

Espaço Discente

CONCORDATA PREVENTIVA E SUSPENSIVA (ALGUNS ASPECTOS ECONÔMICOS E CONTÁBEIS)

SANDRA DE MEDEIROS NERY

I — Introdução: A. Justificativa; B. Proposta de desenvolvimento. II — Economia e crédito. III — Breve histórico do Direito Concursal: A. Primeira fase — O objetivo liquidatário-solutório; B. Segunda fase — A viabilidade da recuperação de empresas; C. Terceira fase — O aperfeiçoamento do instituto da recuperação. IV — A concordata no Direito brasileiro. V — A concordata no sistema do Decreto-lei 7.661/45: A. Concordata preventiva; B. Concordata suspensiva. VI — Algumas críticas ao instituto da concordata: A. Não separação entre empresa e dirigentes; B. A concordata e a viabilidade econômico-financeira da empresa; C. Exemplo prático. VII — Conclusão. VIII — Bibliografia.

I — Introdução

A. Justificativa

Desde há algum tempo, a atual lei falimentar brasileira (Decreto-lei 7.661/45) tem sofrido diversas críticas por ter objetivo liquidatário não mais condizente com a realidade atual, que prima pela concepção da preservação da empresa. Assim, desde 1993, está tramitando no Congresso Nacional um projeto de lei que revoga a atual lei de falências e que regulamenta a recuperação e a liquidação judicial das empresas em crise.

Porém, como o referido Decreto-lei ainda está em vigor, é oportuno efetuar uma análise do instituto da concordata sob o ponto de vista econômico-contábil, em especial, demonstrando que, com base nos documentos que a lei exige que sejam entregues por ocasião do pedido do favor legal, existem meios de se avaliar se a concessão da concordata irá, possivelmente,

evitar a falência da empresa, ou se será apenas um instrumento que irá adiar o fim desta última, implicando gastos desnecessários.

B. Proposta de desenvolvimento

Inicialmente, será abordada importância do sistema de crédito para a economia de um país, inserindo-se o direito concursal nesse contexto.

A seguir, será apresentado um esboço da evolução histórica do instituto no mundo, a saber, no período anterior à Primeira Guerra Mundial, no período entre as duas guerras mundiais e a situação atual.

Na sequência da apresentação da evolução histórica da concordata no direito brasileiro, encontra-se a análise de alguns pontos do Decreto-lei 7.661/45, no tocante à concordata preventiva e à suspensiva.

Em seguida, serão abordadas as críticas ao sistema atual, no que diz respeito aos reflexos da conduta dos dirigentes so-

bre a sorte da empresa e, também, se a viabilidade econômico-financeira da empresa se insere no instituto da concordata, nos moldes atuais.

Será apresentado um exemplo prático, demonstrando que, a partir das demonstrações financeiras obrigatórias, é possível verificar se a empresa apresenta ou não alguma viabilidade, seguindo-se a conclusão e a bibliografia.

II — Economia e crédito

Em regra, uma pessoa não pode produzir tudo o que precisa para sobreviver. Dessa forma, a troca de bens é necessária para a sobrevivência de uma sociedade. Segundo Hilferding, “qualquer que seja a forma de realização de troca, ela será necessariamente uma troca em base de equivalentes de valor, quer a troca de mercadoria se processe diretamente, quer seja mediada através de dinheiro”.¹ Quando predomina a mediação através de dinheiro, tem-se a economia monetária que é o modelo seguido atualmente pelas economias não primitivas.

A economia monetária permite o surgimento de poupadores, que não desejam adquirir bens imediatamente e emprestam o dinheiro que acumulam. Esses recursos são emprestados a quem se compromete a pagar não somente a quantia emprestada mas também um montante adicional de juros, de forma a compensar a desvantagem da perda do direito sobre bens e serviços.²

Quando o pagamento dos bens adquiridos só é feito algum tempo depois do recebimento da mercadoria, diz-se que existe uma relação débito-crédito.

Hilferding observa que um “aumento de produção significa, ao mesmo tempo, aumento da circulação; a multiplicação dos

processos de circulação torna-se possível, por sua vez, pelo maior volume de dinheiro creditício”.³

Assim, é possível afirmar, de forma simplificada, que a economia de uma nação tem como lastro a produção e a circulação de bens e serviços, as quais são financiadas por um sistema de crédito.

Existem, porém, limitações financeiras à produção e circulação, de três ordens: a primeira diz respeito à impossibilidade de que os agentes econômicos possam fabricar dinheiro para suprir suas necessidades; a segunda, à capacidade de endividamento dos tomadores de recursos; e a terceira, aos padrões de prudência financeira estabelecidos pelos que emprestam os recursos.⁴

Ao longo do tempo, foram efetuadas diversas tentativas para atenuar essas restrições, dentre as quais, a criação de mais moeda, pelos governantes, e o desenvolvimento de novos ativos financeiros.

Como a situação de crise de um devedor tem consequências na economia, gerando uma ruptura no sistema de crédito, a qual, por si, tende a afetar a cadeia produtiva e de circulação, “uma terceira forma de reduzir tais restrições é de o governo ou as organizações econômicas privadas tomarem medidas para ampliar a segurança dos empréstimos e ativos financeiros. Os governos podem criar novos trâmites legais para assegurar que a existência do débito possa ser imediatamente provada, ou a segurança dos empréstimos garantida”.⁵

Nesse contexto, que é a garantia geral do crédito, situa-se o direito falimentar ou concursal, que tem como princípios básicos a igualdade entre os credores de uma mesma classe (*par conditio creditorum*) e o saneamento do meio empresarial.

3. Rudolf Hilferding, *O Capital Financeiro*, p. 86.

4. Jon D. Stanford, *Moeda, Bancos e atividade econômica*, pp. 47-48.

5. Jon D. Stanford, *Moeda, Bancos e atividade econômica*, pp. 48-49.

1. Rudolf Hilferding, *O Capital Financeiro*, p. 38.

2. Jon D. Stanford, *Moeda, Bancos e Atividade Econômica*, p. 46.

III — Breve histórico do Direito Concursal

Gerardo Santini, citado por Nelson Abrão,⁶ reconheceu três fases na evolução histórica do direito concursal: a primeira fase compreende o período entre o surgimento do instituto da falência até o final da Primeira Guerra Mundial; a segunda fase abrange o período entre as duas guerras mundiais, e o terceiro período tem início após a Segunda Guerra Mundial. Para Nelson Abrão, a terceira fase apresenta dois marcos fundamentais, representados, respectivamente, pelo relatório da Inspetoria-Geral de Finanças, de 1965, que deu origem à lei de 1967, e à lei francesa de 1985.

A. Primeira fase —

O objetivo liquidatário-solutório

Durante longo tempo, entendeu-se que os distúrbios econômicos causados pela situação de crise de um devedor estavam unicamente relacionados ao ferimento do interesse dos credores em receber aquilo que lhes era devido. Surgiram, assim, os procedimentos concursais de orientação liquidatária, ou seja, que visavam à liquidação do patrimônio do devedor para a satisfação de seus débitos junto aos credores. É nesse contexto que se encontra o instituto da falência. Tais procedimentos admitiram, também, a possibilidade de um acordo entre devedor e credores, visando a uma dilação de prazo, alternativa ou cumulativamente a uma remissão de dívidas, que deu origem ao instituto da concordata.

Na antiguidade, a solução encontrada para que um devedor pagasse suas dívidas consistia no poder de coação dado ao credor sobre a pessoa do devedor. Se deixasse de honrar suas dívidas, este último poderia ser coagido fisicamente pelo credor, que também poderia aprisioná-lo, escravizá-lo e até matá-lo, caso não pagasse o devido.

Um longo caminho foi trilhado até que os bens, e não o corpo do devedor, se tornassem a garantia dos credores. Somente no ano 430 a.C. foi instituída, no Império Romano, a execução eminentemente patrimonial do devedor, por meio da lei *poetelia papiria*.

Na Idade Média, o devedor comerciante e o devedor não-comerciante insolventes recebiam o mesmo tratamento. O traço característico era a repressão penal, com a prisão do devedor insolvável e a aplicação de penas vexatórias e degradantes.

