



EDUARDO TAKEMI KATAOKA

Doutor em Direito. Membro do conselho administrativo do TMA Brasil. Membro do International Insolvency Institute, do IBR e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Ex-professor adjunto de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Uma nova era para a recuperação extrajudicial?

Este artigo se originou de minha intervenção no evento do Cesa em homenagem ao querido colega Bráulio da Cunha Ribeiro, roubado precocemente de nosso convívio. A ele dedico o presente trabalho.

A natureza, assim como o Direito, experimenta evoluções e revoluções. A evolução é uma alteração lenta e contínua, sem uma ruptura integral com os fundamentos de um instituto. Já a revolução traz uma quebra abrupta de um modelo.

Neste contexto, a própria introdução da recuperação extrajudicial na já não tão nova Lei de Falências traduz uma autêntica revolução do Direito brasileiro da insolvência. O antigo Decreto-Lei nº 7.661/1945, nascido às vésperas da queda das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, que precipitariam o término da Segunda Guerra, previa que um comerciante praticaria um ato de falência (art. 2º, inciso III) quando “convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens”.

Não é exagero dizer que houve uma autêntica revolução em 2005. A recuperação extrajudicial permite exatamente que o devedor, agora empresário e não mais comerciante, **convoque os seus credores** justamente para propor alternativas para o seu endividamento, que podem envolver **dilação, remissão de créditos ou cessão de bens**. Colocando as coisas em perspectiva histórica, apenas 15 anos atrás houve uma mudança total no sistema que vigorou por 70 longos anos.

Mais do que uma mudança pontual, a Lei nº 11.101/2005 trouxe uma autêntica mudança dos próprios paradigmas do direito da insolvência. A existência da recuperação judicial é uma delas, juntamente com a participação dos credores no processo de reestruturação e falência.

De um modelo em que o síndico da massa falida era escolhido entre os maiores credores, o que sempre gerou agudas críticas em função do evidente conflito de interesses do indicado com os demais *stakeholders* do processo, migrou-se para uma potencial profissionalização do trabalho, agora em mãos do administrador judicial. Do favor legal da concordata (bastava que determinados requisitos objetivos fossem atendidos para que a concordata fosse concedida), o modelo das recuperações

judicial e extrajudicial baseia-se na negociação e obtenção de um consenso dos credores. Um plano de recuperação, judicial ou extrajudicial, materializa um contrato, autêntico acordo de vontade entre credores e devedor, que é forçado aos não aderentes por força de lei.

Por sinal, neste particular, a comparação com o Direito Societário é bastante rica, pois, à semelhança do que ocorre em uma assembleia de acionistas, a vontade da maioria é imposta àquela da minoria dissidente (ou silenciosa em caso de absenteísmo ou abstenção).

O papel dos credores e a lógica da reestruturação mudou tanto que, naturalmente, era necessário algum tempo para que tais mudanças, revolucionárias, fossem absorvidas pelos operadores do Direito e os empresários.

Talvez isso explique a relativamente pouca utilização da recuperação extrajudicial na prática de nossos tribunais até este momento. Naturalmente, a falta de uma jurisprudência segura e estável a respeito da recuperação extrajudicial em nada contribuiu para a utilização do remédio de forma mais abrangente a partir de 2005. Afinal, tratava-se de algo não testado, o que trazia insegurança jurídica e, conseqüentemente, tornava mais difícil fazer previsões econômicas e de perspectivas de desenlace do caso.

De todo modo, é certo que, desde 2005, houve alguns casos muito relevantes, tanto do ponto de vista do montante reestruturado como do sucesso obtido na efetiva reestruturação da atividade empresarial. Porém, quem pesquisa as estatísticas sabe que a recuperação judicial é muito mais frequente, em que pesem algumas desvantagens bastante marcadas.

Entre elas, podemos apontar o custo do processo de recuperação judicial, que é muito mais elevado do que o associado à recuperação extrajudicial. Além disso, muito embora tenha havido casos em que houve a nomeação, na recuperação extrajudicial prescinde-se da intervenção do administrador

judicial, o que também auxilia a baixar os custos do processo. As matérias de impugnação pelos credores na recuperação extrajudicial são muito mais limitadas do que em sua prima-irmã.

Mas também havia algumas desvantagens importantes na recuperação extrajudicial.

