

O Moderno Direito Concursal

JORGE LOBO *

"Il tema dei fallimenti é um problema insolute e insolubile."

Caveri

"Não importa qual seja esse movimento, dia virá em que teremos necessidade de valores novos..."

Nietzsche

"Sapere aude."

Horácio

Índice

- I - O Direito Comparado**
- II - As dificuldades das empresas em crise e a solução legal no Brasil**
 - a) causas externas
 - b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários
 - c) causas acidentais
- III - Finalidade do moderno Direito Concursal**
- IV - A empresa privada de interesse público**
- V - A reorganização da empresa privada de interesse particular, econômica e financeiramente viável, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública**
- VI - Meios para reorganizar as empresas em crise**
- VII - Procedimentos de reorganização das empresas em crise**
 - A) Procedimentos para-falimentares
 - B) Procedimentos pré-concursais
 - C) Procedimentos pré-falimentares
 - D) Procedimentos pós-falimentares
- VIII - Conclusão**

I – O Direito Comparado

A imperiosa necessidade de repensar-se o Direito Falimentar, preso, ainda, ao modelo herdado do Direito Medieval, não é proclamada apenas por estudiosos brasileiros, mas sentida por juristas de todos os países do Ocidente, o que provocou uma ampla discussão sobre o conceito, a estrutura e a função de antigos e novos institutos e suscitou um movimento revisionista na Alemanha, Áustria, Espanha, Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Itália e Portugal.

A Áustria, com a Lei de 1.7.1982; os Estados Unidos da América, com a reforma do *The Bankruptcy*, em 1978, 1984 e 1985; a Inglaterra com o *Insolvency Act*, de 1986; a França, com a Lei n.º. 84-148, de 1984, denominada *prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades*, e a Lei n.º. 85-98, denominada *sanamento e liquidação das empresas*; a Itália, com o Decreto-Lei n.º. 602, de 1978, e a Lei n.º. 95, de 1979, denominada *administração extraordinária das grandes empresas*, e Portugal, com o Decreto-Lei n.º. 11/66, empenharam-se na criação de regras jurídicas objetivando a preservação da empresa, econômica e financeiramente viável, assim como a conservação da empresa produtiva é o fim do *Anteprojeto de Lei Concursal da Espanha*, elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por D. Manuel Olivencia Ruiz, entregue ao Ministério da Justiça em 27.6.1983; o Projeto do Prof. Piero Pajardi da Reforma da Lei de Falências da Itália e o Trabalho da Comissão de Juristas da Alemanha, que se encerrou em 1985, diplomas, projetos e estudos de que damos ampla notícia em nosso livro *Direito Concursal*, Ed. Forense, no prelo, que, a nosso ver, com o devido respeito que nos merecem seus conspícuos autores, não atendem, também, às necessidades e aos reclamos das empresas em crise, razão pela qual propomos uma disciplina diferente da matéria, como se irá constatar no decorrer deste trabalho.

II – As dificuldades das empresas em crise e a solução legal no Brasil

Se as dificuldades das empresas fossem sempre as mesmas, as soluções não seriam difíceis, pois, diagnosticadas as causas, bastava combatê-las com remédios jurídicos específicos, constituindo-se em erro crasso considerar a impontualidade ou a cessação de pagamentos ou a insolvência as causas das crises das empresas, pois estas não são mais do que efeitos de causas mais variadas e complexas, porquanto as verdadeiras causas das crises das empresas são de várias ordens, podendo-se classificá-las a grosso modo em:

a) *causas externas*:

1. aperto da liquidez dos bancos;
2. redução de tarifas alfandegárias;
3. liberação das importações;
4. mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia;
5. criação de impostos extraordinários;
6. surgimento de novos produtos;
7. queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais;

8. retração do mercado consumidor;
9. altas taxas de juros;
10. inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado.

b) *causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários:*

1. sucessão do controlador;
2. desentendimento entre sócios;
3. capital insuficiente;
4. avaliação incorreta das possibilidades de mercado;
5. desfalque pela diretoria;
6. operações de alto risco;
7. falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada;
8. baixa produtividade;
9. excesso de imobilização e de estoques;
10. obsolescência dos equipamentos;
11. redução das exportações;
12. investimento em novos equipamentos.

c) *causas acidentais:*

1. bloqueio de papel moeda no BACEN;
2. maxidesvalorização da moeda nacional;
3. situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro;
4. conflitos sociais.

