como pedra angular a manutenção dos empreendimentos economicamente viáveis, por meio de novos mecanismos jurídicos que buscarão promover a reorganização das atividades empresariais, reestruturação e equacionamento de dívidas, viabilizando, dessa forma, a reabilitação econômico-financeira da empresa e a manutenção da atividade produtiva<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> PAIVA, L.F.V. Panorama geral das inovações introduzidas pela nova lei de falência no sistema falimentar brasileiro.

Neste diapasão, o Sr. Deputado Osvaldo Biolchi, relator do projeto na Câmara dos Deputados, assim definiu os pilares da nova legislação, ao apresentar o Relatório Final para apreciação da Mesa:

*“Para melhor entender-se a estruturação que definimos para a Subemenda Substitutiva às Emendas de Plenário oferecidas ao Substituto do PL n° 4.376/93, queremos fazer uso da atual concepção do Direito da Empresa em Crise Econômica, que possui como pilares fundamentais de validade: 1) a manutenção da atividade empresarial; 2) o plano de reorganização da empresa; 3) interação cooperativa entre todos os interessados na recuperação da empresa; 4) maior transparência e fiscalização dos processos por parte dos credores e do Ministério Público, e por fim, 5) a atuação do administrador judicial, como elo de ligação entre o juiz, o devedor e os credores”.*

## **II. Do instituto da Recuperação**

### **Breves Considerações**

Resta evidente o intuito do legislador na busca pela preservação da função social das empresas, haja vista o incontestável fato de que a quebra atinge interesses muito mais amplos do que o dos credores, sendo sentido também por trabalhadores, clientes, fornecedores, o Estado e a sociedade em geral.

Assim, antes de adentrarmos aos comentários acerca das principais inovações do projeto, propriamente dito, achamos por oportuno, tecer breves considerações sobre o pilar que o sustenta, o instituto da recuperação de empresas.

A formulação de uma doutrina voltada para a recuperação de empresas surgiu no direito norte-americano, após a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929. A partir daí, juristas, economistas, administradores e outros profissionais ligados à empreendimentos comerciais, concentraram esforços no sentido de desenvolver métodos visando aumentar a vida útil dos empreendimentos. Com o passar do tempo, o instituto foi recepcionado em outros países, como França, Itália e Portugal.

Em breves linhas, o objetivo econômico da recuperação é permitir que as empresas em dificuldades financeiras voltem a possuir um status competitivo no cenário econômico do País. Nesse sentido:

*“A recuperação judicial pretende corrigir os erros de gestão dos administradores da empresa, ainda que, na maioria das vezes, a crise da empresa não seja causada por atos ilícitos, o certo é que ela, muitas vezes, é o reflexo de equívocos na definição de estratégias ou no estabelecimento de prioridades, que se refletem sobre todos os agentes econômicos envolvidos, gerando passivos ilíquidos”<sup>6</sup>.*

Não se deve, no entanto, confundir o plano de recuperação com um alongamento de dívida somente. “O plano de recuperação deve conter os instrumentos que identifiquem, ataquem e superem as causas para o surgimento do endividamento”<sup>7</sup>.

O novo instituto da recuperação passa a valorizar a prática de negociações e acordos entre particulares, que deverão apenas ser homologados pelo Poder Judiciário.

## **Apresentação do Projeto de Lei**

Em sessão plenária realizada no dia 06 de julho de 2004, o Senado Federal consolidou a redação final do Projeto de Lei n° 71/2003. Passemos a destacar as principais inovações contidas no texto do projeto.

### **a) Sujeito Passivo**

Diferentemente da legislação atual, que só atinge as empresas comerciais, o novo ordenamento jurídico<sup>8</sup> sujeitará à recuperação judicial e à falência, todas as sociedades empresárias.

Em versões anteriores, o projeto chegou a prever a incidência do novo sistema às sociedades cooperativas, estatais e até instituições financeiras. No entanto, após diversas negociações, conflitos de interesses e articulações congressistas, essas sociedades ficaram de fora.

Operadores do direito falimentar alertam para os danos que exclusões dessa natureza podem causar. Vejamos o posicionamento de Toi Matos Ruiz<sup>9</sup> acerca das sociedades mistas:

*“O que me parece é que estamos diante de um inegável perigo, qual seja, o de ver um projeto de lei bem estruturado ser descaracterizado nas negociações do Congresso, ao sabor das pressões dos lobbies dos diversos interessados, o que poderia até destruir conquistas alcançadas em outras*

---

<sup>6</sup> in Relatório da Comissão Especial destinada a emitir parecer ao PL n° 4376/93, de 30 de maio de 1996, p.6.

<sup>7</sup> in Op. Cit, p.8.

