

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

194- TGS
347.7
D598
2012

**RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL:
O INSTITUTO NATIMORTO E UMA
PROPOSTA PARA SUA REFORMULAÇÃO**

Luiz Fernando Valente de Paiva

*Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991);
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.(2009);
Advogado em São Paulo.*

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho toma emprestado título de artigo¹ que publicamos no ano de 2004, por ocasião do envio do então projeto de lei para votação no Plenário do Senado Federal. Naquela ocasião, já se vislumbrava a pouca ou nenhuma utilidade do instituto que estava em vias de ser reintroduzido² no Direito brasileiro. Os poucos de anos vigência da nova legislação foram suficientes para mostrar não haver exagero naquela previsão, pois não há notícia do ajuizamento de nenhuma recuperação extrajudicial na modalidade meramente homologatória, a única até então contemplada pelo Projeto de Lei.

Ainda que as limitadas e pontuais emendas apresentadas no plenário do Senado Federal tenham criado uma nova modalidade de recuperação extrajudicial – a modalidade impositiva –, as mudanças revelaram-se insuficientes para dar ao instituto a aplicação desejada. Há um número muito pequeno de recuperações extrajudiciais ajuizadas desde a entrada em vigor da Lei de Falências, sendo que todas as recuperações ajuizadas são da modalidade criada por meio das emendas de Plenário.

Este trabalho pretende oferecer uma contribuição para o debate acerca da reformulação desse instituto. Para tanto, o trabalho fará uma sintética análise do instituto atual, passando, a seguir, ao estudo de dois casos práticos, para, ao final, apresentar sugestões para a reforma da lei. Em apertada síntese, as propostas aqui apresentadas consistem, em sua essência, na eliminação das diferenças de direito material atualmente existentes entre os institutos da recuperação judicial e da extrajudicial e na incorporação do instituto da recuperação extrajudicial pelo da recuperação judicial, transformando a recuperação extrajudicial em um rito sumário da recuperação judicial, com o que, a nosso ver, poderia-se-ia atingir os objetivos que inspiraram a criação da malsucedida versão atual da recuperação extrajudicial.

2. DAS REESTRUTURAÇÕES PRIVADAS OU *INFORMAL WORK-OUTS*

Tradicionalmente, os credores brasileiros costumavam demonstrar certa resistência a qualquer forma de composição em grupo, preferindo negociar

1 PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *A Nova Lei de Falências e o Acordo de Credores* (Jornal Valor Econômico. São Paulo, 14 jun. 2004 (artigo publicado com o título original “Recuperação Extrajudicial: o instituto natimorto” na mesma data, no portal Migalhas).

2 Há, de fato, muitas semelhanças entre a recuperação extrajudicial, introduzida pela atual Lei de Falências, e o acordo extrajudicial, previsto no Decreto 917/1890.

o pagamento de seus créditos diretamente com o devedor. Os reflexos das crises da economia norte-americana e dos setores brasileiros de energia e telecomunicações promoveram na década passada uma evolução na forma de condução das negociações, por meio do rompimento do padrão de comportamento em processos coletivos de renegociação de dívidas.

O fato de referidas crises terem atingido empresas brasileiras controladas por corporações estrangeiras – já então mais habituadas às reestruturações informais, isto é, àquelas negociações coletivas privadas nas quais o devedor não se socorre de amparo do Poder Judiciário –, bem como de as dívidas então renegociadas serem substanciais, com grande impacto nos credores, produziu um efeito interessante. Credores e devedores passaram a trabalhar em conjunto para encontrar soluções no sentido de permitir o pagamento dos débitos da forma menos gravosa aos envolvidos: para os credores, no menor prazo possível e, para os devedores, de forma a garantir a continuação do negócio³.

É nesse contexto que a Lei de Falências reintroduziu o instituto da recuperação extrajudicial no sistema falimentar brasileiro e expressamente reconheceu no art. 167 a possibilidade de o devedor celebrar reestruturações privadas com seus credores, tudo com a finalidade de disponibilizar mecanismos que estimulem a negociação de acordos com grupos de credores escolhidos pelo devedor.

O fato é que a crescente aceitação de adesão às reestruturações privadas antes mesmo na entrada em vigor da Lei de Falências ganhou novo impulso com a existência de um procedimento célere para a homologação de um plano previamente aprovado por um grupo de credores, que permitisse a imposição dos seus efeitos aos demais credores. A entrada em vigor da Lei de Falências consistiu em estímulo para a assinatura de diversas reestruturações informais concluídas após a entrada em vigor da lei.

Não obstante, as regras da INSOL ou o *London Approach*, largamente aplicadas em reestruturações informais em outros países, com maior tradição na adoção de legislação voltada à busca de soluções de mercado, estão muito longe de serem largamente aceitos e/ou adotados no Brasil. A dificuldade reside, em primeiro lugar, no fato de uma reestruturação informal pressupor a adesão voluntária dos credores. É certo que na maioria dos casos relevantes

3 ARAÚJO, Aloísio Pessoa de; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *A Transparência na Lei de Falências*. Jornal *O Globo*. Rio de Janeiro, 23 jun. 2004.

há sempre um grupo de credores dispostos a concordar com um acordo temporário de inação ao devedor. Porém, muito raramente um credor que possui uma garantia autoliquidável (como, por exemplo, cessão fiduciária de recebíveis) abre mão do direito de exercê-la e de reduzir o seu crédito.

Ainda quanto ao acordo de inação, é quase impossível obter a adesão de bancos estatais a esse tipo de acordo, pois seus representantes receiam tomar atitudes que podem ser interpretadas como renúncia a algum direito. A dificuldade também é maior quando estão envolvidos nas negociações bancos menores, cujo inadimplemento de obrigações do devedor, quando expresivas, pode provocar um impacto maior em seus balanços. Essa resistência, que muitas vezes acaba por repelir a adesão de certas instituições financeiras, poderia ser diminuída se houvesse normas ainda que infralegais (do Banco Central, por exemplo) orientando as instituições financeiras a participarem das reestruturações informais e dando tratamento contábil especial durante o período de inação. O fato é, todavia, que, não sendo nenhuma das hipóteses acima, é relativamente comum um grupo de credores aceitar não tomar qualquer medida contra o devedor, bem como o devedor aceitar não tomar medidas que prejudiquem o direito dos credores, ou de algum credor específico.

Nos casos em que é possível a assinatura de um acordo de inação, ou a aceitação de uma moratória informal sem a assinatura de qualquer documento, é comum um ou mais bancos, normalmente aqueles que possuem maior exposição creditícia, tomarem a liderança do processo de negociação. A dificuldade consiste, muitas vezes no acordo quanto ao rateio das despesas envolvidas no processo de reestruturação – em especial, na contratação dos assessores financeiros para fazer um diagnóstico da situação do devedor e de assessores legais, havendo resistência no compartilhamento de informações com os credores que não contribuem para esse trabalho. Por outro lado, nem sempre o devedor é suficientemente colaborativo para fornecer todas as informações, seja por ter algo a esconder, seja por temer que tais informações sejam utilizadas em seu desfavor na própria negociação, ou se a negociação não for sucedida.

Finalmente, muito raramente algum credor dispõe-se a dar dinheiro novo, em especial se o devedor não possui bens a serem dados em alienação fiduciária para garantia à operação. Em alguns casos foi possível reestruturar todas as

garantias, substituindo as antigas por novos instrumentos, compartilhados entre todos os credores (semelhante a uma operação sindicalizada), mas isso não é uma situação comum.

Em termos práticos, há a tentativa inicial de se fazer uma reestruturação informal em quase todos os casos relevantes, principalmente naqueles em que a publicidade decorrente do reconhecimento público da situação de crise econômica pode afetar fortemente o negócio do devedor, dificultando ou inviabilizando a sua recuperação. O sucesso da iniciativa depende, na realidade brasileira, em muito da situação e da atitude cooperativa do devedor, do perfil das instituições financeiras credoras (em especial, se há bancos estatais e instituições de menor porte com exposições relevantes) e das respectivas garantias.

Ainda assim, continua a existir grande resistência cultural a negociações extrajudiciais. Nem sempre é possível mobilizar os credores ou, quando mobilizados, nem sempre a velocidade da reação ou interação dos credores é compatível com as necessidades dos credores. Como resultado, e também em virtude da singeleza das disposições atuais que regem a recuperação extrajudicial, há um número muito reduzido de recuperações extrajudiciais ajuizadas desde a entrada em vigor da Lei de Falências.

3. DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM SUA FORMA ATUAL⁴

3.1. DA CRIAÇÃO DA ATUAL RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. DO PROCESSO LEGISLATIVO

O Decreto-Lei 7.661/45 classificava a convocação de credores pelo devedor para apresentação de propostas de dilação, remissão de créditos ou cessão de bens como “atos de falência”, impedindo soluções de mercado. Muito antes do início dos trabalhos que resultaram na apresentação do Projeto de Lei que resultou na Lei nº. 11.101/05 (“Lei de Falências”), a doutrina criticava essa opção legislativa⁵ e indicava a necessidade de reformulação do sistema, de forma a garantir a aplicação de soluções de mercado:

4 Esta parte do trabalho reproduz, em parte, trechos do capítulo “Da Recuperação Extrajudicial”, publicado no livro: *Direito Falimentar e a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2005. de nossa coordenação, tendo referido artigo sido modificado e atualizado para esta publicação.