O instituto da falência, delineado como processo de execução coletiva contra o devedor foragido ou insolvente, surgiu no direito das cidades medievais italianas. O devedor era coagido, por meio de castigos, torturas físicas ou prisão, a pôr todo seu patrimônio à disposição dos credores, que se pagavam com o produto da venda dos bens componentes. Se o devedor fugisse, a autoridade pública seqüestrava a sua fortuna. O processo executivo seguia perante o juiz, que tinha por função essencial punir os responsáveis pela falência, à qual estavam sujeitos comerciantes e não-comerciantes. Os credores, por meio de seus representantes e sob a fiscalização do juiz, administravam os bens do devedor. Competia ao síndico, eleito pelos credores ou nomeado pelo juiz, verificar os créditos, vender os bens e repartir o produto entre os primeiros.

As cidades medievais italianas, contudo, eram verdadeiras cidades-estado e, dessa forma, a fuga do devedor falido de uma para outra cidade reduzia grandemente as chances de os credores chamarem-no a juízo e apresentarem seus bens. Surgiu, então, a prática da concessão de salvo-conduto para que o devedor falido foragido voltasse à sua cidade e se compusesse com os credores, a qual deu origem à concordata, que resultava na suspensão de um estado falimentar e foi, posteriormente, inserida nos estatutos dessas cidades.

Tal acordo, efetuado entre o falido e seus credores, apresentava as característi-

6. Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, p. 20.

cas de uma concordata suspensiva. Sua aplicação iniciou-se em fim do século XIII, tendo se aperfeiçoado em fins do século XV. Em regra, nas legislações estatutárias das cidades medievais italianas, a concordata, como “solução negocial entre falido e credores, era reconhecida e declarada eficaz em determinadas circunstâncias, mesmo em relação aos credores que tivessem dissentido, contanto que os concordantes representassem uma maioria, habitualmente bastante qualificada, da massa passiva”, como em Florença.⁷ Em Veneza, porém, se fossem preenchidos determinados requisitos e não se chegasse a um acordo entre falido e credores, a autoridade, na pessoa dos supracoñsules, intervinha e impunha seu poder para chegar a um acordo.

A concordata preventiva surgiu apenas na segunda metade do século XVI, nessas mesmas cidades. O devedor deveria dirigir-se aos juízes da Corte dos Mercadores “e pedir a convalidação de seus credores, apresentando contemporaneamente seus escritos”.⁸ Era-lhes concedido um salvo-conduto de um mês e ordenada a citação de todos os credores diante da Corte para procederem à concordata, que seria válida apenas se houvessem consentido 3/4 dos credores que detivessem, pelo menos, metade dos créditos.

O instituto migrou para outros países da Europa e foi regulamentado na França pela Ordenança de 1.673 e pelo Código Comercial de 1807. Todavia, conforme anota Trajano de Miranda Valverde, “o espírito de severidade, que predomina na regulamentação da falência, se reflete no tratamento da concordata”.⁹

O Código Comercial francês vigente em fins do século XIX acolheu a concordata como forma de suspender a falência. Em

1899, Lyon-Caen e L. Renault assim definiram o instituto: “a concordata é um acordo em virtude do qual o falido é recolocado à frente de seus negócios, com seus credores lhe concedendo prazos e, mais frequentemente, um perdão parcial das dívidas. (...) A concordata constitui um favor aos comerciantes em falência, pois a maioria dos credores, a aprovando, vincula a minoria. A lei, para proteger estes últimos, requer apenas que a concordata reúna certas condições, a saber, que a assembléia dos credores a tenha votado nas maiorias fixadas pelo código, que haja homologação judicial e que o falido não tenha sido condenado por falência fraudulenta”.¹⁰

O desenvolvimento histórico do direito concursal até o século XIX demonstra que os institutos da falência e da concordata sempre tiveram como objetivo a satisfação do direito dos credores, ou, pelo menos, reduzir ao máximo suas perdas, de duas formas. A primeira, mediante a arrecadação dos bens do devedor e o rateio do seu produto entre os credores, que é o objetivo do processo falimentar. A segunda, mediante a oportunidade que se dá ao devedor para “tomar fôlego” antes de pagar suas dívidas, que é o objetivo do instituto da concordata.

B. Segunda fase — A viabilidade da recuperação de empresas

É somente após a Primeira Guerra Mundial que começa a surgir o entendimento de que a situação de crise de um devedor pode ferir o interesse da coletividade e que este interesse nem sempre será melhor atendido pela simples liquidação do patrimônio da empresa em dificuldades.

A grande depressão, considerada até hoje como “o evento econômico mais importante da história americana”,¹¹ foi consequência da crise que se iniciou com a

7. Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, p. 302.

8. Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, p. 303.

9. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, p. 103.

10. Ch Lyon-Caen e L. Renault, *Manuel de Droit Commercial*, pp. 618 e 709.

11. Robert J. Samuelson, “Great depression”, *The Fortune Encyclopedia of Economics*, p. 196.

Primeira Guerra Mundial e teve como marco o grande *crash* da bolsa de valores de Nova York, em outubro de 1929. Seus efeitos se prolongaram até os anos 30 e causaram grande dificuldade para dezenas de milhões de pessoas e a falência de grande parte dos bancos e empresas industriais, comerciais e agrícolas. Conforme a depressão aumentava, os governos tentavam proteger suas reservas de ouro através da manutenção, por longo período de tempo, de elevadas taxas de juros e fortes restrições ao crédito. Tal atitude teve um impacto devastador no crédito, no consumo e nos preços e, em 1933, culminou com o abandono, pelos EUA, do padrão-ouro.¹² A partir de então, foi adotado um amplo programa econômico, conhecido como *New Deal*, que, consubstanciado numa legislação de emergência, que visava à recuperação das empresas, então combatidas pela crise, contemplou grande intervenção estatal na economia. Consistiu num esforço para inverter a espiral descendente da Grande Depressão e estabeleceu um novo conceito de intervenção governamental e o fim efetivo da filosofia do *laissez-faire*.¹³ Com a criação, nos cem primeiros dias do governo Roosevelt, da *National Recovery Administration* (NRA) e do *Agriculture Adjustment Act* (AAA), esperava-se promover a recuperação por meio de escoras nos preços. A idéia era aumentar receitas a fim de interromper as falências.¹⁴

Nesse contexto, em 1933 e 1937, foram editadas leis que alteraram o texto da *Bankruptcy Act*, isto é, da lei falimentar americana vigente desde 1898. Foi, assim, introduzida a possibilidade de acordos do devedor com a coletividade de credores, de prorrogação do prazo de vencimento das obrigações, e, principalmente, da reorganização das companhias de estradas de ferro

e de outras grandes empresas. Todavia, tais dispositivos foram inseridos em uma legislação que apresentava nítida filosofia liquidatária e, assim o instituto da reorganização foi pouco aplicado.

Em 1938, os procedimentos de orientação para a recuperação de empresas viáveis ganharam força com o *Chandler Act*, que modificou a lei americana de 1898, mas ratificou as novas disposições de recuperação introduzidas em 1933 e 1937.

Em linhas gerais, na reorganização societária introduzida pelo *Chandler Act*, a administração da empresa, que deveria ser uma sociedade anônima, passava para um terceiro denominado *trustee*, que elaborava um plano de reorganização, submetendo-o ao juiz, após aprovado pelos credores e acionistas. Executado o projeto e reorganizada a sociedade, a companhia deveria requerer que o juiz declarasse o encerramento do processo. Se o plano não fosse homologado ou, se homologado, não fosse cumprido, a reorganização se transformava em liquidação.

Segundo Fábio Konder Comparato, a reorganização instituída nessa época “não se trata de procedimento substitutivo da concordata, ao arbítrio do devedor mas de uma solução aplicável apenas nas hipóteses em que a simples concordata (*arrangement preceeding*) se revela uma medida insuficiente para conjurar a crise empresarial. Por isso mesmo, em sua petição inicial de *corporate reorganization*, a companhia deve demonstrar porque a concordata não se aplica a seu caso”, porque a lei considerava como de má-fé o ajuizamento de pedido de reorganização societária quando a concordata fosse um procedimento mais adequado ao caso.¹⁵

C. Terceira fase — O aperfeiçoamento do instituto da recuperação

Da mesma forma que nos Estados Unidos, também na França buscou-se aper-

12. O padrão-ouro significava que os governos eram obrigados, se requisitados, a entregar em ouro o valor do papel-moeda.

