

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 4

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2009

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Profa. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

COORDENAÇÃO: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 4 (janeiro/junho 2009)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

ANOTAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PRIVATINSOLVENZ¹ NA ALEMANHA

BEMERKUNGEN ZUR INSTITUTION DER PRIVATINSOLVENZ IN DEUTSCHLAND

Joana Maria Baptista de Oliveira

Resumo: O presente trabalho procura abordar de forma sintetizada as diferenças entre as legislações alemã e brasileira, especificamente no que se refere à insolvência da pessoa natural.

Palavras-chave: Brasil — Alemanha — Lei de Insolvência — pessoa natural — insolvência privada

Zusammenfassung: Die Arbeit ist eine kurze Abhandlung über die Unterschiede zwischen der deutschen und brasilianischen Rechtsinstitution der Privatinsolvenz.

Stichworte: Brasilien — Deutschland — Insolvenzordnung — natürliche Person — Privatinsolvenz

Sumário: I. Considerações preliminares. II. Principais objetivos do legislador alemão. III. Insolvência comum e insolvência privada. IV. Privatinsolvenz. V. Identificação do sujeito passivo. VI. A unicidade

1 A *Privatinsolvenz* na Alemanha é um procedimento especial, mais simplificado (em contraposição ao comum, considerado regra geral), voltado para o insolvente pessoa natural que não exerce qualquer atividade ou que pratica atividade pouco expressiva, do ponto de vista econômico. A insolvência privada alemã não encontra similar no direito brasileiro, visto que esse restringe a possibilidade de falência ou recuperação ao empresário.

como característica fundamental da insolvência alemã. VII. O processo de insolvência privada no direito alemão. a) Introdução. b) Tentativa de acordo extrajudicial. c) O não cumprimento dos requisitos legais. d) Natureza jurídica. e) Conclusão da ação de insolvência. VIII. Conclusão.

I. Considerações preliminares

A reforma que deu origem à atual lei de insolvência alemã teve início há quase três décadas. As dificuldades em se modificar a legislação provinham de um momento histórico conturbado: a bipartição do país após a Segunda Guerra Mundial, que culminou em dois governos e dois ordenamentos distintos, inclusive em matéria concursal.

Na Alemanha Ocidental (Bundesrepublik Deutschland — BRD) adotava-se a chamada Konkursordnung (Lei Concursal) e no lado oriental (Deutsche Demokratische Republik — DDR) regia-se a matéria falimentar por uma Lei Geral de Execução (Gesamtvollstreckungsverordnung).

Após a reunificação, em 03 de outubro de 1990, os esforços em torno de uma alteração legislativa tornaram-se mais vigorosos e em 05 de outubro de 1994 foi publicada a nova lei de insolvência (Insolvenzordnung), com vigência a partir de 1º de janeiro de 1999 (§359 InsO c/c art. 110 EGIInsO — Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung). Trata-se, portanto, de legislação recente.

A entrada em vigor da nova lei marcou, igualmente, a uniformização da legislação acerca da matéria, vez que a sua aplicabilidade alcançava toda a Alemanha.

II. Principais objetivos do legislador alemão

Pode-se identificar no direito alemão a intenção inequívoca do legislador de promover a preservação da atividade desempenhada

pelo devedor, privilegiando a sua recuperação em contraposição à liquidação. Nesse quadro, o insolvente que apresenta condições de superar a crise econômica classificada como momentânea e transponível deve ser mantido no mercado, atuante. Por outro lado, àquele que não reúne os requisitos necessários só resta a liquidação, na busca da satisfação, ainda que parcial, dos credores. Na segunda hipótese, o foco passa a ser a preservação do patrimônio do devedor para posterior partilha entre os seus credores.

Dentro dessa visão, em um primeiro momento, a lei busca sempre promover o acordo entre as partes. Havendo insucesso é que se deve partir a medidas mais graves como a execução do devedor (última providência cabível em um processo de insolvência).

Sob tal ponto de vista, a recuperação extrajudicial desempenha um papel de extrema importância, pois, além de simplificar o procedimento e gerar uma satisfação integral (ou quase) dos credores, ainda reduz possíveis custos e evita a publicização da crise, ocasionada pela abertura de um processo judicial. É por esse motivo que nos chamados *Kleinverfahren* (pequenos processos, mais simplificados) a lei exige a tentativa extrajudicial como requisito à formulação do pedido judicial.

III. Insolvência comum e insolvência privada

O sistema alemão se destaca por haver instituído a unicidade do processo de insolvência, de modo que a escolha do procedimento a ser adotado (falência ou recuperação) não recai sobre o devedor ou o credor que formula o pedido. Ao requerente cabe, tão somente, informar ao juízo sobre a impossibilidade de adimplemento das obrigações contraídas. A recomposição ou a liquidação do insolvente será determinada posteriormente, de acordo com o convencimento do julgador e a manifestação da massa credora.