5 “Como sugere Bento de Faria, não deve ser visto como expediente dilatório, utilizado quase sempre com o propósito de retardar a ação dos credores, o fato de o devedor convocar todos os seus credores para demonstrar-lhes, com sinceridade, a suficiência do seu ativo comercial

“Nesse caso, e com o objetivo de garantir o regular funcionamento das estruturas do livre mercado, pode e deve o juiz atuar. Note-se, a solução da crise não é dele, nem sequer deve ser aprovada por ele; o papel do estado-juiz deve ser apenas o de afastar os obstáculos ao regular funcionamento do mercado.

Se é essa a premissa, conclui-se que o direito falimentar deve passar por profundas alterações, norteadas pela equação do *law as market mimiker*, desenvolvida pela análise econômica do direito (Cap. 2, item 2). Em termos gerais, quando a empresa está em crise – econômica, financeira ou patrimonial –, o direito deve regular o procedimento extrajudicial, de *cessação de pagamentos*. O objetivo é criar condições para renegociações globais de dívidas.”⁶

Silva Pacheco⁷, antevendo a demora na tramitação e aprovação do Projeto da Lei de Falências, sustentava que a adaptação à tendência de buscar soluções amigáveis para a continuação da empresa, a manutenção do emprego e o prosseguimento da produção competitiva não dependia de alterações legislativas. Para o doutrinador, uma interpretação sistemática do Decreto-Lei nº. 7.661/45 permitiria a aplicação de soluções amigáveis para a crise empresarial, inclusive com a transferência da empresa ou parte dela a terceiros, desde que houvesse lúcida interpretação dos advogados, do Ministério Público, dos juízes e dos tribunais. De forma lenta, nossas cortes, atentas aos princípios acima mencionados, começaram a aceitar formas alternativas de composição⁸ em casos de devedores sujeitos a processos de concordata preventiva.

e propor a todos ou a algum deles os referidos meios de dilatar a exigibilidade dos respectivos créditos, como meio de conjurar um embaraço momentâneo, consequente a força maior e removível em breve espaço.” REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 1 v., p. 86.

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 217.

7 PACHECO, Silva. *Processo de Falência e Concordata*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 9.

8 “CONCORDATA PREVENTIVA. Insurgência contra a decisão que homologou o plano de pagamento das dívidas apresentado pela concordatária. Inadmissibilidade. Proposta que é a única solução viável para a demanda. Recurso improvido. (...) A homologação do plano ofertado pela Concordatária, com a prévia anuência da Comissão (maior credora) e do órgão do ‘Parquet’, é a única solução viável para a presente espécie. Com efeito, além das ponderáveis razões expostas na contraminuta, deve-se convir que, se não está a agravante, juntamente com outros nove discordantes, obrigada a assinar um acordo, muito menos estão os outros quatrocentos credores pactuantes obrigados a não fazê-lo, por causa da dissidência de apenas dez. Então, a razão impõe que se conceda a vitória à esmagadora maioria, pelo menos até que, ao final do corrente ano, a Concordatária cumpra com a primeira parte do aludido plano. Isto posto, nega-se provimento ao recurso.” Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 311.043-4/3-00. Segunda Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Boris Kauffmann e Morato Andrade, j. 25.5.2004.

Essas decisões isoladas não conferiram, todavia, a segurança jurídica necessária ao sistema falimentar brasileiro. Atendendo ao pleito de grande número de falencistas e demais profissionais especializados em recomposição e renegociação de dívidas, o Deputado Osvaldo Biolchi incluiu no Projeto da Lei de Falências, em meados de 2002, o instituto da recuperação extrajudicial.

Em 2004, durante a tramitação do Projeto de Lei no Senado Federal, o instituto da recuperação extrajudicial foi alterado por completo. O texto do Projeto de Lei levado à votação no Plenário limitava a recuperação extrajudicial à possibilidade de homologação judicial do plano de recuperação subscrito por 100% dos credores a ele sujeitos. A eliminação da possibilidade de imposição do plano aos credores, inicialmente prevista no Projeto de Lei aprovado pela Câmara dos Deputados, tornaria, a nosso ver, e conforme acabou infelizmente se verificando, a recuperação extrajudicial um instituto com reduzidíssima utilidade prática.

A obrigatoriedade e vinculação do plano exclusivamente aos credores que o subscrevessem sofreu duras críticas⁹ e foi objeto de acirrados debates no Senado Federal. Isso porque as negociações coletivas, que já por vezes são muito difíceis pela existência de assimetria de interesses entre os próprios credores, tornam-se inviáveis quando um credor isolado pretende obter vantagens adicionais em relação aos demais¹⁰.

As críticas surtiram efeito, tendo sido apresentada, no final de junho de 2004, uma série de emendas ao Projeto de Lei, propondo – dentre outras alterações – a introdução de uma modalidade de recuperação extrajudicial para permitir a imposição da vontade da maioria dos credores àqueles que ao plano não tivessem aderido expressamente.

As últimas modificações legislativas no Capítulo da recuperação extrajudicial ocorreram em julho de 2004, ainda no âmbito do Senado Federal

9 “Há, portanto, a necessidade da criação de um mecanismo mais célere e menos traumático, que possa ser conduzido com absoluta transparência entre as partes envolvidas na recuperação da empresa e obrigue a minoria a seguir a maioria, como, aliás, constava do projeto que foi aprovado pela Câmara dos Deputados, infelizmente reduzido pelo Senado Federal. A incompreensão acerca da importância e abrangência do instituto da recuperação extrajudicial deve-se, certamente, àqueles que não conhecem a realidade do cenário dessas renegociações.” ARAÚJO, Aloísio Pessoa de; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. 2004 (*op cit*).

10 “Como é do conhecimento dos economistas e dos profissionais especializados em reestruturações financeiras, este tipo de negociação dá origem ao comportamento de *free-rider* ou tomador de carona, ou seja, daquele credor que se recusa a aceitar o plano, cujos ônus são arcados exclusivamente pelos credores que aceitam os termos da reestruturação da dívida.” ARAÚJO, Aloísio Pessoa de; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. 2004 (*op cit*).

e das negociações travadas para aprovação das emendas acima mencionadas. Como resultado, o Senador Ramez Tebet apresentou uma emenda ao Plenário, a qual, além de incorporar o teor das propostas anteriores reformulou por completo o procedimento da recuperação extrajudicial e eliminou o dispositivo que protegia os atos praticados no âmbito do plano de recuperação extrajudicial contra futuras ações revocatórias¹¹⁻¹².

Em síntese, a recuperação extrajudicial consiste na possibilidade de homologação judicial de acordos celebrados pelo devedor com seus credores e tinha por finalidade oferecer um meio – de um lado, eficaz e rápido; de outro, menos custoso, complexo e traumático – para o devedor reorganizar suas dívidas.

3.2. DEFINIÇÃO E MODALIDADES

A recuperação extrajudicial é uma ação judicial que tem por finalidade a homologação, por sentença, de acordo celebrado pelo devedor com determinada(s) espécie(s) ou grupo de credores. Para possibilitar a criação desse novo instituto, o legislador excluiu a convocação de credores para proposta de dilação, remissão de créditos ou cessão de bens (inciso III, do art. 2º. do Decreto-Lei nº. 7.661/45) da lista dos chamados “atos de falência”, ou seja, aqueles atos cuja prática pelo devedor caracteriza a sua falência.

A Lei de Falências, ao não incluir a convocação de credores para negociação de débitos na relação dos atos previstos nos incisos II e III do art. 94, deixou de impor ao devedor a penalidade de decretação de sua falência. Portanto, a denominada “concordata branca” passou a ter expresso amparo legal, uma vez que o *caput* do art. 161 da Lei da Falências prevê a possibilidade de o devedor propor plano de renegociação de débitos a seus credores. O art. 167 da Lei de Falências ratifica esse direito ao garantir ao devedor a possibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre

11 Neste aspecto a lei brasileira caminhou em direção oposta à lei argentina, recentemente alterada: *“Se buscaba impedir que los actos otorgados quedaran atrapados en una eventual quiebra del deudor por las acciones de ineficacia concursal. En otras palabras, la homologación asignaba solamente el beneficio de la absoluta e irreversible oponibilidad en la quiebra ulterior, salvo que se demostrase que se hubiese obtenido la homologación de manera fraudulenta”*, TULLIO, José Antonio Di; MACAGNO, Ariel A. Gêrman; CHIAVASSA, Eduardo Néstor. *Concursos y Quiebras, Reformas de las Leyes* 25.563 Y 25.589. 1 ed. Ed. Depalma, 2002, p. 259.

12 Além dessa mudanças, a emenda incluiu a decisão que “concede a recuperação extrajudicial” como condição objetiva de punibilidade dos crimes falimentares. O artigo 18º da Nova Lei de falências utiliza a expressão “concede a recuperação extrajudicial”, sendo que a correta seria “homologa plano de recuperação extrajudicial”.

este e seus credores, além da própria recuperação extrajudicial regulada de forma expressa.

A doutrina é unânime, embora denomine-as de maneira diversa¹³, quanto ao fato de que o instituto da recuperação extrajudicial possui duas modalidades diversas. A distinção conceitual básica entre ambas as modalidades consiste na possibilidade, ou não, de imposição do acordo celebrado aos credores que não o tenham subscrito. Em ambas as hipóteses, cabe ao devedor escolher com quem pretende negociar o plano a ser homologado em juízo e quais os credores que a ele estarão sujeitos.

3.2.1. DA RECUPERAÇÃO MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA

A recuperação extrajudicial meramente homologatória consiste na possibilidade de o devedor levar a homologação judicial um acordo assinado por todos os credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial e obriga tão somente as partes signatárias. Essa modalidade de acordo privado introduzida pela Lei da Falências não impede o devedor e seus credores de celebrarem outras modalidades de acordo.