13. Robert J. Heilbroner, *A Formação da Sociedade Econômica*, p. 223.

14. Robert J. Samuelson, “Great depression”, *The Fortune Encyclopedia of Economics*, p. 201.

15. Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, pp. 108-109.

feioar o procedimento concursal, pois, já a partir de 1807, desenvolveu-se grande reação contra o rigor do Código Comercial implantado naquele ano.¹⁶

O primeiro grande marco desse aperfeiçoamento foi a Ordenança 67-820, de 23 de setembro de 1967, que se seguiu à Lei 67-853, de 13 de julho do mesmo ano.¹⁷ Até a lei de 1967, o devedor sujeitava-se à falência ou ao regulamento Judiciário (que, em 1955, sucedera a liquidação judiciária), sendo que ambos os procedimentos traziam sanções ao falido.

A Lei de 1967 instituiu a separação entre empresa e dirigentes, com o fim de assegurar condições de recuperação das "empresas competitivas vítimas de uma falta accidental imputável a seus dirigentes ou provocada por circunstâncias excepcionais",¹⁸ e a Ordenança 67-820 criou um procedimento especial aplicável às pessoas jurídicas de direito privado organizadas sob a forma de empresa "cujo desaparecimento poderia causar grave perturbação à economia nacional ou regional e poderia ser evitado em condições compatíveis com o interesse dos credores".¹⁹ Tal procedimento permitia que o juiz concedesse a suspensão provisória de demandas e a adoção de um plano coletivo de apuração do passivo.²⁰

O segundo marco do aperfeiçoamento pelo qual passou a legislação francesa sobre o assunto é constituído pela Lei 85-98, reformada pela lei de 10 de junho de 1994, a qual estabelece o *redressement* (reerguimento) de empresas viáveis. Se, desde logo, se verificar a inviabilidade da empresa, é decretada sua liquidação judi-

cial. Caso contrário, a empresa passa por um período de observação, ao fim do qual é apresentado um plano de recuperação, que pode visar à continuação da empresa ou à sua cessão, total ou parcial.

O procedimento adotado pelo atual sistema francês tem três objetivos, expressos no art. 1º da Lei 85-98, em ordem de prioridade: a salvação da empresa, a manutenção da atividade e do emprego e a satisfação do passivo.²¹ Como características principais do modelo adotado pelo direito francês, pode-se destacar:

- grande participação dos empregados, por meio de representantes, mas quase nenhuma participação dos credores, que são representados por um funcionário do governo;

- a partir de 1985,²² as funções anteriormente desempenhadas pelo síndico foram divididas entre o administrador judicial, que deve administrar os bens do devedor, e o mandatário-liquidante, que tem por função representar os credores e, eventualmente, proceder à liquidação dos bens do devedor;

- a continuação da empresa impõe aos credores titulares de garantia real e aos credores quirografários as mesmas dilações nos prazos de pagamento;

- somente as empresas que se demonstrem viáveis e com possibilidade de continuar sua atividade estão sujeitas a um procedimento de reerguimento. As inviáveis são, desde logo, liquidadas;

- as condutas dolosas do dirigente não se comunicam às empresas e, assim, não impedem que estas últimas participem de um procedimento de reerguimento.

O direito americano, que desde a década de 30 já previa a hipótese de reorga-

16. Jorge Lobo, "A crise da empresa: a busca de soluções", RT 668/40.

17. Na França, os dois primeiros algarismos referem-se ao ano e, os demais, ao número da lei.

18. Conforme a exposição de motivos da Lei 67.853, citada por Jorge Lobo no artigo "A crise da empresa: a busca de soluções", RT 668/40.

19. Jorge Lobo, "A crise da empresa: a busca de soluções", RT 668/40.

20. Georges Ripert e René Roblot, *Traité de Droit Commercial*.

21. "Art. 1º. Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif".

22. Lei 85-99, de 25 de janeiro de 1985, conhecida por "2ª lei de 25 de janeiro de 1985".

nização empresarial, também foi aperfeiçoado, pela instituição, em 1978, do *Bankruptcy Code*, que constitui o Título 11 do *US Code*, e suas alterações, em especial, a de 1994. As razões para a mudança na legislação foram, principalmente, as grandes mudanças sociais e econômicas, bem como o aumento da população, das concessões de crédito e do número da falências.²³

No atual sistema norte-americano, foram consolidadas as normas sobre reorganização previstas no *Chandler Act*, estabelecendo-se um sistema de reorganização para as companhias de estrada de ferro e um sistema de reorganização empresarial, flexível e sistemático, para as demais empresas, inclusive aquelas que não são constituídas sob a forma de sociedades anônimas.

Destacam-se as seguintes disposições do sistema americano quanto à reorganização:

- o plano de reorganização abrange todos os ativos e todos os passivos, bem como todos os credores e todos os acionistas (ou sócios);

- as disposições do plano, após aprovado, é que vão reger a atividade empresarial, ou seja, há um *fresh start*, um recomeço. As dificuldades de pagamento havidas anteriormente são, a partir de então, “esquecidas”, pois foram substituídas pelos dispositivos do plano de reorganização;

- num plano de reorganização, o mínimo que os credores deverão receber é a quantia equivalente ao que obteriam no caso de liquidação da empresa devedora;

- ao contrário do *Chandler Act*, em que predominava o desapossamento do devedor e sua substituição por um terceiro, denominado *trustee*, atualmente, em regra, os antigos dirigentes continuam à frente do negócio. Só há substituição pelo *trustee* nos casos de fraude, desonestidade, incompetência ou evidente má gestão;

- os credores têm grande poder de influência na reorganização empresarial;

- o pedido de reorganização pode ser feito pelo próprio devedor (*voluntary case*) ou por um credor (*involuntary case*);

- não existem regras preestabelecidas para a elaboração do plano. Assim, a ordem de preferência dos credores será fruto de uma negociação, visto que a aprovação do plano cabe às classes de credores. Vigora o princípio do *disclosure*,²⁴ ou seja, no plano, o devedor faz uma proposta de pagamento aos credores, por ele divididos em classes, apresenta os critérios para o financiamento da reorganização e fá-lo acompanhar de uma declaração contendo as mesmas informações que seriam adequadas para que um investidor tomasse decisões a respeito do negócio.

Observa-se, assim, que, a partir da década de 30, houve uma preocupação com a recuperação das empresas, seriamente afetadas pela crise econômica de então. Tal preocupação acentuou-se após a Segunda Guerra Mundial, com a busca de soluções que, ao invés de procedimentos meramente protelatórios ou de liquidação, visavam à manutenção da atividade econômica empresarial. Partiu-se do princípio de que, se uma empresa economicamente viável, mas que esteja com problemas de liquidez, for mantida em funcionamento, mais postos de trabalho serão mantidos, bem como será aumentada a possibilidade de que os credores recebam uma parte maior de seus créditos do que receberiam com a liquidação da empresa devedora.

A situação foi resumida com propriedade por Rubens Requião quando afirmou que “na verdade, os institutos da falência e da concordata se revelam estreitos para atender aos vultosos interesses, privados e públicos, envolvidos nas grandes empresas

23. Edward I. Altman, *Corporate Financial Distress and Bankruptcy. A Complete Guide to Predict & Avoiding Distress and Profiting from Bankruptcy*.

24. Segundo o *Black's Law Dictionary*, “disclosure” é a revelação de informações que se acredita serem relevantes para os investidores, de forma que estes possam efetuar uma avaliação inteligente de um valor mobiliário.

modernas, que manipulam poderosos valores econômicos e sociais. O conceito moderno de empresa, como atividade do empresário destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, fatalmente acarretaria a tomada de outras posições do direito falimentar. Vivemos, assim, em pleno terceiro estágio, no qual a falência passa a se preocupar com a permanência da empresa e não apenas com sua liquidação judicial".²⁵

Veremos, a seguir, qual é o posicionamento do direito brasileiro atualmente em vigor.

IV — A concordata no Direito brasileiro

O direito concursal brasileiro tem se caracterizado por uma ênfase na liquidação das empresas insolventes, que se dá pela falência. Nesse sistema, inspirado no modelo francês do século XIX, a concordata configura-se como uma oportunidade que se dá ao devedor para "tomar fôlego" antes de pagar suas dívidas.

