

Coordenação

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo
Francisco Satiro

DIREITO DAS EMPRESAS EM CRISE:

PROBLEMAS E SOLUÇÕES

Prefácio: Maria Cristina Zucchi

Adriana Lucena	Julio Kahan Mandel
Bruno Poppa	Luis Cláudio Montoro Mendes
Carlos Henrique Abrão	Luiz Fernando Valente de Paiva
Celso Caldas Martins Xavier	Paulo Fernando Campana Filho
Eduardo Lemos	Paulo F. Campos Salles de Toledo
Fábio Ulhoa Coelho	Ruy Pereira Camilo Junior
Francisco Satiro	Sérgio Campinho
Jorge Lobo	Sheila Christina Neder Cerezetti
José Anchieta da Silva	Simone R. Alves Rocha de Barros

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2012
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br



DA CONCESSÃO AO ENCERRAMENTO
DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O PRAZO
DE DOIS ANOS DO ART. 61 E SUAS
IMPLICAÇÕES

Simone Rodrigues Alves Rocha de Barros

Advogada do escritório Ferro, Castro Neves, Daltro & Gomide Advogados

I. INTRODUÇÃO

Com seis anos de vigência, a Lei 11.101/05 Lei de Recuperação de Empresas (LRE) ainda suscita questionamentos, dúvidas e perplexidades. A primeira questão que surge para aqueles que atuam diretamente na área, seja no campo jurídico, seja no ramo empresarial, é: afinal, essa lei propicia a efetiva recuperação das empresas?

Sabemos que a resposta envolve múltiplos aspectos e que a sua investigação passa por determinar o que revela se, de fato, uma empresa superou seu estado de crise econômico-financeira. Alguns indicadores (faturamento, participação no mercado, taxa de crescimento, portfólio de produtos ou serviços, etc.) ajudam a comparar a evolução dos dados de determinada empresa antes e depois de um pedido de recuperação judicial, mas, mesmo assim, não é fácil identificar se o processo judicial, essencialmente instrumental, atingiu a sua finalidade maior, tão alentada pelo princípio do art. 47 da LRE.

Do ponto de vista processual, o fiel cumprimento dos planos de recuperação e, por consequência, o encerramento da recuperação judicial poderiam ser um indicador relevante da efetiva recuperação das empresas.

É certo que existe, antes de mais nada, uma dificuldade quanto à base de dados para apuração dessa premissa, já que ainda não foi realizado um levantamento amplo dos processos e casos nos diferentes Tribunais do País.

De todo modo, tomando-se como exemplo alguns casos relevantes, extraídos dos Judiciários paulista e carioca, pode-se constatar que existem empresas – normalmente com faturamento ou porte não tão expressivo – que vêm cumprindo o plano e estão dando mostras de efetiva recuperação, ganhando a confiança dos credores e do mercado.

Contudo, a quase esmagadora maioria dos casos ainda se encontra em um certo “limbo”, no qual, embora venham sendo cumpridas as obrigações dos planos de recuperação, aguardam uma solução efetiva. Tal solução, não raras vezes, passa, em decorrência da escassez de crédito a empresas em recuperação judicial, pela oportuna alienação do seu controle ou de seus ativos como forma de capitalizar recursos para o cumprimento das suas obrigações.

O mais incomum, entretanto, é encontrar exemplos de empresas que encerraram o processo de recuperação judicial, sobretudo no prazo de até dois

anos, previsto no art. 61 da LRE¹. Ou seja, mesmo tendo o legislador partido da premissa de que, idealmente, o processo de recuperação judicial não deveria se estender por vários anos, delimitando claramente o prazo em que a empresa permanece em recuperação judicial, fato é que, seja pelo próprio interesse das recuperandas, seja pela impossibilidade de se encerrarem todos os incidentes de verificação de créditos ou recursos das decisões interlocutórias, mesmo após os dois anos, os processos de recuperação judicial não são encerrados.

Assim, observa-se que a constatação da efetiva recuperação das empresas passa pela investigação do que acontece entre a concessão e o encerramento do processo de recuperação, tomando-se como corte epistemológico o prazo de dois anos previsto no art. 61 da LRE, para, indo um pouco mais além, identificar alguns dos seus efeitos mais relevantes.

II. O PRAZO DE DOIS ANOS DO ART. 61 DA LRE:

A lei divide o processo de recuperação judicial, essencialmente, em duas fases distintas: a) negociação e aprovação do plano pelos credores; e b) execução e cumprimento do plano.

