

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E COMPARADA DO DIREITO FALIMENTAR

Átila de Alencar Araripe Magalhães
Carlos José Vasconcelos dos Santos
Renata Albuquerque Lima

RESUMO

O presente trabalho visa estudar a evolução histórica e comparada do Direito Falimentar, desde o Direito Romano até a atual Lei de Recuperação e Falência de Empresas – Lei 11.101/2005. Com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, além da lei supramencionada, a atividade empresarial é elevada a condição de “organismo multidisciplinar”, motivo pela qual o interesse na preservação dessa atividade extrapola a orbita do seu titular, despertando o interesse da sociedade, dos colaboradores, dos investidores, dos consumidores, do mercado e do Estado. Mostra-se que o alicerce do novo Direito Concursal agrega interesses públicos e privados. Por fim, conclui-se que na superação da situação de crise econômico-financeira da empresa, bem como na busca pela preservação da atividade empresarial, é necessário conjugar a eficiência econômica e a função social, complementares no Estado Democrático de Direito, destacando a atuação moderada do Estado como essencial.

Palavras-chave: Lei 11.101/2005. Evolução Histórica e Comparada. Direito Romano.

INTRODUÇÃO

Para acompanhar o crescente desenvolvimento de uma sociedade globalizada, as normas jurídicas devem-se revestir de dinamismo, assim como são dinâmicas as pessoas que compõem uma civilização, de modo a acompanhar os problemas por que passa a sociedade atual.

Nesse sentido, por vezes, o processo legislativo não consegue acompanhar toda essa metamorfose social, ou abranger, quando da edição de uma nova lei, todas as aspirações sociais, e, por efeito, invoca-se a importância do papel do intérprete do direito, ou seja, do hermenêuta, em que este faz uma contextualização da norma com a atual conjuntura política, econômica, cultural e social, harmonizando-a ao caso concreto.

À vista do contexto explanado, o extinto Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, que regulamentava o processo de falência e de concordata, não mais conseguia acompanhar toda essa conjuntura socioeconômica globalizada, não se coadunando com essa realidade

social. Nesse revogado sistema, uma empresa, ao estar diante de uma concordata, seja ela preventiva ou suspensiva, não alcançava a sua reabilitação econômico-financeira, findando em suportar um processo falimentar, que traz consequências negativas para o falido, seus empregados, fornecedores, e, também, para a sociedade e o Estado, acabando por desautorizar as imposições constitucionais.

Assim, no ano de 2005, foi publicada a tão cogitada Lei de Recuperação e de Falência de Empresas (Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005), trazendo uma transformação significativa na realidade supramencionada e abraçando a empresa como um agente econômico de inegável conotação social e de caráter multidisciplinar.

METODOLOGIA:

Relativamente aos aspectos metodológicos, as hipóteses serão investigadas através de pesquisa bibliográfica, buscando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em estudo e de pesquisa documental. No que tange à tipologia da pesquisa, esta será, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada com o intuito de aumentar o conhecimento, sem transformação da realidade. Segundo a abordagem, qualitativa, com a observação intensiva de determinados fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, a pesquisa será descritiva, porque vai descrever fenômenos, investigar a frequência com que um fato ocorre, sua natureza e características, além de classificar, explicar e interpretar os fatos, sem interferência do pesquisador e exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão (BASTOS, 2008).

RESULTADOS E DISCUSSÕES:

Para uma melhor compreensão de um instituto jurídico no atual contexto social, econômico, jurídico e político, faz-se necessário examinar a evolução histórica deste e, assim, entender como o moderno regramento legal incide sobre esse objeto. É assim que se iniciam as pesquisas acerca do Direito Falimentar no presente trabalho.

O direito romano, assim como nas principais áreas do Direito, também influenciou os alicerces do Direito Falimentar, seguindo, em suma, a seguinte ordem evolutiva: satisfação dos credores e punição do devedor, através da execução corporal e pessoal e, posteriormente, da patrimonial. Modernamente, o foco é a continuidade da atividade empresarial.

Outrora, ainda na fase primitiva do direito romano, a ingerência do Poder Público no que viria a ser atualmente o concurso creditório era diminuta, ou mesmo inexistente, tudo a depender, em suma, da ação dos credores, que tudo faziam para defender seus próprios interesses, sem disciplina jurídica própria. Trata-se de sombrias épocas em que o devedor respondia por suas obrigações com a própria vida. Contudo, na Idade Média, a atuação dos credores foi condicionada a disciplina jurídica própria, sendo a época que o concurso de credores se transforma na falência (ALMEIDA, 2007, p. 5-6).