A principal vantagem dessa primeira modalidade foi retirada do texto do Projeto da Lei de Falências por emenda apresentada no plenário do Senado Federal e, conforme mencionado acima, consistia na proteção que seria dada ao acordo homologado em juízo contra eventuais ações revocatórias ou declarações de ineficácia de atos contemplados no plano homologado em juízo, salvo nas hipóteses de fraude.

Uma vez retirada a proteção contra futuras ações revocatórias do texto da Lei de Falências, o único benefício dessa modalidade de recuperação extrajudicial meramente homologatória, em relação a outros acordos privados, reside no fato de que a sentença homologatória constitui título executivo judicial. Assim, homologado o acordo em juízo, restarão reduzidas as matérias passíveis de embargos em futura execução, na hipótese de o plano não ser cumprido. Este benefício demonstrou-se estímulo insuficiente para que algum devedor se valesse dessa modalidade de recuperação extrajudicial. A absoluta ausência de casos em que tenha sido utilizado desde a entrada em

¹³ A esse respeito, MARTINS, Glauco Alves, em sua dissertação de mestrado "A Recuperação Extrajudicial na Lei nº 11.101/2005 e a Experiência do Direito Comparado em Acordos Preventivos", elabora, a partir da página 74, longa relação das nomenclaturas utilizadas pelos diversos autores brasileiros que tratam da matéria.

vigor da Lei de Falências demonstrou não haver exageros na previsão de que a recuperação extrajudicial, especialmente quando contemplava apenas essa hipótese, fosse um instituto natimorto.

3.2.2. DA RECUPERAÇÃO IMPOSITIVA

A modalidade de recuperação extrajudicial denominada impositiva exige a assinatura de mais de 3/5 (três quintos) dos credores, de cada classe de credores ou grupo de credores sujeitos ao plano que, uma vez homologado, obriga a todos os credores a ele sujeitos, tenham ou não com ele concordado. As condições previstas no plano são, portanto, impostas aos credores que não o subscreveram e àqueles que expressamente o tenham rejeitado.

3.3. DO PEDIDO

3.3.1. DA LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade ativa para a postulação da recuperação extrajudicial é do devedor, seja ele sociedade empresária ou empresário¹⁴. Não há, em termos de legitimidade ativa, nenhuma distinção entre as regras aplicáveis à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial, salvo pela ausência de previsão na Lei de Falências que autorize o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente ajuizarem a recuperação extrajudicial.

Os credores, por mais que vislumbrem a necessidade de o devedor se submeter a um processo de recuperação, permanecem à mercê de eventual iniciativa do próprio devedor, tal como ocorria com a concordata preventiva¹⁵.

3.3.2. DOS REQUISITOS POSITIVOS

O devedor deve preencher os mesmos requisitos necessários ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial para ter o direito de pleitear a recuperação extrajudicial, conforme determina o *caput* do art. 161 da Lei de Falências. Assim, é possível dizer que o devedor, para ter direito de pleitear recuperação extrajudicial, deverá cumprir três requisitos: (i) exercer atividade empresarial; (ii) provar o seu exercício regular há pelo menos dois anos; e (iii) ter obtido a adesão mínima dos credores por ele escolhidos e sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

¹⁴ *Caput* do art. 161 da Lei de Falências.

¹⁵ Em uma dada fase do processo legislativo havia no texto legal, a exemplo da lei norte-americana, a permissão para que os credores pudessem requerer a recuperação do devedor.

Para fins de apuração do preenchimento do percentual mínimo exigido para a homologação do plano, são desconsiderados os créditos não incluídos no plano, bem como os créditos detidos: (i) pelos sócios do devedor; (ii) pelas sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social; (iii) pelo cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o segundo grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções¹⁶.

Os créditos em moeda estrangeira, por sua vez, devem ser convertidos para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data da assinatura do plano¹⁷, exclusivamente para fins de apuração do quórum mencionado.

3.3.3. DOS REQUISITOS NEGATIVOS OU IMPEDIMENTOS

Ainda que comprove o exercício regular de atividade empresarial pelo prazo de dois anos e cumpra o requisito específico quanto a adesão mínima de credores, o devedor estará impedido de requerer a sua recuperação extrajudicial se: (i) for falido e, em o sendo, não estarem declaradas extintas suas responsabilidades por sentença transitada em julgado; (ii) tiver sido, ou possuir como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por crimes falimentares previstos na Lei de Falências; e (iii) houver obtido há menos de dois anos sentença concessiva de recuperação judicial.

Quanto a este último requisito, convém destacar que não tem aplicação para a recuperação extrajudicial os incisos II e III do art. 48 da Lei de Falências¹⁸, que impedem que o devedor que, tenha houver obtido, há menos de cinco ou oito anos, sentença concessiva de recuperação judicial baseada, respectivamente, em plano de recuperação comum ou especial para pequenas e microempresas. Isto porque o parágrafo 3º., do art. 161 da Lei de Falências

16 O texto do inciso II, do parágrafo 3º do art. 163 da Nova Lei de Falências contém equívoco ao fazer menção ao art. 43 "deste artigo", ao invés de art. 43 "desta lei".

17 Mais uma imprecisão do texto legal, pois como os credores podem assinar o plano em datas distintas, o artigo deveria prever a conversão para fins de apuração do atingimento do quórum na data do ajuizamento da recuperação extrajudicial.

18 O *caput* do art. 161 da Nova Lei estabelece que o devedor que preencher os requisitos do art. 48 poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.

reduziu o prazo de impedimento para dois anos contados da obtenção de recuperação judicial.

Além desses requisitos negativos, que são comuns à recuperação judicial, o devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, “se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos” (art. 161, parágrafo 3º. da Lei de Falências). A redação desse dispositivo é de má técnica, na medida em que não há definição legal para o termo “recuperação judicial pendente”.

3.4. DAS LIMITAÇÕES À RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

3.4.1. DOS CREDORES NÃO SUJEITOS AO PLANO

A Lei de Falências impede a imposição do plano de recuperação extrajudicial a determinados créditos (art. 161, parágrafo 1º.). São os créditos: (i) de natureza tributária; (ii) derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho; (iii) do titular de posição de propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis; (iv) decorrentes de contratos de arrendamento mercantil; (v) de proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujo respectivo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias; (vi) de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; (vii) de contrato de adiantamento de câmbio. A lista é exatamente a mesma dos créditos não sujeitos à recuperação judicial, acrescida dos créditos derivados de legislação do trabalho ou de decorrentes de acidente do trabalho. A prática, como se verá adiante, demonstrou que há casos em que detentores de créditos excluídos dos efeitos da recuperação concordam voluntariamente, em aderir ao plano, submetendo-se aos seus efeitos – assim como há um caso ajuizado em Campo Largo, Estado do Paraná, no qual a homologação do plano foi negada, pois a devedora pretendeu impor o plano a credores detentores de créditos integrantes da relação acima, excluídos, por lei, dos seus efeitos.

3.5. DO CONTEÚDO, LIMITAÇÕES E EFEITOS DO PLANO

O plano de recuperação é documento essencial ao pedido inicial de recuperação extrajudicial, devendo conter os termos e condições do acordo celebrado entre devedor e credores, além de especificar os meios de recuperação

que serão utilizados¹⁹. Embora o Capítulo da recuperação extrajudicial da Lei de Falências tenha limitações mais explícitas quanto ao conteúdo do plano de recuperação extrajudicial, este plano não difere do plano de recuperação judicial quanto ao seu conteúdo.

Assim, o plano não poderá impor tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos. O sistema legal continua a dar proteção contra eventuais conluíus entre devedor e grupo de credores, como por exemplo, a dação em pagamento de estabelecimento empresarial do devedor, não restando a este bens suficientes para pagamento dos demais credores que não tenham aderido ao plano. Os credores, a par da inexistência de expressa previsão legal na Lei de Falências, continuam amparados pela legislação civil – em especial, no que se refere a proteção em relação a fraude contra credores.

O juiz não deve homologar o plano que contemple a previsão da prática de atos de falência (inciso III, do art. 94 da Lei de Falências) ou atos que visem prejudicar credores, ou o pagamento antecipado de dívida.

O plano produzirá efeitos em relação ao devedor e aos credores a ele sujeitos somente após a sua homologação judicial, o que também não difere do plano de recuperação judicial quanto aos efeitos que advêm da concessão da recuperação. Os signatários do plano de recuperação extrajudicial poderão pactuar de maneira diversa na hipótese de recuperação meramente homologatória, de forma que o plano produza efeitos antes de sua homologação no que se refere às cláusulas de modificação do montante da dívida ou de forma de pagamento. Os créditos não incluídos no plano não estão a ele vinculados, sendo vedada a alteração de seu valor ou as condições originais de pagamento, salvo se houver a adesão do credor ao plano e expressa concordância do respectivo credor às alterações do seu crédito.

O plano vincula as partes, sendo vedada aos credores signatários a possibilidade de arrependimento (parágrafo 5º, art. 161 da Lei de Falências), salvo na hipótese de anuência expressa dos demais signatários. Tal medida tem por objetivo evitar que qualquer credor utilize seu “arrependimento” como forma de obter vantagens adicionais, sob a ameaça de retirar a sua concordância, levando ao rompimento do acordo celebrado.