Na primeira fase existem dois grandes marcos de natureza cronológica: os 150 dias para a realização da Assembleia Geral de Credores (AGC), com o objetivo de votar o plano de recuperação judicial, e os 180 dias de suspensão das ações contra a recuperanda. Durante esse período inicial do processo, ganham relevo a negociação dos termos do plano com os credores e as medidas de saneamento adotadas pela recuperanda para viabilizar o cumprimento da sua proposta de soerguimento.

Aprovado o plano, o que acontece na maioria dos casos – sobretudo em razão do temor reverencial que os próprios credores, especialmente os fornecedores e quirografários, têm do processo de falência –, passa-se à fase de cumprimento das obrigações nele assumidas, permanecendo a empresa em recuperação judicial por até dois anos. Enquanto em recuperação, a empresa fica sob supervisão judicial, com os órgãos da recuperação em funcionamento (AGC, Comitê – se constituído – e administrador judicial), e existe um maior rigor no cumprimento do plano, já que possível, no inadimplemento

¹ “Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.”

de qualquer obrigação, a direta convolação em falência. Depois do prazo de dois anos, a falência só pode ser provocada por requerimento dos credores, sendo facultada a eles a execução específica da obrigação.

O mais relevante, assim, não é o encerramento do processo de recuperação judicial em si, mas sim a verificação do que ocorre depois do prazo de dois anos, quando se abre a porta para que, diante do inadimplemento de qualquer obrigação do plano, seja decretada, de ofício, a falência da recuperanda.

Vale observar que o art. 61 ou os demais dispositivos da LRE não impõem, propriamente, um prazo para o encerramento do processo de recuperação judicial, havendo apenas a delimitação de que, em até dois anos depois da concessão, a empresa permaneça em recuperação. E isso não significa que, deixando a empresa de estar em recuperação judicial, o processo de recuperação deva ser automaticamente encerrado. No entanto, isso pressupõe ser possível uma empresa não se encontrar mais em recuperação judicial, mas o processo prosseguir.

Ou seja, a conclusão mais correta parece a de que, enquanto o processo de recuperação judicial não for encerrado, a empresa permanece em recuperação, ainda que ultrapassados os dois anos previstos no art. 61.

Isso nos leva a indagar quais as consequências de uma empresa permanecer em recuperação judicial mesmo após decorridos dois anos da aprovação do seu plano e da concessão da recuperação. Como a grande proteção à empresa em recuperação judicial, depois da concessão, está no afastamento da possibilidade de decretação de ofício da falência no caso de inadimplemento das obrigações do plano depois dos dois anos, resta saber se é possível se, ultrapassado esse prazo, mas não tendo ainda sido encerrado o processo, pode o juiz de ofício, ou por requerimento de qualquer credor, decretar a falência da empresa, afastada a oportunidade de execução específica da obrigação.

Vale observar que esse prazo de dois anos é um critério meramente formal, talvez herdado da época da concordata, em que o prazo máximo da moratória também estava restrito ao biênio², ou estabelecido diante da constatação de que vinte e quatro meses seria um tempo razoável para que a empresa em recuperação implementasse as medidas gerenciais necessárias ao

² O art. 132, § 1º. do Decreto-Lei 7.661/45 dispunha que as falências deveriam se encerrar em até dois anos, fazendo-se ressalva de que o prazo poderia ser estendido em caso de força maior.

seu saneamento e pudesse cumprir as obrigações assumidas com os credores, ainda que o pagamento dos créditos se prolongasse por um período maior.

De todo modo, a existência de um prazo para que a empresa deixe o “estado” de recuperação judicial e possa, depois disso, seguir normalmente os seus negócios, faz todo o sentido. As vantagens são evidentes: durante esse período existe a fiscalização das atividades do devedor pelos credores, pelo Ministério Público e pelo juiz, além da ameaça de direta convocação em falência, no caso de inadimplemento das obrigações do plano. Sob a ótica da empresa em recuperação judicial, a transparência do processo e a existência desse espaço para, de forma organizada, continuar contando com a participação dos credores na sua recuperação também são vantajosas.

Por outro lado, as desvantagens de se perpetuar esse processo são várias, podendo ser citados como exemplos o aumento dos custos do processo e a dificuldade de acesso ao crédito por empresa em recuperação judicial.