Talvez a mais evidente fosse o quórum necessário para que um plano de recuperação extrajudicial forçasse a sua sujeição aos credores não aderentes. A redação original da Lei nº 11.101/2005 previa que tal quórum era de 3/5 dos créditos sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

Lembrando-se, para que um plano de recuperação judicial seja aprovado, deixando de lado o *cram down* e o voto abusivo, são necessários votos por maioria de cabeças **presentes na assembleia de credores** nas classes I (credores derivados da legislação trabalhista e honorários advocatícios), II (credores com garantia real), III (credores quirografários) e IV (credores constituídos sob a forma de microempresa e empresa de pequeno porte) e, além disso, maioria do valor, **também presente na assembleia**, nas classes II e III.

A diferença de quórum era gigantesca.

A melhor doutrina societária já detectou que, em sede de assembleias de acionistas, existe um importante fenômeno, que é o absenteísmo dos acionistas, que simplesmente não comparecem ao conclave para deliberar sobre a vida da sociedade. Em sede de assembleia de credores, o fenômeno se repete, de forma que, na prática, planos de recuperação judicial acabam sendo aprovados por quórum expressivamente inferior ao que seria necessário, caso se computasse a integralidade do quadro de credores. Ou seja, o absenteísmo dos credores aprofundava ainda mais a diferença de votos necessários para se aprovar o plano de reestruturação.

Por sinal, a comparação entre assembleia de credores e assembleia geral do Direito Societário é bastante rica, pois é da disciplina societária que podem se haurir importantes subsídios para a interpretação do direito assemblear da insolvência

(invalidades da assembleia, normas de convocação, cômputo de quórum, etc.).

Em síntese, na redação original da lei, para que se aprovasse um plano de recuperação extrajudicial, era necessário um quórum acentuadamente mais alto do que o necessário para se aprovar um plano de recuperação judicial. Em certos casos, a depender da configuração do quadro de credores, isto tornava a utilização da recuperação extrajudicial simplesmente inviável.

**Na recuperação extrajudicial
prescinde-se da intervenção do
administrador judicial, o que auxilia a
baixar os custos do processo.**

Ou seja, além de, em 2005, se tratar de um remédio novo, ainda não testado de forma abrangente, o quórum sempre foi um dificultador do uso da recuperação extrajudicial.

Para resolver o problema da imprevisibilidade da interpretação dos tribunais, nada pôde ser feito, além de uma paciente espera. Hoje, já há uma jurisprudência mais formada a respeito da recuperação extrajudicial, muito embora nem de perto tão abrangente como aquela relativa à recuperação judicial. De todo modo, a insegurança jurídica já foi mitigada em determinados pontos.

Já em relação ao quórum de aprovação, houve um grande avanço na reforma da lei, promovida pela Lei nº 14.112/2020.

A nova redação do art. 163 da lei prevê que qualquer quórum de adesão que supere a metade dos créditos abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial faz com que se possa homologar o plano e sujeitar os credores não aderentes aos seus termos e condições. Muito embora, em termos práticos, o quórum de aprovação do plano continue sendo mais elevado do que o da recuperação judicial, esta medida parece constituir um importante

avanço em direção a uma maior utilização da recuperação extrajudicial.

Afinal, parece desejável que haja um número cada vez maior de recuperações extrajudiciais. O processo, como já dissemos anteriormente, é mais barato, mais simples e, além disso, mais rápido, ao menos em tese.

Outro ponto bastante positivo é a flexibilidade que se confere à recuperação extrajudicial. Se na recuperação judicial não se podem eleger **quais** credores estarão sujeitos ao processo, a recuperação extrajudicial traz uma maior ajustabilidade neste sentido.

A própria dicção legal fala, na recuperação extrajudicial, de **espécies** de créditos em vez das **classes** de créditos na recuperação judicial. Assim, autoriza-se na recuperação extrajudicial a criação de grupos de credores mais ou menos homogêneos que se sujeitem ao plano; por exemplo, os *bondholders* de uma companhia, os debenturistas, os credores financeiros ou os fornecedores de determinado devedor.

Tal flexibilidade é, sem dúvida, uma das maiores vantagens da recuperação extrajudicial. Muitas vezes, uma intervenção com precisão cirúrgica no endividamento de um devedor bastará para que garanta a reestruturação necessária de suas atividades, sem a necessidade do ajuizamento de um processo caro e abrangente como a recuperação judicial.

Por outro lado, a prática demonstra que tais fragmentações podem levar a dificuldades práticas na verificação do atingimento do quórum de aprovação legal em cada categoria de credores.