Diante de tão diferentes causas, que atingem a empresa; os acionistas empresários; os acionistas rendeiros; os acionistas especuladores; os empregados; os fornecedores; as instituições financeiras; os consumidores; o crédito público; o Poder Público e a coletividade como um todo, qual a solução prevista no Decreto-Lei n.º 7.661/45 para evitar a derrocada da empresa em crise?

Apenas a concordata preventiva da falência, solução que, se, em 1945, era a única cogitável, atualmente deixa muito a desejar, pois em desacordo com a finalidade precípua do moderno Direito Concursal.

III – *Finalidade do moderno Direito Concursal*

Como sabido, o Direito Falimentar, em seus primórdios e durante séculos, tinha por finalidade exclusivamente atender aos interesses dos credores, mesmo com sacrifício da liberdade, da saúde e até da vida do devedor.

Em 428 A.C., surgiu a *cessio bonorum*, com a *Lex Poetelia Papiria*, imprimindo um abrandamento sensível nos meios de execução das dívidas do devedor

insolvente, porquanto a execução não mais poderia recair sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre o seu patrimônio.

Essa modificação no sistema de execução coletiva das dívidas, através da *cessio bonorum*, inspirou o legislador medieval a criar o instituto da moratória e da concordata preventiva da falência⁽¹⁾, que, a sua vez, perduraram também por muitos séculos, chegando aos nossos dias.

A moratória e a concordata preventiva da falência fizeram surgir uma situação inusitada no processo de insolvência, pois não mais se buscava apenas a satisfação dos credores, mas a composição entre devedor e seus credores.

Com o tempo, verificou-se que a moratória e a concordata preventiva da falência, na forma de acordo entre devedor e seus credores, não atendiam às necessidades do devedor, cumprindo, então, mudar, de novo, o sistema, para tornar, independente da vontade dos credores, obrigatória a dilação dos prazos de pagamento das dívidas do devedor e até mesmo a remissão parcial, o que veio a ocorrer com a concordata preventiva da falência imposta pelo juiz, pelo simples fato de o devedor preencher determinados requisitos expressamente previstos em lei. Neste momento, passa, então, a ser a concordata preventiva da falência deferida em benefício do devedor, com efeitos reflexos sobre os direitos do credor.

Porém, mais uma vez, foi necessário mudar o sistema, para adaptá-lo às necessidades, anseios, interesses e desejos surgidos por força de uma nova doutrina econômica, a do neo-liberalismo, e uma nova doutrina jurídica, a da intervenção do Estado no domínio dos contratos, da propriedade, das relações entre os particulares em geral.

Nessa nova fase, não mais se busca proteger apenas os interesses do devedor e/ou os dos credores, mas, também, os superiores interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, administrativas, gerenciais e técnicas da empresa não mais preocupam apenas ao devedor ou ao devedor e a seus credores, como, por igual, ao Poder Público e à sociedade, sendo certo que, além e acima do interesse privado do devedor e dos credores, há o interesse público e social de saneamento, preservação e desenvolvimento da empresa financeira e economicamente viável.

Por isso, ao final de perfunctória análise da evolução histórica do problema da crise da empresa, chega-se à conclusão que, em nome do interesse público e do interesse social, o legislador e o juiz devem, nos limites de suas atribuições e poderes, zelar pela recuperação da empresa, de suas atividades e do emprego, mesmo que tenham de sacrificar, se necessário, os interesses do devedor e dos credores, momentaneamente.

Com esse *desideratum*, as leis mais recentes em matéria falimentar procuraram criar novos instrumentos, para propiciar a determinadas empresas condições de sair do estado de crise, denominados:

⁽¹⁾ Alfredo Rocco. *Il Concordato nel fallimento*, apud Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1992, 2º vol., p. 8.