Na prática, as vantagens citadas são meramente aparentes ou, ao menos, insuficientes para que os próprios devedores se comovam a acelerar o processo de modo a conseguir seu encerramento no prazo de dois anos. O que se percebe nos processos em curso é a aprovação de planos, em sua esmagadora maioria, com um período de carência para o início do pagamento aos credores sempre superior a dois anos, o que dificulta a identificação de qualquer inadimplemento no biênio que a LRE elegeu para que a empresa permanecesse em recuperação judicial. Nota-se ainda que as premissas do plano são geralmente genéricas e imprecisas, não se apresentado um *business plan* consistente. Os relatórios de atividades são genéricos, e raros são os casos em que se constitui um Comitê de Credores, de modo que a fiscalização somente ocorre mediante provocação dos credores, os quais, entretanto, não têm dados objetivos para aferir o adimplemento de todas as obrigações do plano que acabam por se restringir ao pagamento dos créditos.

A verdade é que as empresas tendem a ver mais vantagens na manutenção da recuperação que os próprios credores, pois há um Juízo universal para a discussão quanto aos bens essenciais à recuperação (o que evita, em nome do princípio da preservação da empresa, alienação de ativos em decorrência de penhoras e arrestos trabalhistas e fiscais) e, também, a possibilidade de se convocar a assembleia de credores para aprovação de assuntos que sejam do interesse da recuperanda quanto à venda de bens ou à renegociação de

180 dias do art. 6, § 4º⁷, prorrogar-se o prazo de dois anos previsto no art. 61? Considerando-se a autonomia da Assembleia Geral de Credores, não seria incorreta a suposição de que o próprio prazo de recuperação judicial poderia ser prorrogado pelos credores.

Nesse cenário, indaga-se: o prazo de dois anos leva a que? O que é mais importante, o encerramento da recuperação ou o decurso do prazo de dois anos após a concessão da recuperação? O foco não deveria estar no efetivo cumprimento das obrigações, mesmo que não encerrada a recuperação? Passados os dois anos afasta-se a condição resolutiva da novação dos créditos pela aprovação do plano, independentemente do encerramento da recuperação? E se a falência for decretada depois de dois anos, mas antes do encerramento da recuperação, os credores retomam seus direitos anteriores ou o crédito está, de fato, novado? Diante da novação operada, depois dos dois anos pode ser encerrada a recuperação sem o quadro geral de credores? Quais as condições para o encerramento da recuperação? Pode haver dilação do prazo? Qual o tratamento dos atos praticados sem o encerramento formal, mas depois dos dois anos?

Dentre tantas indagações sobre o que ocorre depois dos dois anos da concessão da recuperação, ainda sem o encerramento do processo, tornam-se emblemáticos quatro pontos para debate:

- 1) inadimplemento de obrigação do plano: falência ou execução específica da obrigação?
- 2) efeitos da novação;
- 3) possibilidade de alteração do plano;
- 4) sucessão na alienação do estabelecimento comercial aprovada no plano, mas ainda não efetivada.

7 No caso da VARIG, o TJ-RJ também não permitiu o encerramento da recuperação sem o quadro geral de credores. (Agravo Inominado nº. 26818/08, TJ-RJ, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, j. 09.09.2008.

Contra, considerando o prazo de 180 dias improrrogável: Agravo de Instrumento nº 0305401-58.2010.8.26.0000, TJ-SP, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 17.03.2011; Agravo de Instrumento nº. 573.993-4/0-00, TJ-SP, 2ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 30.09.2008. Considerando o prazo prorrogável, a favor: Agravo de Instrumento nº. 0349673-74.2009.8.26.0000, TJ-SP, 19ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 27.04.2010; CC 79.170/SP, Rei. Ministro Castro Meira, j. 10.09.2008.

III. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO DO PLANO: FALÊNCIA OU EXECUÇÃO ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO?

O art. 61 da LRE diz que o devedor permanecerá em recuperação judicial por até dois anos, mas não fala em encerramento do processo depois disso, apenas que o descumprimento acarretará a falência e estabelece, nessa restrita hipótese, uma condição resolutiva para a novação dos créditos, operada com a aprovação do plano de recuperação (art. 59), já que, com a quebra da empresa nessas condições, os credores são reconstituídos nos seus direitos anteriores ao pedido de recuperação.

O art. 73, VI, por sua vez, estabelece que o juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial, por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º. do art. 61 desta Lei.