Sampaio de Lacerda, citando Nabuco de Araújo, relata que, por resolução de 4 de abril de 1818, "D. João VI mandava que se considerasse firme e efetiva por cinco anos a concordata a certo devedor".²⁶

Após a Proclamação da Independência, a lei de 31 de outubro de 1823 mandou observar a Lei da Boa Razão, ou seja, o Alvará de 18 de agosto de 1769, "segundo a qual deviam ser aplicadas subsidiariamente as leis das nações civilizadas", tendo, assim, predominado o Código Comercial francês de 1807.²⁷

Na legislação brasileira, o direito concursal foi regulado pela primeira vez no Código Comercial de 1850, cuja terceira parte era dedicada às "quebras". O instituto da concordata, regulado pelo mencionado có-

digo, teve por modelo os códigos francês, espanhol e português.²⁸ Para a obtenção da concordata suspensiva da falência, era necessária a inexistência de culpa ou fraude, exigência que permaneceu nas leis posteriores. Vale observar que, em seu art. 898, o código também regulou o instituto da moratória. Esta medida, de caráter dilatório, poderia ser concedida pelo tribunal ao comerciante que provasse que sua impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas decorria de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior e que ao mesmo tempo demonstrasse por um balanço, exato e documentado, que tinha fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores mediante alguma espera, que não poderia passar de três anos.

Segundo o art. 847 do Código Comercial, eram requisitos de validade para a concessão da concordata suspensiva da falência a concessão "por um número tal de credores que represente pelo menos a maioria destes em número, e 2/3 no valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata". O art. 848 trazia a seguinte disposição: "não pode dar-se concordata no caso em que o falido for julgado com culpa ou fraudulento e, quando anteriormente tenha sido concedida, será revogada".

Para Fábio Konder Comparato,²⁹ o processo falimentar do Código de 1850 realizou "a proeza de ser inconveniente para todas as partes", ou seja, para o falido e para os credores. As exigências impostas pelo Código Comercial relativas ao quórum de credores necessário para a aprovação da concordata impediram que o Visconde de Mauá, à época, o maior empresário brasileiro e dono de um considerável império econômico, obtivesse concordata de seus credores. Tal fato o levou, em 1879, a efetuar uma representação no Parlamento, a qual desencadeou o movimento que resul-

25. Rubens Requião, *Curso de Direito falimentar*, p. 12.

26. José Cândido Sampaio de Lacerda, *Manual de Direito Falimentar*, p. 241.

27. Rubens Requião, *Curso de Direito falimentar*, p. 21.

28. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, p. 103.

29. Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, p. 98.

tou na Lei 3.065, de 1882, que reformou a terceira parte do Código e determinou que era suficiente a aprovação da maioria dos credores que comparecessem à assembleia para que fosse concedida a concordata.³⁰ Esta lei também regulou o instituto da cessão de bens, que consistia “na entrega da todos os bens ou parte do ativo da massa aos credores, para que o realizassem e pagassem o passivo”.³¹

Trajano de Miranda Valverde relata que a concordata preventiva somente foi instituída no Brasil pelo Decreto 917, de 1890, como um “autêntico favor concedido ao comerciante honesto em dificuldades”.³² Em 1902, a Lei 859 aboliu a moratória, a cessão de bens e a liquidação judicial. A Lei 2.024, de 1908, regulou a concordata suspensiva e a concordata preventiva da falência, tendo sido reformada pelo Decreto 5.746, de 1929.³³

O mencionado decreto tornou as concordatas mais difíceis, pois foram elevadas as taxas mínimas de pagamento oferecidas no pedido e passaram a ser exigidas do concordatário o oferecimento de garantias reais ou fidejussórias.³⁴ Outras regras que, nes-

se momento, norteavam o instituto da concordata no direito brasileiro eram:³⁵

- era impossível haver concordata quando o devedor agiu com culpa ou fraude;
- a proposta de concordata deveria ser apoiada por uma maioria de credores e de créditos;
- os dissidentes poderiam se opor à homologação da concordata;
- a sentença homologatória do juiz era condição essencial para a eficácia da concordata perante os interessados;
- com a homologação, a concordata tornava-se obrigatória para todos os credores, exceto para os credores privilegiados e os detentores de garantia real, é
- havia a possibilidade de rescisão, em determinados casos.

V — A concordata no sistema do Decreto-lei 7.661/45

Embora tenha sido promulgado em meados da década de 40, o Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, seguiu a mesma estrutura liquidatária predominante até fins do século XIX. A denominada “Lei de Falências” brasileira tem um caráter material e processual, predominando este último.

Nesse diploma legal, nenhuma menção foi feita à recuperação da empresa, embora a intervenção estatal do governo Vargas tivesse permitido, desde meados da década de 30, a montagem de uma infraestrutura econômica.³⁶ Por sua vez, a necessidade de grandes capitais levava ao surgimento de sociedades anônimas, regulamentadas já em 1940 pelo Decreto-lei 2.627.

Todavia, a relevância sócio-econômica da empresa, que despontava em nosso país, não foi contemplada pela lei que, em

30. Segundo relata Jorge Caldeira, “como acreditava ter se portado com lisura nos três anos em que teve poderes para dirigir seus negócios, o visconde (...) poderia evitar que fosse decretada a falência. O pedido era perfeitamente legal, e seria aceito se dois terços dos credores concordassem com ele. Porém, (...) a lei também exigia que eles dissessem isto de viva voz durante a sessão de julgamento. Com credores espalhados por vários países, ele acreditou que a questão poderia ser contornada se eles mandassem uma carta de anuência com a proposta, com os devidos registros legais (...) Parecia ser o mais indicado nas circunstâncias, mas imediatamente a questão se levantou. Os adversários de sempre vieram com as ressalvas: a lei poderia ser bizantina mas era a lei, e leis existem para serem cumpridas” (*Mauá, Empre-sário do Império*, pp. 523-524).

31. Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, p. 10.

32. Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, p. 98.

33. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, p. 104.

34. Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, p. 99.

35. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, pp. 104-105.

36. Nelson Abrão, *O Novo Direito Falimentar: Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica Brasileira*, p. 161.

1945, regulamentou o direito concursal brasileiro, a qual visou ao comerciante individual, deixando em segundo plano as sociedades mercantis.³⁷

Outro pilar de nossa legislação é a intenção de solucionar a situação entre devedor e credores. Assim, no tocante à falência, que pode ser requerida tanto em função da impontualidade do devedor em saldar suas dívidas, como em decorrência da prática de um dos atos relacionados no art. 2º do Decreto-lei, em linhas gerais, o procedimento resume-se a arrecadar os bens, que, após vendidos, têm seu valor rateado entre os credores, divididos em classes rígidas, que obedecem às diretrizes da própria legislação. Contudo, a aparente simplicidade oculta um processo complexo e moroso, em razão dos inúmeros atos processuais envolvidos. Desta forma, o processo falimentar nem sempre atinge o objetivo de pagar os credores com o produto dos bens arrecadados do devedor falido.

Como alternativa à liquidação da empresa em dificuldades, ofereceu-se o instituto da concordata. Sob a égide do Decreto-lei 7.661, de 1945, a concordata deixou de ser um contrato para se tornar um benefício concedido ao devedor. Desde então, sua concessão não mais depende de aprovação da maioria dos credores, tornando-se um "favor que o Estado, através do Poder Judiciário, concede ao devedor comerciante, infeliz e de boa-fé".³⁸ Assim, no sistema brasileiro, a concordata, apesar do nome, não apresenta as características de um acordo coletivo, pois não requer a concordância dos credores e, segundo dispõe o art. 147, obriga a todos os credores quirografários, comerciais ou civis. Constitui, portanto, uma solução judicial da situação

do devedor comerciante que preencher os requisitos determinados pela lei.

A concordata consiste no direito que tem o empresário comercial que estiver em dificuldades de requerer ao juiz que conceda um maior prazo para pagamento de suas dívidas quirografárias, prazo esse que pode ou não ser cumulado com uma redução no montante do passivo. Observa-se que os créditos com garantia real não são objeto de concordata.

Têm direito à concordata somente as empresas comerciais ou comerciantes individuais, com situação regular perante o registro do Comércio, com exceção das companhias aéreas, que não podem pedir concordata,³⁹ e das instituições financeiras e companhias seguradoras, sujeitas a regime disciplinar próprio.⁴⁰ Nota-se, portanto, que o benefício não é estendido ao devedor civil e ao comerciante que tiver deixado de arquivar, no Registro do Comércio, os documentos indispensáveis à regularização de sua atividade comercial.⁴¹

Durante a concordata, a administração da empresa cabe aos próprios dirigentes, apenas sob a fiscalização de um comissário, ao qual incumbem os deveres constantes do art. 168 e que, conforme será visto mais adiante, consistem no exercício de uma fiscalização passiva, sem interferência na administração.