Nessa esteira, José Xavier Carvalho de Mendonça (1899, p. 10-11) coloca que a situação do devedor era muito cruel, haja vista que mesmo que ele possuísse bens – casa, campos, escravos, gado e até dinheiro – “a pessoa do devedor constituía a única garantia do credor”. O autor apresenta algumas explicações para a prevalência desse direito: i) na sociedade primitiva, à violação de um direito alheio havia uma severa reação contra a injustiça causada através da defesa privada e da vingança (corrente defendida por Ihering); ii) resultante de uma política adotada pelos chefes da plebe, que consideravam perigosa a execução real porque os patrícios poderiam se apoderar de seus domínios (corrente prestigiada por Niebuhr); ou, iii) em razão do grande respeito que os romanos nutriam pelo direito de propriedade.

Segundo ainda esse jurista (MENDONÇA, 1899, p. 10-13), os elementos introdutórios do *concursum creditorum* hodierno verificavam-se nos momentos finais da República Romana, em que se admitiu a *venditio bonorum* (posteriormente foi denominado de *missio in possessionem rei servandoe causa*) como um dos meios de execução forçada das sentenças condenatórias cuja determinação era o pagamento de certa quantia em dinheiro. De posse desse documento, o credor procurava o magistrado para autorizar, via decreto, a tomada da posse de todos os bens do devedor (*missio in bona*), privando-o apenas da administração, e, depois proceder a sua alienação, conforme as formalidades exigidas. Esse instituto importava, segundo ele, na conservação de direitos, impedindo abusos e desvios.

Na vigência da Lei das XII Tábuas, primeiro registro escrito das normas romanas, em que a execução era pretendida contra a pessoa do devedor, ao credor era garantido o direito de mantê-lo acorrentado, vendê-lo como escravo e até matá-lo, com autorização pretoriana. Esse procedimento persistiu até a edição da *Lex Poetelia Papira*, que, prestigiando a liberdade e impelida pela expansão do território romano, inaugurou os primeiros passos da execução real, ou seja, o objeto da cobrança recaiu sobre os bens do devedor. Salienta-se que o *modus operandi* foi se diferenciando ao longo do tempo. Considera-se esse momento

histórico como o nascimento do processo falimentar, embora precariamente (PERIN JUNIOR, 2009, p. 6-7).

Referida ideia estava tão arraigada naquela sociedade que os credores faziam-na de um instrumento de vingança pessoal, resvalando-se negativamente também na comunidade, de modo que a pessoa falida, não possuindo mais a boa imagem, estava impossibilitada de realizar negócios economicamente úteis.

Na idade média, houve o “desenvolvimento, aperfeiçoamento e sistematização” do direito falimentar, embrionariamente do Direito Romano, dando-lhe mais robustez e estrutura, notadamente nas cidades comerciais italianas, em que prosperou o comércio – renascimento comercial e urbano – e, por consequência, as relações mercantis foram se tornando mais complexas e surgiram diversas consequências, inclusive a quebra; e, para atendê-las, propagaram-se regulamentações pertinentes à temática, por vezes, até com duplicidade de procedimentos (PERIN JUNIOR, 2009, p. 8-10), baseadas nos usos e costumes entabulados pela prática comercial e depois convertidas em leis escritas (MENDONÇA, 1899, p. 14-15).

Nessa época, floresceu dois regimes antagônicos de execução universal: um de caráter privatista, inspirado na lei romana anterior, em que os credores eram partes essenciais na condução do procedimento e os magistrados mantinham o papel de salvaguardar os interesses daqueles; introduzia-se a ideia da intervenção mínima do Estado. Na outra corrente, de natureza publicista, influenciada pelo direito visigótico, o juiz era a figura central, dotado de poderes para reger o procedimento e com os objetivos de reprimir e castigar o devedor, bem como defender os direitos dos credores (PERIN JUNIOR, 2009, p. 8).

Ainda na época medieval, Ecio Perin Junior (2009, p. 9) pontua que também houve divergências no tocante à qualificação do devedor para desencadear o processo expropriatório. Uma linha de pensamento não observava a diferença entre comerciante ou não comerciante, bastando apenas a situação de insolvência e o não pagamento. A outra, além de fazer essa distinção, considerava que o comerciante inadimplente deveria sofrer um procedimento mais severo e penalizador, em razão da sua responsabilidade mercantil e das consequências negativas que essa situação geraria para o comércio em geral. Com o tempo, ante a efervescência mercantil e a complexidade das relações, essas oposições e antagonismos foram perdendo força, tendendo a uma unidade e homogeneidade.

O processo evolutivo do Direito Comercial, hoje denominado de Empresarial, guarda estreita ligação com o progresso do comércio e o aperfeiçoamento das transações econômico-financeiras. A propósito, Fran Martins (2009, p. 7-8) acentua que as cruzadas

também foi um dos grandes fomentos ao crescimento comercial, uma vez que facilitava o deslocamento de povos e produtos de diversos gêneros. Mais tarde, formaram-se mercados e feiras, centros de realização de vários negócios. Nessa época, criaram-se costumes no que diz respeito aos encontros para a realização de compras, vendas e trocas, bem como normas para fruição dos impostos pelo Estado.