<sup>8</sup> “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I - empresa pública e sociedade de economia mista;

II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

<sup>9</sup> Advogado, em artigo publicado no site [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br).



*épocas. Ora, não se tem dúvidas de que a não sujeição das sociedades de economia mista à falência interessa diretamente aos governos na medida que eles participam não só nos capitais das mesmas, mas principalmente nas suas administrações”.*

#### **b) Recuperação Extrajudicial**

A empresa em dificuldades financeiras poderá apresentar a seus credores uma proposta de recuperação que, sendo aceita pela maioria, será levada à homologação do Poder Judiciário. A palavra de ordem desse instituto é a negociação, sendo que os meios para a obtenção de um senso comum se tornam bastante flexíveis, se comparados à concordata preventiva da legislação atual.

Para utilização desse instituto é pré-requisito a regularidade dos créditos trabalhistas e fiscais. Em relação às obrigações tributárias, estuda-se a possibilidade de criação de um parcelamento, algo como um REFIS especial para estas empresas.

Nessa fase da negociação, o devedor não é obrigado a convocar todos os credores, podendo elaborar um plano específico para apenas um ou para uma classe especial de credores.

O plano deverá ser aprovado por 50% dos credores de cada classe ou pela metade de todos os credores, sendo que a minoria deverá aceitar compulsoriamente o acordo deliberado. Recebido o pedido de homologação o juiz determinará a publicação de edital de convocação de credores para a apresentações de impugnações no prazo de 15 dias.

Não havendo consenso nas negociações entre devedor ou credores ou julgado procedentes as eventuais impugnações, sendo o plano de recuperação extrajudicial rejeitado, devolve-se aos credores a possibilidade de se exigir seus créditos nas condições contratuais originais. Haverá ainda, a possibilidade de requerimento de recuperação judicial.

#### **c) Recuperação Judicial**

Para uma melhor compreensão do que vem a ser o instituto da recuperação judicial, achamos conveniente traçar um paralelo com o instituto da concordata, uma vez que esse será revogada por aquele.

Diferentemente da concordata, que é um favor legal concedido ao comerciante devedor, uma espécie de moratória, a Recuperação Judicial é uma ação judicial, destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa.

A concordata não admite negociação. Há um prazo fixo de 2 anos para o pagamento das dívidas (40% no primeiro ano e 60% no segundo) e só pode ser requerida pelo próprio devedor. Na recuperação judicial, a negociação é a palavra-chave. Não há prazos fixos ou condições específicas de pagamento e qualquer parte interessada poderá propor um plano de recuperação.

A concordata é restrita apenas aos credores quirografários, podendo os demais credores, executar os bens do devedor. A recuperação atinge todos os credores, independentemente da natureza do crédito (exceções ao penhor de recebíveis e regras especiais para o fisco).

Na concordata, os credores quirografários tem participação passiva na administração da sociedade e o devedor administrador será fiscalizado por um Comissário. Na recuperação será constituída uma Assembléia de credores e um Comitê, que poderá impugnar as ações do devedor administrador, que será fiscalizado pelo Comitê e Administrador Judicial.

Quanto ao cumprimento das obrigações pelo devedor, na concordata ou haverá a dilação do prazo, como mencionado, ou a remissão. Em contraponto, o cumprimento das obrigações, pelo novo ordenamento, estará vinculado ao plano de recuperação, o qual pode ser rejeitado pelos credores.

Ainda, em relação ao cumprimento das obrigações, o art. 50 da lei descreve um rol exemplificativo, contendo várias formas e condições de pagamento. Vejamos alguns:

- concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
- cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios ou acionistas, nos termos da legislação civil vigente;
- aumento de capital social;
- venda parcial dos bens;
- emissão de debêntures;
- constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar em pagamento dos créditos os ativos da empresa em recuperação judicial, ressalvado o direito dos credores dissidentes receberem seus créditos quando da realização dos ativos, pelo valor que lhes caberia em rateio proporcional aos valores de avaliação;

Segue, na próxima página, quadro comparativo entre os institutos da concordata e da Recuperação Judicial.