Os administradores da empresa em dificuldades ficam à frente dos negócios, mesmo que possuam atributos negativos, tais como a condenação em crimes não relacionados no art. 140 e que colocariam sua idoneidade sob suspeita, ou que já tenham descumprido seus deveres e responsabilidades para com sociedades por eles diri-

37. Como colocou Nelson Abrão, "ora, legislando-se para o indivíduo, evidentemente não se tem a visão da importância do organismo economicamente organizado, e que se sobrepõe à pessoa física de seu titular ou titulares, que é a empresa" (*O Novo Direito Falimentar*, p. 163).

38. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, p. 264.

39. O Decreto-lei 669/69 exclui do benefício da concordata as empresas que exploram os serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica.

40. A Lei 6.024/74, em seu art. 53, proíbe que as instituições financeiras impetrem concordata. Da mesma forma, o Decreto-lei 73/66, em seu art. 26, dispõe que "as sociedades não poderão requerer concordata".

41. Decreto-lei 7.661/45, art. 140, I.

gidas.⁴² As únicas restrições são a necessidade de oitiva do representante do Ministério Público e aprovação do juiz para a alienação de bens imóveis ou outros sujeitos às cláusulas da concordata, e a necessidade de consentimento de todos os credores para a venda ou transferência de estabelecimento comercial.

Em resumo, a concordata apresenta as seguintes características:

- é um benefício ao devedor comerciante;
- obriga a todos os credores quirografários até a data da distribuição do pedido;
- não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, fiadores ou responsáveis por via de regresso;
- os credores posteriores podem pedir a falência do concordatário;
- a administração da empresa continua com o concordatário, sob a fiscalização de um comissário, e
- a sentença que julgar cumprida a concordata declarará a extinção das responsabilidades do devedor.

A lei brasileira prevê dois tipos de concordata: preventiva, se pedida em juízo antes da declaração da falência, ou suspensiva, se pedida em juízo depois da declaração de falência.

A. Concordata preventiva

Trajano de Miranda Valverde⁴³ define a concordata preventiva como uma demanda que tem por objeto a regularização das relações patrimoniais entre o devedor

42. Os arts. 153 a 160 da Lei 6.404/76 dispõem sobre os deveres e responsabilidades dos administradores e membros do conselho consultivo e fiscal das sociedades anônimas. O art. 11, do Decreto 3.708/19, que regula a constituição de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, dispõe que "cabe ação de perdas e danos, sem prejuízo da responsabilidade criminal, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou que dela abusar".

43. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, p. 183.

e seus credores quirografários e por fim evitar a declaração da falência. Assim, ganhando prazo, abatimento, ou as duas vantagens simultaneamente, o devedor poderá recuperar-se e obter, com o prosseguimento da atividade empresarial, os recursos indispensáveis à solução dos seus débitos.⁴⁴

Segundo dispõe o Decreto-lei 7.661/45, em seu art. 158, são condições para que o devedor possa requerer concordata preventiva: exercer regularmente o comércio há mais de 2 anos, possuir ativo em valor superior a 50% do passivo quirografário, não estar falido ou se já foi falido, estarem extintas as responsabilidades.

É necessário, ainda que não ocorram nenhum dos impedimentos relacionados no art. 140 do mencionado decreto-lei, ou seja, o devedor deve exercer regularmente a atividade mercantil, não pode ter sido condenado em nenhum dos crimes relacionados no art. 140, III, do Decreto-lei 7.661/45, não pode ter pedido concordata há menos de cinco anos e não pode ter descumprido uma concordata eventualmente requerida há mais tempo.⁴⁵

A petição inicial deve ser elaborada segundo as regras do Código de Processo Civil e explicar minuciosamente o estado econômico do devedor e as razões que justificam o pedido de concordata.

O Decreto-lei 7.661/45 dispõe, desde sua promulgação, que a petição inicial deve ser instruída com a prova de que não ocorre o impedimento do inc. I do art. 140, ou seja, com a prova da regularidade do exercício da atividade mercantil e de que o devedor exerce o comércio há mais de 2 anos, bem como com o contrato ou estatuto social e vigor. Junto com a petição inicial, devem

44. Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, p. 327.

45. Cumpre observar que a lei também impede a concessão de concordata para o devedor que deixou de requerer a falência no prazo de 30 dias a contar do vencimento de obrigação líquida, bem como a quem tenha título protestado por falta de pagamento. Tais hipóteses, porém, foram bastante atenuadas pela jurisprudência.

ser apresentados os livros obrigatórios, ou seja, o livro diário e o livro de registro de duplicatas, para serem encerrados pelo juiz.

Em sua redação original, exigia-se, ainda, que o interessado apresentasse "o último balanço e o levantado especialmente para instruir o pedido, inventário de todos os bens, relação das dívidas e demonstração da conta lucros e perdas", bem como, "a lista nominativa de todos os credores, com o domicílio e a residência de cada um, e a natureza e importância dos respectivos créditos".

Na redação dada pela Lei 7.274, de 10 de dezembro de 1984, foi determinado que, além dos demais documentos, o interessado deveria apresentar não uma, mas duas listas de credores. A primeira deveria conter o nome de todos os credores não sujeitos à concordata, especificando o domicílio e a residência de cada um, assim como a natureza e a importância dos créditos, e a segunda deveria trazer o nome de todos os credores sujeitos à concordata, especificando o domicílio e a residência de cada um, bem como a natureza e a importância dos créditos, além da "indicação do registro contábil da operação creditícia, assinada também pelo encarregado da contabilidade do devedor".

No tocante à identificação dos credores e às demonstrações financeiras necessárias para o requerimento da concordata, o art. 159 do Decreto-lei 7.661/45 foi profundamente alterado pela Lei 8.313/90, devendo instruir a petição inicial a partir de então:

- demonstrações financeiras referentes ao último exercício social e as especialmente elaboradas para instruir o pedido de concordata, elaboradas com estrita observância aos critérios previstos na Lei de Sociedades por Ações (Lei 6.404/76) e compostas obrigatoriamente de balanço patrimonial, demonstração de lucros ou prejuízos acumulados e demonstração do resultado desde o último exercício social. As demonstrações especiais têm por objetivo

apresentar a situação da empresa na data do ajuizamento do pedido. Antes de 1990, as demonstrações financeiras especiais tinham forma livre e, assim, eram pouco informativas;

- inventário de todos os bens e relação das dívidas ativas;

- lista nominativa de todos os credores, apresentando o domicílio e residência de cada um e o valor dos respectivos créditos;

- outros elementos de informação, a critério do Ministério Público.

Os créditos sujeitos à concordata são atualizados monetariamente, acrescidos de juros calculados à taxa de 12% ao ano em relação às obrigações vencidas.

Concedida a concordata, o devedor continua na posse e na administração dos bens. Todavia, a lei determina a nomeação de um comissário, cujas funções consistem na fiscalização da conduta do devedor. A nomeação do comissário deve obedecer aos mesmos trâmites e requisitos para a nomeação do síndico (arts. 161, § 1º, IV, e 60 e seus §§). É desnecessário nomear o maior credor para o cargo de comissário, desde que escolhido dentre os credores quirografários, os únicos abrangidos pela concordata. Pode, ainda, haver a nomeação de um comissário "dativo", se houver recusa dos credores para exercer a função.

Segundo Waldemar Ferreira, o comissário é fiscal da concordata, caracterizando-se como auxiliar do magistrado, tanto que a "sua missão é a de examinar e informar o Juiz sobre o pedido do devedor, de molde a evitar que se frustrem os fins da lei e que consiga o benefício por ela outorgado o que dele for indigno".⁴⁶ Assim, o comissário é tão-somente fiscal dos atos do concordatário, não lhe cabendo a representação deste, já que o poder de fiscalizar emana da lei e é função exercida pelo comissário em *jure* próprio, e não em nome dos credores.

46. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, p. 314.