Finalizando-se o Renascimento Italiano, conforme José Xavier Carvalho de Mendonça (1899, p. 16), despontou o direito francês ao arquitetar a Ordenação de Savary, de 1673, sua primeira codificação, que subsidiou o Código Comercial Napoleônico, de 1807, instrumento legal que consagrou a falência como instituição exclusivamente comercial e influenciou as legislações subseqüentes, inclusive a brasileira.

No Brasil, inicialmente, na qualidade de colônia de Portugal, vigorava a legislação desse país, qual seja, as Ordenações Afonsinas, instrumentos que reproduziam o mecanismo da *cessio bonorum*, oriundo do Direito Romano, que foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas. Em 1603 foram decretadas as Ordenações Filipinas, de origem espanhola, que cuidaram do aspecto penal daqueles que faliam fraudulentamente (MAMEDE, 2010, p. 10-11). Essa norma vigeu no país até 1916, ano em que nasceu o Código Civil, revogando os dispositivos ainda existentes e vigorantes.

Com o término desse período e ante ao desenvolvimento das atividades mercantis, Marquês de Pombal promulgou o Alvará de 13 de novembro de 1756, considerado o marco decisivo no direito Concursal pátrio, haja vista a introdução de autêntico processo de falência, de caráter mercantil, em juízo comercial, aplicável exclusivamente aos comerciantes, mercadores ou homens de negócios (FERREIRA, 1955 *apud* PERIN JUNIOR, 2009, p. 11-12).

Na vigência dessa normatização, o falido era impelido a apresentar-se perante a Junta do Comércio e jurar o verdadeiro motivo de sua falência, caso fosse fraudulenta, era decretada a prisão. Os bens eram inventariados e arrecadados, destinando-se um percentual do produto da arrecadação para o sustento do devedor e sua família (PERIN JUNIOR, 2009, p. 12). Posteriormente, tanto no período colonial como no pós-independência, foram editados alguns Alvarás Reais, que subsistiram até o Código Comercial de 1850, derivado de notável influência do Código de Comércio francês de 1807 (MAMEDE, 2010, p. 11). Trata-se da fase imperial que vigorou até a Proclamação da República (NEGRÃO, 2010, p. 46).

Após o decurso de determinado tempo, muitas legislações entraram em descompasso com a realidade, em razão do dinamismo das pessoas e das relações e do desenvolvimento das conjunturas econômica e social. Conforme assenta Ecio Perin Junior

(2009, p. 13), isso também aconteceu com esse Código Comercial, notadamente em decorrência da morosidade e do alto grau de complexidade do processo, o que importava, comumente, na ruína do devedor em prejuízo dos credores, que possuíam exacerbada autonomia. Ao juiz, adstrito a observância da forma, competia apenas a homologação das decisões tomadas em assembleias pelos credores.

Estreando o período republicano, em 1890, foi editado o Decreto 917, revogando a terceira parte do Código Comercial (*Das quebras*), que caiu em descrédito em razão, dentre outros motivos, de excessiva autonomia e proteção aos credores, bem como da ocorrência de fraudes. Contudo, trouxe novos horizontes quando instituiu a moratória, a cessão de bens e o acordo do preventivo como meios preventivos da decretação da falência. Nesse clima de condutas ardilosas e abusos do sistema, adveio a Lei 859/1902, que fez algumas alterações na norma anterior, contudo não logrou êxito no saneamento desses vícios (PERIN JUNIOR, 2011, p. 39-40).

Ecio Perin Junior (2009, p. 15-16) assevera que, ante a insatisfação com o sistema legal vigente, em 1908, sobreveio a Lei 2.024, de autoria de J. X. Carvalho de Mendonça, reputada como de grande importância para o desenvolvimento do direito falimentar brasileiro. Ela determinava a verificação dos créditos com a respectiva habilitação e sua classificação na forma do princípio *par conditio creditorum*, o que colaborou para a diminuição das fraudes, entretanto, também restou ineficiente principalmente em decorrência da fragilidade do Judiciário. Essa legislação vigorou até o ano de 1929, quando se editou a Lei 5.746, com poucas alterações em relação à anterior, assentando em seu bojo a redução do número de síndicos de três para um e a porcentagem sobre os créditos para a concessão da concordata.