Essa regra vale tanto para o procedimento comum, cujo sujeito passivo poderá ser pessoa jurídica ou natural que pratique ativida-

de econômica expressiva, quanto para o insolvente pessoa natural que não pratique e/ou jamais tenha praticado qualquer atividade econômica ou, se o fizer, que não seja significativa, o qual dispõe de um processo especial para averiguação de sua condição.

A existência de uma ação única constitui-se, portanto, regra geral em matéria de insolvência no direito alemão.

A distinção dos procedimentos (ou seja, ação única seguindo o procedimento comum ou ação única seguindo o procedimento especial) será definida, portanto, de acordo com a qualificação do devedor. Caso o insolvente seja pessoa natural que não desempenhe qualquer atividade econômica ou que pratique atividade de pouca expressão terá à sua disposição instituto menos complexo, mais simplificado, denominado de insolvência privada ou *Privatinsolvenz* para a verificação da sua insolvabilidade.

IV. Privatinsolvenz

Conforme explicitado acima, a *Privatinsolvenz* possibilita à pessoa natural submeter-se à falência e à recuperação, independentemente da prática de atividade de cunho lucrativo.²

Em sua Parte Nona, atinente ao *Verbraucherinsolvenzverfahren und Sonstige Kleinverfahren* (Processo de Insolvência do Consumidor e outros Processos Simplificados), § 304, permite a mencionada lei o pedido de insolvência formulado por aquele que não pratica e jamais tenha praticado qualquer atividade econômica, bem como do que mantém uma atividade de pequenas proporções: “Ist der Schuldner eine natürliche Person, **die keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder ausgeübt hat,**”³ (grifos do autor)

2 O texto da legislação alemã se refere tão somente à atividade econômica, na tradução literal, a qual deve ser entendida como atividade empresária, nos moldes do direito brasileiro.

3 É o devedor pessoa natural que não exerce nem nunca exerceu qualquer atividade econômica autônoma.

Assim também institui o § 11 da lei, que prevê que qualquer pessoa pode ter o seu patrimônio sujeito ao processo de insolvência: “Ein Insolvenzverfahren kann über das Vermögen **jeder natürlichen und jeder juristischen Person** eröffnet werden”⁴ (grifos do autor)

Importante ressaltar que, embora utilize a expressão Verbraucher, consumidor, para designar a pessoa natural insolvente, a lei alemã não prevê a obrigatoriedade de haver qualquer ligação entre o devedor ou o seu estado e relações consumeristas.⁵

Nesse sentido, a lei alemã equipara aqueles que exercem atividade econômica de pequenas proporções aos que jamais a tenham exercido, submetendo-os ao mesmo procedimento especial em caso de insolvência. Em virtude da presunção de sua hipossuficiência, estes podem utilizar-se de um processo simplificado para requerer a sua insolvência e a conseqüente extinção das suas obrigações.

V. Identificação do sujeito passivo

No direito brasileiro existe, igualmente, a possibilidade de falência ou recuperação da pessoa natural, mas desde que essa exerça atividade qualificada como empresária, de acordo com o artigo 966 do Código Civil. O legislador pátrio adotou o chamado sistema restritivo em matéria falimentar e recuperatória, limitando ao devedor empresário a sujeição a tais institutos.

Dessa forma, o insolvente não empresário, ou insolvente civil, estará sujeito às regras do processo comum, previstas no Código de

4 O processo de insolvência pode ser aberto em face do patrimônio de qualquer pessoa natural ou jurídica.

5 BERGER, Dora. *A Insolvência no Brasil e na Alemanha — Estudo comparado entre a Lei de Insolvência Alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o Projeto de Lei Brasileiro n.º 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação de Empresas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 137.

Processo Civil, no que concerne à execução por quantia certa contra devedor insolvente (insolvência civil —, arts. 748 a 786-A), mas excluído das disposições da legislação falimentar e recuperatória.

A *Insolvenzordnung*, por seu turno, não restringe a submissão aos institutos ali previstos a nenhuma classe específica de devedores, o que equivale a dizer que o sujeito passivo é identificado por regra única e geral. A análise do artigo 1º conduz a essa conclusão, pois há referência ao devedor, mas sem qualquer qualificação. Isso ocorre em virtude da adoção por aquele país do chamado sistema ampliativo, no que diz respeito à falência e à recuperação, o qual permite a qualquer devedor a submissão aos referidos procedimentos, em contraposição ao sistema restritivo praticado no Brasil.