Nessa hipótese, o verbo “decretará” se apresenta como um dever ou mera faculdade do juiz? A doutrina divide-se a respeito do assunto⁸.

Entretanto, a maior parte da doutrina entende que, ainda que não se trate de mera faculdade, o juiz, por cautela e a serviço do princípio da preservação da empresa e, especialmente, de que o processo de recuperação se faz no interesse dos credores, deveria ouvi-los antes. Assim como permitir à recuperanda justificar o inadimplemento, o qual pode ter ocorrido por fatores externos alheios à sua vontade ou a premissas inicialmente projetadas, o que poderia acarretar, até mesmo, a alteração do plano em nova assembleia de credores, afastando-se a falência.

Isso porque não tem o juiz condições materiais de verificar, no caso concreto, no mais das vezes, se o inadimplemento é substancial e relevante,

8 SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - Artigo por artigo / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. - 2 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Munhoz, Eduardo Secchi. p. 302.*

Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências, coordenadores: Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos H. Abrão, Ed. Saraiva, São Paulo, 2005. Lobo, Jorge. p. 164.

Bezerra Filho, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo - 5 ed. ver., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 202.*

Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - Artigo por artigo / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. - 2 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Zanini, Carlos Klein, p. 334-335
Mandel, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 / São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146*

ainda que se refira ao não pagamento de uma parcela do plano. Essa é a mesma dificuldade encontrada para o deferimento do próprio pedido de recuperação, no que diz respeito ao princípio da viabilidade da empresa ou quanto à decisão que homologa a aprovação de um plano. Nesses casos, em que os conceitos de viabilidade e possibilidade recuperação da empresa são muito mais afeitos ao campo econômico-financeiro, a LRE foi sábia em relegar a sua constatação aos credores.

Contudo, se o juiz, de plano, verificar a inexistência de condições mínimas de recuperação da empresa, pode decretar a sua falência⁹. O contrário também é verdadeiro, pois, mesmo em casos em que o plano é rejeitado pelos credores – mesmo a LRE determinando que seja decretada a falência da empresa –, o Judiciário já interferiu na decisão, permitindo que fosse realizada nova assembleia e apresentado novo plano aos credores¹⁰.

Como bem lembrado por Manoel Justino, na concordata já era assim¹¹, ou seja: conquanto o texto da lei indicasse que o juiz decretaria a falência na ausência de pagamento das parcelas aos credores, a tendência dos juízes era aguardar a manifestação dos interessados, ao invés de simplesmente decretar de ofício a quebra¹².

9 AgRg na MC nº 11.696, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.12.2006.

10 “No caso da PARMALAT o biênio judicial já transcorreu há muito tempo, mas o Juiz ainda não decretou por sentença o encerramento da recuperação judicial, consoante determina o art. 63, porque, conforme anota o senhor administrador judicial, ainda existem recursos e pendências a serem solucionadas. Com a devida vênia, entendo que o processo de recuperação judicial da PARMALAT já deveria ter sido encerrado por sentença judicial, cumprindo-se rigorosamente o art. 63, que de forma imperativa preconiza: “o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação.” (Agravo de Instrumento nº 994.09.282082-5, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 06/04/2010).

“Em rigor, o magistrado deveria ter indeferido o pleito, haja vista que o plano aprovado e concedida a recuperação judicial por sentença transitada em julgado, deveria a PARMALAT cumprir rigorosamente o plano de recuperação judicial, sob pena de ser a recuperação convalidada em falência, conforme determina o § 1º do artigo 61.” (Agravo de Instrumento nº 994.09.282082-5, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 06/04/2010).

11 “O § 8º do art. 175 da lei anterior trazia previsão semelhante, para o caso de o concordatário deixar de depositar nos autos o valor da parcela prometida na petição inicial, determinando que, em tal caso, o juiz “decretará a falência”. Havia juízes que atuavam de maneira mais formal e que, em tal caso, de ofício, decretavam a falência. No entanto, considerando-se que, sem embargo do interesse público da recuperação (como ocorria na concordata, o que se discute na realidade são relações particulares de negócio, é mais recomendável que, em tal caso, o juiz aguarde a manifestação da parte interessada, não agindo de ofício para o decreto falimentar.” (Bezerra, Filho, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo/ 5ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 202).

