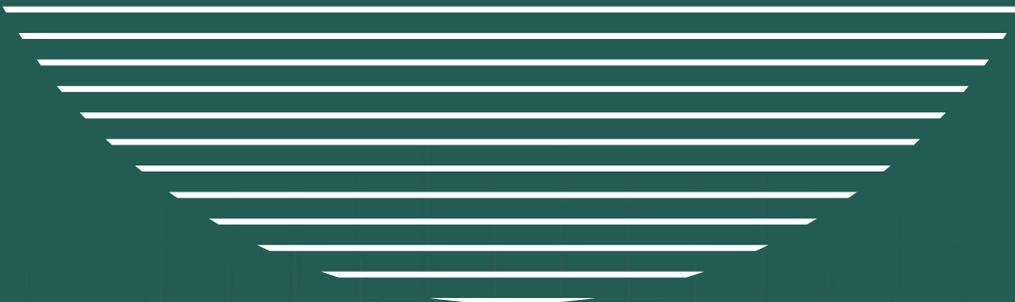




AASP
Editora

Revista do Advogado

Nº 150 | JUN | 2021



Recuperação de empresas e falência

Alterações da Lei nº 14.112/2020

DIRETORIA

Presidente	Viviane Girardi
Vice-Presidente	Fátima Cristina Bonassa
1º Secretário	Mário Luiz Oliveira da Costa
2º Secretário	Eduardo Foz Mange
1º Tesoureiro	André Almeida Garcia
2º Tesoureira	Paula Lima Hyppolito dos Santos Oliveira
Diretora Cultural	Silvia Rodrigues Pereira Pachikoski
Diretora Adjunta	Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dórea
Diretor Adjunto	Ruy Pereira Camilo Junior

REVISTA DO ADVOGADO

Conselho Editorial: André Almeida Garcia, Antonio Carlos de Almeida Amendola, Antonio Carlos de Oliveira Freitas, Clarisse Frechiani Lara Leite, Eduardo Foz Mange, Elaine Cristina Beltran Camargo, Fátima Cristina Bonassa, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dórea, Heitor Cornacchioni, Juliana Vieira dos Santos, Leonardo Guerzoni Furtado de Oliveira, Luciana Pereira de Souza, Mário Luiz Oliveira da Costa, Paula Lima Hyppolito dos Santos Oliveira, Renata Mariz de Oliveira, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo, Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, Ruy Pereira Camilo Junior, Silvia Rodrigues Pereira Pachikoski e Viviane Girardi

Ex-Presidentes da AASP: Walfrido Prado Guimarães, Américo Marco Antonio, Paschoal Imperatriz, Theotonio Negrão, Roger de Carvalho Mange, Alexandre Thollier, Luiz Geraldo Conceição Ferrari, Ruy Hornem de Melo Lacerda, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Diwaldo Azevedo Sampaio, José de Castro Bigi, Sérgio Marques da Cruz, Mário Sérgio Duarte Garcia, Miguel Reale Júnior, Luiz Olavo Baptista, Rubens Ignácio de Souza Rodrigues, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, José Roberto Batochio, Biasi Antonio Ruggiero, Carlos Augusto de Barros e Silva, Antonio de Souza Corrêa Meyer, Clito Fornaciari Júnior, Renato Luiz de Macedo Mange, Jayme Queiroz Lopes Filho, José Rogério Cruz e Tucci, Mário de Barros Duarte Garcia, Eduardo Pizarro Carnelós, Aloísio Lacerda Medeiros, José Roberto Pinheiro Franco, José Diogo Bastos Neto, Antonio Ruiz Filho, Sérgio Pinheiro Marçal, Marcio Kayatt, Fábio Ferreira de Oliveira, Arystóbulo de Oliveira Freitas, Sérgio Rosenthal, Leonardo Sica, Marcelo Vieira von Adamek, Luiz Périssé Duarte Junior e Renato José Cury

Diretora Responsável: Fátima Cristina Bonassa

Jornalista Responsável: Reinaldo Antonio De Maria (MTb 14.641)

Produção Editorial: AASP

Capa: Karolina Golçalves Barros e Silva - AASP

Revisão: Elza Doring e Milena Bechara - AASP, Ana Marson

Editoração Eletrônica: Rene Bueno e Daniela Jardim

Administração e Redação: Rua Álvares Penteado, 151 - Centro - cep 01012 905 - São Paulo-SP
tel (11) 3291 9200 - www.aasp.org.br

Impressão: Rettec, artes gráficas

Tiragem: 63.200 exemplares

A **Revista do Advogado** é uma publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, registrada no 6º Ofício de Registro de Títulos e Documentos de São Paulo, sob nº 997, de 25/3/1980.

© Copyright 2021 - AASP

A **Revista do Advogado** não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou em parte, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.

Solicita-se permuta. Pídesse canje. On demande l'échange. We ask for exchange. Si richiede lo scambio.

Toda correspondência dirigida à **Revista do Advogado** deve ser enviada à Rua Álvares Penteado, 151 - Centro - cep 01012 905 - São Paulo-SP.



SUMÁRIO

- 5 Nota do coordenador.
Renato Luiz de Macedo Mange
- 8 *O fresh start* no novo sistema de insolvência empresarial brasileiro.
Daniel Carnio Costa
- 15 Consolidação processual e substancial.
Eduardo Secchi Munhoz
- 32 Uma nova era para a recuperação extrajudicial?
Eduardo Takemi Kataoka
- 38 Insolvência transnacional e a cooperação jurídica internacional.
Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos
- 51 O novo equilíbrio das partes na recuperação judicial com a alteração do *stay period*.
Fabiana Bruno Solano Pereira
- 61 Mediação em processos de recuperação judicial.
Fátima Cristina Bonassa e Silvia Rodrigues Pachikoski
- 72 O financiamento do devedor na Lei nº 14.112/2020: novas dúvidas.
Francisco Satiro e Leonardo Adriano Ribeiro Dias
- 81 Venda de UPIs e esvaziamento patrimonial: reflexões preliminares.
Igor Silva de Lima, Felipe E. dos Santos Galea e Gustavo dos Reis Leitão
- 91 Recuperação judicial do empresário rural na nova Lei nº 11.101/2005, atualizada pela Lei nº 14.112/2020.
Ivo Waisberg e Luiza Serodio Giannotti
- 100 Constatação prévia: a positivação da perícia prévia na Lei nº 14.112/2020.
Joice Ruiz Bernier
- 109 Assembleia Geral de Credores. A prorrogabilidade do prazo de suspensão de 90 dias.
Juliana Bumachar e Thiago Carapetcov



- 116 O plano de recuperação judicial.
Leonardo Coelho
- 128 Unidade produtiva isolada e sucessão de obrigações.
Luiz Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea e João Pedro Scalzilli
- 146 Recuperação extrajudicial alterada pela Lei nº 14.112/2020.
**Luiz Fernando Valente de Paiva e Joana Gomes
Baptista Bontempo**
- 155 A supervisão judicial após a concessão da recuperação judicial a partir das alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020.
Manoel de Queiroz Pereira Calças e Renata Mota Maciel
- 162 Abuso de direito de voto na recuperação judicial.
Marcelo Barbosa Sacramone e Fernanda Neves Piva
- 169 A reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência e o Direito Intertemporal (Lei nº 14.112/2020, arts. 5º e 7º).
Marcelo Vieira von Adamek
- 180 Classificação de crédito na recuperação judicial e na falência: alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020.
Maria Rita Rebello Pinho Dias
- 190 Regularidade fiscal na recuperação judicial.
Mário Luiz Oliveira da Costa
- 198 Novas atividades do administrador judicial.
Osana Maria da Rocha Mendonça
- 207 Mediação antecedente e mediação na recuperação judicial.
Paulo Furtado de Oliveira Filho
- 215 Plano alternativo apresentado pelos credores.
Paulo Penalva Santos
- 222 A insolvência transnacional no ordenamento jurídico brasileiro.
Renata Martins de Oliveira Amado e Renato G. R. Maggio
- 233 Reflexões trabalhistas das alterações oriundas da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.
**Ricardo Pereira de Freitas Guimarães e
Marco Aurélio Fernandez Galduróz Filho**
- 240 Consolidação processual e consolidação substancial.
Ricardo Villas Bôas Cueva e Érica Ramos Venosa Mazzola
- 247 Aspectos societários introduzidos na Lei nº 11.101 pela Lei nº 14.112.
Rodrigo R. Monteiro de Castro
- 262 A proibição de extensão da falência e a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos feitos falimentares.
Ruy Pereira Camilo Junior
- 270 Breves notas sobre a realização do ativo na reforma da LRF: a busca por uma falência mais célere e efetiva.
**Sheila C. Neder Cerezetti, Gustavo Lacerda Franco e
Tatiana Flores Gaspar Serafim**



Nota do coordenador.



RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE

Advogado pela Faculdade de Direito da USP (1974). Especializado em Direito Falimentar, principalmente Recuperações Judiciais. Ex-presidente da AASP (biênio 1995/1996). Membro da Banca Examinadora do 81º concurso de ingresso à carreira do MPSP (1999/2000). Membro do Conselho de Administração da Turnaround Management Association do Brasil (TMA Brasil). Conferencista em cursos realizados pela OAB-SP, AASP, EPM, FDUSP, FGV e Insper.

Desde a promulgação da Lei nº 11.101/2005 a doutrina e os operadores do Direito já discutiam alterações necessárias para o aperfeiçoamento da então “nova Lei de Falências e Recuperações Judiciais”. Os advogados, em sua luta diária pela manutenção das recuperações, amparando-se no objetivo da lei de viabilizar a superação de crise econômico-financeira da empresa (art. 47), foram criando oportunidades – prorrogação de prazos de *stay period*, processamento conjunto de empresas do mesmo grupo econômico, credores parceiros, dentre outras – e a jurisprudência, após intensos debates, acolheu algumas dessas interpretações da lei. Muitas dessas questões, pacificadas pelos tribunais, foram incorporadas nas alterações dispostas na Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, as quais são analisadas pelos artigos que compõem esta *Revista do Advogado*.

Efetivamente, há artigo analisando a questão do prazo de suspensão – *stay period* – cuja

prorrogação, já pacificada nas decisões judiciais, está expressa na lei. A concessão de novo período – podendo atingir 360 dias de suspensão – está de acordo com o prazo médio que se utilizava até a aprovação do plano de recuperação judicial. Nessa mesma linha aqui se debate o prazo de suspensão das assembleias gerais de credores (AGCs), bem como o período de fiscalização após a concessão da recuperação judicial. A lei facultou a redução desse prazo e esclareceu que não deve ser confundido com o prazo de carência para o início do pagamento aos credores.

Questão importante é a análise das novas atividades e responsabilidades do administrador judicial, seja na fiscalização da recuperanda, seja na participação das tratativas de composição entre devedora e credores, seja na célere realização do ativo na falência. Nesse aspecto, também, houve o incentivo à mediação antecedente à própria recuperação judicial, tema analisado com precisão nesta publicação.

No período inicial, antes do deferimento do processamento da recuperação judicial, se debatia a possibilidade de “perícia prévia” para verificar as condições da recuperanda, matéria ainda não pacificada na jurisprudência. A nova lei normatizou o que denominou “constatação prévia”, aqui pontuada por experiente administradora judicial.

O tema, muito debatido na doutrina e na jurisprudência, sobre a consolidação processual e consolidação substancial, também normatizadas na nova legislação, está analisado em dois artigos muito bem elaborados por ministro do Superior Tribunal de Justiça e por professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A nova regulamentação das Unidades Produtivas Isoladas (UPIs) está debatida em dois artigos, abrangendo inclusive a questão de eventual caracterização de esvaziamento patrimonial da recuperanda e suas consequências.

A nova legislação normatizou a questão do financiamento durante a recuperação judicial, conhecido como *debtor-in-possession* (DIP) – tema que trouxe novas dúvidas, aqui apresentadas com precisão por renomado parecerista. Assunto importante, que precisava de normatização e que constou da nova lei, é a recuperação judicial do empresário produtor rural, que foi analisado por advogado e professor com muita atuação na área.

Há também análise das alterações nos prazos e condições do pagamento dos créditos trabalhistas, cujo debate sobre a extensão do período de prorrogação surgiu com a publicação da nova legislação.

O impacto das novas regulamentações com relação às questões tributárias, com alterações na Lei de Recuperações e Falências, em outras leis e em normativas da Receita Federal, está abrangido em artigo integralmente dedicado ao tema.

Ponto importante, ainda em relação às recuperações judiciais, é a possibilidade de credores, em determinadas oportunidades, apresentarem o plano de recuperação judicial por eles elaborado, aqui abordado com todas as suas premissas e condições para apresentação e votação. A participação dos credores na composição do passivo da recuperanda está analisada, inclusive com a possibilidade de créditos serem capitalizados com as implicações societárias que podem resultar dessa solução.

A recuperação extrajudicial, bastante melhorada nas novas normas legais, poderá trazer um novo impulso a essa modalidade, razão pela qual está tratada em dois

artigos que esclarecem as novas condições para o ajuizamento e a inclusão de créditos trabalhistas.

O importante tema das alterações da classificação dos créditos, especialmente na falência, está bem esclarecido por magistrada atuante na área falimentar.

São, ainda, objeto de apreciação relevantes alterações nos processos falimentares como a vedação da extensão da falência, a celeridade na realização do ativo e a possibilidade de encerramento em prazo curto, com a liberação dos empresários *fresh start*.

Por derradeiro, há considerações sobre as normatizações a respeito da insolvência transnacional, a cooperação jurídica internacional e o debate sobre questões de Direito Intertemporal.

Acreditamos que, com a análise dessas diversas questões, o leitor poderá ter a visão geral das alterações introduzidas pela lei promulgada em dezembro de 2020, que entrou em vigência em janeiro deste ano.



O *fresh start* no novo sistema de insolvência empresarial brasileiro.



DANIEL CARNIO COSTA

Juiz titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo. Juiz auxiliar da Presidência do Superior Tribunal de Justiça. Membro do Grupo de Trabalho sobre recuperação empresarial e falências do Conselho Nacional de Justiça. Mestre pela Fadisep e pela Samford University. Doutor pela PUC-SP. Professor do departamento de Direito Comercial da PUC-SP. Professor do mestrado e doutorado da Uninove-SP.

SUMÁRIO

- 1.** Lógica do sistema de insolvência empresarial
 - 2.** Falência como mecanismo de saneamento do mercado e incentivo ao empreendedorismo
 - 3.** O *fresh start* no Direito brasileiro
 - 4.** O *fresh start* e *discharge* no Direito Comparado
 - 5.** O novo sistema de extinção das obrigações do falido e de reabilitação empresarial com a Lei nº 14.112/2020
- Bibliografia

1. Lógica do sistema de insolvência empresarial

O sistema de insolvência empresarial brasileiro tem o declarado objetivo de preservar os benefícios econômicos e sociais que decorrem da atividade empresarial, vale dizer, os empregos, a geração de tributos, o oferecimento no mercado de produtos e serviços e, enfim, a circulação de riquezas em geral.

Vale destacar que ambas as ferramentas jurídicas que compõem o sistema de insolvência empresarial brasileiro, tanto a recuperação empresarial quanto a falência, possuem esses mesmos objetivos.

O sistema de insolvência será tanto mais efetivo quanto mais se aproximar de seus objetivos.

A recuperação empresarial é regida pelo art. 47 da Lei nº 11.101/2005, segundo o qual a superação da crise econômico-financeira da devedora deve buscar a proteção do emprego dos trabalhadores, dos interesses dos credores, a manutenção da fonte produtora e a realização da função social da empresa.

Por outro lado, a falência, segundo o novo art. 75, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, incluído pela Lei nº 14.112/2020, também é mecanismo de preservação dos benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial. Todavia, como se trata de uma atividade economicamente inviável e sem possibilidade de manutenção em funcionamento, a falência, diferentemente da recuperação empresarial, busca preservar aqueles mesmos benefícios econômicos e sociais pela liquidação imediata do devedor, abrindo-se o espaço de mercado para o surgimento de uma nova atividade empresarial geradora de empregos, tributos, produtos, serviços e riquezas, bem como pela realocação útil

dos ativos da falida em outras cadeias produtivas, fazendo com que tais ativos voltem a ser fonte daqueles mesmos benefícios econômicos e sociais já mencionados.

Nesse sentido, conforme já venho sustentando há tempos (COSTA, 2018),

“não é só a recuperação judicial de empresas que possui importância fundamental para o bom funcionamento da economia e para a superação da crise. Também a falência é instrumento legal essencial para que os mesmos valores sejam tutelados. Vale dizer, na falência busca-se tutelar também os mesmos benefícios econômicos e sociais protegidos na recuperação judicial da empresa. Apenas os meios são diversos, na medida em que na recuperação judicial lida-se com uma empresa em crise, mas viável e, portanto, passível de ter suas atividades preservadas. Já na falência, tem-se uma empresa em crise e inviável, sem condições de continuar em funcionamento. Nesse sentido, na falência, a preservação daqueles benefícios econômicos e sociais não será feita pela preservação do que não merece ser preservado, mas sim pela criação de oportunidades de mercado para outras empresas saudáveis e pela realocação de bens de atividades improdutivas para atividades produtivas”.

2. Falência como mecanismo de saneamento do mercado e incentivo ao empreendedorismo

O sistema de insolvência será tanto mais efetivo quanto mais se aproximar de seus objetivos. Nesse sentido, a falência atingirá seus objetivos quando for capaz de sanear o mercado e abrir a possibilidade para o surgimento de novos empreendimentos geradores dos empregos, produtos, serviços e das riquezas, tão necessários para a vida em sociedade.