B. *Concordata suspensiva*

Foi a primeira modalidade de concordata a ser introduzida no direito brasileiro, sendo aquela concedida no decorrer do processo falimentar, tendo como consequência a restituição ao falido da livre administração dos seus bens, com algumas restrições. Sampaio de Lacerda a define como “o ato processual pelo qual o devedor propõe em Juízo melhor forma de pagamento a seus credores, a fim de que, concedida por sentença judicial, suspenda o processo falimentar”.⁴⁷

Objetiva sustar os efeitos danosos da falência, ensejando melhor forma de pagamento aos credores (em lugar da venda dos bens pela melhor oferta ou em leilão), ao mesmo tempo que, evitando a liquidação do estabelecimento, possibilita a sobrevivência da empresa.

Desde que não ocorram os impedimentos relacionados no art. 140, o devedor falido pode requerer a concordata suspensiva e a consequente suspensão da falência se oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de 35% à vista ou 50% a prazo, que não poderá exceder 2 anos, sendo que 2/5 devem ser pagos no primeiro ano.

O pedido de concordata suspensiva deverá ser feito nos cinco dias seguintes ao vencimento do prazo para a entrega, em cartório, do relatório do síndico, e depende do consentimento, no caso de sociedade anônima, da assembléia dos acionistas (Lei 6.404/76, art. 122, IX e parágrafo único), de todos os sócios de responsabilidade solidária, nas sociedades em nome coletivo ou em comandita, e de todos os sócios, nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada e nas de capital e indústria.

Passada em julgado a sentença que conceder a concordata suspensiva, os bens arrecadados serão entregues ao concordatário, que readquirirá direito à sua disposi-

ção. Tem-se como exceção a alienação ou oneração dos bens imóveis ou de outros bens sujeitos às cláusulas da concordata, as quais dependem de autorização do juiz, após ouvido o representante do Ministério Público, e a venda ou transferência de estabelecimento comercial, que depende do consentimento expresso de todos os credores admitidos e sujeitos aos efeitos da concordata.

Observa-se, portanto, que, no direito concursal brasileiro, o instituto da concordata se insere num contexto liquidatário-solutório proveniente do século XIX, mas que, como um favor legal que é, também não cumpre a contento sua função de pagamento dos credores.

VI — *Algumas críticas ao instituto da concordata*

Dentre críticas efetuadas contra a atual lei falimentar brasileira, podem ser destacadas a falta de separação entre a empresa e seus dirigentes e a concessão do benefício sem que se faça uma análise da viabilidade econômica da empresa.

A. *Não separação entre empresa e dirigentes*

Embora, no Brasil, já existissem alguma infra-estrutura econômica desde a década de 30, e uma legislação que regulamentava as sociedades anônimas, o Decreto-lei 7.661/45 foi voltado para um país de economia predominantemente agrária, em que ainda predominava a pequena empresa individual ou as sociedades em nome coletivo. Dessa forma, nada mais natural que o destino da empresa estivesse intimamente ligado à conduta de seus dirigentes. Nesse contexto, a liquidação da empresa também pode ser vista como uma penalidade ao dirigente que pratica determinados atos.

Segundo Trajano de Miranda Valverde, “a vida pregressa do requerente da concordata, ou suspensiva, ou preventiva da falência, há de apresentar-se isenta da má-

47. José Cândido Sampaio de Lacerda, *Manual de Direito Falimentar*, p. 295.

cula de certos crimes que atacam a honrabilidade do indivíduo e o tornam indigno, se comerciante, do favor legal".⁴⁸ Assim, conforme dispõe o art. 140, III, do Decreto-lei 7.661/45, "o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular" não podem impetrar concordata.

Ainda consoante o ensinamento de Trajano de Miranda Valverde "equiparados, como se acham, os diretores, administradores, gerentes ou liquidantes das sociedades ao devedor ou falido, para todos os efeitos penais previstos na lei (art. 191), é claro que o impedimento legal funcionará no caso de caber a representação da sociedade a pessoa condenada por qualquer dos crimes enumerados no dispositivo".⁴⁹ Nota-se, assim, que os atos enumerados no Decreto-lei 7.661/45, em seu art. 140, III, praticados por diretores, administradores ou gerentes, prejudicam a sociedade, visto que a condenação dos dirigentes em um dos crimes relacionados no mencionado dispositivo legal a impede de obter o benefício da concordata.⁵⁰

Por outro lado, a concordata brasileira é um benefício que, ao dilatar prazos e remir dívidas, visa, apenas, a afastar da falência o devedor comerciante individual ou

não, regularmente inscrito no Registro de Comércio, sem nenhuma preocupação em recuperar a empresa. A concessão da concordata não requer a aprovação dos credores, sendo necessário que sejam atendidos alguns pressupostos formais. Não se examina, portanto, a viabilidade da empresa ou as causas que levaram esta última ao pedido de concordata, nem, tampouco, se estuda a conduta dos administradores na gestão dos negócios.

Segundo reza o art. 167 do Decreto-lei 7.661/45, na concordata preventiva a administração da empresa prossegue com os próprios dirigentes, apenas sob a fiscalização de um comissário, ao qual incumbem os deveres constantes do art. 168. Nota-se que os administradores da empresa em dificuldade não são afastados, mesmo que possuam atributos negativos, tais como a condenação em crimes não relacionados no art. 140 e que colocariam sua idoneidade sob suspeita, ou que já tenham descumprido seus deveres e responsabilidades para com sociedades por eles dirigidas.⁵¹ Assim, no Brasil, o administrador permanece sempre à frente dos negócios na concordata, visto que a função do comissário é a de fiscalização passiva, quase como um observador, que não pode interferir.

Pode-se concluir, portanto, que a lei brasileira, ao deixar de acolher uma solução que buscasse a incomunicabilidade de eventuais condutas dolosas dos dirigentes às empresas, faz com que tanto as sociedades devedoras como seus credores sofram consequências adversas decorrentes da equiparação entre dirigentes e sociedade, pois:

- as sociedades devedoras não podem obter o benefício da concordata caso seus

48. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, pp. 119-120.

49. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, p. 120.

50. O Prof. Waldemar Ferreira concluiu que "há que se examinar o impedimento, de que se trata, pelo âmbito da pessoa jurídica. Tem esta, sabidamente, existência distinta da de seus membros. (...) Eis porque insta meditar sobre o caso, para a propositura de concordata preventiva por sociedades de pessoas", mas, interpretando o Decreto-lei 2.527/40, era de opinião que "a atividade criminal dos órgãos administrativos das sociedades mercantis refletirá sobre elas, de molde a impedir-lhes a interpretação da concordata preventiva" (*Tratado de Direito Comercial*, pp. 276-278).

51. Os arts. 153 a 160 da Lei 6.404/76 dispõem sobre os deveres e responsabilidades dos administradores e membros do conselho consultivo e fiscal das sociedades anônimas. O art. 11, do Decreto 3.708/19, que regula a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, dispõe que "cabe ação de perdas e danos, sem prejuízo da responsabilidade criminal, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou que dela abusar".

diretores, administradores ou gerentes tenham praticado alguma das condutas relacionadas no inc. III do art. 140, ou seja, a empresa, mesmo que apresente alguma viabilidade econômica, pagará por um crime cometido por terceiro, e

- se os administradores da empresa devedora exercerem má administração, ou mesmo se tiverem praticado condutas que, embora criminosas, não estejam relacionadas no Decreto-lei 7.661/45, em seu art. 140, III, os credores são prejudicados, pois são forçados a aceitar uma forma diferente da combinada para o pagamento de seus créditos, sem que os antigos administradores deixem de estar à frente dos negócios da sociedade devedora.

B. A concordata e a viabilidade econômico-financeira da empresa

O Decreto-lei 7.661/45 dispõe em seu art. 158, II, que é condição para pedir concordata que o devedor possua ativo superior a 50% de seu passivo quirografário. Na lição de Waldemar Ferreira, “tem-se, nessa condição legal, o ponto saliente da proposta concordatária, pois que é necessário que o ativo seja idôneo para a cobertura da porcentagem oferecida aos credores quirografários... (...) Deverá o patrimônio do concordatário, por si só, bastar para a segurança dos interesses dos credores; mas para que tal suceda, é essencial que o inventário do ativo (*o inventário físico*, como os contabilistas o chamam), seja exato e perfeito, assim nas existências, quanto em sua avaliação, o que não ocorre na generalidade dos casos. (...) Quando a concordata não é cumprida e se rescinde; ou quando o pedido se converte em falência é que se apura a imprestabilidade dos inventários oferecidos pelos concordatários”.⁵²

Conforme ensina Oscar Barreto Filho, “chama-se de patrimônio ao complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que ti-

vesse valor econômico. A significação econômica do patrimônio faz com que nele se compreendam tanto os elementos ativos (os bens econômicos) quanto os passivos (as dívidas, que também constituem bens do ponto de vista dos credores)”.⁵³ O balanço patrimonial retrata qual é o patrimônio de uma empresa numa determinada data, ou seja, qual é o ativo e qual é o passivo. Por isso, é uma demonstração financeira estática, como se fosse a “fotografia do patrimônio” num determinado instante.