O que ocorre é a existência de regra geral para o devedor que desempenha atividade econômica expressiva e regra especial para a pessoa natural que não pratica qualquer atividade ou cuja prática não gere grande volume de capital.

A matéria falimentar e recuperatória na Alemanha é regulada por um diploma único, repita-se, a cujas normas todos os que se encontrem em situação de insolvência de fato devem recorrer, não importa a que classe pertençam, que tipo de atividade praticam ou se não mantêm qualquer ofício de cunho econômico. Tais questões não se incluem dentre os requisitos para a formulação do pedido de insolvência, como o são a inadimplência ou a sua ameaça.

Fato é que naquele ordenamento inexistente a bipartição legislativa de acordo com a classe do devedor insolvente. O que a lei de insolvência prevê são procedimentos distintos para os diferentes tipos de devedores que a ela podem recorrer ou ser submetidos, de modo a poder alcançar maior satisfação para todos os envolvidos. Por óbvio, não há como se prever um procedimento único para todas as situações, visto que elas serão as mais diversas. A lei não pode, portanto, reunir todos os casos possíveis, mas pode sim procurar simplificar determinados procedimentos considerando a hipossuficiência do devedor. É justo o que ocorre com as pessoas naturais que não

exercem qualquer tipo de atividade ou aqueles que exercem atividades de pouca expressão econômica, os quais contam, a princípio, com patrimônio e número de credores reduzidos.

VI. A unicidade como característica fundamental do processo de insolvência alemão

Uma das características do processo de insolvência alemão é a sua unicidade, entendida de forma a permitir que o devedor possa utilizar-se de um processo único, que, conforme a sua situação e a vontade dos credores, desdobrar-se-á em uma liquidação ou recuperação. Assim elucidada o Professor Dr. Christoph Becker em seu livro “Insolvenzrecht, 2ª edição, ed. Carl Heymanns, Köln, 2008, pág. 19:

Das neue Insolvenzverfahren versteht sich als ein Einheitsverfahren. Es birgt in einem einzigen Ablauf (sozusagen einsichtig) sowohl die Möglichkeit der Zerschlagung nach gesetzlicher Ordnung als auch die Erarbeitung einer abweichenden Verständigung in einem Insolvenzplan.⁶

A lei de insolvência alemã tem como objetivo principal, levando-se em conta o período e os motivos de sua elaboração, proporcionar aos devedores insolventes a possibilidade de experimentar a solução ideal, ou a mais adequada, a ser aplicada ao seu caso específico, do ponto de vista da crise econômica em si e do que a originou, mediante a análise acurada das perspectivas de superação. Essa verificação, e conseqüente escolha, não deverá recair sobre o próprio insolvente, mas sobre o Poder Judiciário e os credores (esses os principais interessados no reequilíbrio financeiro do devedor ou, em último caso, no melhor aproveitamento possível da massa a ser partilhada).

6 O novo processo de insolvência é um processo único. Ele segue um só rito (judicial) tanto para a possibilidade de liquidação, conforme a ordem legal, como para a tentativa de acordo frente às divergências com o plano de insolvência.

Ao devedor em estado de fato de insolvência, ou prestes a enfrentá-la, basta a formulação de pedido único, o qual deverá desmembrar-se, em momento oportuno, em uma liquidação, com a divisão dos bens, se restarem, entre aqueles de direito, ou em uma recuperação, alcançada após a concordância da massa credora frente ao plano de pagamentos elaborado e apresentado pelo insolvente. Fato é que o pedido será sempre o mesmo, baseado na inadimplência (*Zahlungsunfähigkeit* — art. 17 da InsO) ou na ameaça de inadimplência (*Drohende Zahlungsunfähigkeit* — art. 18 da InsO). O que mudará são as formalidades a serem observadas e o processamento da ação, dependendo do devedor em questão. É necessário salientar que somente o próprio devedor terá legitimidade para propor a ação com base na ameaça de inadimplência. Os credores só podem formular o pedido com fulcro na inadimplência e não na ameaça. A providência se justifica pelo fato de que somente ele poderia ter conhecimento preciso dessa situação, sabendo que, em futuro próximo, pelas condições financeiras apresentadas, não seria mais capaz de adimplir as suas obrigações. Caso a opção coubesse igualmente aos credores, abrir-se-ia uma possibilidade de se formular um pedido baseado em mera expectativa de não recebimento de crédito, uma vez que ele não estaria vencido, o que acabaria por propiciar àqueles de má-fé a utilização de ferramenta legal em prejuízo do devedor.