Para dar um exemplo prático, já se discutiu a possibilidade de definir a abrangência do plano de recuperação extrajudicial aos credores quirografários como um todo, incluindo aí os credores constituídos sob a forma de microempresa e empresa de pequeno porte. No caso concreto, seria necessária a aprovação pela maioria (de 3/5 na redação anterior, ou de mais de metade dos créditos na dicção

atual) entre os quirografários, e também entre os credores constituídos sob a forma de microempresa e empresas de pequeno porte, ou bastaria a aprovação pela maioria dos quirografários? O problema se explica em razão do critério assimétrico adotado pela lei para classificar os credores nas quatro classes: de um lado, interessa a pessoa do credor (classe trabalhista e microempresas e empresas de pequeno porte) e, de outro lado, a natureza do crédito (créditos com ou sem garantia).

Obviamente, esta classificação a partir de diferentes critérios leva a dificuldades práticas.

Dentro da linha de criar um programa legislativo mais adaptado a uma reestruturação mais limitada do ponto de vista do escopo, mas que pode ser tão ou mais efetiva para endereçar os problemas decorrentes do endividamento pelo menor “trauma”, também foi muito positiva a inclusão, no art. 66-A, da possibilidade de alienação de ativos de forma mais segura. A solução para a crise econômico-financeira pode passar por desmobilizar algum ativo, seja para distribuir o produto entre os credores, seja para injetar capital de giro nas atividades da devedora, de forma a dinamizar as suas atividades.

Muito interessante destacar que o texto legal buscou limitar a insegurança de negócios com ativos de sociedades passando por estresse financeiro. O mecanismo aqui é limitar os litígios potenciais envolvendo tais ativos, de forma a prestigiar a sua recolocação no ciclo produtivo.

Antes da reforma, o que acontecia era que um ativo poderia ser vendido, o adquirente injetaria recursos para torná-lo novamente produtivo (imaginemos uma unidade fabril, ou uma fazenda, que necessitasse de investimentos, por exemplo) e, passados anos, a alienação poderia ser revertida por decisão dos tribunais superiores. A instabilidade certamente afetou por muito tempo a atratividade das alienações, o que, logicamente, deve ter limitado o número de operações e o preço de venda (quanto maior o risco, menor o preço), em uma autêntica destruição de valor para todos os *stakeholders*

envolvidos no processo. Nos termos do art. 66-A, uma vez realizada a venda nos termos de um plano de recuperação extrajudicial e recebido o preço, a venda não pode mais ser revertida.

Por outro lado, muito se sentiu falta de uma alteração para deixar claro que o eventual adquirente do ativo (seja unidade produtiva isolada, seja ativo isoladamente considerado) não pode ser responsabilizado pelas dívidas e contingências do alienante. Como se sabe, há discussões acaloradas quanto a este ponto, o que não é tão favorável a um ambiente de realização de negócios. Por outros termos, se a **venda** é protegida, o mesmo não se pode dizer dos **passivos** que podem vir a acompanhar o ativo, o que afeta o seu preço.

Se a venda é protegida, o mesmo não se pode dizer dos passivos que podem vir a acompanhar o ativo.

De todo modo, a reforma da lei parece ter avançado no quadro legislativo da alienação de ativos na recuperação extrajudicial.

Trata-se de uma verdadeira revolução quando se pensa no que estava disposto no Decreto-Lei nº 7.661/1945. Não só chamar os credores para negociar deixou de ser valorado negativamente pela legislação (aliás, muito negativamente a ponto de prever a falência de quem se propusesse a fazê-lo), como também passou a estimular tais vendas, ao criar um quadro legislativo que visa a protegê-las, ainda que a reforma não tenha sido completa.

Outra importante desvantagem da recuperação extrajudicial quando comparada com a recuperação judicial, mas que também foi superada pela reforma legal, foi a ausência de *stay period*. Com efeito, o período de suspensão das ações e execuções previsto no art. 6º da Lei nº 11.101/2005 foi entendido para a recuperação extrajudicial em razão do § 8º do art. 163.

A prática corrente no foro era a de ajuizar a recuperação extrajudicial requerendo-se tutela cautelar para obter tal suspensão, que poderia (ou não) ser deferida pelo juízo competente para a homologação do plano de recuperação extrajudicial. Agora, tal suspensão é automática, decorrendo do próprio ajuizamento, o que é, diga-se de passagem, curioso. Pela dicção do referido parágrafo (“desde o ajuizamento”), parece que os efeitos da suspensão se dão de forma efetivamente automática, independentemente do recebimento do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, ao contrário da própria recuperação judicial, em que o *stay period* depende do deferimento do processamento, nos termos do *caput* do art. 6º.

De todo modo, removeu-se outro importante entrave para uma maior utilização da recuperação extrajudicial, já que a existência de um *stay period* é um fator de estabilização da situação de credores e devedor, que permite um ambiente mais produtivo de negociação.