Segundo o art. 178 da Lei 6.404/76, tanto o ativo como o passivo se classificam em grupos de contas, a saber:

• ATIVO:

Circulante — disponibilidades e direitos realizáveis em prazo inferior a um ano ou um ciclo operacional.

Realizável a longo prazo — direitos realizáveis em prazo superior a um ano ou um ciclo operacional.

Permanente — investimentos, ativo imobilizado (envolvido na atividade operacional) e ativo diferido (despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social, tais como gastos pré-operacionais e despesas com pesquisa e desenvolvimento de produtos).

• PASSIVO:

Circulante — obrigações, encargos e riscos conhecidos ou calculáveis cuja exigibilidade se dê em prazo inferior a um ano ou um ciclo operacional.

Exigível a longo prazo — obrigações, encargos e riscos conhecidos ou calculáveis exigíveis em prazo superior a um ano ou um ciclo operacional.

Patrimônio líquido — diferença entre ativo e passivo.

Para que a concordata seja concedida, a lei falimentar requer, apenas, que o ativo seja superior à metade do passivo quirografário, porém nenhuma exigência é

52. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, pp. 291-293.

53. Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, p. 48.

feita quanto à qualidade desse ativo. A sociedade pode possuir ativos cujo valor existe apenas enquanto integrados à atividade produtiva e, que, ao serem separados desta última, perdem quase totalmente seu valor. Pode acontecer, também, que os ativos sejam de baixíssima liquidez e que uma eventual venda ocorra, somente, em prazos não compatíveis com a concordata. Pode ocorrer, ainda, que uma eventual venda de ativos para pagar parcela da concordata inviabilize a atividade empresarial e o cumprimento do compromisso restante.

Apesar de, conforme exposto anteriormente, a lei requerer a apresentação de demonstrações financeiras com estrita observância da lei societária, não se exige uma análise do conteúdo desses demonstrativos.

Segundo Eliseu Martins,⁵⁴ há duas formas de se avaliar uma empresa em circunstâncias normais, a saber, (1) "pelo seu valor de liquidação ordenada", ou seja, pelo que valem seus ativos avaliados a preço de venda, diminuídos dos gastos para se efetuar essa venda (comissão, impostos, transportes etc.) e o valor necessário para saldar seu passivo para com terceiros, e (2) pelo seu valor de "funcionamento" que depende basicamente dos futuros benefícios econômicos que ela é capaz de produzir.

Ora, não faz sentido que, para fins de concordata, entendida como um instituto que visa a evitar ou suspender a falência, seja utilizado como critério de avaliação da empresa o valor de sua liquidação.

Uma empresa não é apenas um conjunto de bens e pessoas, é mais do que isso. Quando em funcionamento, ela tem um agregado imponderável que lhe dá um valor a mais específico, próprio e efetivo.⁵⁵

54. Apud Antonio Lopo Martinez e Lauro Brito de Almeida, "Avaliação de empresas", trabalho apresentado para conclusão da disciplina "Teoria da Avaliação Patrimonial", ministrada pelo Departamento de Contabilidade e Atuária da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP em 1998.

55. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, "A reforma da Lei de Falências e a experiência do Direito Estrangeiro", *Revista do Advogado* 36/84.

O valor da empresa em funcionamento, conhecido por *going concern value*, embute uma sinergia que não é captada pelas demonstrações financeiras obrigatórias.

Dessa forma, é muito pertinente o comentário do Prof. Rubens Requião quando diz que "os balanços que refletem a contabilidade não consignam os valores reais, mas os valores históricos, sobretudo dos bens imóveis, com as reavaliações periódicas e relativas, admitidas pelas leis fiscais".⁵⁶

O valor de uma empresa em funcionamento, em regra, não corresponde à soma de seus ativos, podendo ser maior ou menor e, em princípio, assim como o valor de qualquer bem econômico, está associado ao desempenho empresarial no futuro. Não interessam os rendimentos que já foram gerados, mas o potencial de renda. Por envolver variáveis desconhecidas, o processo de avaliação não é exato, objetivo ou definitivo.

Conclui-se, portanto, que o valor de uma empresa está relacionado à sua viabilidade, que pode ser vista sob a ótica econômica e financeira.

A viabilidade econômica refere-se a uma perspectiva de médio e longo prazos e está relacionada ao potencial de crescimento da própria empresa e à existência de mercado para os produtos ou serviços por ela produzidos. Relaciona-se, portanto, ao ambiente em que a empresa se insere, o qual apresenta características políticas, econômicas e sociais determinadas, as quais influenciam o desempenho da empresa e seus componentes. A elaboração de hipóteses a respeito do ambiente (cenários) é uma das formas de se obter as variáveis componentes desse desempenho.

A viabilidade financeira relaciona-se à capacidade de pagamentos da empresa. É importante salientar que uma empresa pode ter sua capacidade de pagamentos temporariamente reduzida, em função de

56. Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, p. 82.

problemas conjunturais específicos, que podem ser passageiros, ou, então, à má gestão do empreendimento.

Dessa forma, uma empresa pode ser economicamente viável, mas ter sua viabilidade financeira comprometida. Deve-se avaliar a causa de tal comprometimento, se foi decorrente de má gestão, de fraude, ou de mudanças na conjuntura econômica que afetam o planejamento da empresa.

Dentre os pressupostos legais enumerados no Decreto-lei 7.661/45 para que uma concordata seja concedida não está incluída a viabilidade econômico-financeira da empresa. Por essa razão, é comum ler nos jornais matérias sobre a decretação da falência de empresas em concordata que não conseguiram pagar a primeira parcela devida.

C. Exemplo prático

Os estudos recentes sugerem que o valor da empresa em funcionamento deveria ser medido pela sua capacidade futura de geração de caixa e, portanto, de pagamentos.⁵⁷ Contudo, uma análise, ainda que superficial, das demonstrações financeiras que a atual lei de falências exige que sejam entregues permite que o interessado tire conclusões importantes sobre a capacidade de pagamentos, a curto prazo, do devedor que está requerendo concordata.

Vejamos, como exemplo, as seguintes demonstrações financeiras resumidas, da "Cia. Alfa" (nome fictício), que pediu concordata preventiva em junho de 1993. Os valores originais, em cruzeiros reais, foram divididos pela cotação do dólar, para melhor noção dos valores envolvidos.

CIA. ALFA		
Balanço Patrimonial (resumido) em 30.6.1993 — Ativo		
	Valor-US\$ mil	Particip. %
ATIVO CIRCULANTE	3.084	1,2
Débitos de empresas coligadas/controladas ⁽¹⁾	2.554	
REALIZÁVEL A LONGO PRAZO	10	—
ATIVO PERMANENTE	248.136	98,8
Participações em coligadas/controladas ⁽¹⁾	137.181	54,6
Ativo imobilizado ⁽²⁾	76.666	30,5
Ativo diferido	41.934	16,7
Despesas financeiras	20.483	
Pesquisas/Desp. pré-operacionais	24.682	
TOTAL ATIVO	251.230	100,0

... continua

Observações:

1. As empresas coligadas e controladas desenvolvem atividades relacionadas à atividade da Cia. Alfa.
2. Do valor registrado em imobilizado, aproximadamente 50% correspondem a Marcas e Patentes.

57. No trabalho intitulado "Avaliação de empresas", apresentado no curso de pós-graduação em Contabilidade da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Pau-

lo, Antonio Lopo Martinez e Lauro Brito de Almeida discorreram, de forma clara e concisa, sobre os diversos modelos de avaliação de empresas atualmente existentes.