A legislação alemã não prevê, portanto, ações distintas em caso de insolvência, uma voltada para o devedor que pretende a recuperação, a princípio economicamente viável, e outra aplicada aos casos de falência, como ocorre no sistema brasileiro. A ação é única porque tem uma só origem: a insolvência do devedor. A regra vale tanto para o procedimento comum quanto para o especial.

No Brasil, distintamente, a falência ou a recuperação do devedor constituem-se logo no início do processo, com o requerimento (a falência pode ser requerida pelo devedor, ou quem o represente, ou pelos credores e a recuperação só pode ser requerida pelo próprio devedor).

De toda sorte, o procedimento é determinado, a princípio, no momento do pedido, enquanto no processo alemão, o destino do devedor, por assim dizer, será traçado em meio e de acordo com o andamento do processo.

VII. O processo de insolvência privada no direito alemão

a) Introdução

O processo de insolvência específico para os não empresários ou pequenos empresários previsto na legislação alemã segue um rito especial e bastante simplificado, em comparação com o procedimento comum.

Considera-se que tais pessoas, e a situação se agrava diante da insolvência, sejam jurídica e economicamente desamparadas, de modo que não possam arcar com os custos, a complexidade e a demora de um processo de insolvência comum. Nesse sentido, o legislador, como forma de protegê-las e garantir seus direitos, procurou disponibilizar-lhes um meio mais simples de alcançarem a extinção das suas obrigações (cujo pedido deve ser formulado logo na peça inicial) e, em consequência, verem-se livres das dívidas acumuladas e sem perspectivas de quitação.

O pequeno empresário será assim definido pelo volume de suas atividades permanecendo fora desse rol, dentre outros, advogados, médicos, dentistas ou os proprietários de estabelecimentos com vários empregados.⁷

A ação de insolvência pode ser proposta pelo próprio devedor (por inadimplência ou ameaça) ou por um de seus credores (por

7 BERGER, Dora. *A Insolvência no Brasil e na Alemanha — Estudo comparado entre a Lei de Insolvência Alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o Projeto de Lei Brasileiro n.º 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação de Empresas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, 1a edição, p. 137.

inadimplência). No segundo caso, o devedor será convocado a manifestar-se. Nesse momento poderá apresentar o chamado plano de pagamento dos credores, fase em que há um viés recuperatório, o que ocasinará a suspensão do processo. Caso contrário, dar-se-á início ao processo de insolvência.

Em sendo requerida pelo devedor, a lei exige o cumprimento de determinados requisitos. Alguns deles podem ser considerados de pronto atendimento ou de pouca complexidade como, por exemplo, a apresentação de listas de credores, de bens e rendimentos e dos processos em que o devedor figura como réu. Essas listas servem, também, para comprovar a boa-fé do devedor e a sua real intenção em recuperar-se, já que será feita uma tentativa judicial de acordo com os credores antes de se partir, em caso de insucesso, para a liquidação do patrimônio do devedor. Cabe a ele, junto ao pedido de abertura do processo de insolvência, requerer sejam declaradas extintas as suas obrigações, de modo a desvincular-se das dívidas oriundas da crise.

Outros já exigem maiores esforços do devedor, como por exemplo, a elaboração e apresentação de um plano de pagamento de suas dívidas (*Schuldenbereinigungsplan*), que será disponibilizado e submetido à aprovação dos credores, por maioria. A sua aceitação ou rejeição é que irá determinar a recuperação, de um lado, ou o início do processo de insolvência, de outro.

Por isso mesmo é imprescindível que o plano contenha todas as regras referentes aos interesses dos credores, como bens e rendimentos e as relações familiares do devedor, bem como o tratamento a ser dispensado às garantias eventualmente concedidas. A lei não prevê, contudo, regras específicas para a elaboração do plano, permanecendo essa na esfera privada.

Assim também afirmam Manfred Balz e Hans-Georg Landfermann⁸:

8 BALZ, Manfred u. LANDFERMANN, Hans-Georg. *Die Neuen Insolvenzgesetze*. Düsseldorf: IDW Düsseldorf, 1995, p. 429.

Der Inhalt des Schuldenbereinigunsplans unterliegt der Privatautonomie. Die Beteiligten sind bei der Gestaltung frei; es können Stundungen, Ratenzahlungen, Teilerlasse und sonstige Regelungen vereinbart werden.⁹

Es wird aber auch deutlich gemacht, dass Familienangehörige unter besonderen Umständen (etwa bei einem arbeitslosen Schuldner mit verdienendem Ehepartner einerseits oder bei Mithaftung eines Angehörigen andererseits) in den Schuldenbereinigunsplan einbezogen werden können.¹⁰

Formulado o pedido e entregues os documentos, abrir-se-á prazo de trinta dias para os credores apresentarem as suas considerações. Passado esse período sem qualquer manifestação consideram-se o plano e as listas aceites pelos credores.