A reforma trazida pela Lei nº 14.112/2020 procurou aprimorar a falência ao eliminar certos gargalos procedimentais e ao facilitar a alienação de

ativos, promovendo a rápida realocação de ativos na economia.

Mas, muito além da preocupação com a realocação de ativos, pretendeu o legislador reformista transformar a falência em efetiva ferramenta de renovação do empreendedorismo brasileiro.

Por essa razão, houve grande preocupação com o tratamento legal da extinção das obrigações do falido e com sua reabilitação, de modo a permitir ao empresário malsucedido, mas de boa-fé, uma nova tentativa de empreender.

Todos sabem que a atividade empreendedora envolve risco. Aliás, segundo as estatísticas apresentadas pelo Sebrae, é bastante relevante o percentual de empresas que não sobrevivem aos primeiros dois anos de funcionamento.¹ É natural que muitos empreendedores sejam malsucedidos nos seus negócios e possam entrar num processo de falência.

O sistema, todavia, não pode transformar o empresário falido numa figura estigmatizada e impedi-lo de tentar empreender novamente. Do contrário, no médio e longo prazo, o sistema de insolvência se transformará num fator importante de desestímulo ao desenvolvimento da atividade empresarial. Se cada empresário falido for transformado em pária do sistema empresarial brasileiro, em pouco tempo não existirão empresários suficientes para o desenvolvimento de atividades econômicas no Brasil.

Considerando que a Lei nº 11.101/2005 é atécnica na utilização do termo falido, ora referindo-se à sociedade/empresa, ora ao seu representante legal, se faz necessário um esclarecimento sobre a questão de quem é o falido para fins de restrição de atividade profissional. Essa resposta é fundamental para delimitar a importância do *fresh start* para o reempreendedorismo no Brasil. Falido é o empresário individual ou a sociedade empresária, não os seus sócios. Entretanto, dependendo

do modelo societário ou da posição exercida pelo sócio, os representantes legais da sociedade falida podem suportar as limitações processuais e de atuação profissional decorrentes da falência da empresa.

Os sócios de sociedades de responsabilidade ilimitada ou que representam e administram a sociedade de responsabilidade limitada (diretores/administradores) são equiparados ao empresário individual para fins dos encargos processuais e restrição profissional, conforme se depreende do art. 81, § 2º, e do art. 102 da Lei nº 11.101/2005. Quanto à responsabilidade civil, somente os sócios de responsabilidade ilimitada podem ter seu patrimônio pessoal arrecadado (embora devam ser vendidos os bens da sociedade em primeiro lugar). São considerados falidos, a teor do art. 81 da Lei nº 11.101/2005.

Nesse sentido, os sócios diretores/administradores de uma sociedade falida (ou os sócios de uma sociedade de responsabilidade ilimitada) somente estarão autorizados a exercer novamente a atividade empresarial depois de extintas as suas responsabilidades e de devidamente reabilitados, nos termos da lei.

Esse, portanto, é o sentido e o alcance das expressões “falido” ou “empresário falido”, que serão utilizadas nesse texto para fins de análise do sistema brasileiro de *fresh start*.

3. O *fresh start* no Direito brasileiro

O tratamento que a Lei nº 11.101/2005 conferia ao empresário falido, no que tange às extinções de suas obrigações e à sua reabilitação para voltar a empreender, era cruel e, na prática, condenava o falido a uma pena perpétua de inabilitação comercial.

Segundo dispõe o sistema de insolvência brasileiro, falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extinga suas obrigações, conforme art. 102 da Lei nº 11.101/2005. Mas

¹. Confira-se em: <https://datasebrae.com.br/sobrevivencia-das-empresas/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

o art. 158 da Lei nº 11.101/2005, antes da reforma, dispunha que as obrigações do falido seriam extintas somente ao término do processo de falência, mediante o pagamento integral dos créditos ou mediante o pagamento de mais de 50% dos créditos quirografários. Caso não existisse ativo suficiente para esses pagamentos, a extinção das obrigações do falido ocorreria somente depois do decurso do prazo de cinco ou dez anos, contados do encerramento da falência, conforme o falido tenha ou não sido condenado por crime falimentar.

Nota-se que o sistema revogado vinculava o início do prazo de reabilitação do falido (em casos de falências sem ativos suficientes para o pagamento dos credores) ao encerramento do processo de falência, o que, por razões diversas – inclusive a burocracia judiciária – demorava muitos anos ou décadas para ocorrer.

O novo sistema trazido pela Lei nº 14.112/2020 facilitou a extinção das obrigações do falido ao diminuir de 50% para 25% o limite mínimo de pagamento dos credores quirografários² e, principalmente, ao dispor que, decorrido o prazo de três anos da decretação da quebra, o falido já pode ter extintas as suas obrigações mediante a entrega do patrimônio sujeito à falência.³

A mudança veio em boa hora, na medida em que, no sistema revogado, a vinculação do início da contagem do prazo de reabilitação do falido ao efetivo encerramento do processo de falência representava grave violação aos direitos fundamentais do cidadão. Tendo em vista que o processo de falência não possuía – e ainda não possui – um prazo certo para ser encerrado, submetia-se o falido, na prática, a uma pena quase perpétua que o excluía definitivamente da vida econômica e do livre exercício de suas iniciativas empresariais. Tal situação violava os direitos fundamentais ao trabalho e à livre-iniciativa,

além de vulnerar em certa medida a própria dignidade da pessoa humana.

O sistema anterior também violava a própria lógica do sistema de insolvência empresarial, que visa sanear o funcionamento do sistema econômico, sem a criação de párias da economia, o que representaria um grave prejuízo ao desenvolvimento social e econômico do país.

O sistema anterior violava a própria lógica do sistema de insolvência empresarial.

Até mesmo em relação às penas criminais, impostas àqueles que praticam as mais graves infrações sociais, o Direito impõe um prazo de prescrição da pretensão punitiva, estabilizando sua situação em razão do decurso do tempo. Assim, qual seria a razão para manter um empresário inabilitado para prática de atos empresariais por período de tempo indeterminado?

Nota-se que a prescrição criminal do crime falimentar, que era uma questão problemática durante a vigência da antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/1945), foi resolvida pela edição da Lei nº 11.101/2005. Todavia, a questão da inabilitação do falido continuou sendo um problema que foi resolvido apenas e tão somente pela reforma de 2020.

Senão, vejamos.

A antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/1945) estabelecia que o prazo prescricional para os crimes falimentares tinha o início de sua fluência a partir do encerramento da falência. Mas, em relação a esse aspecto, e influenciada pelas mesmas razões, a jurisprudência dos tribunais compreendeu que vincular o início do prazo prescricional ao término do processo de falência representava submeter o falido a uma situação prática equivalente à imprescritibilidade, dada a incerteza e a demora quanto ao fim do processo falimentar.

². Conforme art. 158, inciso II, com redação dada pela Lei nº 14.112/2020.

³. Conforme art. 158, inciso V, com redação dada pela Lei nº 14.112/2020.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu na Súmula nº 147 que

“a prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria essa ser encerrada ou do efetivo trânsito em julgado da sentença que encerrar ou julgar cumprida a concordata”.

Assim, naquela época, o início da fluência da prescrição ocorreria em, no máximo, dois anos a partir da decretação da quebra (prazo em que a falência já deveria, mas frequentemente não estava, estar encerrada). Considerando que o prazo de prescrição era sempre de dois anos, quando não encerrado o processo de falência dentro do biênio legal, o prazo de prescrição seria de, no máximo, quatro anos.

Conclui-se, dessa forma, que, transcorridos quatro anos entre a declaração da falência e o recebimento da denúncia, ocorreria a prescrição da pretensão punitiva dos crimes falimentares, extinguindo-se, automaticamente, a punibilidade do falido ou de qualquer outro, que, em conluio com este, viesse a cometer os crimes tipificados na Lei de Falências.

Nesse sentido, dispunha Magalhães Noronha (1968) sobre a antiga Lei de Falências:

“É chocante pensar-se que um falido que cometeu o crime de gastos excessivos com sua família em relação ao seu cabedal (art. 186, n. I, da Lei de Falências), e cujo processo se arrastou por vinte anos, possa ainda ser processado por este delito, ao passo que, se esse falido houver assassinado alguém, estará, no mesmo lapso, livre de punição”.

A jurisprudência também vinha nesse sentido:

“Prescrição - Crimes Falimentares. ‘Nos crimes falimentares, a prescrição ocorre em dois anos, quer se trate de prescrição da ação, quer se trate de prescrição da condenação. O prazo, porém, começa a fluir quando não tenha sido encerrada a falência, da data em que isso deveria ter ocorrido, ou seja, depois de dois anos da decretação da quebra (arts. 132, § 1º, e 199 da Lei de Falências). Nesse

sentido, a Súmula 147 do STF. Esse prazo sofre a incidência das causas interruptivas do Código Penal (Súmula 592 do STF)” (STJ, RHC nº 4.990, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 5/2/1996, p. 1.409).

A Lei nº 11.101/2005 corrigiu esse problema em relação ao prazo prescricional, estabelecendo que sua fluência, cujos prazos são determinados pelo Código Penal, tem início com a decretação da falência e não mais com seu encerramento (NEGRÃO, 2017, p. 599).

Entretanto, a Lei nº 11.101/2005 persistiu no equívoco quanto ao tratamento da reabilitação do falido ao vincular o início da fluência do prazo da extinção das suas obrigações ao (incerto) encerramento da falência.

Mesmo antes da reforma realizada pela Lei nº 14.112/2020, já havia decisão judicial em caso concreto⁴ reconhecendo a extinção das obrigações do falido antes do encerramento da falência, com base na aplicação da teoria da superação do dualismo pendular⁵ e em estudos de Direito Comparado:

“Segundo o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis*, deve-se aplicar o mesmo direito às situações que atendem à mesma lógica jurídica. É exatamente esse o caso quando se trata da fluência dos prazos de prescrição criminal e de reabilitação do falido. Da mesma forma que o STF entendeu que não se poderia vincular o início do prazo prescricional exclusivamente ao encerramento do processo falimentar, pelas mesmas razões também não se deve vincular o início do prazo de reabilitação do falido. Assim, aplicando-se o mesmo raciocínio, deve-se admitir que o prazo de reabilitação tenha início de fluência antes do encerramento da falência, em hipóteses em que tal processo tem seu andamento excessivamente demorado. No caso, o Ministério Público requereu o arquivamento do incidente que investigava a prática de eventual crime em 08 de

4. Processo nº 0042511-48.2016.8.26.0100, em curso pela 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

5. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101592/reflexoes_processos_insolvencia_costa.pdf.

abril de 2008 e o juízo já determinou o 'arquivamento' do incidente em 05 de junho de 2008. Portanto, desde tal data já se sabe que não houve crime falimentar. Assim, no caso, entendendo que é razoável admitir que o início do prazo de reabilitação do falido possa ter início a partir da data da decisão judicial que determinou o 'arquivamento' da investigação da prática de crime falimentar. Nesse sentido, conta-se o prazo de reabilitação de 5 anos previstos na Lei 11.101/05 a partir de 05 de junho de 2008 e, portanto, consideram-se extintas as obrigações do falido em 04 de junho de 2013. [...] Diante do exposto, observando-se o lapso temporal ocorrido entre a sentença de decretação de falência e a época atual, além da prescrição tida no direito penal em caso de crime praticado e a inexistência de semelhante instituto para a extinção das obrigações civis, tem-se necessária a reabilitação do Requerente para o exercício de comércio. Isso porque, transcorrido o período temporal em questão, não se vislumbra qualquer prejuízo aos credores ou interessados em geral na reabilitação do falido. E não é só. Impor essa punição civil por tempo superior ao da prescrição criminal é uma afronta a direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República”.

O Direito Falimentar norte-americano visa oportunizar a possibilidade de as dívidas serem pagas.

Já era perceptível, assim, que vincular a reabilitação do falido ao encerramento do processo falimentar era violador dos direitos fundamentais acolhidos por nossa Constituição Federal.

Mas, além disso, o estudo de Direito Comparado também demonstra que o vetusto sistema brasileiro de reabilitação do falido não encontrava amparo nas legislações das economias mais modernas do mundo.

4. O *fresh start* e *discharge* no Direito Comparado

No Direito dos EUA, tem-se a possibilidade de se conceder uma nova oportunidade aos falidos, por meio da utilização de mecanismos legais que permitam ao devedor sua reinserção no mercado. O Direito Falimentar norte-americano visa oportunizar a possibilidade de as dívidas serem pagas, e, ao empresário, sair da crise econômico-financeira como forma de aprendizado, e não punição.

O *fresh start*, adotado por países de tradição *common law* (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Austrália), trata o superendividamento como um risco associado à expansão do mercado financeiro, e, por isso, tem-se a socialização do risco de desenvolvimento do crédito. Perdoam-se as dívidas do devedor para restaurar sua situação financeira da forma mais rápida possível. A figura do *discharge* possui destaque, já que permite ao devedor ficar com alguns bens legalmente determinados para superar a crise sem perder sua dignidade.⁶

Nessa mesma linha, o *fresh start* tem por objetivo permitir que o devedor retorne ao mercado. O objetivo do sistema **é beneficiar o devedor honesto, mas infeliz na condução do seu patrimônio,**⁷ oferecendo-lhe possibilidade de voltar ao mercado. Isso incentiva as pessoas a permanecerem economicamente ativas, encorajando-as a continuarem contraindo novos créditos e, conseqüentemente, movimentando a economia.

Da análise desses sistemas estrangeiros e notadamente do Direito norte-americano – que confesadamente influenciou a nossa legislação –, resta claro que deve haver grande preocupação do legislador com a reinserção do falido no mercado.

Nesse sentido, a Lei nº 14.112/2020, atenta aos modelos anteriormente mencionados, resolveu a

⁶. “To most Americans, bankruptcy probably is synonymous with the idea of a discharge from one’s debts” (TABB, 1991, p. 1).

⁷. *Local Loan Co v. Hunt*, U.S. 234,244 (1934).

incongruência lógico-constitucional que representava o tratamento dado pela Lei nº 11.101/2005, na sua redação original, à extinção das obrigações do falido e à sua reabilitação.

5. O novo sistema de extinção das obrigações do falido e de reabilitação empresarial com a Lei nº 14.112/2020

A nova redação do art. 158, em vigor desde 23 de janeiro de 2021, dispõe que extingue as obrigações do falido (II) o pagamento, após realizado todo o ativo, de mais de 25% dos créditos quirografários, e (V) o decurso do prazo de três anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva.

O art. 159, por sua vez, dispõe que, nessas hipóteses citadas, o falido poderá requerer ao juízo

de falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença.

A Lei nº 14.112/2020 também trouxe um mecanismo de controle do *discharge* brasileiro, consistente na ação rescisória especial regulada pelo art. 159-A para os casos em que o falido tenha sonogado bens, direitos ou rendimentos de qualquer espécie anteriores à data do requerimento de declaração de extinção de suas obrigações.

A referida ação rescisória poderá ser ajuizada no prazo decadencial de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença que extinguiu as obrigações do falido.

Dessa forma, o novo sistema de insolvência empresarial brasileiro alinha-se aos mais modernos diplomas falimentares e passa a oferecer mecanismos de incentivo ao reempreendedorismo aos empresários e sociedades empresárias. ●

BIBLIOGRAFIA

COSTA, Daniel Carnio. A importância social e econômica da falência. *Migalhas*, Coluna Insolvência em Foco, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/272081/a-importancia-social-e-economica-da-falencia>. Acesso em: 15 mar. 2021.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. v. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*. v. III. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TABB, Charles. The historical evolution of bankruptcy discharge. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 65, p. 325-71, 1991.



EDUARDO SECCHI MUNHOZ

*Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Advogado.*

Consolidação processual e substancial.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. A importância da disciplina jurídica da crise no caso de grupos societários
 3. A evolução da doutrina e da jurisprudência brasileiras sobre a consolidação processual e substancial
 4. Delimitação das principais questões envolvendo a consolidação processual e a substancial
 5. A disciplina da consolidação processual e da substancial na Lei nº 14.112/2020
 6. Síntese conclusiva
- Bibliografia

1. Introdução

A Lei nº 14.112, de 2020, ao modificar a redação da Lei nº 11.101/2005 (LRF), introduziu uma nova seção (art. 69-G e ss.) para disciplinar a **consolidação processual** e a **consolidação substancial**.

O texto original da LRF não cuidava do tema. E as expressões **consolidação processual** e **substancial** não eram encontradas em nenhuma norma da ordem jurídica brasileira. Trata-se da positivação, na LRF, de institutos que, desde sua edição em 2005, passaram a ser estudados pela doutrina e aplicados pela jurisprudência.

Ostermos **consolidação processual** e **substancial** encontram inegável influência do Direito Comparado, mais especificamente do Direito Falimentar norte-americano, cuja doutrina e jurisprudência aludem ao *administrative* (ou *procedural*) e ao *substantive consolidation*, muito embora inexista no Bankruptcy Code qualquer norma a respeito desses institutos.¹

Este artigo tem o objetivo de examinar a evolução desses institutos no Direito brasileiro e, ao final, a sua regulação pela nova legislação. A exposição está organizada da seguinte forma: inicialmente, será abordado o fenômeno dos grupos societários, pois ambos os institutos (consolidação processual e substantiva) derivam do desafio de discipliná-los juridicamente no quadro de sua crise econômico-financeira. Em seguida, será analisada a evolução da doutrina e da jurisprudência brasileiras sobre a matéria até a edição da Lei nº 14.112/2020. Passa-se, então, ao exame das características principais e da função desses institutos, analisando-se sua aplicação na realidade brasileira, mas com o olhar para a experiência desenvolvida no Direito Comparado, notadamente o norte-americano. Ao final, serão analisadas especificamente as normas introduzidas pela Lei nº

14.112/2020, a partir de uma abordagem crítica e de um esforço interpretativo.