¹⁹ Para a elaboração do plano de recuperação extrajudicial, o devedor poderá valer-se dos meios previstos no art. 50 da Lei de Falências ou de quaisquer outros aceitos pelos credores, obedecida a legislação pertinente.

O plano deixa de vincular as partes caso não seja homologado, retomando os credores o direito de exigir seus respectivos créditos nas condições originais. Todavia, a eventual liberação dos credores na hipótese de o plano não vir a ser homologado em juízo parece ser questão contratual e deve ser estudada no caso concreto. Assim, podem as partes, ao menos em tese, definir no instrumento de acordo: (i) se a não homologação do plano é ou não condição resolutiva; (ii) se a mera assinatura do plano implica em novação; ou ainda (iii) se a novação estará condicionada à homologação do plano ou à adesão de percentual mínimo de créditos.

Finalmente, o plano não pode prever a alienação de bem gravado por garantia real, supressão ou substituição da garantia, nem tampouco conversão de créditos em moeda estrangeira para moeda nacional, sem a expressa anuência do respectivo credor.

3.6. DA ADMINISTRAÇÃO DO DEVEDOR E DA ALIENAÇÃO DE BENS

O devedor mantém a livre administração dos seus bens no curso do processo de recuperação extrajudicial, não sofrendo quaisquer das restrições impostas ao devedor em recuperação judicial. Não há, portanto, fundamento legal nem razão de ordem prática para a nomeação de administrador judicial.

A lei não impede que o devedor pratique atos de oneração ou alienação de bens do seu ativo, sendo, portanto, lícita a dação de bens em pagamento das dívidas sujeitas ao plano. A respeito disso, convém, uma vez mais, destacar que os atos praticados no curso da recuperação extrajudicial poderão ser considerados ineficazes, na hipótese de a falência do devedor vir a ser decretada, se o ato praticado estiver relacionado no art. 129 da Lei de Falências e tenha sido praticado no prazo previsto para cada um dos atos indicados nos incisos do referido artigo²⁰.

Se, por outro lado, o plano envolver a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas, a sua realização deverá obedecer às regras de alienação de ativos na falência (art. 142 da Lei de Falências), operando-se por leilão, propostas fechadas ou pregão. A doutrina não é unânime quanto

20 O texto original do substitutivo apresentado pelo Senador Ramez Tebet continha dispositivo que eliminava o risco de futura declaração de ineficácia ou revogação de atos praticados no âmbito da recuperação extrajudicial. Tal previsão, contudo, foi retirada do texto final aprovado por ocasião das negociações da emenda de autoria do próprio Senador Tebet, ocasião na qual foi dada nova redação ao capítulo da recuperação extrajudicial, com a criação da modalidade impositiva.

à aplicação da recuperação extrajudicial das regras de proteção ao adquirente, contra risco de sucessão por passivos trabalhistas, fiscais e previdências do devedor, de unidades produtivas isoladas ou filiais, desconhecendo-se julgado a respeito do tema.

3.7. DOS CRIMES FALIMENTARES

A homologação de plano de recuperação extrajudicial é condição objetiva de punibilidade dos tipos penais previstos na Lei da Falências. O texto legal ampliou as hipóteses de crime falimentar para abranger condutas praticadas antes ou depois da recuperação extrajudicial.

3.8. DO PROCEDIMENTO

O procedimento, comum a ambas as modalidades de recuperação extrajudicial, é bastante simplificado e tende a ser célere, na medida em que não comporta decisões interlocutórias, sendo o contraditório limitado à oposição a ser apresentada contra homologação do plano. A experiência prática, contudo, demonstra ter sido exigida dos juízes certa flexibilidade na aplicação das regras processuais – fato que, de um lado, tornou os processos mais demorados, mas, de outro, permitiu que os planos fossem homologados.

3.8.1. DO JUÍZO COMPETENTE E DA PREVENÇÃO

O juízo competente para homologar plano de recuperação extrajudicial é o do local do principal estabelecimento do devedor ou de filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. Também aqui não há nenhuma distinção em relação às regras aplicáveis à recuperação judicial, salvo pelo lacuna na lei quanto à menção ao fato de que a distribuição anterior de outra recuperação extrajudicial ou judicial, ou ainda pedido de falência do devedor deveria gerar a prevenção de jurisdição²¹.

3.8.2. POSTULAÇÃO E INSTRUÇÃO DO PEDIDO

A petição inicial do pedido de recuperação extrajudicial deverá conter a sua justificativa e obedecer aos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, além de vir acompanhada do plano de recuperação, com indicação dos termos, condições e meios de pagamento a serem utilizados pelo devedor.

²¹ Art. 6º, parágrafo 8º da Nova Lei de Falências.

O devedor deverá, ainda, apresentar, tal como na recuperação judicial: (i) certidão de regularidade perante o Registro Público de Empresas, bem como o ato constitutivo atualizado, as atas de nomeação dos atuais administradores e a ata de reunião de diretoria e/ou ata de assembleia geral autorizando distribuição do pedido; e (ii) certidão de distribuidor forense do juízo do principal estabelecimento, a fim de comprovar a inexistência de impedimento para ajuizamento da medida.

Para a modalidade de recuperação impositiva, na qual não há a concordância expressa prévia da totalidade dos credores sujeitos ao plano, o devedor deverá apresentar uma série de documentos adicionais para dar maior transparência ao processo, sendo a exigência de documentos inferior àquela apresentada ao devedor que pleiteia a recuperação judicial. São estes os documentos a serem anexados à petição inicial da recuperação impositiva:

- (i) exposição da situação patrimonial do devedor;
- (ii) demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido;
- (iii) documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir; e
- (iv) relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado dos respectivos créditos, discriminando sua origem, o regime dos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

3.8.3. CONVOCAÇÃO DE CREDITORES

Distribuído o pedido, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional, ou em jornais que circulem nas localidades da sede e das filiais do devedor. Tal edital tem por objetivo a convocação de todos os credores do devedor, sujeitos ou não ao plano de recuperação extrajudicial, para apresentarem impugnações.

Os credores sujeitos ao plano²² também serão convocados por meio de carta enviada pelo devedor. A carta deverá informar a distribuição do pedido

²² A Lei de Falências é silente em relação ao envio de carta ao credor situado no exterior, mas uma interpretação sistemática da lei não permite concluir pela existência do legislador em dar efetivo tratamento diferenciado entre o credor situado no Brasil ou no exterior. A esse respeito, Santos, Paulo Penalva, no capítulo: "A Recuperação Extrajudicial na Nova Lei de Falências", da obra *A Nova*

e conter as condições do plano, além de instruções acerca do procedimento e do prazo para que o credor, caso tenha interesse, impugne o pedido. O devedor deverá apresentar em juízo os comprovantes de envio das referidas cartas no prazo do edital.

3.8.4. IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO E ÓBICES À HOMOLOGAÇÃO

Qualquer credor poderá impugnar o plano no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação do edital de convocação de credores. O credor não pode pleitear em sua impugnação alterações nas condições propostas, uma vez que a matéria a ser discutida na impugnação deverá restringir-se aos seguintes temas:

- (i) tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos;
- (ii) pagamento antecipado de dívidas;
- (iii) não preenchimento do percentual mínimo previsto para a modalidade impositiva;
- (iv) prática de quaisquer dos atos de falência previstos no inciso III do art. 94 da Lei de Falências;
- (v) prática de ato com a intenção de prejudicar credores;
- (vi) descumprimento de requisito previsto na Lei de Falências ou qualquer outra exigência legal;
- (vii) simulação de créditos; e
- (viii) vício de representação dos credores que subscreverem o plano.

3.8.5. DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O rito processual da recuperação extrajudicial não prevê a participação do Ministério Público no feito. Em vista disso, o Ministério Público não deve ser intimado a se manifestar²³ sobre o pedido de homologação do plano, salvo se houver indícios de violação a algum dispositivo legal. Somente nessa hipótese pode o Ministério Público intervir, limitando-se a sua manifestação a eventual infração à lei. O Ministério Público não tem legitimidade para defender ou para se manifestar sobre direitos disponíveis, tampouco sobre as

Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, por ele coordenado, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 386 "Apesar da omissão, cabe ao devedor também remeter correspondência ao credor estrangeiro, que não tem domicílio ou sede no país, sob pena de cerceamento de defesa".

23 Em sentido contrário: "Devemos expor que após o requerimento judicial, o pedido de homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial será recebido pelo magistrado, que imediatamente intimará o Ministério Público para que o *parquet* possa proferir o seu parecer sobre o plano". OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei De Falências*. Editora IOB Thomson, 2005, p. 566.

condições de pagamento ofertadas, salvo se estas contemplarem tratamento desfavorável aos credores não incluídos no plano²⁴.

3.8.6. DAS SENTENÇAS HOMOLOGATÓRIA E DENEGATÓRIA

Tendo havido apresentadas impugnações, o devedor terá o prazo de cinco dias para sobre elas se manifestar. Em igual prazo deverá o juiz decidir a questão, proferindo sentença. O juiz não deve homologar o plano de recuperação extrajudicial se entender procedentes os fundamentos de uma ou mais impugnações ou, na ausência destas e ainda que haja concordância de todos os credores sujeitos ao plano, se verificar que: (i) o plano contempla a prática de ato ou atos que visem o prejuízo de credores e sejam passíveis de revogação, na forma do art. 130 da Lei de Falências; (ii) há vício de representação de um ou mais credores que subscreveram o plano; (iii) há prova de simulação de créditos; ou (iv) algum preceito legal foi violado.