- a) procedimentos para-falimentares;
- b) procedimentos pré-concursais extrajudiciais;
- c) procedimentos pré-falimentares judiciais e
- d) procedimentos pós-falimentares judiciais, de que damos apurada notícia em nosso *Direito Concursal*, Forense, no prelo, e, também, sumariamente, no item VII deste trabalho, todos, repita-se alto e bom som, elaborados tendo por escopo principal, por finalidade precípua, fazer prevalecer o interesse público e social da preservação, reorganização e recuperação da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública, objetivos, frise-se, que as citadas leis e, inclusive, projetos e anteprojetos não lograram alcançar, por se manterem arraigados aos princípios clássicos do *Direito Concursal*, o que nos leva a afirmar e a propor que a disciplina da crise:
 - a) da empresa privada de interesse particular econômica e financeiramente viável;
 - b) da empresa privada de interesse público;
 - c) da empresa de economia mista e
 - d) da empresa pública deve ser objeto do *Direito da Crise Econômica da Empresa* e não do *Direito Falimentar*.

IV – A empresa privada de interesse público

Desde logo, fique assentado que há nítida distinção entre empresas que devem ser socorridas e salvas e empresas que devem perecer, bem como que, a nosso juízo, inspirados em *Norberto Bobbio* e na sua famosa lição sobre a gênese dos direitos, o *Direito da Crise Econômica da Empresa*, diverso, por sua natureza e finalidade, do *Direito Falimentar*, é um direito de 3ª geração, pois os seus titulares não são as pessoas físicas e/ou jurídicas do devedor e seus credores, mas os grupos humanos, a coletividade, a nação, o que nos leva a concluir que a solução do problema não está nem no plano jurídico, nem no filosófico (natureza e fundamento), mas no plano político, porquanto, se, como já demonstrado, a função primária do concurso falimentar era a satisfação dos credores através da liquidação dos bens do devedor e a partilha do seu produto entre os credores segundo o princípio da *pars conditio creditorum*, de caráter nitidamente privado, depois de muitos séculos passou a ser:

1. a defesa do interesse público do Estado na manutenção da *atividade produtiva* e do *emprego da classe trabalhadora*;
2. a defesa do interesse social da própria coletividade em que a empresa tem sede, filiais, agências, sucursais e departamentos.

Destarte, se a solução para a crise da empresa está no plano político, é mister:

1. distinguir o interesse privado da liquidação da empresa insolvente do interesse público da conservação da empresa viável;

2. deixar evidenciado que a *empresa privada de interesse público*, a *empresa de economia mista* e a *empresa pública* devem beneficiar-se de ajuda especial, por razões de ordem econômica e social, e
3. ter em mente que a “*empresa privada de interesse público* é a entidade industrial, comercial, financeira e de prestação de serviços que, por sua decisiva importância para a economia nacional ou regional ou pelo elevado número de empregados, transcende à mera significação de empresa privada.”⁽²⁾

V – *A reorganização da empresa privada de interesse particular, econômica e financeiramente viável, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública*

De início, cumpre-nos reiterar nossa discordância com os principais modelos do *Direito Comparado*, em especial o da legislação francesa e o do Projeto de Reforma da Legislação Falimentar Espanhola, segundo os quais a finalidade da Lei de Falências não deve ser a liquidação do patrimônio do devedor, mas a recuperação da empresa por todos os meios possíveis,⁽³⁾ daí pregarem que deve existir, em todo processo concursal, uma fase preliminar de verificação da viabilidade de reerguimento da empresa, ainda que, desde o início, salte aos olhos a evidentíssima situação de irremediável insolvência do devedor.

A nosso ver, a disciplina da crise da empresa privada de interesse particular deve ser objeto de diferentes diplomas, conforme a empresa seja ou não econômica e financeiramente viável.

Quando inviável o prosseguimento das atividades da empresa, a lei deve prever, desde logo, a sua liquidação, em livro especial no Código de Processo Civil, como uma simples execução coletiva do patrimônio do devedor insolvente e irrecuperável, ou em lei específica apenas da disciplina da falência, estabelecendo-se, em primeiríssimo lugar, de forma clara e categórica, que o devedor, se não efetuar o pagamento de suas dívidas líquidas, certas e exigíveis no prazo de sessenta dias do primeiro protesto, está obrigado a declarar-se falido, sob pena de ser considerado objetivamente responsável pelos prejuízos causados a seus credores e de ficar impossibilitado de exercer direitos, tendo as normas dessa disciplina caráter exclusivamente jurídico-processual, sopesando o juiz os interesses privados do devedor e seus credores segundo os princípios da Justiça Comutativa, com respeito aos privilégios e preferências legais, limitando-se o Estado a ser um mero regulador do conflito judicial entre as partes.