2. A importância da disciplina jurídica da crise no caso de grupos societários

Em *A empresa contemporânea e direito societário – poder de controle e grupos de sociedades* (MUNHOZ, 2002), procurei examinar em profundidade o fenômeno dos grupos. Ali se observa que os grupos societários, dada a sua prevalência, em quantidade e importância, transformaram-se na principal técnica jurídica para a organização da empresa contemporânea. Na evolução do Direito Comercial, partiu-se do **comerciante individual**, passou-se pela **sociedade comercial** até chegar-se ao tempo, atual, em que predominam os **grupos societários**. Trata-se da chamada **empresa plurissocietária**.²

É interessante observar, porém, que, a despeito da relevância dos grupos societários, a regulação jurídica, nos mais diversos campos, não logrou resolver os principais problemas que decorrem desse fenômeno.

Há dois vetores que caracterizam a disciplina jurídica dos grupos (MUNHOZ, 2002, p. 261 e ss.).

O primeiro vetor confere relevância à forma jurídica (pluralidade jurídica), de tal sorte que a disciplina parte da consideração de que cada sociedade integrante do grupo constitui uma entidade independente, devendo ser tratada, portanto, como se correspondesse a uma sociedade isolada. Dessa perspectiva, o grupo corresponderia a uma simples soma de sociedades individuais independentes, não tendo ele próprio uma significação jurídica própria. A regulação jurídica, portanto, continuaria calcada nos pilares próprios do modelo em que dominam as **sociedades comerciais**.

O segundo vetor baseia-se no elemento econômico, que reconhece no grupo uma unidade

1. Ao comparar *procedural* e *substantive consolidation*, cf. Tatelbaum (1984, p. 285).

2. Cf. F. K. Comparato (1990, p. 275); Engrácia Antunes (2002).

econômico-empresarial (unidade econômica). Essa abordagem parte da ideia de que as sociedades integrantes de um grupo perdem a sua autonomia, passando a exercer as suas atividades a partir de uma direção unitária, que as leva a perseguir não mais o seu interesse próprio, mas um interesse geral do grupo, ou de alguma das sociedades que o integram. Dessa perspectiva, o grupo assume uma repercussão jurídica própria, a exigir a modificação das regras clássicas aplicáveis às sociedades comerciais isoladas. A título ilustrativo, o reconhecimento da existência do grupo societário implicaria a aplicação de regras específicas quanto à tutela dos sócios e dos credores. No caso dos credores, que interessam mais de perto a este trabalho, em geral, essa abordagem estabelece, em alguma extensão, a imputação de obrigações contraídas por uma sociedade a outras sociedades integrantes do grupo.

No Direito brasileiro, a lei societária procura abranger essas duas estratégias, ao adotar uma abordagem dualista, por meio das figuras dos chamados grupos de fato e grupos de direito (MUNHOZ, 2002, p. 279 e ss.).

Os grupos de fato correspondem simplesmente àqueles em que existem vínculos de controle ou de coligação entre determinadas sociedades, sem que haja, porém, a celebração de uma convenção com o objetivo de organizar a sua atuação conjunta. Em relação aos grupos de fato (capítulo XX, Lei das S.A.), a disciplina jurídica considera cada uma das sociedades integrantes do grupo como uma sociedade isolada, de modo que não se admite nenhum tipo de subordinação de interesses. Assim, as tutelas previstas para sócios e credores não diferem daquelas previstas para o caso de sociedades isoladas.

Os grupos de direito são aqueles que reúnem sociedades que decidem celebrar uma convenção grupal, com o objetivo de reunir esforços para atingir objetivos comuns (capítulo XXI, Lei das S.A.). Os grupos de direitos, pouco frequentes na realidade brasileira, admitem a subordinação de interesses entre as sociedades, razão pela qual a lei prevê

algumas tutelas especiais aos sócios, ainda que não o faça em relação aos credores.

A lei societária procura abranger duas estratégias por meio dos grupos de fato e grupos de direito.

A verdade, que a essa altura parece insofismável, é que a lei brasileira, e isso se aplica também ao Direito Comparado, não logrou resolver de forma adequada os problemas derivados dos grupos. A subordinação de interesses é intrínseca aos grupos, de modo que é ilusório basear a disciplina jurídica na teoria de que as sociedades continuariam a atuar como se fossem isoladas. Os grupos societários se formam justamente porque essa estrutura de organização da atividade empresarial permite aliar as vantagens de concentração econômica, ou seja, do crescimento da empresa, com outras que decorrem da manutenção de uma pluralidade jurídica. Os grupos procuram aliar o benefício da concentração econômica, ou seja, diversas sociedades que passam a atuar sob uma direção unitária, com o da pluralidade jurídica, pela qual é possível segregar riscos e separar centros de negócio para efeito de atração de sócios e financiamento.

Por isso, tomar o grupo como uma mera soma de sociedades individuais e deixar de reconhecer que essa soma leva a uma mudança qualitativa do instituto é um equívoco que impede o delineamento de uma disciplina jurídica adequada ao fenômeno (MUNHOZ, 2002, p. 261-298). Uma demonstração clara disso é a crise do princípio da limitação da responsabilidade, particularmente verificada na experiência brasileira. A ideia de que as sociedades não correspondem a centros autônomos de imputação jurídica, que está na raiz de uma aplicação exagerada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, Código Civil - CC), sem dúvida encontra campo fértil quando se trata de enfrentar os

problemas concretos relacionados com os grupos societários (MUNHOZ, 2004, p. 25).

Uma das dimensões em que as dificuldades para a disciplina jurídica dos grupos se colocam com grande intensidade corresponde justamente à do Direito Falimentar. A crise econômico-financeira do grupo societário suscita problemas diferentes daqueles verificados no caso de uma sociedade isolada.³ A interligação organizacional e patrimonial, comum entre as sociedades integrantes de um grupo, trazem desafios imensos para a disciplina jurídica de sua crise. Como oferecer tutela jurídica adequada aos sócios e aos credores de cada uma das sociedades integrantes de um grupo, no caso de uma crise que atinge a totalidade, ou parte, de seus integrantes, é o grande desafio a ser enfrentado.

A crise de uma sociedade isolada não acarreta a preocupação de examinar a posição de sócios e de credores de entidades jurídicas distintas. Trata-se de uma única personalidade jurídica, com patrimônio e interesse próprios. No caso dos grupos, porém, é comum que haja unidade de comando empresarial e forte interligação econômica e financeira entre as sociedades, que tornam menos nítidas as fronteiras entre cada uma dessas entidades. Os sócios e credores podem ser diferentes em relação a cada uma delas, mas muitos deles também podem ser comuns a várias dessas sociedades.

É justamente nesse contexto, e com o objetivo de enfrentar esse desafio, que surge a construção jurisprudencial da consolidação processual e substancial (BUSSEL, 2020, p. 99). A partir das dificuldades verificadas nos casos concretos que envolvem a crise de grupos societários, de forma casuística, nos Estados Unidos e também no Brasil, desenvolveram-se as ideias sobre consolidação processual e substancial. A evolução dessa rica experiência, agora, pretendeu ser capturada em normas do Direito Positivo brasileiro, em virtude

³. Cf. Paulus (2007, p. 820).

dos dispositivos introduzidos na LRF pela Lei nº 14.112/2020, como se terá oportunidade de examinar mais adiante.

O que importa, neste primeiro tópico do trabalho, é ressaltar que ambos os institutos – consolidação processual e substancial – inserem-se no contexto da disciplina jurídica dos grupos societários, procurando lidar com os enormes desafios impostos pelo fenômeno em uma de suas principais dimensões: a crise da empresa.

3. A evolução da doutrina e da jurisprudência brasileiras sobre a consolidação processual e substancial

Ao reconhecer-se que os grupos societários constituem, hoje, a forma dominante de organização da empresa, não deveria causar surpresa a verificação de que, logo após a edição da Lei nº 11.101/2005, muitas recuperações judiciais foram ajuizadas por um conjunto de sociedades.⁴ Esse fato decorre da busca pelos agentes econômicos de respostas adequadas para os problemas que derivam, de forma imperativa, da realidade do mercado.

Os grupos podem se organizar das mais diferentes formas, um dos fatores que dificultam a definição de uma regulação jurídica adequada quanto à matéria. Há grupos concentrados, ou seja, com forte interdependência econômica e organizacional, que do ponto de vista econômico poderiam ser identificados como uma única empresa. De outro lado, há grupos descentralizados, que reservam bom grau de autonomia e de distinção entre cada uma das sociedades integrantes (MUNHOZ, 2002, p. 120-122).

⁴. Na maioria dos casos de recuperações envolvendo grandes grupos empresariais, o pedido foi ajuizado por um conjunto de sociedades. A título ilustrativo, os casos Parmalat, Rede, OGX, Oi, OAS, PDG, Viver, entre inúmeros outros que poderiam ser citados, tornando a afirmação quase uma obviedade.

De todo modo, seja qual for a característica do grupo, é muito comum que, no momento de crise, esta não fique restrita a uma sociedade específica, mas atinja a totalidade ou parte das demais sociedades. Afinal, se os grupos nascem justamente do interesse de criar um quadro de concerto e harmonia na condução da atividade empresarial, é comum que as sociedades deles integrantes mantenham entre si relações contratuais relevantes. É usual, portanto, verificar grupos em que várias das sociedades são garantidoras dos mesmos contratos de financiamento; em que há operações de financiamento *intercompany*; em que há sócios e administradores comuns; em que há integração de atividades complementares e, portanto, vínculos contratuais de fornecimento ou de distribuição, etc.

Seja qual for a característica do grupo, é comum que, no momento de crise, esta não fique restrita a uma sociedade específica.

Essa interligação empresarial, assim genericamente denominada, é que torna muito comum que a crise não seja a de uma única sociedade, mas possa abranger parte ou a integralidade das sociedades integrantes de um grupo. Sendo este um dado imposto pela realidade econômica, como é característica do Direito Comercial, a doutrina e a jurisprudência foram em busca de soluções adequadas para o problema, segundo a boa aplicação do espírito de indução e observação referido por Vivante.⁵

E, bem por isso, logo após a edição da Lei nº 11.101/2005, passou-se a admitir-se no Brasil, sem maior indagação jurídica, o ajuizamento de recuperações judiciais por um conjunto de sociedades,

5. Cf. o capítulo do *Tratato di Diritto Commerciale*. 5. ed., v. 1, 1934, de Vivante, traduzido por Haroldo Malheiros Verçosa, publicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 102, p. 135.

bem como a aprovação de planos de recuperação voltados a todas elas, de forma unitária. Essas soluções, embora não contempladas no texto da lei, pareciam naturais e necessárias, diante de uma realidade empresarial baseada na integração e na concentração.⁶

Como sói ocorrer, mais adiante, preocupações passaram a ser levantadas, no sentido de que uma abordagem descuidada do fenômeno poderia levar ao rompimento do princípio da autonomia societária e da limitação da responsabilidade, que são relevantes para a concessão de financiamento e o planejamento dos riscos daqueles que negociam com as sociedades, antes do momento de sua crise. Em termos concretos, isso pode ser verificado com muita clareza, quando um credor demonstra que a sociedade, que é a sua devedora, teria uma condição patrimonial muito superior à de outras sociedades do grupo. E que, portanto, a unificação de tratamento, com a eliminação da distinção entre cada uma delas, poderia significar um forte prejuízo à sua posição jurídica. Um prejuízo injustificável, na medida em que, antes da crise, o credor avaliou o risco e contratou com uma sociedade específica, e não com o grupo societário como um todo.

Como se viu anteriormente, o grupo societário acaba oscilando entre dois vetores – unidade econômica e pluralidade jurídica. Admitir que, no momento da crise, o conjunto das sociedades fosse tratado sempre como uma única empresa significaria ignorar completamente o fato de que a pluralidade jurídica é também um dos elementos fundamentais do fenômeno. E essa pluralidade, calcada sobretudo na autonomia e na limitação da responsabilidade de cada sociedade integrante do grupo, deve ser necessariamente considerada, influenciando as soluções jurídicas também no momento da crise. O contrário poderia significar a eliminação de uma das vantagens do grupo societário – o planejamento e a divisão de riscos –, com

6. Cf. Cerezetti; Satiro, 2016.

consequências *ex ante* negativas, como, por exemplo, o aumento do custo do crédito para empresas que assumam essa forma de organização jurídica.

Ademais, deve haver coerência, correspondência, entre os princípios jurídicos que vigoram antes e depois da crise. Logo, diante de uma regulação jurídica que, *ex ante*, toma os grupos como um conjunto de sociedades isoladas, não faria sentido que, no momento da crise, ele fosse tratado como se correspondesse a uma única empresa.

Essas preocupações levaram a doutrina a procurar sistematizar o problema da crise dos grupos. Um dos trabalhos seminais sobre o tema é de Cerezetti, sob o título *Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal* (2015, p. 735). No artigo, talvez pela primeira vez, alude-se às expressões consolidação processual e substancial, na doutrina brasileira.

Aos poucos, a jurisprudência evoluiu para cuidar do problema sob essa dupla perspectiva, ao estabelecer uma distinção, que estava longe de ser clara, entre a situação em que há apenas um litisconsórcio no polo ativo do pedido de recuperação, mas em que se mantém o tratamento separado de cada uma das sociedades para efeito da condução e aprovação do plano de recuperação (consolidação processual), daquela em que, além do litisconsórcio, há a aprovação de um plano unitário, pelo conjunto de credores de forma unificada, como se as sociedades representassem uma única empresa (consolidação substancial).⁷

Pode-se observar, então, um maior cuidado da jurisprudência, sobretudo na aplicação da consolidação substancial. Se, no início da vigência da lei, eram admitidos sem maior reflexão os planos unitários, aprovados pelos credores do conjunto de sociedades de forma unificada, a tendência passou

a ser a de considerar que essa solução depende da presença de certos requisitos, com vistas justamente a evitar que haja prejuízo a certos grupos de credores.

A sucessão de trabalhos acadêmicos e de julgados sobre a matéria também contribuiu para uma identificação mais adequada dos principais problemas que afetam cada um dos institutos – consolidação processual e substancial.

No caso da consolidação processual, vale destacar: (i) o debate sobre os requisitos que a justificam, usualmente, desenvolvido a partir das normas da lei processual sobre litisconsórcio;⁸ (ii) a discussão sobre a possibilidade de determinar a inclusão no polo ativo, ou a exclusão, de certas sociedades integrantes do grupo.⁹

Já no caso da consolidação substancial, ressalta-se a discussão sobre os requisitos próprios para o seu deferimento, distinguindo-se, a esse respeito, as situações em que ela é **voluntária** (ou seja, aprovada pelos credores) daquelas em que é **imperativa** (decidida pelo juiz).¹⁰ Em relação à consolidação substancial voluntária, tema de relevo refere-se à definição da regra aplicável ao quórum para sua aprovação; e, em relação à imperativa, à definição dos requisitos para que o juiz possa aplicá-la, valendo destaque, quanto ao ponto, o debate sobre a incidência, ou não, das mesmas regras aplicáveis às situações de desconsideração da personalidade jurídica, ou de extensão da falência.

Foi no contexto desse processo de evolução doutrinária e jurisprudencial, no curso de quase 15 anos de vigência da lei, que foi editada a Lei nº 14.112/2020. O objetivo da lei foi introduzir, no Direito Positivo, normas que possam disciplinar a matéria, vinculando, portanto, a partir daí, as decisões judiciais a respeito do tema.

7. A título ilustrativo, cf. o caso OAS: TJSP, AI nº 2040940-17.2016.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 31/10/2016. Também, com referência a diversos julgados sobre o tema do litisconsórcio ativo, vale cf. Pereira Calças (2015, p. 467).

8. Cf. Pereira Calças (2015).

9. Sobre o tema, embora cuidando de casos de consolidação substancial, citando julgados do TJSP sobre a matéria, cf. Sacramone (2021, p. 385).

10. Cf. Cerezetti (2015, p. 778 e ss.).

No próximo tópico, passa-se a examinar criticamente os problemas antes identificados em relação a um e a outro instituto, utilizando-se não apenas a experiência brasileira, mas também o Direito norte-americano, para, no capítulo seguinte, analisar-se especificamente as novas normas da LRF, que inauguraram a disciplina do tema no Direito Positivo.

4. Delimitação das principais questões envolvendo a consolidação processual e a substancial

4.1. Consolidação processual

A consolidação processual corresponde ao ajuizamento da recuperação judicial por um conjunto de sociedades integrantes de um grupo societário e a condução, também de forma conjunta, desse procedimento.

Essa modalidade de consolidação não afeta os direitos dos devedores e dos credores. Cada sociedade devedora mantém a sua autonomia, cabendo aos credores exercer os seus respectivos direitos em relação especificamente à sociedade com a qual possui vínculo jurídico. Assim, a despeito de haver o processamento conjunto da recuperação judicial, deve-se respeitar rigorosamente as fronteiras de cada uma das sociedades em relação a seus respectivos credores.

Deve-se respeitar rigorosamente as fronteiras de cada uma das sociedades em relação a seus respectivos credores.

A consolidação processual mantém, portanto, de forma absoluta, a distinção e autonomia entre as sociedades devedoras que ajuízam o pedido. A consolidação ocorre unicamente para fins de administração do procedimento.