Na hipótese de o plano não vir a ser homologado, o devedor pode propor nova recuperação extrajudicial, saneando o vício apontado, ou ajuizar pedido de recuperação judicial.

O recurso cabível contra a sentença que homologar ou denegar a homologação do plano de recuperação extrajudicial é a apelação, a qual poderá ser interposta no prazo e condições previstos no Código de Processo Civil.

4. AS DIFICULDADES PRÁTICAS – ANÁLISE DE DOIS CASOS CONCRETOS

4.1. O CASO PROLAN²⁵

4.1.1. BREVE HISTÓRICO

O primeiro caso de recuperação impositiva ajuizado é da Empresa Prolan Soluções Integradas S.A, que tramitou perante a 2ª. Vara de Falências e Recuperações de São Paulo.

²⁴ Neste caso o plano violaria disposição legal.

²⁵ O caso da Prolan foi descrito em maiores detalhes por Paiva, Luiz Fernando Valente de, in: *Brazil's Two New Mechanisms for Out-Of-Court Reorganizations: 'Homologation Of Consensus' and 'Enforcement Of Agreement', (Expedited Debt Restructuring, An International Comparative Analysis, Edited by Rodrigo Olivares-Caminal, Kluwer Law International), p. 121, por Jarvinen, Christopher A. e Paiva, Luiz Fernando Valente de, in: Current Developments Under The New Bankruptcy and Restructuring Law in Brazil, 30th Annual Current Developments in Bankruptcy & Reorganization, Practising Law Institute, 2008, volume two, p. 463 e também por MARTINS, Glauco Alves, op. cit., p. 232.*

A Prolan foi fundada em 1990 e atua no mercado de Tecnologia de Informação e Comunicação. O início de suas atividades foi beneficiado por uma reserva de mercado introduzida pelo governo brasileiro para empresas que exerciam essa atividade e a empresa experimentou franco crescimento. Posteriormente, com a abertura de mercado para competidores estrangeiros, a maioria das empresas brasileiras que atuavam na área fecharam suas portas ou tiveram suas falências decretadas. A Prolan, todavia, conseguiu manter-se em atividade, possuindo em seu cadastro de clientes grandes empresas da área de telecomunicações e do setor bancário, bem como órgãos públicos.

A crise mundial que atingiu a indústria de informática e especialmente a de telecomunicações, antecedida da brutal desvalorização da moeda nacional em 1999, acabou por levar a Prolan a uma grave situação de crise financeira.

4.1.2. DA CONCORDATA PREVENTIVA

Para evitar a decretação de sua falência, a Prolan impetrou Concordata Preventiva perante a 2ª. Vara Cível de São Paulo. Ocorre que a Prolan deveria pagar os seus credores quirografários no prazo máximo de dois anos, o que se mostrou inviável, e a empresa estava fadada a ter sua falência decretada. Após entrada em vigor da Lei de Falências, a Prolan tentou ainda a celebração de um acordo coletivo com a totalidade de seus credores, com a finalidade de pôr fim à sua Concordata Preventiva. Todavia, não logrou êxito em obter a adesão da totalidade de seus credores ao plano, o que impediu a formulação de pedido de desistência de sua Concordata Preventiva. Assim, estando na iminência de ter sua falência decretada em razão de uma questão meramente processual, embora já tivesse obtido a concordância de parte significativa de seus credores, a Prolan optou por se valer dos benefícios da Lei de Falências.

4.1.3. DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A Prolan, pretendendo utilizar-se da Recuperação Impositiva para o fim de impor as novas condições de pagamento de seus débitos à totalidade de seus credores, convocou-os para o que chamou de Assembleia Geral de Credores²⁶. Nessa ocasião, a Prolan expôs aos seus credores o seu plano de negócios e a projeção do seu fluxo de caixa, bem como nova proposta de pagamento aos seus credores, a qual consistia, basicamente, no pagamento de uma quantia igual

26 Essa Assembleia de Credores foi realizada antes do ajuizamento da recuperação extrajudicial. A Lei de Falências não exige a realização de assembleia e as assinaturas de adesão ao plano podem ser colhidas ao longo do tempo, à medida em que houver a respectiva adesão, sem que haja a necessidade da reunião de todos os credores para a assinatura do documento nomesmo ato.

para cada um dos seus credores, de tal forma que, ao final do primeiro ano, 36% dos seus credores teriam sido quitados; ao final do 2º. Ano, outros 33% teriam sido pagos, e assim por diante, até que em 2010 todos os créditos teriam sido liquidados. O valor do pagamento anual crescia na proporção da projeção do crescimento dos negócios da Prolan. Na hipótese de a Prolan gerar um caixa excedente, este deveria ser utilizado para acelerar o pagamento dos credores, segundo critérios previstos no plano.

Esse plano contou com a adesão de 92% dos créditos quirografários por ele afetados, de um total de cerca de R\$ 33 milhões, e previa a possibilidade de adesão voluntária de credores trabalhistas, cujo crédito total monta a cerca de R\$ 3 milhões²⁷.

4.1.4. DO PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO IMPOSITIVA

3 de abril de 2006, a Prolan distribuiu a sua recuperação extrajudicial e apresentou, juntamente com sua petição inicial, todos os documentos exigidos por lei, incluindo o plano de recuperação com a adesão de 92% dos créditos afetados pelo plano. A empresa também demonstrou não existir anterior pedido de recuperação, o que em sua visão comprovaria a inexistência de impedimento para a distribuição do pedido de recuperação²⁸.

Posteriormente, a Prolan comprovou o envio de comunicação a todos os seus credores informando da distribuição do pedido e do prazo para impugnações, bem como publicou editais com a mesma finalidade. Alguns credores apresentaram impugnação ao plano, alegando que seus créditos haviam sido incluídos por valor inferior ao devido, e um credor alegou que um documento apresentado pela devedora não cumpria as formalidades legais. Foi dada a oportunidade para a devedora se manifestar, tendo esta esclarecido que não havia qualquer vício formal no documento indicado. Com relação aos

27 Não há a possibilidade, na recuperação impositiva, de o plano de recuperação ser imposto a qualquer credor trabalhista. Para estes a adesão deve ser voluntária.

28 A esse respeito ponderamos que a recuperação judicial é o procedimento que sucedeu a antiga concordata preventiva. Assim, a previsão legal que impede que o devedor utilize a recuperação extrajudicial caso tenha recuperação judicial "pendente" se aplicaria, a nosso ver, ao caso. Em outras palavras, estando a Prolan, ou qualquer outro devedor, em processo de concordata preventiva, não poderia, em princípio, valer-se da recuperação extrajudicial para impor seu plano aos credores que não assinaram o plano, levando à extinção do processo de concordata preventiva. Todavia, segundo tendência da jurisprudência de preservar, tanto quanto possível a atividade da devedora, em atenção aos princípios previstos no artigo 47 da Lei de Falências, a solução encontrada no caso da Prolan parece a que de fato melhor atendia a finalidade da lei.

créditos impugnados, a Prolan reconheceu o equívoco e retificou o plano de recuperação para que ficassem dele constando os valores corretos²⁹.

O Ministério Público não foi ouvido e o plano de recuperação extrajudicial da Prolan restou homologado. Dois credores opuseram embargos de declaração à sentença de homologação. O primeiro credor indicou a existência de erro material no valor apontado para seu crédito, sendo que o segundo credor pleiteou que a decisão fosse esclarecida para constar que o seu crédito não estaria sujeito aos efeitos do plano.

Nova decisão foi proferida em 19 de outubro de 2006, tendo o juiz: (1) acolhido os embargos do primeiro credor, para retificar o valor do seu crédito, e (2) rejeitado os embargos do segundo credor, esclarecendo que, tendo a devedora obtido a adesão de mais de 3/5 (três quintos) dos seus credores, o plano vincula todos os credores e que o credor não logrou êxito em demonstrar que o plano não era homogêneo³⁰.

4.1.5. COMENTÁRIO AO CASO

A simplicidade das regras processuais previstas para o procedimento da recuperação extrajudicial não impediu que o magistrado apreciasse pedidos não previstos em lei e, com bom senso e atento ao princípio da economia processual e aos princípios norteadores da Lei de Falências, que permitisse ao devedor fazer os ajustes necessários ao plano, culminando com a sua homologação judicial. Com isso, impediu-se a decretação de falência de uma empresa cuja atividade foi considerada viável por credores titulares de mais de 90% dos créditos. Por outro lado, a recuperação extrajudicial revelou-se, nesse caso, uma eficaz alternativa ao devedor em crise financeira, permitindo que o devedor, em conjunto com uma maioria qualificada de seus credores, impusesse um plano à totalidade de credores, diminuindo o período de agonia da empresa e os custos processuais (quando comparados aos custos de uma recuperação judicial), em benefício dos próprios credores, da devedora, de seus empregados e do Estado.

29 Não há previsão legal para que o devedor possa fazer ajustes e/ou retificações no plano. Porém, considerando que o devedor poderia propor novo plano caso este não fosse homologado, e dado o princípio da economia processual e menor onerosidade, parece muito razoável que a solução dada pela Prolan seja aceita.

30 A esse respeito, ainda que o plano contivesse tratamento não homogêneo, não há impedimento legal para que o plano contenha tratamento diferenciado entre grupos de credores, desde que observados os parâmetros indicados acima.

4.2. O CASO FRIGOCHARQUE PAULISTA³¹

4.2.1. BREVE HISTÓRICO

A recuperação extrajudicial da empresa Frigocharque Paulista Ltda. ("Frigocharque Paulista") foi distribuída em 26 de dezembro de 2006 à 1ª. Vara do Foro de Cajamar, Estado de São Paulo.