12 Trajano de Miranda Valverde, contudo, falava em mandamento imperativo na decretação da falência nessa hipótese.

O artigo 150, I do Decreto-Lei 7661/45 falava que a concordata pode ser rescindida pelo não pagamento das parcelas ou inadimplemento das obrigações da concordatária. De todo modo, o artigo 162 dizia que o juiz decretará a falência no caso de não verificar as condições essenciais para o devedor cumprir as suas obrigações. Na recuperação o caso não é diferente, especialmente se considerado que o processo, por essência, se submete à ótica dos credores.

Nos casos concretos é muito difícil que o juiz decrete a falência sem a provocação dos credores, ainda mais sem um indício consistente do inadimplemento da recuperanda. Isso não quer dizer, entretanto, que a recuperação se perpetuará mesmo com o inadimplemento do plano.

Em um conhecido precedente do Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a égide do Decreto-lei 7.661/45, foi mantida a decretação de ofício da falência da empresa, mas não foi só o descumprimento das parcelas da recuperação a motivação da decisão, pois havia todo o contexto do processo, evidenciando que a empresa não merecia o benefício legal¹³.

Já na vigência da LRE, a tendência dos julgados é no sentido de se descartar a falência automática, mesmo na hipótese de não cumprimento das obrigações previstas no plano, devendo ser sopesados os princípios do artigo 47, orientando-se o magistrado a agir com ponderação e razoabilidade¹⁴.

Mas se a Assembleia Geral de Credores aprovou a falência, ante o descumprimento do plano, não há jeito, ao juiz caberá decretá-la. Afinal, “o princípio da preservação da empresa, pedra angular da Lei nº 11.101/2005, que decorre do princípio constitucional da função social da propriedade e dos meios de produção, denominado pela doutrina de ‘função social da empresa’, não pode ser invocado para justificar de forma ampla, abstrata e ilimitada, a manutenção da empresa que, em recuperação judicial, ostensivamente, não cumpre as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial”¹⁵.

Na maioria dos casos, contudo, em razão da moratória prevista nos planos por dois anos ou mais, é impossível verificar o descumprimento do

13 AgRg na MC nº 11.696, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.12.2006.

14 AgRg na MC nº 11.696, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.12.2006.

Agravo de Instrumento 0234502-35.2010.8.26.0000, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Rel. Des. Romeu Riccupero, j. 19.10.2010.

15 Agravo de Instrumento nº 601.295.4/1-00, TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, j. 05/05/2009.

plano pela ausência de pagamentos – critério objetivo e de fácil constatação –, mas nada impede que seja apontado o descumprimento das premissas do plano, pois a lei fala em qualquer obrigação. Senão o instituto vira falácia: pede-se recuperação, é obtida mora de cinco anos – foge-se do óbice da restrição para novo pedido de recuperação¹⁶ –, não se paga a primeira parcela prevista e, caso algum credor peça a sua falência, pede-se nova recuperação, eternizando o processo.

O interessante seria ver algum credor pedir, no curso dos dois anos, o descumprimento de premissas do plano, e não só dos pagamentos, mostrando a inviabilidade futura do cumprimento do plano (ex. premissas econômico-financeiras não implementadas), mas, mesmo assim, dificilmente o juiz se sentiria confortável em decretar a quebra de ofício sem submeter a questão a todos os demais envolvidos no processo, o que parece, de fato, mais correto.

IV. EFEITOS DA NOVAÇÃO

O artigo 59 estabelece que a aprovação do plano de recuperação implica na novação dos créditos anteriores ao pedido. No entanto, diferentemente da novação prevista no artigo 360 do Código Civil, trata-se de uma novação condicional, já que existe, na forma do §2º do artigo 61 da LRE, uma condição resolutiva tácita¹⁷: decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressaltados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

Assim, no conflito entre a preservação dos atos praticados na recuperação e o retorno dos credores ao *status quo ante*, prevalece o primeiro, o que se mostra prudente, especialmente em se considerando os direitos de terceiros afetados por esses atos e a necessidade de se conferir estabilidade e segurança jurídica aos negócios praticados no curso da recuperação¹⁸.

Não se pretende aqui analisar os aspectos da preservação das garantias (aval e credores com garantias reais que não as liberaram expressamente –

16 Artigo 48, II, LRE.

17 Fábio Ulhoa Coelho usa muito bem esse conceito Pesquisar

18 Mesmo assim, devido a insegurança na aplicação desse dispositivo, bem como do art. 60 da LRE, na venda do principal ativo da recuperanda a terceiro, ainda que os valor correspondente não tenha servido ao pagamento dos credores, a venda será preservada na hipótese de falência, mas o fato é os interessados ainda se ressentem de precedentes na jurisprudência, especialmente no STJ, que lhes assegurem essa interpretação.

artigos 49, §1º e 50, §1º da LRE), o que demandaria trabalho específico, mas sim os efeitos dessa novação perante os próprios créditos e credores sujeitos ao plano.