É de se observar, porém, que a administração e condução conjunta do processo de recuperação, que decorre da consolidação processual, é relevante não apenas em termos de maior eficiência e de redução dos custos do processo. Ela também pode ser importante do ponto de vista econômico. Isso porque são muito comuns as situações em que a definição de uma solução simultânea e, nesse sentido, conjunta, para a crise das sociedades do grupo oferece inegáveis vantagens, derivadas sobretudo de os credores disporem do quadro completo, em vista da sempre presente interligação, em algum grau, entre as sociedades integrantes do grupo. Há casos, ainda, em que a solução conjunta será mesmo necessária, na medida em que credores, muitas vezes comuns a diversas das sociedades, não concordariam em aprovar o plano de uma das sociedades, sem a certeza de que o mesmo ocorreria em relação a outra.

No Brasil, a consolidação processual foi admitida pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo, a partir da aplicação das regras sobre litisconsórcio, constantes da lei processual. Essa circunstância está bem evidenciada em artigo de Pereira Calças (2015), que, ao analisar a jurisprudência das câmaras especializadas do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), conclui pela admissão do ajuizamento conjunto de recuperação judicial por sociedades integrantes de grupos de fato ou de direito, com fundamento nas regras sobre litisconsórcio, estatuídas no art. 46 do Código de Processo Civil, de 1973 (que correspondem ao art. 113 do Código vigente).

Assim, preenchidos os requisitos do litisconsórcio ativo, da lei processual, passou-se a admitir, de forma ampla, a consolidação processual no Brasil, ou seja, o ajuizamento do processo de recuperação judicial por um conjunto de sociedades integrantes de um grupo, bem como o seu desenvolvimento de forma coordenada e simultânea. A análise dos requisitos para a consolidação processual não envolve maior dificuldade, como se depreende da jurisprudência, bastando a verificação

de que se cuida de sociedades integrantes de um mesmo grupo societário, de fato ou de direito, para concluir-se pela viabilidade do litisconsórcio ativo.

Um tema que gera maior controvérsia, porém, refere-se à possibilidade de o juiz, de ofício ou a pedido de credores, determinar que uma sociedade do grupo, que não ajuizou o pedido de recuperação judicial, seja chamada a integrar o procedimento. Durante as discussões sobre as propostas de mudança da lei falimentar, que antecederam a Lei nº 14.112/2020, cogitou-se da inclusão de dispositivo que estabelecia, de forma expressa, essa possibilidade, o que acabou, porém, não ocorrendo.

Essa orientação parece correta. A possibilidade de o juiz determinar, contra a vontade da devedora, sua inclusão em processo de recuperação judicial romperia com toda a estrutura e sistemática da lei falimentar no Brasil. No Brasil, não há a possibilidade de o credor pedir a recuperação judicial do devedor. Ao contrário do que ocorre em relação à falência, a iniciativa do pedido de recuperação judicial é privativa do devedor. Isso não significa, porém, que o credor não tenha influência em relação ao tema. Na medida em que o devedor esteja em quadro de inadimplemento, o credor poderá levá-lo a pedir recuperação judicial, ao tomar providências para a cobrança do crédito, por via de processos judiciais, ou mesmo ao pedir que seja decretada a sua falência. Esse é o balanço de poder entre devedor-credor estabelecido pela lei brasileira.

Diante desse quadro, seria incoerente estabelecer uma regra diversa para os grupos societários, como ocorreria caso o juiz, de ofício ou a pedido de credor, pudesse requerer a inclusão no processo de recuperação judicial de uma sociedade que não integrou o pedido. Se, em relação à sociedade isolada, o credor não pode requerer a recuperação judicial do devedor, a mesma regra deve prevalecer no caso de grupos societários, ainda mais ao se cuidar de consolidação processual, cujo pressuposto básico, como se viu, é a manutenção da independência de cada uma das sociedades.

O argumento favorável à possibilidade dessa inclusão forçada residiria na interligação ou na interdependência econômica entre as sociedades do grupo, que determinariam a necessidade de incluir uma sociedade que ficou de fora como condição necessária para se chegar a uma solução adequada para os credores. Mas esse requisito estaria ligado aos casos em que se deveria determinar a consolidação substancial, e não processual. Ou às situações em que, no caso de falência, esta poderia ser estendida a outras sociedades.

Ocorre que, no início do procedimento, quando se deveria cuidar da inclusão, ou não, de uma sociedade ao procedimento, dificilmente, seria possível aferir a presença, ou não, dos requisitos próprios da consolidação substancial; ou, ainda, daqueles que seriam necessários para a aplicação da construção jurisprudencial baseada na extensão da falência. Dificilmente o juiz, no início do procedimento, teria condições de avaliar de forma adequada o tema. Ainda, a se considerar o fato de que os credores específicos da sociedade, cuja inclusão no procedimento seria pretendida, deveriam ser necessariamente ouvidos, em observância ao contraditório.

Por esses fatores, não parece justificável atribuir a alguém, que não é credor da sociedade que ficou de fora do pedido de recuperação judicial, o direito de requerer sua inclusão no processo, com base em argumentos de desconsideração da personalidade jurídica, de consolidação substancial, ou de extensão da falência. Esses pedidos devem ser deduzidos pela via própria. Se o credor obtiver decisão favorável a imputar responsabilidade pelo seu crédito a outra sociedade do grupo, poderá mover as ações próprias, ou requerer sua falência, levando-a, portanto, à recuperação judicial.

Se fosse admitido que alguém, que não é credor da sociedade, pudesse pleitear sua inclusão no litisconsórcio próprio à consolidação processual, esses requisitos legais relevantes (desconsideração da personalidade jurídica, consolidação

substancial ou extensão da falência), que no geral exigem instrução probatória, seriam ignorados, em detrimento da sociedade devedora e dos seus credores específicos.

Esse quadro geraria, ademais, grande incerteza e instabilidade em relação aos grupos societários. Afinal, o mero fato de estar pendente de decisão judicial a inclusão, ou não, de uma sociedade integrante do grupo em pedido de recuperação judicial formulado por outras sociedades, poderia, por si só, deflagrar uma crise, colocando em risco a continuidade de sua atividade.

Assim, a decisão do legislador, ao não incluir na Lei nº 14.112/2020, a possibilidade de o credor requerer a inclusão de outras sociedades do grupo em pedidos de recuperação apresentados em consolidação (neste caso, seja processual, seja substancial) parece correta e coerente com o sistema da lei brasileira. O juiz pode indeferir o processamento de pedidos de recuperação inadequados, inclusive, com fundamento na irregularidade da formação do polo ativo; pode também determinar a extensão da falência a outras sociedades, conforme construção jurisprudencial. Não pode, porém, contra a vontade do devedor, determinar sua inclusão forçada em procedimento de recuperação judicial.¹¹ Essa regra aplica-se ao devedor isolado, como também aos grupos societários, derivando de justificativas de natureza jurídica e econômica relevantes, antes apontadas.

4.2. Consolidação substancial

A consolidação substancial implica a superação da autonomia e independência das sociedades integrantes do grupo, de modo a estabelecer a aprovação de um plano de recuperação unitário, aprovado pelo conjunto dos credores, sem a respectiva segregação por cada uma das sociedades. Em relação aos credores, tudo se passa como

se o grupo de sociedades representasse uma única empresa.

A principal diferença em relação à consolidação processual está, portanto, no fato de que a substancial requer uma modificação da regra de independência das sociedades, que vigora, ao menos nos grupos de fato, segundo a lei brasileira, antes do pedido de recuperação judicial. Trata-se de, no momento da crise, ou mais especificamente, da recuperação judicial, reconhecer que o grupo de sociedades representa uma realidade econômica unitária, o que justifica a superação da absoluta independência de seus integrantes para adotar-se um tratamento unificado, que privilegia o vetor da **unidade empresarial** sobre o da **pluralidade jurídica**.

Observa-se na doutrina brasileira o entendimento de que a consolidação substancial deve ser excepcional.

Essa orientação é justificável, sobretudo quando se toma em conta a realidade econômica e empresarial de diversos grupos societários. É frequente a verificação de que os grupos têm como característica a forte e íntima interligação entre as sociedades que o compõem (v.g., por meio de contratos de financiamento comuns, de contratos *intercompany*, de garantias cruzadas, de atividades complementares, etc.), tornando difícil, ou impossível, buscar uma solução para a crise que não seja baseada na consideração do problema de forma abrangente e unificada.

Observa-se na doutrina norte-americana, e também brasileira, o entendimento de que a consolidação substancial deve ser excepcional e aplicada apenas nas hipóteses em que estiverem presentes requisitos rigorosos, similares aos da desconsideração da personalidade jurídica.¹² Assim, por exemplo,

¹¹. Sobre o tema, com citação de julgados do TJSP, cf. Sacramone (2021, p. 385).

¹². Na doutrina norte-americana, cf. Graulich (2006, p. 527); na brasileira, cf. Cerezetti (2015, p. 785).

somente se justificaria a consolidação substancial se as sociedades integrantes do grupo, no exercício de suas atividades, tivessem praticado atos que implicassem a necessária desconsideração das respectivas personalidades, de modo a imputar-se a outras sociedades do grupo as obrigações contratadas por uma delas.

Essa abordagem, porém, quando aplicada sem ajustes para o momento da crise da empresa, ao se cuidar da consolidação substancial, parece ser excessivamente reducionista, limitando a adoção de soluções adequadas para o problema. É que, mesmo em situações em que não haja abusos ou atos de confusão patrimonial, requisitos da teoria da desconsideração (art. 50, CC), pode ser justificável a consolidação substancial, por constituir a única forma de dar solução adequada para uma crise que abrange um grupo de sociedades altamente interligado ou concentrado.

Vale dizer, a mera transposição da teoria da desconsideração para a regulação jurídica da crise dos grupos não parece suficiente para endereçar respostas adequadas ao problema. Há situações em que, mesmo não havendo elementos para determinar a desconsideração das personalidades jurídicas do grupo, seria justificável a consolidação substancial, como única forma de oferecer solução adequada para a crise. Seria o caso de aplicar a consolidação substancial, portanto, sem que houvesse o requisito da disfunção da personalidade jurídica, próprio da teoria da desconsideração.

Nessa linha, é imperioso encontrar os requisitos próprios para a aplicação da consolidação substancial, que deveriam ser mais amplos do que os da teoria da desconsideração.

Tais requisitos devem levar em conta fatores que evidenciem: (i) a existência de forte interligação e interdependência econômica e financeira entre as sociedades do grupo; (ii) a necessidade de adotar abordagem unitária para a crise, para buscar-se soluções que se mostrem efetivas e adequadas; e (iii) a ausência de prejuízo, ou a existência de benefícios,

aos credores, em decorrência da eliminação do respeito absoluto à independência de cada sociedade.

Em suma, a consolidação substancial implicará sempre, em alguma extensão, a relativização da independência das sociedades integrantes do grupo, de modo a privilegiar o vetor unidade empresarial, mas sem descuidar da necessidade de não se desviar excessivamente das regras vigentes *ex ante*, que definem a independência das sociedades, como ocorre, por exemplo, no caso dos grupos de fato. Esse equilíbrio, ou balanço, somente pode ser dado a partir da jurisprudência, ao aplicar, nos casos concretos, as diretrizes e as salvaguardas indicadas pela doutrina, ou pela lei, como ocorre, agora, no caso brasileiro.

É interessante observar que a análise do tema nos Estados Unidos seguiu basicamente essa orientação. Há uma parte relevante da doutrina norte-americana que defende a aplicação excepcional, com raridade, da consolidação substancial, como se viu. Há uma visão crítica da adoção da consolidação substancial, justamente porque representaria um desvio excessivo das regras que prevalecem *ex ante*, segundo as quais prevalece a absoluta autonomia das sociedades integrantes do grupo. Assim, a consolidação substancial ficaria restrita aos casos de patologia.

Apesar dessa visão, a verdade é que a prática norte-americana tem demonstrado que a jurisprudência aplica a consolidação substancial, nos casos envolvendo *Chapter 11* de grandes grupos empresariais, com frequência muito superior ao que seria esperado, se ficasse reservada para os casos patológicos.¹³ A evolução da jurisprudência sobre a matéria, calcada sobretudo nos casos *Auto-train*, *Augie-Restivo* e *Owens-Corning*, foi no sentido de estabelecer determinados requisitos para a aplicação da consolidação substancial.

Embora haja analogia com os requisitos da teoria da desconsideração, aqueles apontados pela

13. Cf. Widen (2007, p. 237).

jurisprudência como suficientes para a incidência da consolidação substancial não são os mesmos. Isso decorre de que, conforme bem observado por Brasher (2006), a aplicação da teoria da desconsideração em relação a sociedades que não se encontram em crise aparece como um remédio do **credor contra o acionista**, ao passo que a consolidação substancial, no momento de crise da empresa, aparece como um remédio que envolve a relação de **credores quanto a outros credores**.

Daí ser possível afirmar que, na jurisprudência norte-americana, embora haja inegável analogia entre os institutos, há clara distinção entre os requisitos próprios da teoria da desconsideração, aplicável para devedor que não se encontra em crise, e os requisitos para a incidência da consolidação substancial, no caso de *Chapter 11* envolvendo grupos societários. Esses requisitos, na evolução da jurisprudência, procuram equilibrar o respeito à autonomia de cada sociedade com o interesse da coletividade na aplicação de um plano unitário, decidido por todos os credores indistintamente, para a solução da crise.

Mais recentemente as decisões judiciais passaram a examinar os requisitos da consolidação substancial, diferenciando-a da processual.

Há, portanto, um *check list*, ou um *balacing test*, para a aplicação, ou não, da consolidação substancial. De forma singela e resumida, pode-se apontar que, no caso *Auto-train*, entendeu-se ser possível a consolidação se: (i) ficar provada a identidade substancial entre as sociedades; (ii) for demonstrado que a consolidação trará algum benefício ou evitará algum prejuízo; e (iii) se o credor não provar que confiou na separação da personalidade jurídica ao contratar com a sociedade, requisito esse que pode ser superado, se ficar comprovado que os

benefícios da consolidação superam os prejuízos que seriam decorrentes desse fato.

Em *Augie-Restivo*, entendeu-se que os requisitos para a consolidação seriam: (i) a demonstração de que os credores negociaram com as sociedades como um grupo, e não como entidades separadas; ou (ii) a comprovação de que os negócios do grupo são tão emaranhados ou interligados que a consolidação beneficiaria a coletividade de credores.

Finalmente, em *Owens-Corning*, de forma ligeiramente diversa de *Augie-Restivo*, considerou-se possível a consolidação se: (i) evidenciar-se que os credores, antes do pedido, desconsideravam a separação entre sociedades para negociar com o grupo; ou (ii) depois do pedido, que os ativos e passivos dos devedores são tão embaralhados que sua separação **prejudicaria** os credores.¹⁴

Como se viu, a jurisprudência brasileira, embora não se possa depreender dela uma orientação sistemática dominante, vinha caminhando em sentido semelhante. No início, como demonstram Cerezetti e Satiro (2016), a consolidação substancial quase que decorria automaticamente, sem decisão clara a seu respeito, da admissão da consolidação processual na etapa preliminar do processo.

Mais recentemente, porém, as decisões judiciais passaram a examinar especificamente os requisitos da consolidação substancial, diferenciando-a da processual. E distinguiram a consolidação substancial **voluntária**, ou seja, deliberada pelos credores, da **compulsória**, imposta pelo juiz, independentemente da vontade dos devedores ou dos credores,¹⁵ ante a presença de determinados requisitos.

A título ilustrativo, no caso da OAS, o TJSP observou:

“Tendo sido reconhecida a integração das agravadas em parte do grupo empresarial que enfrenta crise econômico-financeira (incluindo suas causas) e reconhecida a interligação entre as empresas,

¹⁴. Cf. Widen (2007, p. 248-251); Brasher (2006, p. 8-12); Graulich (2006, p. 542-553).

¹⁵. Fazendo referência à jurisprudência, cf. Sacramone (2021, p. 384-385).

configurando verdadeiro e intransponível entrelaçamento negocial, é inviável a apresentação de planos separados ante a impossibilidade de se delimitar as responsabilidades individuais de cada devedora diante da pleora de credores”.¹⁶

No caso da Eneva, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, observou que

“a unificação dos planos de recuperação, ao que tudo indica, não tem o condão de causar prejuízo aos credores, muito menos dificulta a análise da viabilidade econômica das agravantes”.¹⁷

Esse era o quadro da evolução da consolidação substancial na doutrina e na jurisprudência, quando da edição da Lei nº 14.112/2020, que veio a estabelecer no Direito Positivo brasileiro uma disciplina específica, de que se cuidará adiante.

5. A disciplina da consolidação processual e da substancial na Lei nº 14.112/2020

A inclusão da disciplina da consolidação processual e substancial na lei falimentar, promovida pela Lei nº 14.112/2020, teve por objetivo estabelecer guias e balizas para a aplicação desses institutos pela jurisprudência, reduzindo a incerteza e a insegurança presentes sobre o tema.

Embora o objetivo seja louvável, cumpre ressaltar a dificuldade em estabelecer uma disciplina legal sobre a matéria, na medida em que ela sempre deverá se valer de cláusulas abertas e indeterminadas, cujo conteúdo específico deverá ser fruto da indispensável evolução jurisprudencial ao examinar os casos concretos. Isso porque a riqueza e a multiplicidade das características dos casos concretos dificilmente poderiam ser capturadas em uma norma legal que não fosse aberta. Uma demonstração eloquente disso, aliás, está no fato de que, ao tempo em que a lei foi aprovada, a evolução da

jurisprudência, antes examinada, já vinha no caminho que agora, em muitos aspectos, foi consagrado pelo legislador.