Quando viável o reerguimento da empresa em crise, lei especial, que poderia denominar-se “Lei de Reorganização da Empresa”, disporia, em título especial,

⁽²⁾ Angel Jose Rojo Fernandez-Rio, “*El estado de crisis económica*”, in *La Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, pág. 135.

⁽³⁾ Rodrigo, Uria. “*Reforma del Derecho Concursal*”, in *La Reforma del Derecho de Quiebras*, cit., pág. 417.

sobre a crise da empresa privada de interesse particular, compondo-se os interesses das partes ainda segundo os cânones da Justiça Comutativa, com normas de caráter jurídico-processual e também econômico, com a intervenção mínima dos credores, com a adoção do que hoje se chama em França de *dirigismo do Judiciário*, realizado por uma *magistratura econômica*, consciente de seus deveres e responsabilidades em um momento de profunda transformação das condições de vida do homem em sociedade, devendo a lei prever procedimentos extrajudiciais e procedimentos judiciais e fixar como meios de recuperação os comuns ao *Direito Concursal*.

A “Lei de Reorganização da Empresa” cuidaria, ainda, em título especial, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública em crise, para disciplinar a sua reorganização econômica, financeira, administrativa e técnica, em que se priorizaria a recuperação da empresa de interesse público e social relevante mesmo que em detrimento de direitos, privilégios e preferências de seus credores, na esteira dos cânones da Justiça Distributiva e das normas de *Direito Público*, cedendo os direitos do devedor e seus credores diante do interesse maior dos empregados e da coletividade, devendo a nova disciplina:

- 1) ser orientada por razões de ordem econômica e não jurídico-processual;
- 2) prever procedimentos administrativos, procedimentos extrajudiciais e procedimentos judiciais, conforme a solução alvitrada para resolver a crise, e
- 3) fixar como meios de recuperação os comuns ao *Direito Comercial* e medidas diversas de administração pública da economia, como veremos a seguir.

VI – Meios para reorganizar as empresas em crise

Devido à complexidade das modernas empresas nacionais e multinacionais, a prática exigiu que, além das tradicionais soluções da moratória e da concordata preventiva da falência da empresa, fossem pensados novos mecanismos de saneamento e reorganização.

Quando uma empresa não mais tem condições de se autofinanciar, quer pelo aporte de recursos dos próprios sócios, quer pela capitalização através de novas ações ou debêntures; quando uma empresa não mais consegue financiamento bancário, por representar um grande risco para o mutuante; quando uma empresa passa por dificuldades gerenciais, em virtude da sucessão do controlador, ou de incompatibilidade dos controladores e administradores, ou de desídia, incapacidade ou improbidade dos controladores e administradores, as técnicas de aquisição e fusão, respectivamente *acquisition* e *merger* (em inglês) e, ainda, a *joint-venture* (em inglês), literalmente, “união de risco”, podem ser a saída para a crise.

Através das técnicas de aquisição e fusão, uma empresa *compra* outra após complexíssimo processo de verificação da situação financeira, operacional, de produção, de mercado e da estrutura organizacional da empresa a ser adquirida, formalizando-se o negócio mediante um contrato *pro forma*, “base para a negociação

final”, seguindo-se, então, a execução de um “plano de transição”,⁽⁴⁾ findo o qual a empresa adquirida ou fusionada passará à condição de novo membro do grupo econômico.

Quanto à técnica de *joint-venture*, ela visa à associação, muitas vezes estimulada pelos governos, de duas empresas com o objetivo de unir forças para o desenvolvimento e execução de um projeto específico.

Além das técnicas de *aquisição*, *merger* e *joint-venture*, outros meios existem para socorrer a empresa, econômica e financeiramente viável, que se encontre em temporária situação de crise, conforme dá conta o eminente Prof. Nelson Abrão,⁽⁵⁾ alicerçado em autorizadas vozes no estrangeiro, ao esclarecer que, na Alemanha Federal, na Holanda, na Inglaterra, até 1971, por exemplo, instituições públicas concedem linhas de crédito de médio e longo prazos para as empresas em dificuldades financeiras com o propósito de dar-lhes condições de se recuperarem.