Por se tratar de novação, ainda que sujeita a uma condição resolutiva, seus efeitos são contemporâneos à homologação da aprovação do plano pelos credores e à concessão da recuperação. No que interessa a este artigo, resta saber se apenas a falência decretada no prazo de até dois anos da concessão da recuperação é que caracteriza a condição prevista no artigo 61, §2º, ou, mesmo decretada depois, teria o condão de restituir os credores à sua condição originária, antes da aprovação do plano.

Em outros termos, o que vale é o prazo de dois anos ou o encerramento da recuperação? Uma análise coerente dos dispositivos da LRE leva à primeira hipótese, sobretudo porque o próprio *caput* do art. 61 fala em prazo da concessão, mas não trata, reitera-se, de forma direta, um termo fatal para o encerramento do processo de recuperação.

Assim, passados dois anos da concessão, sem qualquer inadimplemento do plano, a novação se opera de pleno direito e, mesmo na hipótese de requerimento da falência na forma do artigo 94, g, não se aplica o §2º do artigo 61, que diz respeito apenas à falência requerida na forma do artigo 73, iv, da LRE.

Poder-se-ia alegar que o artigo 61, §2º fala genericamente em falência decretada e, portanto, que não existe ressalva quanto ao prazo, o que nos levaria à possibilidade de aplicação da condição resolutiva da novação mesmo quando a falência é decretada depois dos dois anos da concessão da recuperação. No entanto, a boa técnica de interpretação determina que os parágrafos se referem ao *caput*.

Além disso, fosse possível a aplicação da condição resolutiva da novação a qualquer tempo, seria o caso de se ter inserido um novo artigo ou esclarecido no artigo 62 que o pedido de falência se daria depois dos dois anos, pelos créditos originários.

Ao contrário disso, a ideia seria que no prazo de dois anos já existisse o quadro geral de credores e que este fosse a base dos valores em uma falência com base no artigo 94, g, da LRE.

Se, passados dois anos da concessão, é encerrado, de fato, o processo, como imaginava o legislador no artigo 61, ninguém dissenterá que uma

falência então decretada não restituirá os credores ao seu estado anterior, operando-se por completo a novação. O mesmo, assim, deve ocorrer na hipótese de superado o prazo de dois anos e o “estado” de recuperação judicial, ainda que não encerrado, por decisão terminativa, o processo.

Há quem defenda que apenas o encerramento da recuperação tornaria definitiva a novação, mas isso sempre parte da premissa, dificilmente aplicada na prática, de que passados dois anos o processo é encerrado¹⁹.

Outra hipótese a ser considerada seria, se, no curso dos dois anos sobrevier um descumprimento do plano, mas não for decretada a falência? O que vale mais para a condição resolutiva, o decurso do prazo ou a decretação da falência? Sem dúvida, a última. Ou seja, apenas a decretação da falência pode restituir os credores ao *status quo ante* ao pedido de recuperação e à aprovação do plano.

Em precedente emblemático sobre os efeitos da novação, o e. TJSP já observou que ela só se materializa se a recuperanda cumprir suas obrigações, previstas no plano, no prazo de dois anos (que aqui ganha relevo, independentemente do encerramento da recuperação)²⁰.

Vale observar ainda que, se é verdade que a novação se opera de imediato, ainda que sujeita a uma condição resolutiva, não há razão para que não seja deferido o pedido de sustação dos efeitos dos protestos contra as empresas em recuperação que tiveram seus planos homologados. Na época da concordata a jurisprudência já reconhecia a possibilidade de cancelamento dos protestos, que representam ausência de proveito prático ao credor e constrangimento indevido do devedor, já que vedado o pagamento antecipado de qualquer credor de forma contrária ao estabelecido no plano.

19 Com o advento da sentença de encerramento da recuperação, as obrigações vincendas previstas no plano (negócio novado) não mais poderão ser resolvidas, com a consequente restauração dos direitos e garantias inicialmente detidos pelos credores. (Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – 2 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Munhoz, Eduardo Secchi. p. 305)."