CIA. ALFA		
Balanco Patrimonial (resumido) em 30.6.1993 — Passivo		
	Valor-US\$ mil	Particip. %
PASSIVO CIRCULANTE	24.706	9,8
Instituições Financeiras	21.229	
EXIGÍVEL A LONGO PRAZO	4.198	-
PATRIMÔNIO LÍQUIDO	222.326	88,5
Correção monetária do capital realizado	91.886	36,5
Reavaliação do ativo permanente	134.617	53,6
Prejuízos acumulados	(5.977)	(2,4)
TOTAL DO PASSIVO	251.230	100,0

Demonstração do resultado do exercício até junho 1993	
	Valor-US\$ mil
Receita operacional líquida (vendas)	261
(-) Custo dos produtos vendidos	(1.086)
(=) Prejuízo bruto	(825)
(-) Despesas operacionais ⁽³⁾	(20.714)
(+) Receitas eventuais	2
(=) Resultado operacional	(21.537)
(+) Correção monetária	22.087
(+) Receitas não operacionais	67
(=) Lucro do exercício	617

Observação:

3. Do total apresentado em despesas operacionais, 99,6% correspondem a despesas financeiras.

No pedido de concordata preventiva, a devedora alegou possuir patrimônio no valor equivalente a US\$ 150 milhões e dívidas correspondentes a US\$ 30 milhões. Com efeito, observa-se que o ativo total da empresa é, aproximadamente, oito vezes maior do que o valor total de suas dívidas, registradas no passivo circulante e no passivo exigível a longo prazo. Dessa forma, estavam plenamente atendidos os requisitos exigidos pelo art. 158 do Decreto-lei 7.661/45 para a concessão da concordata preventiva, o que foi feito.

Todavia, a capacidade de pagamento da Cia. Alfa era extremamente pequena. Praticamente não existia dinheiro em caixa ou créditos a receber no prazo de um ano.

Mais da metade do ativo permanente compunha-se por investimentos em empresas coligadas ou controladas, que dificilmente poderiam ser convertidos em dinheiro, pois as referidas empresas desempenhavam atividade dependente daquela realizada pela Cia. Alfa. O ativo imobilizado compunha-se, em grande parte, por marcas e patentes associadas ao produto fabricado pela Cia. Alfa, além de ter sofrido uma reavaliação.⁵⁸

Aparentemente, o patrimônio líquido, que corresponde à diferença entre ativo e

58. Veja a observação de Rubens Requião, constante do *Curso de Direito Falimentar*, p. 82, a respeito das reavaliações, já citada no presente trabalho.

passivo, ou seja, “é o que resta depois de solvido o passivo, e constitui a expressão econômica atual do patrimônio”,⁵⁹ era extremamente superior ao valor das dívidas da Cia. Alfa. Porém, era composto por prejuízos acumulados, além de correção monetária e da reserva de reavaliação do ativo permanente, refletindo, portanto, a total ausência de liquidez da Cia. Alfa.

A péssima situação econômico-financeira da Cia. Alfa também aparecia claramente na Demonstração do Resultado. O custo dos produtos vendidos era cinco vezes superior às receitas obtidas com as vendas. As despesas operacionais, em sua quase totalidade, consistiam em despesas financeiras, ou seja, em juros sobre os empréstimos junto às instituições financeiras. O valor de tais despesas era oitenta vezes maior do que as receitas de vendas. O pequeno lucro apresentado pela Cia. Alfa decorre da receita com a correção monetária do ativo permanente, cuja composição já foi analisada.

Dessa forma, era óbvio que, mesmo num cenário econômico favorável, uma empresa nas condições da Cia. Alfa somente seria viável se houvesse um grande aporte de capital, não só para pagar as dívidas mas, também, para financiar o próprio ciclo operacional da empresa. Todavia, nos termos do Decreto-lei 7.661/45, a concordata foi concedida, a administração continuou com os antigos dirigentes e a Cia. Alfa não se recuperou, terminando por ter a concordata convertida em falência.

O exemplo apresentado demonstrou que, como a viabilidade econômico-financeira do empreendimento não se inclui dentre os pressupostos legais enumerados no Decreto-lei 7.661/45 para que uma concordata seja concedida, muitos processos de concordata constituem, apenas, uma forma de protelar a extinção da empresa, ou então, de impedir que se torne viável por ou-

tro método, tal como a aquisição por outros interessados.⁶⁰

VII — Conclusão

O direito concursal brasileiro atual, representado pelo Decreto-lei 7.661/45 e suas alterações posteriores, não acompanhou as tendências mais modernas de recuperação empresarial, tais como o direito francês e o direito americano, mas contempla o objetivo liquidatário-solutório do século XIX e que se consubstancia nos institutos da falência e da concordata.

No Brasil, atualmente, a concordata é a alternativa oferecida à liquidação das empresas em dificuldades, mas não se revela um instrumento eficiente para a recuperação de empresas, servindo, apenas, para que o devedor “tome fôlego”. Consiste em um favor concedido ao comerciante de boa-fé que preencha determinados requisitos legais.

Como não há uma separação entre a sociedade e seus dirigentes, a conduta destes últimos determina a sorte da empresa. Assim, esta última será penalizada, e não poderá obter o favor legal, se seus dirigentes cometerem algum dos atos relacionados no art. 140, III, do Decreto-lei 7.661/45. Por outro lado, quando a concordata é concedida, os dirigentes não são afastados, mesmo que tenham sido incompetentes ou praticado condutas não compatíveis com o bom andamento da atividade empresarial, o que prejudica os próprios credores.

Embora a petição do pedido de concordata deva estar acompanhada das demonstrações financeiras elaboradas segundo a Lei 6.404/76, não é exigida uma análise do seu conteúdo, requerendo-se, apenas, que o ativo seja superior à metade das dívidas quirografárias. Todavia, faz-se necessária uma análise das referidas demonstrações financeiras para que se tire conclusões importantes sobre a capacidade de pagamen-

59. Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, p. 48.

60. É comum que os controladores se recusem a transferir o controle de empresas em situação financeira difícil, ainda que existam compradores.

tos, a curto prazo, do devedor que está requerendo concordata. Do contrário, o instituto da concordata, que já é objeto de tantas críticas, constituirá, apenas, uma forma de protelar a extinção da empresa.

VIII — Bibliografia

ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 5ª ed., São Paulo, LEUD, 1997.

_____. *O Novo Direito Falimentar: Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica Brasileira*. São Paulo, Ed. RT, 1985.

ALTMAN, Edward I. *Corporate Financial Distress and Bankruptcy. A complete guide to predict & avoiding distress and profiting from bankruptcy*. 2ª ed., New York, John Wiley & Sons, s/d.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1969.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary Abridged*. 6ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1991.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá, Empresário do Império*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. São Paulo, Ed. RT, 1970.

FERREIRA, Robert L. *Tratado de Direito Comercial*. v. 15. São Paulo, Saraiva, 1966.

HEILBRONER, Robert L. *A Formação da Sociedade Econômica*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1987.

HILFERDING, Rudolf. *O Capital Financeiro*. Trad. Reinaldo Mestrinel. São Paulo, Nova Cultural, 1985 (Os Economistas).

LACERDA, José Cândido Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 13ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996.

LOBO, Jorge. "A crise da empresa: a busca de soluções". *RT* 668/35-46, jun. 1991.

LYON-CAEN, Ch e RENAULT, L. *Manuel de Droit Commercial*. Paris, Librairie Cotillon, 1899.

MARTINEZ, Antonio Lopo e ALMEIDA, Lauro Brito de. "Avaliação de empresas", trabalho apresentado na disciplina "Teoria da Avaliação Patrimonial", ministrada pelo Departamento de Contabilidade e Atuária da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP em 1998.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. v. 1, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998 e v. 2, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

RIPERT, Georges e ROBLLOT, René. *Traité de Droit Commercial*. 14ª ed., Paris, LJDJ, s/d.

SAMUELSON, Robert J. "Great depression". *The Fortune Encyclopedia of Economics*, ed. David R. Henderson, New York, Warner Books, 1993, pp. 196-202.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. "A reforma da Lei de Falência frente à reorganização econômica da empresa", *RDM* 36/16-62, São Paulo, Malheiros Editores, out.-dez. 1997.

STANFORD, Jon D. Moeda, *Bancos e Atividade Econômica*. Trad. Luiz Fernando de Souza Aranha e Maria José Villaça. São Paulo, Atlas, 1976.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. "A reforma da Lei de Falências e a experiência do Direito Estrangeiro". *Revista do Advogado* 36/82-87, São Paulo, AASP, mar. 1992.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. v. III. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.