O Grupo Paulista iniciou as suas atividades em 10 de novembro 1994 com a fundação da Frigocharque Paulista, empresa que concentrava suas atividades na industrialização e comercialização de carnes e seus derivados, com destaque para a produção de charque.

O crescimento das atividades e a consolidação da Frigocharque Paulista no setor deram-se por meio da constituição de pessoas jurídicas distintas, cada qual criada para desenvolver uma etapa diversa da produção e negócio do Grupo, em uma estratégia de verticalização. Assim, o Grupo Paulista chegou a ser constituído por duas empresas responsáveis pela industrialização e comercialização dos produtos por ele produzidos: uma empresa de transportes, responsável pela distribuição exclusiva da produção do Grupo, e uma empresa destinada ao suprimento de matéria-prima situada no município de Chupinguaia, Estado de Rondônia.

A devedora sofreu gradual redução do crédito e isso fez diminuir paulatinamente sua capacidade de produção, com pior progressiva das suas margens. Como consequência, a empresa chegou a ter suas atividades paralisadas por completo em virtude da ausência de recursos para compra de insumos à vista, bem como pela falta total de crédito no mercado e pela perda de confiança nos controladores em razão de sucessão de renegociações privadas feitas pelos controladores do Frigocharque Paulista, com contínuo descumprimento dos acordos celebrados.

4.2.2. DA OPÇÃO PELA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL E SEUS DESAFIOS

A primeira medida tomada pela empresa consistiu na contratação, em fevereiro de 2006, de assessorias externas, financeira e legal, sendo os controladores afastados das negociações diretas com credores.

³¹ O caso da Frigocharque Paulista foi descrito em maiores detalhes por Jarvinen, Christopher A. e Paiva, Luiz Fernando Valente de, in: *Current Developments Under The New Bankruptcy and Restructuring Law in Brazil*, 30th Annual Current Developments in Bankruptcy & Reorganization, Practising Law Institute, 2008, volume two, p. 466 e também por MARTINS, Glauco Alves, op. cit., p. 236.

Foi realizado um diagnóstico acerca do mercado de atuação da empresa, assim como da composição da dívida e da situação dos credores, de forma a verificar a viabilidade da continuidade do negócio, a capacidade de geração de recursos para pagamento do total do endividamento e a necessidade de recursos novos para possibilitar a retomada plena da produção, então muito reduzida.

Em paralelo, a análise do ponto de vista jurídico abrangeu a definição da situação de cada uma das empresas do Grupo Paulista, a necessidade e a possibilidade de se socorrerem de proteção legal sob a forma de recuperação extrajudicial ou judicial, além de análise, em conjunto com a assessoria financeira, das possibilidades e segregação dos credores em sub-grupos de forma a organizar o cronograma de pagamentos e obter a aprovação do plano.

Conforme já mencionado acima, o Grupo Paulista Carnes era composto por quatro empresas distintas, com personalidades jurídicas também distintas. Assim, para que o ajuizamento de um processo de recuperação fosse possível, as quatro empresas deveriam preencher todos os requisitos legais para terem direito à proteção da recuperação extrajudicial ou judicial.

Ocorre que uma das empresas do Grupo Paulista havia sido constituída a menos de dois anos do início do desenho da estratégia e plano de recuperação da empresa e não poderia valer-se da proteção legal. Além disso, essa empresa já havia encerrado suas atividades e não havia como demonstrar a viabilidade de uma atividade econômica que não mais existia.

A rigor, essa empresa estava fadada a ter sua falência decretada e, caso isto viesse a ocorrer, seus credores pouco receberiam, tendo em vista a ausência de ativos significativos, uma vez que essa empresa específica exerceu suas atividades em uma planta industrial arrendada e posteriormente devolvida ao seu proprietário.

A alternativa encontrada foi incorporar todas as empresas do Grupo Paulista na Frigocharque Paulista, que era a empresa que deu origem ao grupo e que mantinha a principal atividade econômica do grupo. Tal alternativa atendia a diversas finalidades, pois a exigência legal para que a devedora, que viesse a pleitear recuperação extrajudicial ou judicial, exercesse sua atividade há pelo menos dois anos seria superada, e a incorporação permitiria reorganizar o grupo do ponto de vista operacional, além de demonstrar a viabilidade econômica da atividade e gerar recursos para pagamento dos

credores originários da empresa com atividades encerradas. Além disso, com a incorporação, a Frigocharque Paulista não teve de enfrentar a lacuna da lei quanto ao tratamento a ser conferido à recuperação de grupo de empresas – em especial, se o pedido de recuperação e o plano podem ser únicos para todas as empresas do grupo – e como deve ser calculado o quórum mínimo para a aprovação do plano, ou seja, se os credores são divididos para fins de cálculo do quórum mínimo ou se os cálculos devem ser realizados somando-se os credores das diversas empresas.

Em linhas gerais, e não do ponto de vista estritamente jurídico, os credores da Frigocharque poderiam ser divididos em quatro grandes grupos: (i) credores por fornecimento de gado vivo para abate – esse grupo, originário da empresa encerrada e pouco expressivo em termos nominais (valor dos créditos), era bastante numeroso, profundamente beligerante em virtude dos diversos acordos descumpridos e do impacto do não pagamento das dívidas em seus negócios; (ii) credores por alienação fiduciária de veículos, máquinas e equipamentos essenciais à atividade da Frigocharque – esse grupo mereceu uma negociação à parte, em virtude de possuir garantias sobre bens indispensáveis à manutenção da atividade econômica, e por não ter a Frigocharque Paulista como impor a eles a submissão ao plano; (iii) credores financeiros, em número reduzido, porém, representando o maior endividamento da empresa; e (iv) credores diversos, com créditos relativamente reduzidos.

Em qualquer circunstância, ou seja, para que a Frigocharque Paulista obtivesse a aprovação de um plano de recuperação extrajudicial ou plano judicial, a aprovação dos credores financeiros era essencial, pois sem eles não seria atingido o percentual de adesão de créditos no montante de pelo menos 50% dos créditos sujeitos ao plano na recuperação judicial ou de 60% na recuperação extrajudicial.

Contudo, persistiam as dificuldades para a negociação com os credores por fornecimento de gado e dos credores com garantia de alienação fiduciária.

Os credores originários da empresa encerrada Grupo Paulista Carnes eram muito numerosos, suficientes para impedir a aprovação de um plano em assembleia de credores, e não era economicamente viável negociar com cada um deles individualmente. Além disso, havia o temor de que o início da negociação poderia estimular a que credores tomassem a iniciativa de promover medidas judiciais contra a empresa, de forma a obter vantagens na

negociação. Se isto viesse a ocorrer, a empresa teria de se valer da proteção da recuperação judicial, o que poderia dificultar a aprovação do plano. Acerca do assunto, lembramos que conforme explicado acima, a aprovação do plano de recuperação extrajudicial fica dependendo da aprovação de certo percentual de crédito, sendo que na recuperação judicial há necessidade de observância de critério dúplice de aprovação (crédito e número de credores).

Portanto, como não era possível prever o comportamento desse credores, a devedora optou por tentar obter a concordância de credores que detinham mais de 60% dos créditos para propor a recuperação extrajudicial. Isto porque, conforme mencionado acima, na recuperação extrajudicial basta que mais de 60% dos créditos concordem com o plano para que haja a imposição aos demais credores (*cram-down*), e tal imposição é feita ainda que o número de credores (cabeças) contrários ao plano seja superior ao número de credores que tenham aceito o plano.

Por fim, considerando o impacto causado nos negócios desses pequenos credores, considerou-se que seria razoável dar a esses credores a possibilidade de recebimento dos seus créditos em prazo mais curto do que aqueles negociados com as instituições financeiras. Como a Lei de Falências não contém regra expressa acerca da possibilidade de constituição de subgrupos e acerca da possibilidade de se dar tratamento diferenciado a determinados subgrupos em um plano de recuperação, o que ainda não é pacífica, embora vários planos de recuperação judicial já tenham sido aprovados com tal previsão, a Frigocharque Paulista optou por minimizar os riscos de impugnação ao plano, dando aos credores a faculdade de optarem por outra condição de pagamento prevista no plano, conforme será demonstrado abaixo.

Os credores por alienação fiduciária, conforme citado anteriormente, não estão sujeitos seja à recuperação extrajudicial, seja à recuperação judicial. Isto significa que a Frigocharque Paulista não tinha como compeli-los a aceitar as condições que estavam sendo negociadas com os demais credores – em especial, os credores financeiros. Os credores por alienação fiduciária tinham entre si interesses diversos, pois havia aqueles: (i) que eram credores exclusivamente por alienação fiduciária e queriam retomar a posse dos bens para se pagarem com a venda do bem objeto da garantia; (ii) cujas garantias eram muito inferiores ao valor do crédito; e (iii) que tinham créditos sem garantia, além do crédito por alienação fiduciária. Aos primeiros, interessava

receber o crédito a qualquer custo e o mais rapidamente possível, ainda que a retomada dos bens inviabilizasse a continuidade das atividades da Frigocharque Paulista. Aos últimos, interessava negociar com a empresa para garantir a manutenção das suas atividades e a geração de recursos para pagamento dos seus débitos.