Caso haja alguma manifestação contrária dos credores e, por isso, o devedor pretenda modificar o plano já entregue, alterando ou completando o seu conteúdo, os credores serão avisados e o terão novamente disponível para análise. Se não concordarem, terá início o processo de insolvência.

b) Tentativa de acordo extrajudicial

Além dessas, há ainda outra condição exigida pela lei para o requerimento da insolvência a merecer destaque, qual seja a comprovação de tentativa de acordo extrajudicial do devedor com os seus credores nos últimos seis meses anteriores ao pedido.

9 O conteúdo do plano de pagamentos permanece sob a égide da autonomia privada. As partes estão livres na formulação do acordo; podem ser acordados moras, parcelamento de dívidas, renúncias parciais e outras regras.

10 Mas também é explicitado que, sob determinadas condições, membros da família (por exemplo: no caso de um devedor desempregado com um cônjuge que tenha renda ou, por outro lado, na co-responsabilidade de um familiar) podem ser incluídos no plano de reestruturação da dívida.

A estipulação encontra apoio no fato de que o devedor deve se esforçar no sentido de esgotar todas as formas possíveis de composição com os credores antes de tomar medida mais grave como recorrer ao Poder Judiciário.

O legislador alemão se posiciona claramente em prol do acordo, apresentando a liquidação como último recurso. Ora, se há possibilidade de recuperação do devedor com a satisfação dos credores, esta deve ser tentada antes da medida judicial, mais onerosa, complexa e demorada. A providência também vem a contribuir para o desafogamento da justiça.

A prova de que houve a tentativa de acordo, porém, não é simples. O devedor precisa convencer o juiz de que se empenhou em acordar com os credores uma forma de pagamento das dívidas e a solução da crise. Assim, não basta que o devedor tente um único contato, superficial, com os seus credores para que se considere tenha cumprido o requisito legal. A lei exige a apresentação de uma declaração de pessoa natural ou jurídica, reconhecida pela justiça (advogados, árbitros, Conselho de Consumidores ou de Insolvência etc.), afirmando que houve o esgotamento de todas as possibilidades de acordo extrajudicial.

Com relação a essa prova afirmam Manfred Balz e Hans-Georg Landfermann¹¹:

um zu gewährleisten, dass eine außergerichtliche Einigung ernstlich betrieben worden ist, also z.B. nicht nur zwei kurze Telefongespräche geführt wurden, wird vorgeschrieben, dass die Schuldenbereinigung auf der Grundlage eines Plans versucht worden ist.¹²

11 BALZ, Manfred u. LANDFERMANN, Hans-Georg. *Die Neuen Insolvenzgesetze*. Düsseldorf: IDW Düsseldorf, 1995, p. 428.

12 Para garantir que efetivamente houve empenho em se chegar a um acordo extrajudicial, quer dizer, por exemplo, a ação não se limitou a duas rápidas conversas telefônicas, exige-se que a tentativa de renegociação da dívida tenha sido tentada com base em um plano.

Nesse mesmo sentido a posição firmada na compilação editada por Stefan Smid¹³:

Der Plan soll gewährleisten, dass eine außergerichtliche Einigung von einer qualifizierten Person oder geeigneten Stelle ernstlich betrieben worden ist, um Gefälligkeitsbescheinigungen auf der Grundlage weniger Telefonate und damit das Unterlaufen dieser Schuldnerpflicht auszuschließen.¹⁴

Conclui-se, então, que o devedor precisa ao menos tentar seriamente e com empenho fechar um acordo extrajudicial com os credores antes de entrar com o pedido judicial. Isso significa que inexistente a possibilidade de se recorrer diretamente à justiça.

Desse modo, pode-se dizer que a insolvência privada conta com uma Vorphase, anterior ao processo, sem a qual o devedor não poderá sujeitar-se à fase judicial.

c) O não cumprimento dos requisitos legais

Caso não consiga atender às condições previstas na lei, o devedor terá o seu pedido de insolvência rejeitado, ou seja, a ação não terá prosseguimento. A medida acaba por frustrar o insolvente, cujo principal objetivo é justamente se libertar das dívidas, seja através da recuperação, seja com a extinção das obrigações.

Entende-se que da mesma maneira que o devedor não atende ao estabelecido na lei, não pode dispor dos benefícios ali previstos¹⁵,

13 SMID, Stefan. *Insolvenzordnung (InsO) — Kommentar*. Stuttgart: W Kohlhammer, 1999, pág. 1265.

14 O plano deve garantir que o acordo extrajudicial foi tentado enfaticamente por intermediação de pessoa ou órgão competente, a fim de se excluir certificados de “cortesia/amizade” com fundamento em alguns poucos telefonemas e, com isso, se evitar subverter esta obrigação do devedor.