Após dezesseis anos, foi promulgado, em 21 de junho de 1945, o Decreto-Lei 7.661, sob as diretrizes de Trajano de Miranda Valverde, que vigeu até 2005. Segundo Gladston Mamede (2010, p. 22), essa norma, dentre outras contribuições, reforçou o poderio dos juízes, diminuiu o domínio dos credores e converteu a concordata, preventiva ou suspensiva, em um benefício, concedido pelo magistrado, ao invés de um acordo de vontades.

A grande mudança nesse ramo no ordenamento jurídico pátrio ocorreu com o Código Civil de 2002 (CC/02), inspirado na codificação italiana de 1942, que expurgou a teoria tradicional dos atos de comércio, que se baseava “no comerciante e no exercício profissional da mercancia”, consoante expressa Ecio Perin Junior (2011, p. 48), e se perfilhou à teoria da empresa, além de haver unificado as matérias civis e mercantis. Revogou-se grande parte do Código Comercial de 1850, restando apenas a parte que regulamenta o comércio marítimo.

Com as transformações e os anseios sociais, observou-se que esse Decreto-Lei tratava-se de um mecanismo solutório, ou seja, de liquidação e encerramento da empresa. Sendo assim, com o escopo de prestigiar a reorganização econômica da empresa e a sua manutenção no meio social, decorrente do reflexo da função social intrínseca a qualquer propriedade privada, nasceu a Lei 11.101 em 09 de fevereiro de 2005 (PERIN JUNIOR, 2009, p. 17).

Decerto que o que viria a ser o Direito Concursal moderno sofreu substanciais transformações. Primeiramente, como visto, o pagamento das dívidas sobrevinha apenas sobre a pessoa do falido e a finalidade consistia na mera satisfação do crédito, violando a dignidade humana. Posteriormente, o foco voltou-se para a execução patrimonial (art. 942 do CC/02).

A Lei Falimentar concretiza a execução coletiva ou procedimento concursal, em razão da multiplicidade de interesses a serem satisfeitos e a eventual (e provável) possibilidade de nem todos os credores serem atendidos, adotando-se, como regra, a igualdade entre eles (*par conditio creditorum*).

Contemporaneamente o escopo legal é a preservação da empresa, iniciando-se nas legislações norte-americana, inglesa, francesa, belga, alemã, portuguesa, espanhola, italiana, dentre outras, e, mais recentemente, na brasileira (PERIN JUNIOR, 2009, p. 1).

Trata-se, portanto, da percepção no âmbito mundial de que o declínio de uma empresa reflete (negativamente) no cenário nacional e até internacional, impactando na cadeia produtiva, alavancando o desemprego, sobrecarregando o Estado, também resultante do não recolhimento de tributos, e etc. É com esse propósito que adveio a Lei 11.101/2005, que será adiante explanada.

CONCLUSÃO:

Com o advento de nossa Constituição Federal de 1988, uma nova sistemática jurídica vem à tona, baseando-se esta em valores como a dignidade da pessoa humana, o trabalho, a função social da propriedade, livre iniciativa, dentre outros. Posteriormente é publicado, em 2002, o Código Civil vigente, com fortes influências de ordem constitucional – reflexos do acolhimento da ideia de “constitucionalização ou descodificação do direito privado” – trazendo este, em seu conteúdo, a unificação do direito privado, a teoria da empresa, a inserção de alguns princípios de ordem constitucional em seu texto, notadamente direitos fundamentais, dentre outros.

A (nova) Lei de Recuperação e Falência de Empresas – 11.101/2005 –, nessa sistemática, é antevista como um instrumento normativo para a consecução dos fundamentos

e objetivos da República Federativa do Brasil (arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII e 170 da CF/88), afinal esses não são apenas meros preceitos, mas o próprio fim do Estado brasileiro e sua sociedade.

Nessa sistemática é fundamental reconhecer a preservação da empresa como princípio-diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas de Direito Falimentar, pertinente tanto no processo recuperatório, quando no falimentar em si, afinal sempre vai existir casos que a lei é lacônica e imperfeita, haja vista que é impossível prever todos os casos/conflitos.

Portanto, na condução de atividades econômicas, inclusive a empresarial, é preciso atentar para a flexibilização e a humanização, tendo-se como limite o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros, com vistas a permitir/embasar a busca pela eficiência econômica e, direta ou indiretamente, alcançar a sua função social, haja vista que eles devem ser vislumbrados como complementares no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 5. ed. Fortaleza: Nacional, 2008.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Das fallências e dos meios preventivos de sua declaração: decr. n. 917, de 24 de outubro de 1890: estudo teórico-prático** (sic). São Paulo: Typographia Brazil de Carlos Gerke & Cia, 1899. 2 v. em 1. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20174/Das_fallencias_e_dos_meios_preventivos.pdf?sequence=3>. Acesso em: 5. mar. 2012.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa – Recuperação de Empresas e Falências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
- PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.