Essa parte das negociações foi a mais difícil, dada a falta de amparo legal e o risco de o insucesso implicar na impossibilidade prática de continuidade das atividades da empresa e na inviabilidade de qualquer plano que viesse a ser aprovado pelos demais credores. Não houve como conseguir estabelecer uma negociação única para esse bloco de credores, sendo que alguns ajuizaram medidas contra a empresa e retomaram os bens objeto da garantia, outros chegaram a propor ação e a remover o bem, mas acabaram convencidos a aderir às condições aceitas por credores que não chegaram a propor ação. Em resumo, poucos credores aos quais o plano não poderia ser imposto deixaram de aceitar o acordo, um credor celebrou acordo privado em condições únicas, embora semelhantes às dos demais credores, e todos os demais aceitaram as mesmas condições, aderindo ao plano.

4.2.3. DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

O Plano de Recuperação, que ao final do processo, contou com aprovação dos detentores de 98% dos créditos a ele sujeitos, continha previsões de pagamento distintas a cada grupo de credores. Continha, contudo, a possibilidade de fornecedores optarem por outra opção de pagamento prevista no plano, ainda que, na visão da Frigocharque Paulista, esta opção pudesse ser prejudicial aos próprios credores, e o fato é que nenhum credor exerceu a opção que lhe foi outorgada pelo plano.

Pelo plano, todos os credores, que, por sua natureza, estavam sujeitos à recuperação extrajudicial, tiveram seus créditos novados e seriam pagos em 36 (trinta e seis) parcelas mensais, com 6 (seis) meses de carência. Contudo, alguns credores (financeiros), visando colaborar com a recuperação da Frigocharque, concordaram em renunciar ao direito de receber seus créditos nessas condições para recebê-los em 60 (sessenta) parcelas mensais, com 24 (vinte e quatro) meses de carência. Os critérios de correção dos créditos eram distintos para cada uma dos subgrupos. O plano também contou com a possibilidade da adesão de credores que, por lei, não poderiam ser compelidos a se submeterem aos efeitos do plano.

4.2.4. DO PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO IMPOSITIVA

O aspecto mais interessante e inusitado do processo de recuperação extrajudicial da Frigocharque Paulista em si está relacionado ao fato de a recuperação ter sido ajuizada sem que a Frigocharque Paulista tivesse obtido o quórum mínimo de aprovação dos credores, além de não ter apresentado todos os documentos necessários à instrução do pedido. Ao distribuir o pedido, a empresa requereu a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para juntar os documentos faltantes, dentre as adesões remanescentes.

O prazo foi concedido e, posteriormente, a Frigocharque apresentou as adesões faltantes. Alguns credores apresentaram impugnação quanto à proposta e quanto ao valor dos seus créditos, tendo as impugnações sido afastadas e o plano homologado em 11 de julho de 2007.

4.2.5. COMENTÁRIO AO CASO

A Frigocharque Paulista, assim como a Prolan, não preenchia, a rigor, todos os requisitos necessários à homologação do plano no momento da distribuição da recuperação. Ambas as empresas também sofreram impugnações ao plano por credores que pretendiam tão somente a retificação do valor dos seus créditos. Um distinção relevante no caso da Frigocharque Paulista consistiu no fato de a juíza que conduziu o processo ter concedido prazo para que a companhia obtivesse a adesão dos credores faltantes após a distribuição do pedido, que é uma das propostas que se faz abaixo quanto à modificação da lei em vigor. Essa flexibilização da interpretação da lei evitou que a companhia fosse obrigada a requerer uma recuperação judicial, fato aparentemente benéfico a todos os envolvidos no processo. Por outro lado, embora a recuperação extrajudicial tenha se revelado, nesse caso, uma eficaz alternativa à devedora, restou patente que a ausência de prazo para que credores negociem um plano fora de juízo gera enorme ineficiência, com perdas para todos os envolvidos – problema que poderia, em certa medida, ser solucionado se o devedor pudesse ajuizar um pedido de recuperação judicial e, a qualquer momento, desde que obtivesse a concordância do quórum mínimo exigido por lei, pudesse abreviar o processo, requerendo a sua homologação sem a realização de assembleia.

5. ASPECTOS ESPECÍFICOS E PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DA LEI DE FALÊNCIAS³² PARA A INCORPORAÇÃO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

5.1. QUÓRUNS PARA APROVAÇÃO DO PLANO

Embora a motivação para a reintrodução da recuperação extrajudicial na legislação brasileira tenha sido a busca de um procedimento célere, em contraposição ao complexo procedimento da recuperação judicial, o fato é que a recuperação extrajudicial acabou se transformando em uma opção a mais para as estratégias de negociação coletivas, uma vez que os requisitos para a homologação de um plano de recuperação extrajudicial diferem dos requisitos para a concessão da recuperação judicial.

Enquanto na recuperação extrajudicial o devedor precisa obter tão somente a aprovação de mais de 3/5 (três quintos) dos créditos, aqui considerados tão somente o valor dos créditos, na recuperação judicial o quórum de aprovação é menor, isto é, de maioria simples, sendo, porém exigida a maioria tanto em termos de valor do crédito quanto do número de credores.

No caso específico da Frigocharque Paulista mencionado acima, por exemplo, a companhia optou por não ajuizar uma recuperação judicial que teria, provavelmente, sido mais célere, considerando o tempo que se mostrou necessário para se verificar a uma composição com credores titulares de mais de sessenta por cento dos créditos sujeitos à recuperação. A opção da companhia foi motivada pelo fato de, com a recuperação extrajudicial, não estar obrigada a obter a concordância da maioria do número de credores.

A possibilidade de o devedor poder ter um plano de recuperação homologado com base em um quórum distinto daquele hoje exigido para a concessão de uma recuperação judicial parece muito interessante e não deve ser eliminada da legislação, mesmo com a incorporação da recuperação extrajudicial pela judicial, ou com a sua transformação em rito sumário da recuperação judicial.

³² Algumas das propostas aqui apresentadas fazem parte do artigo "Reflexões Sobre Necessárias Alterações na Lei de Recuperação de Empresas e Falências", de PAIVA, Luiz Fernando Valente de. In: *Direito Processual Empresarial, Estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Ed. Campus Jurídico, no prelo.

O que se propõe, quanto a esse aspecto, é a modificação dos quóruns exigidos atualmente na recuperação judicial. Embora o duplo critério – aprovação pelo valor e número de cabeças – tenda a ser o mais equilibrado e é o recomendado em estudos para desenvolvimento e aprimoramento de legislações de insolvência nos mais diversos países, a sua aplicação no Brasil torna o processo de aprovação muito difícil e complexo. Esse fato se deve a diversos aspectos, sendo os de maior destaque a divisão dos credores para fins de deliberação em apenas três classes e as regras para realização de assembleia de credores.

O critério de distribuição dos credores em classes para fins de deliberação em assembleia é um tópico que precisa ser mais bem desenvolvido na lei. Atualmente, os critérios de divisão são rígidos e as classes congregam credores com interesses muitas vezes antagônicos: por exemplo, ex-empregados e empregados (na classe dos credores trabalhistas), credores financeiros e fornecedores (na classe três), etc.³³. A respeito disso, seria conveniente que a nossa lei se aproximasse da legislação norte-americana, possibilitando a criação de subclasses de credores com interesses mais homogêneos.

5.2. MECANISMOS DE ESTÍMULO À PARTICIPAÇÃO ATIVA DOS CREDITORES

Os novos regimes da recuperação extrajudicial e judicial têm como princípio e pressuposto a participação ativa dos credores no processo de negociação do plano de recuperação. Contudo, a Lei da Falências não contém mecanismos adequados para mobilizar os credores ou para favorecer a coordenação dos diversos grupos de interesses. Como consequência, é praticamente impossível envolver, fora de juízo, o número de credores suficientes para obter o número mínimo de adesão, especialmente no prazo de que necessita o devedor para ajuizar uma recuperação extrajudicial³⁴. Essa, possivelmente, uma das razões

33 "A primeira lição relaciona-se à eficiência da divisão fixa de classes estabelecidas pelo legislador. Na prática, nem sempre é possível observar um agrupamento de pessoas com interesses divergentes conseguir convergi-los. Isso pode atrapalhar, em muito, as deliberações dentro de classes de credores. A ausência de denominador comum é o maior obstáculo a ser enfrentado. Ao observar a legislação de outros países, percebemos a preocupação de evitar o conflito de interesses dentro do órgão de deliberação com o aumento do número de classes. Há uma classe dos credores bancários, outra para os com arrendamento mercantil, e assim, por diante." SADDI, Jairo. Assembleia de credores: um ano de experiência da nova Lei de Falências. Uma avaliação. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo: RT, ano 10, nº 36, p. 221- 222.

34 A esse respeito, curiosa a solução adotada no caso Frigocharque Paulista mencionado acima. A devedora distribuiu sua recuperação extrajudicial sem ter atingido o quórum de adesão

mais relevantes para a insucesso da recuperação extrajudicial, obrigando, em muitos casos, o devedor a se valer da proteção da recuperação judicial.

No entanto, também o procedimento da recuperação judicial não contém instrumentos que facilitem a coordenação dos credores que, no mais das vezes, apenas se encontram e conversam nas assembleias de credores designadas pelo juízo da recuperação. Não é por outro motivo que há recuperações judiciais em que foram realizadas mais de vinte assembleias, com inúmeras suspensões por alguns dias para que as tratativas tivessem seguimento. Alguns credores levam seus pleitos para, e os apresentam ao devedor somente nas, as assembleias e outros lá chegam despreparados para deliberar sobre o plano. Mais do que isso: as propostas de alteração ao plano são negociadas na própria assembleia e, não raro, o plano é modificado de forma substancial e os credores não compreendem o que é colocado em deliberação³⁵ ou não lhes é dado tempo suficiente para refletir sobre as alterações propostas. Pior: em muitos casos quem está presente na assembleia não possui poderes para, sozinho, aprovar a alteração proposta, dependendo de decisão de órgão colegiado de sua empresa ou instituição financeira.