15 O principal benefício que o devedor busca obter com o processo de insolvência é o da extinção de suas obrigações, através do qual desvincula-se das dívidas que originaram a ação.

permanecendo, portanto, vinculado às dívidas que originaram a crise.

De qualquer modo, ele será intimado para emendar a inicial, se for necessário, e, caso não se manifeste dentro de um mês, a sua inércia será entendida como desistência do pedido. Nada impede, porém, que possa ser proposta nova ação de insolvência em momento posterior.

d) Natureza jurídica

O processo de insolvência que segue o rito simplificado pode ter naturezas distintas, conforme se desvie para a insolvência em si ou para a composição das dívidas contempladas no plano.

Em caso de rejeição do plano judicial apresentado pelo devedor aos credores, inaugura-se o processo de insolvência propriamente dito. Nesse momento tem início a execução do devedor, cujos bens ficarão sob a responsabilidade de um agente fiduciário (Treuhänder), nomeado para proceder à sua partilha dentre a massa credora.

Se, por outro lado, devedor e credores chegarem a um acordo, ter-se-á um contrato celebrado judicialmente.

Esse pacto diferencia-se daquele tentado antes de se apresentar o pedido judicial. Neste segundo caso, o ajuste será extrajudicial (terá natureza de contrato extrajudicial), afastando do devedor a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para alcançar a transação.

e) Conclusão da ação de insolvência

Conforme já observado, fracassada a tentativa de acordo extrajudicial, indispensável à proposição da insolvência, fica o devedor livre para, finalmente, formular o pedido judicial.

Iniciada a ação, submete-se o devedor a mais uma tentativa de acordo com os credores, dessa vez em juízo. Por isso a necessidade da apresentação do plano de pagamentos junto com o pedido.

Superadas a primeira fase, extrajudicial, e a segunda fase, de confirmação do atendimento aos requisitos legais, inicia-se a terceira fase, de apresentação do plano aos credores. A lei estabelece que o decurso de tempo máximo entre o início do processo e a decisão sobre o plano deva ser de três meses. Não há qualquer previsão de prorrogação. Existe sim a possibilidade desse período ser abreviado, já que a referência se apóia no transcurso máximo de tempo que deve ser observado entre um e outro feito. Durante esse prazo, cabe ao Poder Judiciário realizar todas as medidas necessárias ao bom andamento do processo, como por exemplo, a proibição de se executar o patrimônio do devedor e a indisponibilidade de seus bens, bem como a nomeação de um agente fiduciário, que receberá do devedor valor proporcional ao da massa que seria dividida entre os credores da insolvência¹⁶, permanecendo o processo suspenso até que se decida sobre o plano.

A aprovação do plano depende da aceitação da maioria dos credores (no mínimo mais da metade dos credores que, por sua vez, devem representar mais da metade de todos os créditos do devedor).

Em caso de aceitação sem unanimidade, considera-se que os credores contrários ao plano tiveram o seu consentimento substituído pela maioria.

Vale destacar que o objetivo da lei é a preservação da atividade e a garantia da satisfação máxima dos credores, dentro das possibilidades da massa devedora, de modo que não há como se permitir que um ou alguns credores, impeçam a recuperação do devedor, vetando o seu plano de pagamentos. A regra afasta a possibilidade dos

16 BERGER, Dora. *A Insolvência no Brasil e na Alemanha — Estudo comparado entre a Lei de Insolvência Alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o Projeto de Lei Brasileiro n.º 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação de Empresas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, 1a edição, p. 137.

credores utilizarem seu direito de veto em benefício próprio, ignorando o bem comum e as questões sociais em torno do procedimento, as quais devem prevalecer sobre os interesses exclusivamente particulares. Trata-se do chamado impedimento de obstrução.

Há dois casos, porém, em que a substituição do consentimento não será possível:

1. quando o plano não prevê para o credor participação condizente com a dos demais; ou

2. quando o plano prevê condições econômicas desfavoráveis a esse credor, em comparação com o que ele poderia obter tomando as medidas cabíveis contra o devedor para a execução do seu crédito.

Nessas situações serão ouvidos, de um lado, o credor e, de outro, aquele que requereu a substituição de seu consentimento (o devedor ou outro credor). O juiz decidirá de acordo com os argumentos apresentados pelo credor contrário ao plano. Caso este consiga convencer o juízo de que o plano lhe é injustamente desfavorável, em comparação aos demais credores, o seu consentimento não poderá ser substituído.