Além do financiamento estatal, outra forma de intervenção do Poder Público tem sido muito eficaz: trata-se de garantias concedidas pelo Estado aos bancos particulares, para que estes financiem as empresas deficitárias, formando-se um consórcio entre os bancos e o Estado.

Ainda é o Estado quem acode as empresas insolventes nos casos de estatização, quando a empresa se torna pública, e de promulgação de leis especiais de auxílio, quando a empresa se transforma no único fornecedor dos órgãos públicos.

O mais eficaz meio extrajudicial de reorganização e recuperação da empresa tem sido, todavia, o realizado por órgãos públicos, criados para adquirir o controle da empresa, saneá-la e finalmente revender as ações ao investidor do mercado, de que são exemplos marcantes o IRI (*Instituto per la Ricostruzione Industriale*) da Itália; o NEB (*National Enterprise Board*) da Inglaterra; o *Société Nationale d'Investissement* da Bélgica; o FIDG (*Financieringsmaatschpyy Industrieel Garantie Fond*) da Holanda; o *Foir Teorant* da Irlanda; as *holdings* industriais da Alemanha; o IDF (*Institut pour le Développement Industriel*), os CIASI (*Comités Interministériel pour l'Aménagement des Structures Industrielles*) e os CODEF (*Comités Départementaux pour le Financement*) da França.

Em nosso Anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa, previmos, no art. 80, os seguintes meios de reorganização da empresa:

- I – Aumento do capital social, inclusive mediante capitalização de créditos;
- II – Cessão compulsória, total ou parcial, de quotas ou ações dos sócios ou acionistas;
- III – Cessão da empresa, total ou parcial, inclusive para sociedade constituída pelos credores;

⁽⁴⁾ V. W. Ramussen. *Aquisições, Fusões e Incorporações Empresariais*, Ed. Aduaneira, 1989, págs. 51-144.

⁽⁵⁾ *O Novo Direito Falimentar*, Ed. Revista dos Tribunais, págs. 57-72.

- IV – Cessão, permuta ou locação ou extinção de estabelecimentos;
- V – Venda, permuta ou locação de bens ou direitos;
- VI – Moratória, com correção monetária mitigada;
- VII – Remissão parcial de dívidas;
- VIII – Substituição, temporária ou definitiva, de um ou mais administradores;
- IX – Associação, incorporação, fusão ou cisão da empresa;
- X – Suspensão ou rescisão de contratos de trabalho, assegurados os direitos dos empregados;
- XI – Novos empréstimos e financiamentos e manutenção dos fornecimentos, mediante concessão de privilégios especiais;
- XII – Benefícios fiscais e creditícios, oriundos da União Federal, estados e municípios, e empréstimos e financiamentos especiais a médio e longo prazos, oriundos de sociedades de economia mista ou empresas públicas, já existentes ou especialmente criadas por lei para esse fim, mediante garantia real de quotas ou ações que compõem o capital social e, se necessário, garantia fidejussória e real de outros bens dos sócios majoritários ou acionistas controladores ou de terceiros;
- XIII – Alienação do controle da empresa para órgão, entidade ou empresa já existentes ou especialmente criados com a finalidade de reorganizar as empresas em estado de crise econômica e, depois de saneadas, vendê-las em público leilão.

VII – Procedimentos de reorganização das empresas em crise

Não há dúvida que os procedimentos tradicionais de salvação da empresa em crise, como, por exemplo, a concordata preventiva da falência no Brasil; a suspensão de pagamentos de 26.7.1922 na Espanha; a administração controlada de 1942 na Itália; o *deed of arrangement* na Inglaterra e a *corporate reorganization* anterior a 1978 nos Estados Unidos da América do Norte, não atendem à modificação radical ocorrida na concepção do direito de insolvência, que, na lição de *Massaguer Fuentes*, era, nos primórdios, um direito destinado a salvaguardar os interesses dos credores, depois, os interesses do devedor, mais tarde, os interesses da economia nacional, para, finalmente, assegurar, por todos os meios e modos possíveis os interesses sociais,⁽⁶⁾ o que fez surgir, nas palavras de *Angel Rojo Fernandez-Rio*, uma “nova filosofia do Direito Concursal”, um “direito vivo da crise econômica”,⁽⁷⁾ um “Direito da Empresa em Crise”,⁽⁸⁾ produto das transformações da realidade econômico-social do mundo moderno, que obriga os juristas, conforme recomenda *Joa-*

⁽⁶⁾ *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 9.