Inicialmente, vale observar ser positivo que esteja clara na lei, agora, a distinção entre consolidação processual e consolidação substancial (arts. 69-G, 69-I e 69-J), na linha destacada nos tópicos anteriores.

Quanto à consolidação processual, a lei estabelece como único requisito para sua admissão o fato de as sociedades integrarem “grupo sob controle societário comum” (art. 69-G). Embora essa seja uma expressão que não corresponde exatamente aos termos utilizados pelo CC ou pela Lei das S.A., deve-se interpretá-la a partir do conceito de controle constante desses diplomas legais. Assim, sempre que houver um grupo de sociedades que esteja sob o controle comum de uma mesma pessoa, conforme conceito estabelecido nos arts. 116 e 243, § 2º, da Lei das S.A., ou no art. 1.098 do CC, poderão ingressar conjuntamente com pedido de recuperação judicial.

A lei estabelece, claramente, que a consolidação processual garante a independência de cada uma das sociedades do grupo, envolvendo, apenas, a coordenação dos atos processuais. Isso significa que os atos processuais podem ser realizados de forma conjunta, garantindo-se economia das formas e das providências, bem como a simultaneidade, que, como se viu, pode ser relevante para a busca de solução para a crise do grupo.

Essa coordenação ou simultaneidade jamais pode afetar, porém, a independência das sociedades. Assim, cada sociedade deve possuir sua lista própria de credores, deve ficar sujeita a um prazo de *stay period*, deve ter seu plano de recuperação examinado e votado em assembleia própria, reunindo apenas os seus credores específicos; ainda, algumas sociedades podem ter seu plano aprovado e outras, sua falência decretada (art. 69-I, §§ 2º a 5º). Nada impede, porém, a coordenação e a prática

¹⁶. TJSP, AI nº 2094999-86.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 31/8/2015.

¹⁷. TJRJ, AI nº 0003950-90/2015.8.19.0000, Rel. Des. Moreira da Silva, j. em 17/3/2015.

simultânea de atos, desde que a independência de cada sociedade não seja prejudicada, como, por exemplo, com a apresentação de plano de recuperação único, mas a ser examinado e votado de forma separada pelos credores de cada sociedade (art. 69-I, § 1º).

Ao cuidar do tema, como antes observado, a Lei nº 14.112/2020 não incluiu norma para estabelecer a possibilidade de o juiz determinar a inclusão compulsória de uma sociedade do grupo no processo de recuperação judicial, requerido em consolidação processual. O silêncio do legislador tem, no caso, significado sobretudo quando se tem em conta que se chegou a cogitar de incluir uma norma a esse respeito, durante os debates para a elaboração da reforma.

Assim, pelas razões expostas em tópico anterior, a regra aplicável ao devedor isolado também deve ser aplicada no caso de grupo de sociedades. A decisão de ingressar, ou não, em recuperação judicial é exclusiva do devedor. Não pode o credor, ou o juiz, determinar que o devedor apresente pedido de recuperação judicial. Poderá o juiz, sim, se considerar que determinado pedido de recuperação não é adequado, no que respeita à formação do seu polo ativo, indeferir o respectivo processamento, mas jamais compelir uma outra sociedade a participar do processo.

Com respeito à consolidação substancial, vale observar, inicialmente, que a lei não estabeleceu distinção entre a **voluntária**, ou seja, deliberada pelos próprios credores, e a **compulsória**, ou seja, decidida pelo juiz. Ela trata exclusivamente da consolidação compulsória, como se infere do *caput* do seu art. 69-J, que inicia com a expressão “O juiz poderá [...]”.

Nada obstante, parece claro que a lei não excluiu a possibilidade da consolidação substancial **voluntária**, ou seja, que decorre de uma deliberação prévia nesse sentido dos credores, segundo o quórum do art. 45 da LRF, verificado em relação a cada uma das sociedades de forma separada. Afinal, se o

quórum de aprovação observa a independência de cada pessoa jurídica, a aprovação de que seja examinado um plano unitário nada mais representa do que a vontade dos credores de aprovar um plano de recuperação com determinado conteúdo, que parte de uma visão consolidada das sociedades do grupo.

A lei andou bem ao delinear as características da consolidação substancial.

Numa palavra, a consolidação substancial **voluntária** corresponde ao exercício do direito dos credores de determinar o conteúdo econômico e as características do plano de recuperação. Teria sido interessante, de toda forma, que a lei, ao cuidar da consolidação substancial, tivesse estabelecido essa distinção, que hoje deriva da doutrina e da jurisprudência.

A lei andou bem, ainda, ao delinear as características da consolidação substancial. Está claro que ela envolve o tratamento do grupo societário como uma única empresa, sem se considerarem as fronteiras de cada personalidade jurídica; assim, o plano de recuperação deverá considerar o conjunto de ativos e passivos de todas as sociedades do grupo e ser votado pelo conjunto de credores, sem divisão com base nas diferentes personalidades jurídicas (arts. 69-K e 69-L). Também coerente com essa ideia é a regra de que, no plano consolidado, devem ser eliminados os créditos e as garantias detidos por uma sociedade em relação a outra sociedade do grupo (art. 69-K, § 1º).

É objeto de maior indagação jurídica, porém, a definição dos critérios para determinar a consolidação substancial.

O art. 69-J estabelece que ela poderá ser deferida pelo juiz “de forma excepcional”. A expressão acrescenta pouco. Importa é a presença, ou não,

dos requisitos para a consolidação estabelecidos logo a seguir. Se a aplicação desses requisitos levar a uma incidência mais ou menos frequente da consolidação substancial, isso dependerá da conformação dos grupos societários na realidade econômica. E, como se viu, a forte interligação entre as sociedades do grupo e a presença dos demais requisitos pode ser mais frequente do que inicialmente se consideraria, como bem o demonstram as experiências norte-americana e brasileira, em relação a recuperações judiciais que envolvem grandes grupos empresariais, de que antes se cuidou.

Em seguida, a lei estabelece que a consolidação substancial pode ser deferida se referir-se aos devedores integrantes de um “mesmo grupo econômico” (art. 69-J). Essa expressão é mais abrangente do que “grupo sob controle societário comum”, empregada em relação à consolidação processual. Logo em seguida, porém, o mesmo dispositivo completa com sociedades “que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual”. Ou seja, como não poderia deixar de ser, somente pode haver consolidação substancial se houver a processual, ainda que o contrário não seja verdadeiro. Assim, ao final, o requisito para a consolidação substancial será necessariamente aquele que decorre da definição mais restritiva, empregada em relação à consolidação processual, qual seja “sociedades sob controle societário comum”.

A partir daí a lei estabelece os critérios materiais para a consolidação substancial: (i) a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, duas das seguintes hipóteses: (ii) existência de garantias cruzadas, (iii) relação de controle ou dependência, (iv) identidade parcial ou total de quadro societário e (v) atuação conjunta no mercado.

Neste ponto, vale a crítica de que a lei adotou orientação menos adequada do que a que vinha

sendo desenvolvida pela jurisprudência. A lei utilizou conceitos excessivamente vagos, utilizou um critério cumulativo de requisitos que não faz sentido lógico e baseou-se em elementos que parecem irrelevantes ou dispensáveis.

Primeiro, não se consegue compreender bem o critério de aplicação cumulativa dos requisitos. Qual a lógica de se definir que, além do requisito previsto no *caput*, seria necessária a verificação de, no mínimo, dois outros, previstos nos incisos? Por que não um outro, ou todos cumulativamente? Por que dois? Difícil de encontrar uma explicação lógica. Além disso, o requisito do *caput* é de tal ordem abrangente e rigoroso, que tornaria dispensável a identificação de quaisquer dos demais.

Segundo, a interpretação do requisito mais relevante, cuja presença é sempre necessária, nos termos do art. 69-J, *caput*, apresenta inúmeras dificuldades. A lei alude à “interconexão” e à “confusão”, envolvendo “ativos e passivos dos devedores”. Ocorre que o conceito de **interconexão** é distinto do de **confusão**. Interconexão significa ligação, a existência de vínculos, que podem ser mais ou menos intensos, entre os devedores. Já a confusão significa um passo além em relação à interconexão. Trata-se de uma sociedade do grupo utilizar, como se fosse próprio, um ativo de outra, ou assumir, como própria, uma obrigação contratada por diversa sociedade. Somente nesse caso haveria “confusão”, algo que é desnecessário para identificar a “interconexão”.

Nesse sentido, como interpretar a conjunção “e”, empregada pelo dispositivo? Seria necessário que houvesse interconexão e confusão para a consolidação substancial. Ou seria melhor interpretar que as hipóteses seriam alternativas, ou seja, “interconexão” ou “confusão”? Parece que a segunda hipótese de interpretação é a mais adequada, sob pena de concluir-se que a lei conteria palavras inúteis. Afinal, se a ideia fosse que houvesse “interconexão” e “confusão”, a palavra “interconexão” seria desnecessária, já que o conceito de “confusão”

seria mais restritivo. Ou seja, bastaria a lei dizer que a consolidação substancial teria como requisito a existência de “confusão”, um critério mais rigoroso e restritivo que o de “interconexão”. Ao aludir a “interconexão”, a lei referiu-se a uma realidade diversa e alternativa à confusão, que pode justificar a consolidação.

Essa interpretação, ademais, é coerente com a ideia de que os requisitos para a consolidação substancial, embora análogos, não se confundem com aqueles aplicáveis para a desconsideração da personalidade jurídica, esta sim baseada no **abuso** da personalidade ou na **confusão** patrimonial (art. 50, CC).

Mais difícil, porém, é estabelecer o sentido da norma legal ao condicionar a consolidação à verificação de que “não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos”. Uma interpretação literal levaria a uma conclusão incompatível com a finalidade da lei ao disciplinar a consolidação substancial. A identificação da titularidade dos ativos e dos passivos, no caso de um grupo de sociedades, em geral, não é difícil de ser estabelecida. As regras sobre direito de propriedade são claras, de modo que a titularidade de um ativo por uma sociedade do grupo, em geral, não é difícil de ser determinada. Da mesma forma, não costuma ser difícil estabelecer qual sociedade do grupo contratou esta ou aquela obrigação.

A dificuldade, relevante para a matéria, não está na identificação das “titularidades”, mas sim na verificação de que, em virtude do modo de atuação do grupo, os vínculos contratuais estabelecidos entre os seus integrantes e com terceiros são de tal ordem interconectados ou imbricados, que o seu tratamento de forma segregada no plano dependeria do dispêndio de esforços e recursos dissonantes de uma solução adequada para a crise da empresa.

Assim, defende-se que a interpretação adequada do *caput* do art. 69-J deve ser na linha do critério estabelecido pela jurisprudência norte-americana

e que vinha ganhando espaço na experiência brasileira. Vale dizer, **cabe a consolidação substancial quando se verificar que a segregação dos ativos e passivos, no plano, em relação a cada uma das sociedades, geraria custos e esforços excessivos, que não trariam nenhum benefício aos credores e não favoreceriam a busca de uma solução coletiva superior para todos.**

Quanto aos demais requisitos, previstos nos incisos I a IV, vale ressaltar que ou são repetitivos ou de fácil verificação, sendo certo que estão presentes na quase totalidade dos grupos societários.

A identificação da titularidade dos ativos e dos passivos, no caso de grupo de sociedades, não é difícil de ser estabelecida.

De fato, o inciso II e o inciso III, ao cuidarem, respectivamente, da relação de controle ou dependência e da identidade total ou parcial de quadro societário são repetitivos e desnecessários. É que o *caput* do art. 69-J estabelece que a consolidação substancial somente pode ser requerida por sociedades em consolidação processual, ou seja, que estejam sob controle comum. Logo, sempre haverá “relação de controle ou dependência” e “identidade”, ainda que parcial, de sócios.

O inciso I – existência de garantias cruzadas – é um dos exemplos de interconexão entre as sociedades, sendo, em geral, muito frequente na realidade brasileira.

E o inciso IV – atuação conjunta no mercado – é algo praticamente inerente à atuação do grupo societário na realidade. Algum nível de coordenação de atividades sempre será observado em todo e qualquer grupo societário.

Assim, melhor seria se a lei tivesse apresentado um rol exemplificativo de situações que indicariam a presença do requisito necessário para a

consolidação substancial, previsto no *caput*. Ou, ainda, que tivesse trazido um rol exemplificativo de requisitos a serem verificados para o deferimento da consolidação substancial, na linha da jurisprudência norte-americana. Um *check list*, ou um *balancing test*.

Nesse sentido, faz falta a indicação na lei de um requisito que tem sido muito realçado na realidade norte-americana, e que tem forte relação com a finalidade do instituto da recuperação judicial. Trata-se de verificar se a consolidação substancial, derivada do plano unitário, causaria, ou não, prejuízo a uma categoria de credores. Ou seja, se ficar demonstrado que o plano consolidado não causa prejuízo a certos credores (comparado a um plano que decorreria da segregação das sociedades) e que, por outro lado, traz benefícios ao conjunto deles, isso seria um fator para determinar a sua aceitação.

A esse respeito, no caso da OAS, antes citado, é interessante verificar que o plano, embora em consolidação substancial, ao definir o tratamento dos credores, estabeleceu as diferenças com base nas especificidades patrimoniais de cada sociedade com as quais contrataram. Nessa linha, seria possível argumentar que a consolidação do plano não teria prejudicado nenhum credor naquele caso, se comparada com o quadro que se verificaria caso estivesse baseado na segregação das sociedades.

Dada a amplitude, vagueza e indeterminação dos conceitos empregados no *caput* do art. 69-J, não se tem dúvida em afirmar que o papel da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência continuará a ser fundamental para conferir segurança e estabilidade quanto ao tratamento dessa matéria.

6. Síntese conclusiva

A consolidação processual e a substancial, agora positivadas no Direito brasileiro, são institutos que visam a lidar com o fenômeno da crise dos grupos

societários. Algo de fundamental importância, dada a verificação de que, na economia contemporânea, os grupos correspondem à principal técnica jurídica de organização da empresa.

A regulação jurídica da crise dos grupos merece uma abordagem própria, capaz de lidar com todas as múltiplas dimensões dessa realidade, que se diferencia daquela que é objeto de figuras jurídicas análogas, como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Esta não se preocupa com a crise do grupo empresarial, mas com o uso patológico do princípio da responsabilidade limitada pelas pessoas em geral.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, nos últimos anos, observaram destacada evolução a respeito do tema, vindo a delinear, cada vez com mais clareza, as características de cada um desses institutos. A nova lei vem consagrar algumas das diretrizes hauridas dessa evolução e, nesse sentido, deve contribuir para conferir maior estabilidade e segurança ao sistema.

Por outro lado, sobretudo no que diz respeito à definição de requisitos para a consolidação substancial, a nova lei merece críticas, na medida em que procurou estabelecer critérios vagos, imprecisos e dissonantes do que se tem verificado na experiência brasileira e no Direito Comparado, notadamente no norte-americano. Nesse campo, especialmente, caberá à doutrina e à jurisprudência definirem o sentido e o alcance das normas introduzidas na lei falimentar, de forma compatível com as finalidades que determinaram a criação do instituto da recuperação.

Este trabalho, ao procurar enquadrar os institutos da consolidação sob uma lógica sistemática geral, ao examinar a experiência brasileira e a norte-americana e, ainda, ao tratar dos dispositivos recentemente incluídos no Direito Falimentar, espera oferecer a sua contribuição para a necessária, e esperada, evolução dos estudos a respeito do tema. ●

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*. Coimbra: Almedina, 2002.
- BRASHER, A. *Substantive Consolidation: a Critical Examination*. 2006. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2006_Brasher.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.
- BUSSEL, D. Corporate Governance, Bankruptcy Waivers, and Consolidation in Bankruptcy. *Emory Bankruptcy Developments Journal*, v. 36, 2020.
- CEREZETTI, S. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: o Indispensável Encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. In: YARSHELL, F.; PEREIRA, G. *Processo Societário*. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- CEREZETTI, S.; SATIRO, F. A Silenciosa “Consolidação” da Consolidação Substancial. *Revista do Advogado*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais. Acesso em: 10 abr. 2021.
- COMPARATO, F. K. Grupo Societário Fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador. In: *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- GRAULICH, T. Substantive Consolidation – A Post Modern Trend. *ABI Law Review*, v. 14, 2006.
- MUNHOZ, E. S. *A empresa contemporânea e direito societário – poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MUNHOZ, E. S. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 134, 2004.
- PAULUS, C. Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches. *Texas International Law Journal*, v. 42, 2007.
- PEREIRA CALÇAS, M. Reflexões sobre o Litisconsórcio Ativo entre Empresas Componentes de Grupo Econômico na Recuperação Judicial. In: YARSHELL, F.; PEREIRA, G. *Processo Societário*. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- SACRAMONE, M. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- TATELBAUM. The Multi-Tiered Corporate Bankruptcy and Substantive Consolidation – Do Creditors Lose Rights and Protection? *Com. Law Journal*, v. 89, 1984.
- WIDEN, W. Corporate Form and Substantive Consolidation. *The George Washington Law Review*, v. 75, 2007.



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. ●



Insolvência transnacional e a cooperação jurídica internacional.