	<b>Concordata</b>	<b>Recuperação Judicial</b>
<b>Legislação Aplicável</b>	Dec-Lei n° 7.661/1945	PL n° 70/03
<b>Conceito</b>	Favor legal concedido à comerciantes que preencham os requisitos previstos em lei.	Ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a fonte produtora, o emprego e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa.
<b>Relacionamento</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Não há negociação</li> <li>- Prazos fixos (2 anos)</li> <li>- Requerimento por iniciativa do credor, somente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Livre negociação entre as partes;</li> <li>- Prazos e condições de pagamento estabelecidos no Plano de Recuperação;</li> <li>- Requerimento por iniciativa de qualquer interessado.</li> </ul>
<b>Credores</b>	Atinge somente credores quirografários	Todos os credores estão sujeitos, salvo exceções previstas em lei.
<b>Cumprimento das Obrigações</b>	Condições previstas em lei (dilatória/moratória)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cumprimentos vinculados ao plano de Recuperação;</li> <li>- Rol exemplificativo de condições de pagamento (cisão, incorporação, criação de SPE, etc)</li> </ul>
<b>Administração da sociedade</b>	Administração pelo devedor, fiscalizada pelo comissário.	Fiscalização pela Assembléia de Credores e Comitê. Devedor pode ser afastado.

#### **d) Assembléia de Credores**

A Assembléia de Credores será composta pelos credores de todas as classes, sendo convocado pelo Juízo no processo de recuperação judicial e será responsável pela deliberação e aprovação do plano de recuperação e, se for o caso, por um plano alternativo. Terão direito à voto, que será proporcional ao valor de ser crédito.

### **e) Comitê de Recuperação**

Outra novidade da recuperação judicial é o Comitê, que deverá acompanhar o processo, não sendo obrigatório e dependendo de autorização judicial ou de requerimento para funcionamento.

O Comitê será composto por um representante dos empregados, um representante da classe de credores com garantia real ou privilégios especiais, um representante dos credores quirografários, além do administrador judicial.

Cabe ao Comitê fiscalizar a gestão do empresário, além de diagnosticar a situação econômica e financeira do empreendimento, incluindo detalhes de natureza contábil e administrativa e a execução de cada etapa do plano aprovado.

### **f) Tratamento Especial às Micro e Pequenas Empresas**

Diferentemente do que está previsto para as empresas de médio e grande porte, o projeto estabelece que, durante o procedimento de recuperação judicial, os débitos existentes serão pagos em 4 anos, sendo 15% no primeiro ano, 25% no segundo, 30% no terceiro e 30% no quarto. Este prazo poderá ser prorrogado por mais um ano, desde que haja anuência expressa da maioria dos credores.

Durante o período de recuperação, a empresa não poderá aumentar suas despesas ou contratar novos empregados sem autorização judicial e anuência dos credores.

## **III – Da Falência**

É unânime a opinião dos estudiosos do direito de que o sistema falimentar brasileiro é caótico, assustador e, voltamos a insistir, ineficaz. A nova legislação nasce com uma proposta de simplificar o procedimento, priorizando a rápida realização do ativo. Destacamos o quanto segue:

### **a) Requerimento da Falência**

Há um aumento dos requisitos para a formulação do pedido de falência. O credor que requerer a falência, deve possuir um crédito, somados todos os títulos protestados, superior à 40 salários mínimos<sup>10</sup>.

Tal medida objetiva principalmente a restrição do pedido de falência para

<sup>10</sup> Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência

fins de cobrança, meramente. Hoje não há limitação de valor e seria possível a decretação da falência por credor de título no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), por exemplo.

### **b) Classificação dos Créditos**

Fica estabelecida uma nova ordem na classificação dos créditos. Ocorrendo a falência, os credores receberão os valores devidos na seguinte ordem:

- 1° – Créditos Trabalhistas, até 150 salários mínimos;
- 2° – Créditos Tributários;
- 3° – Créditos com garantia real (hipoteca e penhor, por exemplo);
- 4° – Créditos com privilégios especiais e gerais, de acordo com a legislação vigente;
- 5° – Créditos Quirografários, como são chamados os que não possuem garantia vinculada;
- 6° – Créditos Subordinados (créditos devidos aos administradores sem vínculo trabalhista, por exemplo).

Com certeza essa ordem de classificação foi o ponto mais debatido entre parlamentares e a classe empresária, pelo que, alguns créditos passaram a ser considerados como extraconcursais, possuindo absoluta prioridade no recebimento. Uma medida como essa acaba por prejudicar alguns setores e beneficiar outros. Senão vejamos:

*Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:*

*(...)*

*II - da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3o e 4o, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;*

O presente artigo exclui do processo falimentar os créditos decorrentes de Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC), que consiste num valor adiantado pelos bancos, visando exportação futura. Tais importâncias serão objeto de um pedido de restituição. Alguns estudiosos entendem que esse privilégio dado às instituições financeiras é inexplicável sendo um paradoxo ao ideal de reforma pretendido.

Cumpramos esclarecer que esse pedido de restituição foi eliminado dos processos de recuperação judicial, sendo cabíveis somente em processos de falência.

Ressalte-se que essa ordem é exclusiva do processo falimentar. Na recuperação, conforme abordamos, a ordem de classificação dos créditos será definida do Plano de Recuperação, assegurada a prioridade aos créditos trabalhistas.