⁽⁷⁾ Art. cit., pág. 127.

⁽⁸⁾ *Bavetta*, “*Il diritto dell'impresa in crisis*”, *Dir. Fall.*, 1988-I, pág. 351.

quim Garrigues, a saírem de seus confortáveis gabinetes de estudo, contemplarem os fatos reais, para servir a um ideal de Justiça,⁽⁹⁾ e a engendrarem novos procedimentos de reorganizar-se a empresa em crise, como assinalamos em nosso *Direito Concursal*, t. I, Cap. I, itens 10 e seguintes.

Esses procedimentos podem ser classificados em:

- a) *para-falimentares*;
- b) *pré-concursais*;
- c) *pré-falimentares* e
- d) *pós-falimentares*.

A) *Procedimentos para-falimentares*

Os procedimentos *para-falimentares* ou administrativos processam-se extrajudicialmente, têm uma ativa e decisiva participação da autoridade pública no seu desenvolvimento e visam criar condições de a empresa potencialmente importante para o Estado recuperar-se, partindo da idéia de que, para obviar as crises das empresas, em particular das grandes empresas, é indispensável prover a sua refinação, o que, as mais das vezes, só é possível fazer-se através do Poder Público, pois, é curial que, entrando em dificuldades, a empresa fica sem meios de obter empréstimos e financiamentos e até mesmo de comprar a crédito, de que são exemplos, na Itália, o Decreto-Lei n.º 602, de 5.10.1978, e a Lei n.º 95, de 3.4.1979, modificada em 1980 e 1982.

De acordo com as leis italianas, em especial a lei “sobre a administração extraordinária das grandes empresas” (Lei n.º 95, de 1979), procura-se salvar as empresas importantes para a economia do país que já receberam créditos especiais do governo e facilitar o seu pré-financiamento, ficando a cargo do Ministério da Indústria nomear um *supercomissário*, como substituto dos órgãos sociais, incumbido de reestruturar a empresa e apresentar um plano de reorganização, para ser submetido à autoridade administrativa encarregada do procedimento. O plano deve prever as garantias estatais para as dívidas contraídas pelo comissário e o modo e o prazo de pagamento aos credores.

B) *Procedimentos pré-concursais*

Dentre os procedimentos *pré-concursais* mais comuns, destaca-se, sem dúvida, o acordo pré-concursal, que foi definido por *Rouillon* desta forma: “o acordo *pré-concursal* é o contrato celebrado por uma parte - devedora - com outra - credor ou credores -, a fim de superar dificuldades econômicas e financeiras de caráter geral, ou a cessação de pagamentos, podendo estipular-se qualquer objeto lícito para esses fins.”⁽¹⁰⁾

⁽⁹⁾ *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, 1971, *Introducción*.

⁽¹⁰⁾ *Reformas al Régimen de los Concursos*, Buenos Aires, 1986, pág. 107.

Rocco, a seu turno, considera-o “um contrato entre o devedor comum e os credores individualmente, antes da declaração da falência ou de qualquer procedimento judicial, com o fim de modificar as relações jurídicas creditórias entre o devedor e os credores singulares signatários do acordo, de modo a fazer cessar o estado de falência ou evitar sua declaração judicial.”⁽¹¹⁾

Ripert conceitua-o como “um procedimento essencialmente contratual, facultativo, despojado de formalismo e confidencial,”⁽¹²⁾ e *Marcel Bayle* “um procedimento contratual e confidencial, sob o comando de um conciliador, para evitar a cessação de pagamentos, e a fim de promover a reorganização da empresa.”⁽¹³⁾

O acordo *pré-concursal* tem natureza contratual, pois se aperfeiçoa pelo mútuo consenso das partes, não as impulsionando qualquer coação estatal, mas tão-somente o propósito de compor, da melhor maneira possível para todos, o conflito real ou potencial de interesses entre o devedor e seus credores e, até mesmo, de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais.