**ERONIDES APARECIDO
RODRIGUES DOS SANTOS**

Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutorando em Direito pela Uninove.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. Sistemas de competência
 3. Lei Modelo da Uncitral
 4. Insolvência transnacional no Brasil
 5. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

A Lei nº 11.101/2005 sofreu profundas alterações com a entrada em vigor, em 24 de janeiro de 2021, da Lei nº 14.112/2020. Destaca-se, como verdadeira novidade, a inserção do Capítulo VI-A, que normatiza, em 25 artigos (arts. 167-A *usque* 167-Y), a insolvência transnacional. O novo capítulo traz de forma detalhada definições sobre o novo instituto, a forma como deve se dar a cooperação e coordenação com autoridades judiciais e administrativas estrangeiras no âmbito do Direito Recuperacional e Falimentar Transnacional, medidas de tutela provisória fundadas na urgência e evidência, a coordenação dos atos processuais quando houver processos concorrentes, como serão tratados e classificados créditos estrangeiros, etc.

A insolvência transnacional, adotada pelo legislador brasileiro, tem como fonte de inspiração o modelo legislativo desenvolvido pela United Nations Commission for the Unification of International Trade Law (Uncitral) ou Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNDUMI). Esse modelo legislativo ou *soft law* foi criado com o objetivo de desenvolver mecanismos de cooperação direta entre juízes e outras autoridades competentes, em casos de insolvência transfronteiriça, e sua adoção pelos Estados não é obrigatória. A opção política de se incorporar a insolvência transnacional no Direito brasileiro decorre da necessidade de se conferir tratamento uniforme para a crise empresarial que alcança empresas com atividade global, cujas relações jurídicas ultrapassam as fronteiras e geram efeitos multijurisdicionais, ou seja, seus efeitos incidem em mais de um ordenamento jurídico e, por isso, demandam a adoção de um conjunto de regras que facilitem o direito de acesso à justiça por meio da colaboração entre os Estados.

Considerando esse novo cenário, o presente artigo examinará quais são e como devem funcionar os principais instrumentos legais postos à

disposição de devedores e credores estrangeiros interessados em obter, no Brasil, tratamento global uniforme para a recuperação da empresa ou para sua liquidação. Para tanto, far-se-á breve exposição sobre os diferentes modelos de competência que podem ser adotados por um país em matéria de insolvência internacional, indicando-se, ao final, qual o modelo que passou a vigor no ordenamento brasileiro. Em seguida, serão expostos os principais mecanismos delineados na Lei Modelo da Uncitral, que vem inspirando as mais modernas legislações sobre falência transnacional do mundo.

Por fim, serão abordados os principais institutos criados pela nova Lei nº 14.112/2020, enfatizando-se quais poderão ser os potenciais benefícios a serem fruídos pelos credores estrangeiros, e quais pontos demandarão maior atenção de nossos tribunais, a fim de que os novos mecanismos de cooperação se revelem, na prática, verdadeiramente eficazes.

2. Sistemas de competência

Dadas as características que permeiam as empresas globais, que possuem bens e ativos espalhados em mais de um país, tornou-se premente o estabelecimento de regras de competência internacional que fossem capazes de harmonizar os múltiplos interesses envolvidos quando se trata de empresas globais, seja através da reestruturação global ou *reorganization*, que implica a revisão profunda de uma empresa com dificuldades econômico-financeiras, com o objetivo de restaurar sua lucratividade e cumprir com sua função social, seja em decorrência da falência ou *bankruptcy*, quando há impossibilidade de seguimento da atividade empresarial, quando então se dará início a liquidação forçada, com apuração do passivo e do ativo da empresa devedora e posterior pagamento aos credores de forma igualitária, considerada a ordem de preferência estabelecida em lei.

A insolvência, nesses casos, suscita questões que envolvem a competência jurisdicional para

melhor conduzir o processo, se vários juízos independentes, nesse caso a reestruturação ou falência surtiriam efeitos apenas no país em que localizada a empresa, privilegiando a competência territorial; se um único juízo com competência para todos os locais onde a empresa possui sede ou bens, adotando-se o sistema de competência universal; ou, então, um juízo principal, onde a empresa possui seu centro de principais interesses e demais juízos secundários, em cooperação com o juízo principal, num sistema misto de competência, também conhecido como universalismo modificado ou territorialismo cooperativo.

A insolvência suscita questões que envolvem a competência jurisdicional para melhor conduzir o processo.

Assim, em matéria de competência jurisdicional para os casos de insolvência transfronteiriça, podemos citar os três principais modelos adotados: (i) o territorialismo, (ii) o universalismo e (iii) o sistema misto. No sistema territorialista, o processo de insolvência é regulamentado apenas por leis locais (CAMPANA FILHO, 2010, p. 104), não podendo ser atingido por leis ou decisões de tribunais estrangeiros. A despeito da proeminência conferida ao Judiciário local (SOUZA JÚNIOR, 2012), o sistema dificulta sobremaneira a ação de credores situados em jurisdições estrangeiras, os quais acabam recebendo tratamento desigual ao concedido aos credores domésticos, em evidente afronta ao princípio da *par conditio creditorum* (TOBLER, 1999, p. 389; MASLIN, 2010, p. 4). O sistema universalista, por sua vez, concebe um juízo falimentar universal, responsável por administrar todos os bens do devedor, independentemente dos países em que se encontrem, e distribuí-los para credores por todo o mundo (ALVES, 2016, p. 20). Embora seja um modelo em tese mais justo, sua implementação prática

é de difícil implementação, haja vista que todos os Estados por onde se espalham os ativos do devedor deveriam adotá-lo em suas legislações internas (RECHSTEINER, 2005).

Como forma de encontrar um meio-termo entre os sistemas territorial e universal, desenvolveu-se um sistema misto de competência (LOPUCKI, 1998-1999). Por esse sistema, o procedimento de insolvência transnacional tramita de forma concorrente em cada país no qual o devedor possua ativos substanciais. No país onde o devedor possui sua sede, ou o centro de seus principais interesses, tramita o procedimento principal, enquanto os procedimentos instaurados nos demais países são considerados secundários ou auxiliares e, por meio deles, poderão ser obtidas provas e arrecadados e liquidados ativos que o devedor possua em tais jurisdições, são pagos os credores locais, e o produto excedente, ao final, é remetido ao foro onde tramita o procedimento principal.

Com a promulgação da Lei nº 14.112/2020, passou a vigor no Brasil o sistema misto de competência, que é mais permeável a decisões e pedidos de cooperação provenientes de tribunais estrangeiros. Com a adoção desse sistema de competência, passamos a integrar o rol de países que oferecem uma tutela jurisdicional mais justa e eficaz aos devedores, credores e administradores judiciais estrangeiros, proporcionando uma melhor administração dos interesses econômicos que permeiam as insolvências, conferindo maior transparência, coordenação dos atos processuais e respeito à *par conditio creditorum*.

3. Lei Modelo da Uncitral

Compreendidas as principais características de cada sistema de competência em matéria de insolvência transnacional, cabe-nos conhecer a fonte de inspiração para trato da insolvência transnacional que vem sendo adotada por diversos países. A insolvência transfronteiriça e o desenvolvimento de

uma lei modelo que pudesse ser adotada por multijurisdições internacionais são fruto dos estudos e profundos debates realizados pela Uncitral, que, em 1997, apresentou a Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional, denominada *soft law* (GABRIEL, 2019, p. 413), que tem como objetivo auxiliar diferentes países a confeccionar, aplicar e interpretar sua legislação interna (UNCITRAL, 2014) sobre insolvência transnacional, sempre respeitando a legislação interna de cada país (SANTOS, 2017, p. 224).

É dentro desse modelo legislativo que se sugere a adoção de um sistema misto de competência, que viabiliza a coexistência de mais de um processo de insolvência, em diferentes jurisdições, relacionado ao mesmo devedor. Esses processos serão conduzidos pelos juízos locais de forma coordenada, em franca cooperação entre múltiplos juízos envolvidos. Os procedimentos serão divididos entre principal e não principal, é criada a figura do representante estrangeiro com atribuição de agir como representante do procedimento estrangeiro, podendo auxiliar na condução do processo de reorganização da empresa, administrar ou liquidar os ativos e negócios do devedor e promover o rateio de pagamento, dentre outras funções.

A inclusão na Lei nº 11.101/2005, promovida pela Lei nº 14.112/2020, do novo Capítulo VI-A, que cria e regulamenta a insolvência transnacional, tendo por inspiração as diretivas da Lei Modelo de Insolvência Transnacional da Uncitral, fornece, ainda, ao sistema de insolvência, um poderoso instrumento de preservação da empresa, nos casos de recuperação judicial, bem como de liquidação dos ativos, em casos de falência, permitindo a utilização e preservação dos bens e o pagamento igualitário dos credores, nacionais e estrangeiros.

Ao normatizar a insolvência transnacional, a nova legislação incorpora os princípios fundamentais previstos no preâmbulo da Lei Modelo, ao dispor que seu propósito consiste em promover: (i) a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de

insolvência transnacional; (ii) o aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento; (iii) a administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor; (iv) a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor; (v) a promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e a preservação de empregos.

4. Insolvência transnacional no Brasil

Posteriormente à exposição dos principais marcos da Lei Modelo, cabe agora examinar as mais relevantes novidades estabelecidas na legislação falimentar brasileira, sobretudo com a finalidade de averiguar quais benefícios as novas regras poderão acarretar aos credores.

O escopo da insolvência transnacional é estimular e facilitar a cooperação e comunicação direta entre juízes e outras autoridades internacionais que intervenham em casos de insolvência, a qual deve se dar da forma mais eficaz possível, sem que haja, contudo, qualquer relação de submissão entre eles (arts. 167-A, inciso I, e 167-P, *caput*).

Sobre esta premissa, a Lei nº 14.112/2020 confere acesso à jurisdição brasileira aos representantes estrangeiros (art. 167-B, inciso IV), legitimando-os a postular perante o juiz brasileiro, podendo, dentre outros, (i) ajuizar pedido de falência do devedor, desde que presentes os requisitos previstos na Lei nº 11.101/2005 e no Código de Processo Civil (CPC), (ii) participar do processo de insolvência do mesmo devedor que esteja em curso no Brasil; e (iii) intervir em qualquer processo de que o devedor seja parte, atendidas as exigências do Direito brasileiro.

Também são salutares outras inovações como, por exemplo, a do art. 167-I, que autoriza a dispensa, pelo juiz, do apostilamento dos documentos obrigatórios redigidos em língua estrangeira, cuja tradução oficial pode ser substituída por tradução

simples para a língua portuguesa, com a ressalva de que o próprio advogado que faz a juntada ou o representante estrangeiro declare a autenticidade do documento e seu conteúdo, sob sua responsabilidade pessoal.

Outra mudança significativa é a garantia expressa de que “os credores estrangeiros têm os mesmos direitos conferidos aos credores nacionais nos processos de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência”, incorporada pelo novo art. 167-G, pois a legislação falimentar transnacional deve ser justa para com os credores estrangeiros (WESTBROOK, 2011, p. 619-620). Igualmente importante é a equiparação do representante estrangeiro, quanto a sua remuneração, ao administrador judicial, exceto quando este for o próprio devedor ou ser representante (§ 1º, inciso II, do art. 167-G).

A isonomia entre os credores, no entanto, é relativizada quando se trata de crédito estrangeiro de natureza tributária e previdenciária, bem como as penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias devidas a Estados estrangeiros, os quais não serão considerados nos processos de recuperação judicial e serão classificados como créditos subordinados nos processos de falência, independentemente de sua classificação nos países em que foram constituídos; da mesma forma os créditos que tiverem correspondência com a classificação prevista na Lei nº 11.101/2005, devendo ser classificados como quirografários.

Ponto importante que confere isonomia aos credores estrangeiros é a concessão dos mesmos direitos que têm os credores nacionais para o exercício do seu direito, tanto que o art. 167-G, §§ 2º e 4º, garante que eles tenham acesso às notificações e às informações dos processos de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência, devendo constar a comunicação do início de um processo de recuperação judicial ou de falência para credores estrangeiros, com as informações sobre providências necessárias para que o credor

possa fazer valer seu direito, inclusive quanto ao prazo para apresentação de habilitação ou de divergência e à necessidade de os credores garantidos habilitarem seus créditos.

Merece destaque, quanto à normatização da insolvência transnacional no Brasil, a intervenção obrigatória do Ministério Público nos casos de insolvência transnacional, seja o processo brasileiro principal ou auxiliar (art. 167-A, § 5º).

A isonomia entre os credores é relativizada quando se trata de crédito estrangeiro de natureza tributária e previdenciária.

A participação do Ministério Público na insolvência transnacional é uma novidade típica da lei brasileira, não sendo prevista na Lei Modelo nem em outros diplomas estrangeiros, mesmo nos mais avançados e eficazes, como o norte-americano. Essa previsão, no entanto, vai ao encontro da missão constitucional que lhe outorgou a Carta Magna de 1988, que, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, lhe incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal (CF)/1988). Nos processos de recuperação de empresas e falência, o Ministério Público atua em defesa do crédito e da justa preocupação com a recuperação de empresas em dificuldades, propondo, sempre que houver desvirtuamento da função social da empresa, medidas que evitem prejuízos à circulação de riquezas, ao crédito popular, ao pleno emprego, em absoluta consonância com os princípios gerais da atividade econômica (art. 170 da CF/1988), cabendo ao Ministério Público, ainda, persecução penal dos crimes falimentares.

Assim, quanto à insolvência transnacional, podemos afirmar que a lei brasileira está à frente das demais legislações.

Em suma, a positivação da insolvência transnacional no Direito brasileiro aumentou a segurança jurídica nos casos de cooperação internacional, podendo-se legitimamente esperar que as jurisdições estrangeiras se tornem ainda mais receptivas aos processos brasileiros que envolvam insolvências transnacionais.

4.1. Procedimento não principal ou secundário

Dentre as principais inovações trazidas com a reforma da Lei nº 11.101/2005, destaca-se a previsão da possibilidade de início de um procedimento de insolvência secundário em território brasileiro, quando – naturalmente – o devedor, cujo processo de insolvência principal tramita no exterior, possuir bens ou estabelecimento no Brasil (arts. 167-C, inciso I, e 167-R), estando ainda presentes os pressupostos legais, em especial os previstos no art. 2º da Lei nº 11.101/2005.¹

Trata-se de hipótese completamente nova ao sistema jurídico pátrio e que certamente surtirá mudanças na forma como os juízos brasileiros passarão a exercer a jurisdição, uma vez que os atos jurisdicionais serão praticados, observada a compatibilidade com a legislação nacional, em consonância com os atos praticados no processo principal, em um ambiente de cooperação e sinergia com as partes estrangeiras, proporcionando a recuperação das empresas transnacionais, quando for o caso, ou então a sua liquidação quando falidas.

Seguindo os ditames da Lei Modelo de Insolvência Transnacional da Uncitral,

“um dos principais objetivos da lei modelo é estabelecer procedimentos simplificados para o reconhecimento de processos estrangeiros

1. “Art. 2º - Esta Lei não se aplica a:

I - empresa pública e sociedade de economia mista;

II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.”

qualificados, que evitem a legalização demorada ou outros processos e forneçam segurança quanto à decisão de reconhecer”.

O legislador pátrio, em boa hora, inseriu na Lei nº 11.101/2005 a possibilidade de o representante estrangeiro de processo principal postular diretamente ao juízo brasileiro (art. 167-F) e apresentar perante a justiça brasileira pedido de reconhecimento de processo estrangeiro (art. 167-H), o qual deverá ser realizado perante o juízo do local do principal estabelecimento do devedor no Brasil (art. 167-D), que remanescerá prevento (art. 167-D, § 1º).

A introdução do procedimento de reconhecimento de processo de insolvência estrangeiro no Direito pátrio coloca o Brasil em consonância com os demais ordenamentos do mundo e, ao mesmo tempo, indica que os princípios que regem os processos de insolvência global não se coadunam com a clássica previsão de homologação de decisões e sentenças estrangeiras, visto que esses processos demandam celeridade e simplicidade (UNITED NATIONS, 2021, p. 35).

Com efeito, é razoável concluir que o novo procedimento de cooperação estabelecido entre as autoridades dos países envolvidos na insolvência transnacional deve permitir que os próprios juízos falimentares reconheçam decisões e ordens provenientes de jurisdições estrangeiras, de modo a se prestigiar os princípios da celeridade e da eficiência, efetivando-se, com isso, o sentido de reciprocidade que deve nortear as relações entre as diferentes jurisdições na insolvência transnacional.²

2. Neste sentido também o posicionamento do professor Marcelo Barbosa Sacramone: “Determinou a Lei 11.101/2005 a observância da competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça para homologação de decisões definitivas estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias para cumprimento de decisões interlocutórias, quando cabível. O procedimento de cooperação estabelecido entre as autoridades dos países envolvidos com a empresa transnacional torna, contudo, possível o reconhecimento pelo próprio juízo, de forma célere e mais eficiente, das medidas promovidas para coordenar os diversos atos em relação aos ativos e à satisfação dos credores. Nesse sentido, o próprio art. 167-F determina o pedido direto pelo representante estrangeiro à autoridade nacional. [...] Tais providências »

4.2. Centro do Interesse Principal

O *Center Of Main Interest* (Comi – Centro do Interesse Principal), quando se refere aos processos de insolvência transnacional, estabelece, no âmbito dos processos de insolvência concorrentes, qual Estado será o responsável pelo processo estrangeiro principal, e, via de consequência, qual ou quais Estados serão responsáveis pelo processo estrangeiro não principal ou processo secundário.

O centro de interesse principal da sociedade empresária é o local onde a devedora administra seus negócios.