Os Tribunais já se manifestaram sobre o assunto, sempre de forma a proteger o credor que comprova a legitimidade de sua oposição ao plano ou quando inexistente a certeza da aceitação da maioria:

InsO § 309 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3

Die Zustimmung eines Gläubigers zu dem vom Schuldner vorgelegten Fast-Nullplan darf durch das Insolvenzgericht nicht ersetzt werden, wenn der widersprechende Gläubiger Tatsachen glaubhaft macht, aus denen sich ernsthafte Zweifel ergeben, ob eine vom Schuldner angegebene Forderung besteht oder sich auf einen höheren oder niedrigeren Betrag richtet als angegeben, und vom Ausgang des Streites abhängt, ob die Kopf- und Summenmehrheit der zustimmenden Gläubiger erreicht wird. BGH, Beschluß vom 21. Oktober 2004 — IX 427/02 — LG München I AG München.¹⁷

¹⁷ O consentimento de um credor ao plano de dívidas ínfimas não pode ser substituído pela

InsO § 309

a) Fasst das Insolvenzgericht die eingegangenen Stellungnahmen der Gläubiger zu einem vom Schuldner vorgelegten Schuldenbereinigungsplan in einem Beschluss dahin zusammen, dass mehr als die Hälfte der bennannten Gläubiger dem Plan zugestimmt haben und die Summe der Ansprüche der zustimmenden Gläubiger mehr als die Hälfte der Summe der Ansprüche der bennannten Gläubiger beträgt, so steht damit noch nicht rechtskräftig fest, dass der Schuldenbereinigungsplan die erforderlichen Mehrheiten erreicht hat. BGH, Beschluss vom 17. Januar 2008 — IX ZB 142/07 — LG Frankfurt/Oder AG Frankfurt/Oder.¹⁸

Em caso de veto sem substituição de consentimento, o processo de insolvência será rejeitado.

Por outro lado, o plano aprovado será homologado pelo juiz, o que gerará os mesmos efeitos do processo civil, conforme prevê o § 794, Abs. 1, Nr. 1 da Zivilprozessordnung (ZPO), ou seja, de que o de acordo entre as partes implica o encerramento do processo:

(1) Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

1.aus Vergleichen, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits (...);¹⁹

Côrte de Insolvência, se o credor contestador puder alegar fatos críveis que dão origem a sérias dívidas se uma alegada demanda do devedor existe ou se esta visa um montante superior ou inferior ao declarado, e o resultado desta disputa depende se o número exigido de cabeças e montantes dos credores que concordam são atingidos.

18 Se a Corte de Insolvência resume as manifestações dos credores referentes ao plano de reorganização das dívidas apresentado pelo devedor no sentido de que mais da metade dos credores citados (listados no processo) concordaram com o plano, e a soma das demandas dos credores que o estão aprovando é superior à metade da soma das demandas dos credores citados, isto não significa, com valor de “transitado em julgado”, que o plano de reorganização das dívidas atingiu as maiorias exigidas.

19 (1) A execução judicial ocorre, ainda:

1. em virtude de acordos entre as partes ou entre uma parte e um terceiro para o encerramento de uma disputa judicial (...);

Em havendo posteriormente descumprimento do plano, os credores poderão propor ação de execução em face do devedor para a cobrança do crédito, conforme previsto no acordo.

VIII. Conclusão

A legislação alemã, se por um lado tentou facilitar a vida do devedor considerado menos provido, com a disponibilização de um procedimento simplificado, por outro, acabou por lhe trazer um excesso de obrigações a serem cumpridas a fim de atingí-lo, as quais podem tornar mais penosa a busca por uma solução da crise.

Considero louvável a intenção do legislador, mas pondero no sentido de que a busca do ajuste extrajudicial deveria ser uma escolha e não uma obrigação imposta ao devedor. A afirmação se apóia principalmente na indispensabilidade de se apresentar ao juízo declaração de pessoa idônea afirmando que houve um esforço na tentativa prévia de acordo, a qual pode tornar-se demasiadamente onerosa ao insolvente, primeiro porque recairá sobre ele a incumbência de encontrar um intermediário reconhecido judicialmente e, segundo pelo fato de que os gastos decorrentes da imposição podem acabar por agravar a crise econômico-financeira.

Sob a ótica da necessidade de desafogamento da justiça, contudo, figura-se acertada a posição da norma alemã, ao evitar equívocos com relação ao pedido formulado pelo devedor que nem sempre encontrar-se-á apto a decidir sobre os rumos de sua insolvência e, muitas vezes pode utilizar determinada medida com o objetivo de procrastinar a sua ruína ou fraudar credores. Cabe, então, ao Poder Judiciário analisar caso a caso e selar o destino do devedor, após tentativa extrajudicial de acordo e manifestação judicial dos credores.