É *extrajudicial*, porque celebrado sem a participação ou interferência do Poder Judiciário.

É *consensual*, porque se conclui pela simples manifestação de vontade das partes prescindindo de qualquer formalismo.

É *oneroso*, porque há vantagens recíprocas para os contratantes; para o devedor, eventual redução das dívidas, dilação de prazos ou medidas outras que lhe atenuem as obrigações, possibilitando-lhe continuar a desenvolver as suas atividades; para os credores, o robustecimento de suas respectivas posições, de forma a incrementar as possibilidades de efetivo recebimento de seus créditos.

É *informal*, porque às partes é facultado regularem seus interesses da maneira que lhes aprouver.

É *preventivo*, porque visa prevenir a falência.

É *individual*, porque só obriga os signatários, em função do princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos dos contratos se circunscrevem, afora expressa disposição legal, às partes que o celebram.

É *aberto*, porque os credores não signatários podem a ele aderir quando quiserem.

São pressupostos do acordo *pré-concursal*:

- a) um devedor em estado de crise econômica;
- b) credores que aceitem, no todo ou em parte, a proposta de composição formulada pelo devedor para superar as dificuldades em que se encontrava;

⁽¹¹⁾ “*Il Concordato nel Fallimento e Prima del Fallimento*”, *Tratado Teórico e Prático*, Torino, 1902, pág. 220.

⁽¹²⁾ *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, LGDJ, tomo II, pág. 707.

⁽¹³⁾ “*De intérêt du réglément amiable*”, in “*Revue de Droit Commercial et de Droit Économique*”, Paris, Sireym, 1988, pág. 3.

- c) um plano de reorganização, que demonstre ser econômica e financeiramente viável a recuperação.

O acordo *pré-concursal* tem por objetivo evitar a declaração da falência e criar condições de o devedor reorganizar-se e recuperar-se, como diz *Rocco*, “de forma privada e amigável, sem dispêndio, sem demora e, especialmente, sem a embarçante publicidade de um procedimento judicial.”

Para a sua aplicação prática, permitimo-nos sugerir a discussão das seguintes idéias básicas:

1ª — Ser *extrajudicial*, com a finalidade de obter-se economia de custo e tempo; *preventivo*, para evitar a declaração de quebra, mesmo depois de ter havido protesto; *informal*, com plena liberdade de as partes convencionarem o que melhor lhes aprouver, consoante os princípios da soberania dos sujeitos privados, da autonomia da vontade das partes e da disponibilidade dos direitos patrimoniais; *individual*, para só obrigar os signatários, e *aberto*, para possibilitar futuras adesões.

2ª — Antes de propor o acordo a seus credores, a empresa deve:

- a) elaborar demonstrações financeiras, que expressem com clareza a sua situação patrimonial, submetendo-as a auditor independente;
- b) elaborar relatório sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos dos três últimos exercícios;
- c) elaborar lista nominativa de todos os credores, inclusive fiscais e parafiscais, especificando as respectivas garantias, se houver, e reavaliar as contas do ativo permanente e
- d) pela maioria de seus sócios, reunidos em assembléia geral, aprovar a proposta de acordo.

3ª — A proposta de acordo, a ser submetida aos credores, deve especificar:

- a) a natureza das dificuldades e os meios e modos de superar a crise;
- b) se o ativo é superior ao passivo exigível;
- c) se oferecerá garantias reais;
- d) se pretende obter apenas moratória ou também remissão parcial das dívidas, especificando as condições e prazo de pagamento e se a proposta compreende as dívidas vencidas ou também as vincendas, podendo a proposta abranger outras medidas de reorganização, como, v. g., aumento do capital social mediante capitalização de créditos; cessão da empresa, total ou parcial; cessão, permuta, locação ou extinção de estabelecimentos; venda, permuta ou locação de bens ou direitos;
- e) se concorda que os credores nomeiem um profissional de reconhecida idoneidade moral e financeira e capacidade técnica para assistir a direção da empresa e
- f) se o objetivo é a reorganização e saneamento da empresa ou apenas liquidar o passivo exigível.