20 "Validade e eficácia da cláusula em face dos credores que expressamente aprovaram o plano, por se tratar de direito disponível, que ao assim votarem, renunciam ao direito de executar fiadores/avalistas durante o prazo bienal da "supervisão judicial" (Agravo de Instrumento nº 580.551.4/0-00, TJSP, Câmara Especial de falências e Recuperações judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 19/11/2008).

ou a falência, conforme o artigo 62 da LRE. Esse entendimento, com todo o respeito devido, não soluciona a questão, pois dizer que os credores que concordarem em ajustar novas condições para o recebimento do seu crédito com o devedor podem fazê-lo, mas que isso não pode ser imposto aos dissidentes, é o mesmo que tornar o processo coletivo em negociação individual.

Conferir o mesmo tratamento às condições de acordo em processo de concurso de credores já instaurado como se se tratasse de uma discussão bilateral contra credor solvente, é o mesmo que ignorar a finalidade do instituto da recuperação judicial e alterar as regras e tensões da negociação coletiva, que ajudam a manter a estabilidade do sistema. Essa posição acaba, assim, gerando dúvida aos credores na assembleia e insegurança jurídica.

De todo modo, imperioso que se compreenda que o prazo fixado pelo artigo 61 da LRE tem, ao final das contas, uma finalidade bastante específica: tornar definitiva a novação operada com a aprovação do plano de recuperação judicial. Sendo assim, ainda que se admita a alteração do plano após a concessão da recuperação, uma vez definitiva a novação dos créditos pelo decurso do prazo legal, não há como se impor aos credores dissidentes uma nova condição de pagamento, sob pena de se perpetuar o processo indefinidamente. Em outras palavras, ainda que o credor que se opõe ao plano tenha que se curvar, num primeiro momento, à vontade da maioria, uma vez novadas as condições do seu crédito, ele não pode se sujeitar a um risco de alteração eterno, já que, como se explorou acima, não existe propriamente uma regra que imponha o encerramento do processo de recuperação judicial.

, ou bem se exclui a possibilidade de alteração do plano, o que não parece ser o mais adequado – especialmente considerando a mutabilidade da conjuntura de mercado e dos fatores externos ao próprio processo de recuperação – ou, uma vez admitida a hipótese, só se pode impor aos dissidentes essa alteração, aprovada pela maioria dos credores na forma do art. 45 da LRE, se a deliberação ocorrer até o prazo de dois anos da concessão da recuperação.

É claro que essa conclusão, que decorre do próprio sistema da lei, gera evidentes imperfeições, pois, considerando-se que só é possível um novo pedido de recuperação judicial após cinco anos da concessão do primeiro (art. 48,II), a uma empresa que não pretenda cumprir suas obrigações basta

aprovar um plano com um período longo de carência, até cinco anos, e, depois disso, ao primeiro inadimplemento, pedir novamente recuperação judicial, como forma de defesa a um eventual pedido de falência dos credores (art. 95).

De todo modo, como a lei não se presta a evitar fraudes ou a regular todas as possíveis anomalias do sistema e da realidade, ainda que não pareça razoável permitir que se prolongue a recuperação depois dos dois anos da concessão, vez que não encerrado o processo, e não se admita o aditamento do plano com vinculação aos dissidentes, depois disso, essa ainda se mostra a solução mais razoável para se evitar que o processo se prorrogue sem qualquer perspectiva ou estímulo ao seu encerramento.

No caso de um aditamento no curso dos dois anos, ainda resta saber se necessária a ratificação da concessão da recuperação ou se, ao contrário disso, como parece mais razoável, o prazo de dois anos não se suspende ou interrompe, a não ser que haja uma aprovação específica da assembleia de credores quanto a isso.

Em suma, é possível o aditamento do plano nos dois anos e depois, mas com efeitos diversos quanto aos credores dissidentes, e desde que ocorra sempre antes do encerramento do processo.

VI. SUCESSÃO NA ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL APROVADA NO PLANO, MAS AINDA NÃO EFETIVADA

Questão interessante surge da incompatibilidade aparente entre o artigo 60 da LRE e o 133 do CTN²⁴, na redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005. Isso porque, enquanto o primeiro diz expressamente que, se o plano de recuperação judicial envolver a venda de uma unidade produtiva isolada (UPI) prevista, o objeto da alienação estará livre de quaisquer ônus e não haverá a sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, o segundo traz uma exceção à regra geral de sucessão

24 "Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial
II - de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial."

fiscal, apenas para as filiais ou unidades produtivas isoladas alienadas “em processo de recuperação judicial”.