Em conexão a este aspecto, se verifica um novo incentivo à recuperação extrajudicial: o legislador passou a autorizar expressamente o ajuizamento de processos homologatórios antes mesmo de atingido o quórum legal de adesões de mais de metade dos créditos abrangidos, nos termos do art. 163, § 7º, da Lei nº 11.101/2005. A lógica aqui é a de estimular a negociação entre credores e devedor em um ambiente com um *stay period* em vigor, para potencializar um acordo que permita a adesão do número necessário de credores ao plano proposto.

Caso não se atinja o quórum necessário no prazo de 90 dias, o devedor pode optar por desistir da homologação do plano de recuperação extrajudicial, ou pedir a conversão do processo para uma recuperação judicial. Neste particular, a recuperação extrajudicial tem uma vantagem importante sobre a recuperação judicial: enquanto na recuperação judicial a rejeição do plano pode causar a convalidação em falência, ou a apresentação de plano alternativo pelos credores, na recuperação extrajudicial os

efeitos do não atingimento do quórum são inteiramente diversos e mais brandos para o devedor.

Ao lado dessa inovação, o legislador também autorizou a novação de créditos derivados da legislação do trabalho no contexto da recuperação extrajudicial.

Aqui há dois aspectos, um positivo e outro negativo. O aspecto positivo é a inserção em si da possibilidade de novação dos créditos derivados da legislação do trabalho. O aspecto negativo materializa-se nas regras a respeito do quórum de aprovação do plano nessa classe de credores.

Trocando em miúdos, a possibilidade de sujeitar credores cujos créditos decorram de contrato de trabalho à recuperação extrajudicial é bastante positiva. Isto porque a introdução dessa possibilidade amplia o escopo de aplicação da recuperação extrajudicial, tornando-a útil para endereçar diversas configurações de endividamento que antes não poderiam ser eficientemente atingidas.

Por outro lado, a reforma da lei não parece ter regulado apropriadamente o quórum de aprovação dos créditos trabalhistas na recuperação extrajudicial.

O § 1º do art. 161 laconicamente prevê que

“a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho exige negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional”.

Vários problemas práticos derivam da dicção legal. Por exemplo: se houver mais de um sindicato, é necessário negociar com todos eles? Caso se obtenha a aprovação de um sindicato, mas não de outro, como tratar a questão? A aprovação é por valor ou por cabeças? Basta a **negociação** com o sindicato, ou é necessário que esse ente garanta a sua **aprovação**? Pode haver aprovação por parte dos trabalhadores em detrimento da aprovação por parte do sindicato, já que apenas a negociação é exigida por lei? E a situação reversa, em que o(s) sindicato(s) aprova(m) o plano, mas a maioria dos trabalhadores (adotando-se o critério por valor ou por cabeça?) o rejeita?

O novo texto legal não enfrenta essas questões que parecem bastante relevantes na prática.

Naturalmente, o intérprete terá à sua disposição a aplicação analógica do papel dos sindicatos na recuperação judicial, em que os trabalhadores podem se representar individualmente e, caso não compareçam ao processo, o sindicato representa os ausentes. E, na mesma linha, que a aprovação na classe dos trabalhadores se dê por número de cabeças e não por valor.

Como se vê, o texto reformado da lei não tratou especificamente dos critérios de adesão necessários para a sujeição dos demais credores derivados das relações de trabalho ao plano de recuperação extrajudicial, o que torna a sua aplicação insegura.

São, portanto, múltiplas as possibilidades interpretativas do texto legal para a sujeição dos créditos derivados da legislação do trabalho ao plano de recuperação extrajudicial. Somente o tempo decantará essas questões e gerará uma maior segurança jurídica.

Fazendo-se um balanço geral, contudo, as alterações realizadas pelo legislador parecem eminentemente positivas, pois permitem uma aplicação mais ampla da recuperação extrajudicial, o que parece ser de todo desejável quando se pensa na maior simplicidade e menor custo desse instrumento de reestruturação.

Este artigo, por evidente, não pretendeu esgotar o tema da recuperação extrajudicial, nem mesmo exaurir a própria reforma da lei em relação a esse remédio legal. O objetivo foi o de problematizar uma série de pontos para levar o leitor a refletir sobre o tema.

Agora caberá aos operadores do Direito e aos empresários definir se entraremos finalmente na nova era das recuperações extrajudiciais. Contra, pesam alguns pontos de insegurança jurídica e também a carga cultural trazida do ancião decreto-lei. A favor, um panorama legislativo mais dócil, em especial com um quórum mais aproximado com o da recuperação judicial e a expressa possibilidade de alienar ativos de forma mais segura. ●