4ª — Cumpridas essas três etapas, a empresa deve convocar os credores, por

carta, com aviso de recebimento, para se reunirem em assembléia geral, em local, dia e hora designados com antecedência, de, pelo menos, dez dias.

5ª — Reunidos em assembléia geral, os credores deliberarão, por maioria de *dois terços*, sobre a proposta de acordo da empresa, lavrando-se a respectiva ata.

6ª — Ao deliberarem em assembléia geral, os credores decidirão também a respeito da suspensão das ações e execuções contra a empresa e da continuação dos fornecimentos e financiamentos.

7ª — A ata da assembléia geral de credores e a ata da assembléia dos sócios serão arquivadas no Registro do Comércio.

C) *Procedimentos pré-falimentares*

Os dois modelos que têm merecido maiores encômios no mundo ocidental são o norte-americano e o francês.

O norte-americano, conforme acentuado por *Paulo Fernando Campos Salles de Toledo*, “abre ao devedor a possibilidade de prosseguir em seus negócios, reestruturando-se e buscando a reabilitação”, ⁽¹⁴⁾ “sem dispor de seus bens (ou, pelo menos, não da totalidade deles) e, principalmente, mantendo sua atividade comercial. Para tanto, deverá ele reestruturar-se, e reprogramar o pagamento de suas dívidas, de modo a poder voltar à normalidade, após cumprir um plano de reorganização.

A opção é ampla o suficiente para abranger, de um lado, todo o seu ativo, e de outro, todo o seu passivo, aí incluídos os credores com garantia e os quirografários, bem como seus acionistas ou sócios. Os interesses de todos esses deverão ser satisfeitos, na medida e nos termos constantes do plano. E, posteriormente, fará jus o devedor a uma “vida nova”, sem preocupar-se com as obrigações antes contraidas.” ⁽¹⁵⁾

O direito francês, sem dúvida o que melhor disciplina os procedimentos *pré-falimentares*, possui uma variada gama de meios de recuperação da empresa em crise.

Na França, a Lei n.º 84/148, denominada “prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades”, prevê mecanismos de recuperação extrajudiciais, como a “prevenção-gestão” e a “prevenção-alerta”, e, se persistirem as dificuldades, a designação, pelo juiz, de um conciliador, para encaminhar um acordo entre o devedor e seus credores, enquanto a Lei n.º 85/98 cuida do “saneamento e a liquidação judicial da empresa”, tendo por finalidades precípuas:

- a) a salvaguarda da empresa;
- b) a manutenção das atividades e do emprego e

⁽¹⁴⁾ “A empresa em crise no Direito Francês e Americano”, São Paulo, *Dissertação de Mestrado*, 1987, pág. 17.

⁽¹⁵⁾ *Ob. cit.*, pág. 35.

c) o levantamento do passivo, iniciando-se com a apresentação de um plano de recuperação, que será objeto de exame durante o período de observação, podendo prever a continuação da empresa ou a sua cessão. A lei criou dois tipos diferentes de procedimentos, tendo em conta o número de empregados e o faturamento bruto da empresa, aplicando-se o procedimento simplificado às empresas que empreguem até 50 assalariados ou tenham um faturamento de até vinte milhões de francos anuais e o procedimento comum ou geral às demais, caracterizando-se o procedimento simplificado pela rapidez, simplicidade e pouca onerosidade.

D) *Procedimentos pós-falimentares*

Além dos procedimentos acima citados, que visam a recuperação da empresa, temos, ainda, mesmo após decretada a falência, na lei brasileira, por exemplo:

a) a concordata suspensiva (art. 177 da Lei de Falências) e

b) a organização de sociedade para continuação do negócio do falido (art. 123, § 1º., da Lei de Falências).

VIII – *Conclusão*

No momento em que se discute, no Brasil, em geral, e na Câmara dos Deputados, em particular, a reforma do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, fazemos votos que o legislador, inspirando-se no moderno *Direito Concursal*, elabore uma lei que atenda aos anseios e reclamos da sociedade brasileira.

* **Jorge Lobo** é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro (aposentado).