Dada a relevância em determinar onde se situa o centro de interesses principais da sociedade empresária para fins de fixação da competência do Estado em conduzir o processo principal de insolvência transnacional, o Regulamento (UE) nº 848/2015, de 20 de maio de 2015, em suas considerações, recomenda que:

“(i) antes de abrir o processo de insolvência, o órgão jurisdicional competente deverá verificar officiosamente se o centro dos interesses principais ou o estabelecimento do devedor se situa de fato na sua área de competência; (ii) ao decidir se o centro dos interesses principais do devedor é cognoscível por terceiros, haverá que ter em especial consideração os credores e a sua percepção quanto ao local em que o devedor administra os seus interesses. [...]”

Poderá ser necessário, em caso de mudança do centro dos interesses principais, informar, em tempo útil, os credores do novo local a partir do qual o

» exigidas de cooperação tornam seu cumprimento por cartas rogatórias ou mesmo sentenças estrangeiras com necessário reconhecimento pelo Tribunal superior como incompatíveis com o procedimento e, por sua própria redação, aplicáveis apenas excepcionalmente, sob pena de os ativos serem dissipados e a crise econômico financeira não poder ser superada, em detrimento de todos” (SACRAMONE, 2021, p. 1.008-1.009).

devedor passou a exercer as suas atividades, por exemplo, chamando a atenção para a mudança de endereço em correspondência comercial ou publicitando o novo local por outros meios adequados. O presente regulamento contém ainda uma série de salvaguardas destinadas a prevenir a seleção do foro fraudulenta ou abusiva, como a de que a presunção de que a sede estatutária, o local de atividade principal e a residência habitual constituem o centro dos interesses principais deverá ser ilidível e o órgão jurisdicional competente de um Estado-membro deverá ponderar cuidadosamente se o centro dos interesses principais do devedor está verdadeiramente situado nesse Estado-membro. No caso de uma sociedade, essa presunção deverá poder ser ilidida se a administração central da sociedade se situar num Estado-membro diferente do da sede estatutária e se uma avaliação global de todos os fatores relevantes permitir concluir, de forma clara por terceiros, que o centro efetivo da administração e supervisão da sociedade e da gestão dos seus interesses se situa nesse outro Estado-membro”.

O centro de interesse principal da sociedade empresária, desta forma, é o local onde a devedora administra seus negócios. Embora a definição do centro de interesse principal seja simples de entender, é preciso cautela na sua fixação, pois nem sempre o Comi de uma empresa é o local onde consta inscrita a sua sede estatutária, e este pressuposto jurídico só pode ser afastado quando, através de dados objetivos, seja identificado que o centro de interesse principal é diverso daquele designado em seus estatutos. Justifica-se esse cuidado em estabelecer de maneira segura o centro principal de interesses como medida de combate ao *forum shopping*, evitando a eleição fraudulenta ou abusiva do juízo universal, impedindo que o devedor altere artificialmente o local do seu centro dos principais interesses e busque uma legislação que lhe seja mais favorável, em prejuízo da estabilidade jurídica dos credores e terceiros (art. 167-J, § 2º), afinal, a

insolvência transfronteiriça somente será previsível se o Comi também for previsível.

4.3. Direito dos credores brasileiros e credores estrangeiros

Uma das grandes complexidades envolvendo o sistema internacional de insolvência e a Lei Modelo da Uncitral está relacionada à ordem de pagamento dos credores listados nos diferentes procedimentos falimentares espalhados pelo mundo. Como exposto anteriormente, a Lei Modelo estabelece igualdade de direitos entre os credores estrangeiros e nacionais, a qual também foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 167-G. Contudo, cada legislação possui previsões distintas sobre o tema. Diante disso, tem-se que no microuniverso de cada procedimento falimentar, seja ele principal ou secundário, haverá uma ordem de preleção que respeite as normas do ordenamento ao qual está inserido (OMAR, 2002, p. 180). Neste contexto, a ordem de classificação dos credores listados no procedimento falimentar secundário brasileiro seguirá aquela prevista no art. 83 da Lei nº 11.101/2005.

Outro problema também decorrente da existência de diferentes ordenamentos e processos falimentares concorrentes está relacionado à utilização prioritária dos ativos do devedor encontrados em determinado procedimento secundário para pagamento dos credores listados naquele procedimento ou para quitação das obrigações do devedor no processo principal. Tal conflito surge a partir das disposições constantes nos arts. 21.2 e 22 da Lei Modelo, recepcionados pela legislação brasileira pelos arts. 167-N, § 1º, e 167-O, que possibilitam a distribuição do ativo do devedor pelo representante estrangeiro, desde que os interesses dos credores estejam adequadamente protegidos (UNITED NATIONS, 2021, p. 69).³

3. "Adequate protection in the context of the MLCBI [Model Law on Cross-Border Insolvency] has been described in one State »

Via de regra, os interesses dos credores do país em que os ativos estão localizados (procedimento secundário) e os demais (procedimento principal) são antagônicos (UNITED NATIONS, 2021, p. 73),⁴ visto que a remessa de valores para o procedimento principal estrangeiro não interessa àqueles listados no procedimento secundário.

Tanto a Lei Modelo⁵ quanto a lei brasileira preveem alguns mecanismos que possibilitam maior igualdade entre os credores estrangeiros e locais, a fim de convergir seus interesses, como a regra prevista no art. 167-X, de que o procedimento principal será encerrado apenas quando finalizados os secundários, e art. 167-Y, que admite a possibilidade de habilitação de crédito em qualquer procedimento secundário ou principal, sendo que nessa hipótese o pagamento deste credor está limitado ao recebimento proporcional pelos seus pares.

Infelizmente, a experiência atual da Lei Modelo da Uncitral (UNITED NATIONS, 2021, p. 69-75) demonstra que estes conflitos de interesses são superados caso a caso, cabendo às cortes dos procedimentos secundários a análise de cumprimento da "proteção adequada" aos credores listados no procedimento local antes de enviar os valores para o procedimento estrangeiro (FERNANDES; ALMEIDA, 2018, p. 85-86). Certamente este ponto trará inúmeras discussões aos juízos falimentares brasileiros e novas soluções surgirão no Judiciário pátrio.

» as embodying three basic principles: '[a)] the just treatment of all holders of claims against the bankruptcy estate; [(b)] the protection of local claimants against prejudice and inconvenience in the processing of claims in the [foreign] proceedings; and [(c)] the distribution of proceeds of the [foreign] estate substantially in accordance with the order prescribed by local law.'

4. "Courts have emphasized the need, in ordering relief under articles 19 and 21, to achieve a balance between the different interests referred to under article 22, paragraph 1, without unduly favouring one group of creditors over another⁸ so that protection can be considered adequate for the purposes of both article 22 and article 21, paragraph 2. In achieving that balance, it has been noted that the interests of creditors and those of the debtor are often antagonistic and achieving the protection of one side may well occasion some expense to the other."

5. Art. 32, Lei Modelo da Uncitral.

4.4. Reconhecimento do processo estrangeiro

Conforme é de conhecimento geral, um dos principais objetivos da Lei Modelo para Insolvência Transnacional é desenvolver procedimentos simplificados para o reconhecimento de processos estrangeiros, evitando fórmulas excessivamente burocráticas e, portanto, demoradas, e, ao mesmo tempo, que confirmam ao juízo a necessária segurança para proceder ao reconhecimento da transnacionalidade da insolvência.

Sendo esse o objetivo, o legislador pátrio, ao reformar a Lei nº 11.101/2005, abriu a possibilidade de o representante estrangeiro de processo principal postular diretamente ao juízo brasileiro (art. 167-F) e apresentar pedido de reconhecimento de processo estrangeiro (art. 167-H), o qual deverá ser realizado perante o juízo do local do principal estabelecimento do devedor no Brasil (art. 167-D), fixando, ainda, regra de prevenção (art. 167-D, § 1º). A possibilidade de reconhecimento de processo de insolvência estrangeiro, ao mesmo tempo que alinha o ordenamento jurídico nacional aos demais ordenamentos do mundo, reconhece que o sistema de homologação de decisões e sentenças estrangeiras, através do *exequatur*, não se adéqua aos princípios que regem o Direito de Insolvência global, em especial os de celeridade e simplicidade (UNITED NATIONS, 2021, p. 35) relativos ao reconhecimento de processos estrangeiros.

É nesse contexto que se deve interpretar o art. 167-A, § 6º, segundo o qual

“na aplicação das disposições deste Capítulo, será observada a competência do Superior Tribunal de Justiça prevista na alínea ‘i’ do inciso I do *caput* do art. 105 da Constituição Federal, quando cabível”.

A ressalva à competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para concessão do *exequatur* não significa, outrossim, que o pedido de reconhecimento do procedimento estrangeiro de insolvência deva ser submetido previamente à homologação perante o STJ. Tal exigência, se fosse aplicável, esvaziaria a

aplicação da nova legislação. Ademais, o pedido de reconhecimento de processo estrangeiro principal de insolvência transnacional traz todo o regramento necessário para que seja apreciado pelo juízo nacional, passando pelo juízo de admissibilidade e, uma vez deferido seu processamento, as medidas a serem executadas serão determinadas pelo juízo brasileiro, não haverá execução de decisão estrangeira, mas sim execução de decisão brasileira, de acordo com a lei nacional respectiva, observado o princípio do devido processo legal.

A legitimação ativa ao representante estrangeiro está definida no art. 167-F e não depende de que qualquer pedido de homologação prévia pelo STJ. Nesse mesmo sentido, o art. 167-H confere poder ao “representante estrangeiro para ajuizar, perante o juiz, pedido de reconhecimento do processo estrangeiro em que atua”.

A interpretação correta do art. 167-A, § 6º, é a de que fica preservada a competência do STJ “quando cabível”, ou seja, toda vez que houver pedido que não esteja de acordo com a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, em especial no capítulo que trata da insolvência transnacional, deve ser submetida a prévia homologação ou concessão de *exequatur*.

Vale destacar que a Uncitral, perseguindo a confecção de modelos legislativos que tornem a insolvência transnacional mais eficiente (UNCITRAL, 2019, p. 3), trabalha na elaboração de uma Lei Modelo sobre Reconhecimento e Execução de Julgamentos Relacionados à Insolvência, a qual tem por objetivo tornar os procedimentos de insolvência transnacionais mais eficientes.

Dentre as diversas disposições previstas nessa Lei Modelo, destaca-se (i) a possibilidade de um representante estrangeiro buscar o reconhecimento e execução de julgamento em sede de defesa ou por vias incidentais, (ii) a limitação de aplicação dos artigos a julgamentos relacionados a processos de insolvência, desde que tenham sido proferidos no início ou após o início do procedimento

de insolvência, (iii) a limitação de reconhecimento e execução de julgamentos relacionados à insolvência somente quando este produzir efeitos e for exequível no seu país de origem e (iv) critérios específicos para o indeferimento de pedido de reconhecimento e execução de julgamento relacionado à insolvência (UNCITRAL, 2019).

Uma vez reconhecido o procedimento principal estrangeiro, salvo prova em contrário (art. 167-U, *caput*), presume-se a insolvência do devedor, sendo que o representante estrangeiro poderá intervir nos processos judiciais que envolvam o devedor (art. 167-F, § 2º, inciso III) e requerer uma série de medidas visando à proteção dos seus bens e ativos e, por decorrência lógica, do interesse dos credores estrangeiros, dentre as quais se destacam, mas nunca limitadas (art. 167-N): (i) a declaração de ineficácia de atos de disposição de bens do ativo não circulante do devedor; (ii) a produção de provas e fornecimento de informações a respeito de bens, direitos, obrigações, responsabilidades e da atividade do devedor no Brasil; (iii) a autorização para que o próprio representante estrangeiro ou a nomeação de terceiro para administrar e/ou liquidar o ativo do devedor no Brasil; (iv) a conversão, em definitiva, de qualquer tutela provisória deferida no curso do procedimento de reconhecimento do processo estrangeiro; e (v) a destinação dos ativos do devedor localizados no Brasil. Tais medidas, deferidas ainda no procedimento de reconhecimento do processo estrangeiro, servem principalmente para garantir a efetividade e já iniciar – dentro do possível – o procedimento de falência no Brasil.

Assim, cumpridos os pressupostos legais da Lei nº 11.101/2005, ou seja, presentes os requisitos legais previstos nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 11.101/2005, e reconhecido o processo estrangeiro principal, o representante estrangeiro, o próprio devedor ou os credores podem requerer a instauração do processo de falência do devedor (arts. 167-F, § 2º, inciso I, e 167-U, parágrafo único), o qual se processará na forma da Lei de Falências

Brasileiras, observadas as especificidades existentes no Capítulo VI-A.

Desta forma, instaurado o processo não principal, seu trâmite obedecerá às normas da Lei nº 11.101/2005 como todo e qualquer processo de recuperação ou falência no Brasil.

4.5. Tutelas provisórias

Após a apresentação do pedido de reconhecimento do processo estrangeiro e, mesmo que ainda não deferido seu processamento, é possível o deferimento de tutelas provisórias fundadas em urgência ou evidência, observados os requisitos dos arts. 294 e ss. do CPC, para a proteção da massa falida ou eficiência da administração dos bens do devedor (art. 167-L). O juiz, no entanto, pode indeferir o pedido de assistência provisória se entender que a medida requerida interferirá na administração do processo principal ou quando a sua concessão possa prejudicar o interesse dos credores, do devedor e de terceiros (art. 167-O).

A interpretação correta do art. 167-A, § 6º, é a de que fica preservada a competência do STJ “quando cabível”.

Uma vez inexistente qualquer ofensa à ordem pública (art. 167-A, § 4º) e cumpridos os requisitos do *caput* do art. 167-J, o processo de insolvência estrangeiro poderá ser reconhecido como principal, quando aberto no país em que o devedor tenha o centro de seus interesses principais, ou não principal, quando aberto em país em que o devedor possua estabelecimento ou bens.

Depois do reconhecimento do processo estrangeiro (art. 167-M), todas as execuções individuais propostas contra o patrimônio do devedor no Brasil serão suspensas, bem como o curso da prescrição de todas as execuções judiciais contra o devedor. Some-se a isso o fato de que serão consideradas

ineficazes todas as transferências, onerações ou operações de disposição de bens do ativo não circulante do devedor quando não autorizadas judicialmente. São efeitos automáticos previstos na lei para preservação dos ativos do devedor em solo brasileiro, necessários para o pagamento dos credores, tanto nacionais como internacionais.

Estes efeitos, no entanto, podem ser modificados, estendidos ou cessados, respeitando-se sempre as disposições da Lei de Falências e Recuperações Judiciais⁶ (art. 167-M, § 1º). Ademais, os credores conservam seu direito de ajuizar e prosseguir processos de conhecimento (judiciais ou arbitrais) e/ou para liquidação de seus direitos, até a fase executiva, que permanecerá suspensa (art. 167-M, § 2º), e estes efeitos automáticos anteriormente expostos só afetarão os credores que não participarem dos procedimentos de insolvência.

4.6. Formas de cooperação

A insolvência transnacional é um dos melhores exemplos de processos cooperativos, dentro daquilo que se convencionou chamar de *Court to Court Cooperation* (CCC), baseado no princípio da cortesia internacional (princípio da *courtoisie* ou *comity*), e é ressaltada no Guide to Enactment of Model Law (Diretrizes para a Implementação da Lei Modelo - UNCITRAL, 2014).⁷

6. A título exemplificativo, a suspensão de todas as execuções contra o devedor cujo processo de recuperação judicial estrangeiro foi reconhecido deve perdurar até o limite legal de 180 dias, prorrogáveis por igual período, conforme estabelecido no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005.

7. "A habilidade das cortes, com o envolvimento apropriado das partes, para comunicar-se 'diretamente' e de requerer informações e assistência 'diretamente' a cortes estrangeiras e aos representantes estrangeiros tem a intenção de evitar o uso dos longos processos tradicionalmente usados, tais como cartas rogatórias. Esta habilidade é crítica quando as cortes consideram que devem agir com urgência. Para enfatizar o caráter cooperativo, flexível e potencialmente urgente, o Estado pode achar útil incluir na promulgação da Lei Modelo uma previsão expressa que autorizaria as cortes, quando envolvidas em casos de comunicação internacional [...], de deixarem de lado formalidades (e.g. comunicação via cortes superiores, cartas rogatórias ou outros) »

A cooperação, a prática de atos processuais concertados, tem por escopo dar efetividade aos objetivos elencados no art. 167-A, e deve se dar na máxima extensão possível em matéria multijurisdicional, devendo ser feita através da comunicação direta com a autoridade estrangeira ou por intermédio do administrador judicial, e se dá independentemente da expedição de carta rogatória. A comunicação direta deve ser a mais ampla e transparente possível, possibilitando a compreensão dos ritos e das medidas que serão adotadas, o que imprime celeridade e eficiência na defesa dos interesses do devedor e credores.

4.7. Encerramento

Para que haja o encerramento do processo principal de insolvência transnacional é necessário que o(s) processo(s) secundários ou não principais tenham exaurido todo o ativo líquido remanescente, pois, sendo o processo principal o responsável pela coordenação dos processos estrangeiros não principais, somente o exaurimento do ativo e pagamento do passivo, no caso de falência, ou o cumprimento do plano de recuperação do devedor autorizam o seu encerramento. Isso implica concluir que os procedimentos não principais, operada uma das hipóteses anteriores, podem ser encerrados sem prejuízo da continuidade do processo principal, desde que neste ainda reste providências a serem tomadas na proteção do devedor ou dos credores.