Se a venda de uma UPI, prevista no plano, ocorre antes do encerramento do processo de recuperação judicial, não há qualquer problema. Contudo, se, embora prevista no plano, ou seja, autorizada a venda pelos credores e estabelecidas as condições para o uso do produto desta venda para o processo de recuperação da empresa, mas decorrido o prazo de dois anos do art. 61 da LRE, haverá a necessária segurança, de acordo com o art. 133 do CTN, de que adquirente está livre da sucessão fiscal?

Afinal, ou bem se interpreta a redação do art. 133 do CTN para se compreender que a alienação judicial da UPI já foi autorizada em processo de recuperação judicial, embora não efetivada no prazo de dois anos, ou se imporá que a venda ocorra nesse período para que o Fisco não possa alegar que, ultrapassado o prazo, a empresa não está mais em recuperação judicial, mesmo que o processo ainda não tenha sido formalmente encerrado.

Uma solução para se evitar esse questionamento seria, como ocorreu em determinado precedente²⁵, se aprovar, em assembleia de credores, a prorrogação do prazo da concessão da recuperação, ratificando a possibilidade da venda da UPI.

De todo modo, parece mais adequado se considerar que o art. 60 cuida da venda aprovada em processo de recuperação, ainda que concluída depois, e que isso não colide necessariamente com o art. 133 do CTN, pois a alienação judicial já teria sido previamente autorizada em processo de recuperação judicial.

VII. CONCLUSÃO

Como se viu nesses breves comentários, conquanto a lei recomende o encerramento do processo de recuperação no prazo de dois anos da concessão, fato é que, na maioria dos casos, os processos vêm se perpetuando para além desse biênio.

Em outros termos, o processo que nasceu para ter vida breve, e que, por premissa essencial, deveria servir ao interesse dos credores e à recuperação

25 Caso da Companhia Albertina – processo nº 597.01.2008.012154-0 – 1ª VC de Sertãozinho (SP), decisão de primeira instância sem recurso.

efetiva da empresa, acaba seguindo, mais uma vez, o caminho da “judicialização” do tema, sem que uma solução concreta para o eterno dilema entre a demora do Judiciário (justificável em nome da segurança jurídica) e a premência da economia se apresente de forma satisfatória.

A análise dos limites e da aplicação do art. 61 da LRE ganha relevo, assim, para que se encontre uma solução que possa assegurar aos credores e ao devedor um fim para o processo, liberando o empresário da administração judicial do problema, para que se concentre naquilo que importa, ou seja, na retomada e soerguimento da empresa.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a lei n. 11.101/2005, 22ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Jurisprudência da nova lei de recuperação de empresas e falências, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo, 5ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial, 2ª Ed. rev. e atual. conforme a reforma do CPC. Rio de Janeiro, 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- _____. Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. (Coords). Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. (coords). Comentários à Nova lei de Recuperação de Empresas e de Falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FRANCESCHINI, José Luiz V. de A. Repertório de jurisprudência da lei de falências, tomo II, São Paulo: Max Limonad, 1954.
- IMHOF, Cristiano. Lei de falências e de recuperação de empresas e sua interpretação jurisprudencial: anotado artigo por artigo e legislação correlata à matéria, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- LANCELLOTTI, Renata Weingrill, Governança corporativa na recuperação judicial lei nº 11.101/2005, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MACHADO, Rubens Approbato. (Coord). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas doutrinas e prática: lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005, 2ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MANDEL, Julio Kahan. Nova lei de falência e recuperação de empresas anotada lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, São Paulo: Saraiva, 2005.

- NEGRÃO, Ricardo. Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentários à nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- OLIVEIRA, Fátima Bayma de. (Org). Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei: Lei nº 11.101/05 de 09.02.2005. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente. (Coord). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: lei nº 11.101 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 09 de fevereiro de 2005, São Paulo: Quatier Latin, 2005.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar, vol. 1, 17ª Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. Curso de direito falimentar, vol. 2, 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SANTOS, Paulo Penalva. (Coord). A nova lei de falências e de recuperação de empresas – lei nº 11.101/05, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coords.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 artigo por artigo, 2ª Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. (Coords). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2005.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências: decreto lei nº 7.661, de 21 de junho de 1954, vol. I, 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.