O “elemento surpresa” passou a ser utilizado como estratégia, gerando enorme insegurança jurídica e dando margem a práticas pouco transparentes e ortodoxas, tudo a comprometer a eficiência do processo. A assembleia de credores, que é o centro nervoso da recuperação judicial, foi o Capítulo da Lei de Falências menos discutido em todas as etapas do processo legislativo e o que mais precisa ser aprimorado, principalmente no que diz respeito à coordenação dos credores.

5.3. DA TRANSFORMAÇÃO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM RITO SUMÁRIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A existência de alguns requisitos, bem como efeitos distintos, para a recuperação extrajudicial e judicial, gera perplexidade, desnecessárias dúvidas

mínimo necessário para ter seu plano homologado. Ciente do vício, a magistrada que conduzia o processo concedeu prazo para emenda à inicial, o que possibilitou à devedora obter as adesões ainda necessárias e a posterior homologação do seu plano. Esse seria, caso modificada a Lei de Falências para adotar a sugestão apresentada abaixo para a incorporação da atual recuperação extrajudicial pela recuperação judicial, um bom exemplo no qual a recuperação judicial teria seu procedimento abreviado, dispensando-se a realização de assembleia de credores

35 Na primeira recuperação judicial ajuizada na vigência da Lei de Falências, o plano aprovado consistiu apenas em uma apresentação em eslaides que, desnecessário dizer, não continha todos os elementos necessários a um contrato. A título exemplificativo, podemos mencionar que o plano previa um prazo de carência para pagamento, sendo omissos, contudo, quanto ao dia em que tal prazo deveria começar a ser contado.

de interpretação e insegurança jurídica. A respeito desse tema, nossa sugestão é para que a recuperação extrajudicial seja incorporada ao processo de recuperação judicial, tornando-a um rito sumário desta última. A recuperação seguiria o rito sumário nos casos em que o devedor a ajuizasse, já contando com a adesão de credores mínima para a concessão da recuperação, e seria convertida para o rito sumário no casos em que, não tendo ajuizado com a adesão mínima exigida, obtivesse as adesões faltantes para se atingir o quórum mínimo para aprovação ao longo do processo, porém, antes da realização da assembleia de credores. Assim como na recuperação extrajudicial atual, deveriam ser restritas as matérias para objeção à homologação do plano que já contassem com a adesão mínima necessária.

O devedor deveria ajuizar pedido de recuperação obtendo imediata e automática suspensão das ações dos seus credores, efeito que decorreria do mero ajuizamento e não de decisão que defere o processamento do pedido. Com isso também restaria resolvida a divergência da doutrina quanto à suspensão ou não das ações contra o devedor a partir do ajuizamento da recuperação extrajudicial. Passo seguinte, o juiz deveria nomear administrador judicial, para fiscalizar as atividades do devedor, e obter informações necessárias para que se tome conhecimento do real estado econômico do devedor, além de dar início ao processo de verificação de créditos, que seria obrigatório, qualquer que fosse o rito adotado pela recuperação judicial. Com isso, evitar-se-iam os impasses gerados nos dois casos acima analisados, nos quais os credores apresentaram objeções à homologação do plano por discordarem dos valores dos seus créditos apontados pelo devedor.

Nos casos mais complexos e em que não tenha sido adotado o rito sumário, o juiz deveria abrir prazo para que os credores mais relevantes pudessem requerer a nomeação de um mediador. A principal função do mediador seria coordenar as negociações entre devedor e principais credores das diversas classes, além de apurar, com o auxílio do administrador judicial, a real capacidade de pagamento do devedor. Tudo a fim de tentar chegar a um plano que fosse aceito pelo devedor e pelos credores ou, ao menos, para fixar as premissas que deveriam nortear o plano a ser apresentado na etapa processual seguinte.

Não havendo acordo quanto ao plano de recuperação a ser apresentado, o devedor teria um prazo para apresentá-lo com os eventuais pontos

de convergência já identificados pelo mediador, abrindo-se prazo para manifestações de aceitação ou de objeção ao plano. A assembleia de credores para deliberar sobre o plano deveria ser convocada na hipótese de não haver expressa manifestação favorável de credores representando o quórum mínimo para aprovação do plano e na hipótese de haver objeção de um percentual mínimo de credores e créditos³⁶.

A recuperação judicial deveria incorporar, independentemente do rito adotado, as limitações para homologação do plano hoje existentes na recuperação extrajudicial e que protegem os credores ausentes ou os credores em idênticas condições. Concedida a recuperação, teria o plano aprovado, pelo rito sumário, as mesmas proteções contra ação revocatória e ao adquirente de ativos do devedor hoje aplicáveis somente aos atos praticados em cumprimento a plano de recuperação judicial.

Outro aspecto que precisa ser melhorado diz respeito ao limite temporal para ajuizamento de um processo de recuperação judicial. O legislador pretendeu evitar a negociação de sucessivos planos de recuperação, ainda que abrangendo credores distintos, para impedir a distribuição de novas recuperações, judiciais ou extrajudiciais dentro de determinados prazos, que são distintos para a recuperação extrajudicial ou judicial. Antes de a Lei da Falências entrar em vigor, já havíamos manifestado nossa discordância quanto à opção feita pelo legislador,

“[...] na medida em que nos afasta de legislações falimentares mais modernas. A limitação temporal para ajuizamento de novo pedido de recuperação [...] contraria, a nosso ver, o próprio princípio da manutenção da atividade produtiva. Não parece remota a possibilidade de um devedor, que tenha renegociado seus débitos baseado em fluxo de caixa elaborado em uma determinada realidade econômica, propor novo acordo a seus credores caso algum fato externo venha a comprometer a sua geração de caixa. A crise na geração de energia elétrica (a chamada crise do “apagão”), que acarretou a imediata redução de consumo de energia e provocou uma abrupta diminuição da receita das respectivas empresas distribuidoras, constitui um bom exemplo de fato imprevisto que pode comprometer o fluxo de caixa

36 Atualmente basta a objeção de um único credor, seja qual for a relevância e valor do seu crédito, para que tenha de ser convocada assembleia de credores.

de uma empresa e, portanto, influir na sua capacidade de honrar compromissos e obrigações.”³⁷

Como a vontade do legislador não consegue revogar a realidade econômica, muitos foram os planos de recuperação aprovados que precisaram ser renegociados. Contudo, gera insegurança jurídica intolerável a ausência de regras para disciplinar, em primeiro lugar, a possibilidade de apresentação de proposta de modificação de plano já aprovado e da imposição da vontade da maioria dos credores sobre os demais, e, em segundo lugar, do prazo para apresentação das propostas, da forma de cômputo do quórum e do valor do voto de cada credor (pelo valor original ou pelo valor ajustado após a aprovação do plano original).

Finalmente, tal fenômeno também se aplica aos casos de recuperação de empresas de um mesmo grupo econômico, tema sobre o qual a Lei de Falências é absolutamente silente. Há casos em que o juízo da recuperação aceitou o processamento conjunto de recuperação de várias empresas, sendo o percentual mínimo de adesão de credores (no caso da uma recuperação extrajudicial) ou o quórum de instalação da assembleia e votação (no caso de recuperação judicial) computado a partir da soma dos créditos e credores de todas as empresas devedoras. Há outro caso que o tribunal determinou que fossem desmembradas as recuperações judiciais de grupo de empresas mesmo após a aprovação do plano pela assembleia de credores. Há, ainda, o caso da Frigocharque Paulista que optou por incorporar as diversas empresas do grupo em razão da insegurança jurídica criada pela lacuna da lei. A criação de regras uniformes para esses temas deve ser objetivo a ser perseguido pelo legislador ao tratar da reforma da Lei de Falências.

6. CONCLUSÃO

É imprescindível que uma legislação moderna como a brasileira contenha um instituto que permita a devedor e credores obterem a homologação de acordos por meio de procesos céleres, que devem resultar na imposição do plano homologado a todos os credores abrangidos pelo plano. A recuperação extrajudicial desenhada pelo legislador da Lei 11.101/05 tinha por objetivo atingir esse objetivo. Porém, conforme demonstram a análise dos casos práticos

37 PAIVA, Luiz Fernando Valente de., Da recuperação judicial,. In: (Coord).Direito falimentar e a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas;Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2005. p. 578.

acima e também as lacunas e singeleza do texto legal atual, o objetivo na lei atual não foi alcançado. Uma reforma profunda do instituto se impõe, e este trabalho procurou apontar sugestões para fomentar esse debate, sendo a principal sugestão a transformação da recuperação extrajudicial em um procedimento sumário da recuperação judicial, consolidando em um só instituto as disposições de direito material e requisitos e pressupostos processuais. Ao mesmo tempo, a criação de um rito processual que permitisse que uma recuperação judicial ajuizada sem a anuência do percentual mínimo de credores pudesse adotar o rito sumário, tão logo obtido o quórum mínimo para homologação do plano, poderia resolver, a um só tempo, a insegurança que o devedor vivencia durante os longos meses de negociações privadas e a ausência de prazos que motivem os credores a dar às reestruturações informais o impulso necessário, ao mesmo tempo que amplia para os atuais planos de recuperação extrajudiciais as proteções existentes para os planos de recuperação judicial, como, por exemplo, na questão relacionada à sucessão de passivos e de ação revocatórias.