### **c) Venda Antecipada de Bens**

Com o intuito de agilizar o processo de falência, está prevista no projeto a venda antecipada de bens pertencentes à massa falida, a ser realizada consoante a determinada ordem de preferência:

- Alienação do estabelecimento em bloco;
- Alienação de filiais ou unidades produtivas, isoladamente;
- Alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor, caso tenha cessado a exploração de seu negócio;
- Alienação parcelada dos bens.

Vejamos qual o intuito do legislador com essa medida:

*“Desde logo, é oportuno deixar consignado que, pretende-se, como filosofia geral, a preservação dos ativos de algum valor econômico do falido, por meio da transferência legal destes ativos para uma nova empresa, isenta, imune de riscos. A venda de ativos, como se, é fundamental para o processo de recuperação empresarial ou mesmo para o processo falimentar”<sup>11</sup>.*

Não há dúvidas de que essa foi uma boa alternativa para solucionar o problema de depreciação dos bens do falido. O que ocorre, é que, na maioria dos casos, devido ao longo período entre a decretação da falência e a efetiva liquidação dos bens, muitas vezes, as máquinas já se tornaram obsoletas e os bens intangíveis, como a marca, já se evaporaram.

Desta forma, a venda antecipada dos bens torna-se salutar para o processo, pois além de evitar que os bens se desvalorizem com o tempo, possibilitará, ainda, a diminuição dos freqüentes desvios e manipulações.

Os bens arrecadados também poderão ser dados em pagamento, observada a ordem de preferência dos credores.

### **d) Sucessão Tributária**

Para viabilizar a venda dos ativos da massa falida e ainda a recuperação judicial, tramita, paralelamente ao PLC n° 70/03 (Nova Lei de Falências), o PLC n° 71/03 que altera dispositivos do Código Tributário Nacional (CTN), adequando-o ao novo sistema falimentar.

Pela redação atual, a responsabilidade tributária dos ativos objetos de alienação é transferida ao adquirente. O PLC tem como mérito minimizar os entraves para a

---

<sup>11</sup> Sr. Deputado Osvaldo Biolchi, no Parecer sobre as emendas de plenário, por ocasião da entrega do Projeto para votação na Câmara dos Deputados.

venda dos bens do falido, pois é notório que o risco de sucessão tributária afasta investidores, levando o devedor à bancarrota.

O estudioso sobre o tema, Dr. Luiz Fernando Valente Paiva, em palestra realizada em Curitiba, destaca os três principais efeitos da alteração do CTN:

- a) Eliminação da sucessão tributária nos casos de alienação judicial realizada no processo de falência, recuperação judicial ou extrajudicial;
- b) Ampliação das situações em que há presunção de fraude na alienação de ativos;
- c) Paridade no tratamento dos credores com garantia real ao crédito tributário, ao qual passará a concorrer em igualdade de condições;

#### **d) Crimes Falimentares**

O projeto dedica um capítulo especial aos crimes falimentares, estabelecendo uma gama de penalidades:

- a) inabilitação para o exercício de atividade empresarial;
- b) incapacidade para exercício de função em conselho de administração, diretoria ou gerência de empresas;
- c) impossibilidade de gerir a empresa por mandato ou gestão de negócios;
- d) multa;
- e) reclusão.

#### **f) Atos Processuais e Respetivos Prazos**

Atualmente o trâmite processual e os prazos na falência são diferenciados e confusos. Com a nova redação, há uma simplificação procedimental, adotando-se o Código de Processo Civil como fonte subsidiária, principalmente no que se refere aos recursos e prazos.

### **III – Conclusão**

Este trabalho buscou apresentar um panorama geral do novo direito falimentar, destacando os aspectos mais significativos, dentre os quais:

- a) A ampliação do alcance da falência A todos que explorem atividades econômicas, salvo as exceções apresentadas;
- b) Substituição da concordata suspensiva pelo instituto da recuperação da empresa em crise, fundado em planos viáveis de saneamento e solução do passivo;
- c) Alteração da ordem de preferência dos créditos;

- d) Alteração do CTN, extinguindo a responsabilidade tributária do adquirente dos bens do falido ou da empresa em recuperação;
- e) Estabelecimento de sanções penais
- f) Utilização do CPC como fonte subsidiária.

Apesar das críticas, uma nova realidade está sendo construída. Como vimos, pontos positivos e negativos existem, resta trabalhar no sentido de que as qualidades se sobressaiam aos defeitos. Aguardemos.



# Cadernos de Direito Empresarial

---

As opiniões técnicas apresentadas nos artigos  
são de responsabilidade dos respectivos autores.