Adicionalmente, reconheço que a Privatinsolvenz pode ser muito conveniente à pessoa natural insolvente, uma vez que se trata de instrumento exclusivo, à sua disposição, cujo objetivo é o de sanar

o seu desequilíbrio econômico-financeiro, promovendo o seu desligamento das dívidas que originaram o pedido. Nesse sentido, o julgador já se encontra preparado para a análise da situação sob a ótica do hipossuficiente, do devedor despreparado, que não dispõe das mesmas ferramentas a que têm acesso as pessoas jurídicas, a princípio mais familiarizadas com as consequências geradas pela insolvência. Desse modo, cada caso poderá ser verificado levando-se em conta a qualificação do devedor na imposição de determinadas medidas e no proferimento de decisões no processo.

Outro ponto que merece destaque no ordenamento alemão diz respeito à reunião de todas as regras referentes à insolvência em um diploma único. Não há, dessa forma, legislação especial aplicável exclusivamente a uma classe de devedores, como ocorre no Brasil com o empresário. Assim, os institutos da falência e da recuperação tornam-se mais acessíveis a todos os insolventes, que dispõem das mesmas normas na solução da crise. Tem-se com isso a uniformidade e a igualdade em matéria falimentar e recuperatória.

O legislador optou pela praticidade e pela simplificação da matéria englobando todas as possibilidades de insolvência em um legislação única, variando o procedimento de acordo com a situação do sujeito passivo.

No Brasil o insolvente (ou os seus credores, em caso de falência) já determina na petição inicial se o pedido é de falência ou de recuperação. O sistema pátrio é vantajoso para o devedor de boa-fé, tendo em vista que ninguém melhor do que próprio para analisar a sua situação de modo a estabelecer se há a possibilidade de soerguimento ou se só lhe resta a liquidação.

A medida, inclusive, torna o processo mais célere, uma vez que não inclui junto às funções do Poder Judiciário, em um primeiro momento, a averiguação da gravidade da situação do devedor a ponto de julgar-lhe conveniente a recuperação ou decretar-lhe a falência.

A legislação que trata da insolvência do empresário é considerada especial por força da limitação do sujeito passivo, o qual deve

exercer atividade empresária, independentemente da sua condição de pessoa natural ou jurídica. Aos demais reserva-se a regra comum em matéria de insolvência, com regulação pelo Código de Processo Civil.

A crítica se apóia no fato de que as regras da legislação especial seriam mais brandas do que aquelas previstas pelo direito comum, principalmente no que concerne à recuperação e à reabilitação do devedor. Isso se justifica, porém, considerando-se o sistema especial a que se sujeita o empresário desde o início de suas atividades, visto o papel que desempenha como contribuinte e gerador de empregos e riquezas. Desse modo o cuidado com a sua insolvência deve ser maior, já que aí está o ponto limítrofe entre a sua manutenção e o desaparecimento de sua atividade.

Vê-se, portanto, que no Brasil a insolvência do empresário é tratada de forma mais cuidadosa com todas as considerações acerca do instituto e suas conseqüências, não só para o próprio empresário como também para a sociedade em geral, levando-se em conta a sua função social.

Ambos os sistemas apresentam vantagens e desvantagens, dependendo da sua utilização pelo devedor e seus credores. Fato é que as regras devem ser empregadas sempre em proveito da coletividade em primeiro lugar e nunca em prol de interesses particulares que podem acabar por sacrificar a possibilidade de se manter em funcionamento o insolvente economicamente viável e passível de recuperação, afastando-se o princípio da preservação da empresa defendido tanto pela lei alemã quanto pelo ordenamento brasileiro.

Bibliografia:

CAMPINHO, Sergio. *Falência e Recuperação de Empresa — O Novo Regime da Insolvência Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERGER, Dora. *A Insolvência no Brasil e na Alemanha — Estudo comparado entre a Lei de Insolvência Alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o Projeto de Lei Brasileiro nº 4.376 de 1993 (com as alterações de 1999) que regula a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação de Empresas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

BALZ, Manfred u. LANDFERMANN, Hans-Georg. *Die Neuen Insolvenzgesetze*. Düsseldorf: IDW Düsseldorf, 1995.

SMID, Stefan. *Insolvenzordnung (InsO) — Kommentar*. Stuttgart: W Kohlhammer, 1999.

BECKER, Christoph. *Insolvenzrecht*. Köln — München: Carl Heymanns Verlag, 2008.