5. Conclusão

Para enfrentar as limitações impostas pela competência territorial, a Lei Modelo da Uncitral para Insolvência Transnacional sugeriu a adoção da teoria de competência mista, a partir da qual se considera o juízo do local do principal centro

» canais diplomáticos ou consulares) que são incompatíveis com a política norteadora do dispositivo" (UNCITRAL, 2014).

de interesses do devedor como competente para processar procedimentos de insolvência considerados principais, admitindo-se o processamento de procedimentos não principal em outras jurisdições em que o devedor possua bens. Nesse sentido, as alterações que a Lei nº 14.112/2020 introduziu na Lei nº 11.101/2005 definiram o sistema misto de competência em matéria de insolvência transfronteiriça.

As novas mudanças incorporadas pela Lei nº 11.101/2005 a respeito da instauração de procedimento falimentar secundário brasileiro criam novos horizontes para a coordenação e cooperação do processo principal concursal estrangeiro, especialmente pela possibilidade de direto acesso à justiça brasileira pelo representante estrangeiro e de reconhecimento de processo estrangeiro diretamente

pelo juízo brasileiro competente. Assim, cada vez mais será frequente a atuação de representantes estrangeiros no Brasil, viabilizando a cooperação entre as jurisdições internacionais para a defesa dos interesses dos credores estrangeiros e locais do devedor.

Não obstante o longo caminho de entendimento e aplicação do novo instituto que cuida da insolvência transnacional, é possível concluir que a nova lei proporcionou avanços significativos, principalmente em decorrência da cooperação e coordenação dos múltiplos processos do mesmo devedor, no sentido de conferir meios de reorganização de empresas globais em dificuldades e, em casos de falência, a maximização dos ativos, aumentando a expectativa de pagamento aos credores do processo concursal. ●

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência Transnacional e Direito Falimentar Brasileiro. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 74, 2016.
- ARAÚJO, Nadia; SPITZ, Lidia; NORONHA, Carolina. A insolvência transnacional na nova Lei de Falências. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-13/opiniao-insolvencia-transnacional-lei-falencias>.
- CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado*. 2013. Tese (Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013).
- CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. The Legal Framework For Crossborder Insolvency In Brasil. *Houston Journal of International Law*. Fall 2009, v. 32:1, n. 97-151, 2010.
- DELBONI, João Rafael Zanotti Guerra Frizzera; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A falência transnacional e o projeto do novo Código Comercial (PL 1.572/2011). *Derecho y Cambio Social*, n. 55, 2019.
- DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. Medidas eficazes para a produção de provas destinadas a desvendar fraudes complexas, com reflexos em jurisdições estrangeiras. *Revista de Processo*, ano 43, n. 277, mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *United States Court of Appeal*. In re Condor Ins., Ltd., 601 F.3d 319, 321-23. Fifth Circuit, mar. 17, 2010.
- FERNANDES, Jean Carlos; ALMEIDA, Pedro Francisco da Silva. Insolvência Transfronteiriça e o Papel da Lei Modelo da Uncitral. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 45, R. 145, dez. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_n.145.03.pdf.
- GABRIEL, Henry Deeb. The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? *Michigan Journal of International Law*, v. 40, issue 3, p. 413, 2019. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1950&context=mjil>.
- LOPUCKI, Lynn M. Cooperation in international bankruptcy: a postuniversalist approach. *Cornell L. Rev.*, v. 84, 1998-1999.
- MASLIN, Jean-Philippe. *The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping*. 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1539391>.
- NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2019.
- OMAR, Paul J. The Landscape of International Insolvency Law. *Int. Insolv. Rev.*, v. 11, p. 180, 2002.

- RECHSTEINER, Beat Walter. A insolvência internacional sob a perspectiva do direito brasileiro. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- REGULAMENTO (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia*. 20 maio 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0848&from=PT>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa; SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. Segredo de justiça no incidente de investigação e arrecadação de bens nos processos falimentares. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. *Dez anos da Lei n. 11.101/2015*. São Paulo: Almedina, 2015.
- SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. Insolvência transfronteiriça. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino (org.). *Temas de direito de insolvência: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino*. São Paulo: Iasp, 2017.
- SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A insolvência transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação. In: *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. [S.l.: s.n.], 2012.
- TOBLER, Claudia. Managing Failure in the New Global Economy: The U.N.C.I.T.R.A.L. Model Law on Cross-border Insolvency. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 22, 1999.
- UNCITRAL. Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation. United Nations. New York, 2014. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.
- UNCITRAL. *Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgements with Guide to Enactment*, United Nations, Vienna, 2019. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml_recognition_gte_e.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.
- UNITED NATIONS. *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, United Nations, Vienna, 2021. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/20-06293_uncitral_mlcbi_digest_e.pdf.
- WESTBROOK, Jay Lawrence. Breaking Away: Local Priorities and Global Assets. *Texas International Law Journal*, v. 46, 601, 2011.
- WORLD BANK. *Principles For Effective Insolvency And Creditor/Debtor Regimes*. 2016. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.



**FABIANA BRUNO
SOLANO PEREIRA**

Formada na PUC-SP (1999) e com LL.M. (mestrado) em Stanford, EUA (2014). Atua ativamente na representação de devedores, credores e investidores em reestruturações privadas de dívidas e processos de recuperação judicial, extrajudicial e falências.

O novo equilíbrio das partes na recuperação judicial com a alteração do *stay period*.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. O novo paradigma da recuperação judicial com a alteração do Período de Suspensão
 3. A competência do juízo da recuperação judicial para mitigar os atos de constricção sobre bens do devedor
 4. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

A recente reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020 nos processos de insolvência representa uma importante mudança de paradigma no equilíbrio entre credores e devedor. Nesse novo capítulo, os credores surgem como grandes favorecidos.

As novas normas trouxeram alterações com o intuito de otimizar a utilização produtiva dos ativos da empresa em crise, protegendo os empregos e a sua capacidade contributiva, em detrimento do empresário que a causou. Se na recuperação judicial e na extrajudicial isso se traduz em um conjunto de normas que incentiva devedor e credores a negociarem uma solução célere à crise financeira do devedor, na falência busca-se a liquidação das empresas inviáveis com a realocação eficiente de recursos na economia, e o retorno célere do empreendedor falido ao mercado.

Especificamente na recuperação judicial, e com o intuito declarado de corrigir problemas observados no passado que prejudicavam os fins acima propostos, o legislador optou por um reequilíbrio ousado de forças entre os diversos atores, sustentado pelos seguintes pilares: (1) a delimitação de um prazo máximo de 360 dias de exclusividade para que o devedor estruture e proponha aos credores um plano de recuperação viável para seu negócio em crise; (2) passado esse prazo, a possibilidade de credores contraporem o plano do devedor com planos alternativos por eles idealizados; (3) a obrigação de o devedor equacionar sua dívida extraconcursal em paralelo à recuperação judicial; e (4) a nova sistemática da falência, que se torna mais eficiente com a venda de todos os bens em 180 dias, passando a ser uma opção viável aos credores incrédulos da efetiva recuperação do devedor.

Esses quatro conjuntos de medidas promovem um duro incentivo ao devedor para negociar um plano de recuperação factível que contente a maioria

dos credores¹ dentro de um prazo relativamente curto e que represente uma solução melhor do que a que eles teriam no caso da liquidação dos ativos na falência.

Dentro dessa nova dinâmica, o Período de Suspensão da prescrição das obrigações do devedor, das execuções e de todos os atos de constrição de seus bens (“Período de Suspensão”) assume um papel central, como se verá. Ainda é incerto como o Poder Judiciário aplicará as novas regras, mas se observadas em sua literalidade, o devedor precisará de criatividade para reorganizar sua estrutura de capital, incluindo sua dívida extraconcursal. Certamente precisará contar com a cooperação ativa dos seus credores, a quem caberá a compreensão e negociação de um fluxo de pagamento factível à sobrevivência da empresa, baseado na sua capacidade de geração de riquezas e de pagamento da dívida. Essa importante alteração de comportamentos que o legislador propõe ao devedor e aos credores tem como fundamento a percepção de que mais vale o *going concern* da empresa do que a sua liquidação, ainda que num primeiro momento a recuperação judicial represente uma recuperação de crédito mais lenta do que a que se obteria com a venda de ativos na falência. Para que isso ocorra, os comportamentos belicosos de parte a parte devem se apaziguar e ser substituídos por uma atitude colaborativa entre todos os atores envolvidos. Sem isso, o

1. Art. 45 da Lei nº 11.101/2005: “Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º - Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º - Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. (Revogado)

§ 2º - Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”.

convite à recuperação judicial feito pelo legislador fracassará.

2. O novo paradigma da recuperação judicial com a alteração do Período de Suspensão

A recuperação judicial é um processo de negociação coletiva forçada pelo qual devedor e credores buscam meios para reorganizar a estrutura de capital da empresa em crise. Com o intuito de viabilizar e impulsionar essa negociação, o legislador instituiu o Período de Suspensão, pelo qual impediu, por prazo certo, que credores pudessem individualmente prosseguir com suas execuções e praticar atos de excussão individuais e predatórios em busca de ativos do devedor. Ao mesmo tempo, manteve preservados os direitos dos credores, com a suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor.

Esse período de pausa forçada nos direitos creditórios individuais, que se inicia com o deferimento do processamento da recuperação judicial e foi idealizado para terminar com a deliberação dos credores sobre o plano de recuperação judicial, representa uma peça fundamental para a engrenagem da recuperação judicial. É ele que na prática dita o ritmo e impulsiona o pedido de recuperação judicial, proporcionando o fôlego necessário ao devedor e aos credores para negociarem as condições de um plano de recuperação e pagamento.

Em sua concepção original, em 2005, o Período de Suspensão² expresso na lei era de improrrogáveis 180 dias, tempo que o legislador idealizou para a conclusão do processo de negociação coletiva entre as partes. Dentro desse prazo o devedor deveria

2. Art. 6º, § 4º: "Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial".

cumprir uma série de deveres essenciais, imprimindo o ritmo necessário ao processo: apresentar um plano de recuperação em até 60 dias contados do ajuizamento do pedido³ e realizar uma assembleia de credores para que o plano pudesse ser deliberado e votado em até 150 dias.⁴ Entre a assembleia de credores e o fim do Período de Suspensão, haveria ainda 30 dias para que o devedor pudesse, com suposta tranquilidade, apresentar suas certidões negativas de débitos fiscais⁵ para que o juiz então efetuasse a análise de legalidade do plano e concedesse a recuperação judicial.⁶ O efeito dessa decisão é a novação dos créditos sujeitos, constituindo o próprio plano o título executivo representativo do crédito novado. Logo, com a novação do crédito, as execuções individuais dos credores sujeitos à recuperação perdem seu objeto, exaurindo naturalmente a necessidade e a razão de ser do Período de Suspensão.

A recuperação judicial é um processo de negociação coletiva forçada.

Ocorre que, na prática, o que era para ser uma dinâmica eficiente de 180 dias até a homologação judicial do plano naufragou já nos primeiros casos do país.

Os planos apresentados pelos devedores no prazo peremptório de 60 dias contados do ajuizamento do pedido eram, via de regra, bastante embrionários e raríssimas vezes representavam uma

3. Sob pena de convalidação da recuperação em falência. Este é o único prazo procedimental na recuperação judicial que, se descumprido, penaliza o credor com a falência (art. 53).

4. Embora tal prazo esteja disposto no art. 56, § 1º, a lei não prevê uma penalidade em caso de descumprimento deste prazo, que, portanto, é meramente indicativo e sugestivo do ritmo que o legislador pretendeu impingir à recuperação judicial.

5. Que, embora excluída dos efeitos da recuperação judicial, deveria ser endereçada em paralelo pelo devedor como condição para a concessão da recuperação judicial, nos termos do art. 57.

6. Art. 58.

proposta inicial previamente negociada com os credores. Durante o transcorrer do processo, passavam por profundos ajustes conceituais, em paralelo à assembleia de credores, que era comumente suspensa por diversas vezes e retomada até que o plano do devedor refletisse o bom termo das negociações. Enquanto essa dinâmica se desenrolava, muitas vezes de forma truncada e alongada se comparada ao ideal normativo, ao juízo da recuperação judicial restava prorrogar sucessivamente o improrrogável Período de Suspensão, a *contrario sensu* da norma expressa.⁷ Garantia com isso a proteção da atividade do devedor e a finalidade maior do processo, que é a conclusão da negociação entre as múltiplas partes.

As sucessivas extensões do Período de Suspensão pelo Poder Judiciário, que passou a ser a regra nas recuperações judiciais,⁸ gerou enorme descontentamento aos credores, que padeciam com a perda sistemática de valor dos seus créditos e a falta de alternativas entre o plano do devedor, não raras vezes insatisfatório, e a liquidação da empresa, o que representaria uma perda ainda maior do seu crédito com a lenta e estigmatizada falência.

Com o intuito de corrigir essas distorções, o legislador reformulou a sistemática do Período de Suspensão. Assim o fez ao dispor que o Período de Suspensão perdurará por 180 dias “contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, prorrogado por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal”. Adotando em parte o entendimento

7. STJ, 4ª T., Recurso Especial nº 1193480-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 5/10/2010; STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência nº 73380-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 28/11/2007; STJ, 1ª Seção, Conflito de Competência nº 79.170-SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 10/9/2008; STJ, 2ª Seção, AgRg no Conflito de Competência nº 111.614-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 10/11/2010.

8. Enunciado nº 42 do Conselho da Justiça Federal (CJF): “O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

consolidado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em seu Enunciado nº IX,⁹ o legislador procurou uniformizar o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

A nova norma reconhece, portanto, a possibilidade de o prazo de 180 dias ser exíguo demais para a conclusão do processo de negociação coletiva entre as partes. Imponderáveis percalços alheios ao devedor podem ocorrer no meio do caminho, como, por exemplo, a necessidade de alinhamento com um grande número de credores pulverizados ou com interesses díspares em determinada classe; os interesses conflitantes entre credores de diferentes classes; a necessidade de alinhamento paralelo com os credores extraconcursais e/ou com potenciais investidores interessados em financiar a empresa em crise; a impossibilidade de desenvolvimento regular do processo de negociação por conta de eventuais litígios sobre bens essenciais do devedor. Enfim, a lista é extensa e imponderável, e foi considerada na reforma da lei ao se permitir uma única extensão do Período de Suspensão, desde que a tramitação mais lenta do processo não tenha sido causada pelo devedor.

Embora seja aparentemente benéfica ao devedor, se comparado ao texto inicial da lei que previa a improrrogabilidade do Período de Suspensão, a reforma em verdade procurou encurtar o prazo médio das recuperações judiciais observado nos últimos anos,¹⁰ e com isso restituir o ideal temporal

9. Enunciado nº IX: “A flexibilização do prazo do ‘stay period’ pode ser admitida, em caráter excepcional, desde que a recuperanda não haja concorrido com a superação do lapso temporal e a dilação se faça por prazo determinado”.

10. Como se verifica do resultado obtido pelo observatório de Insolvência do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (Nepi) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), os processos de recuperação judicial que tramitaram no Estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017 foram encerrados em aproximadamente três anos: “Tanto nas varas comuns quanto nas especializadas, o tempo até o encerramento da recuperação judicial sem a falência de nenhuma recuperanda é de aproximadamente 2 anos e 11 meses a contar da distribuição do pedido de recuperação judicial. Já o tempo até a falência de alguma »

idealizado pelo legislador em 2005, que havia se perdido na prática. Só que agora esse ideal temporal vem mais condizente com a realidade.

O legislador inovou a dinâmica da recuperação judicial ao penalizar o devedor que não chegar a um acordo satisfatório.

Não bastasse a tentativa de limitação do Período de Suspensão a patamares mais factíveis, corrigindo com isso a distorção histórica observada no passado, o legislador inovou a dinâmica da recuperação judicial ao penalizar o devedor que não chegar a um acordo satisfatório com a maioria dos seus credores dentro do prazo máximo de 360 dias, correspondente a um Período de Suspensão prorrogado uma única vez. A partir daí, três cenários podem acontecer: (1) se houver o transcurso do Período de Suspensão sem deliberação sobre o plano, transfere-se aos credores a prerrogativa de apresentarem planos alternativos de recuperação¹¹

» recuperanda é de aproximadamente 2 anos". O estudo constatou, ainda, que "[o] fator relacionado à alta duração dos processos é a presença de inúmeras suspensões da AGC ao longo do processo de negociação. Ainda que a AGC seja uma, ela poderá ser suspensa para que os credores possam continuar negociando deliberar sobre o plano de recuperação judicial em outro momento mais maduro. Tipicamente, caso haja AGC, há ao menos uma suspensão assemblear até que ocorra a deliberação sobre o plano de recuperação judicial" (WAISBERG, 2019, p. 27).

11. "§ 4º-A - O decurso dos prazos previstos no § 4º deste artigo, sem a deliberação a respeito do plano de recuperação judicial proposto pelo devedor, faculta aos credores a propositura de plano alternativo, na forma dos §§ 4º, 5º, 6º e 7º do art. 56 desta Lei, observado o seguinte:

I - As suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do *caput* deste artigo não serão aplicáveis caso os credores não apresentem plano alternativo no prazo de 30 (trinta) dias, contado do final do prazo referido no § 4º deste artigo ou no § 4º do art. 56 desta Lei;

II - As suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do *caput* deste artigo perdurarão por 180 (cento e oitenta) dias contados do final do prazo referido no § 4º deste artigo, ou da realização da assembleia geral de credores referida no § 4º do art. 56 desta Lei."

dentro de 30 dias; e se o plano do devedor for rejeitado pelos credores, eles poderão optar entre (2) apresentar seu plano alternativo ou (3) nada fazer, restando ao juiz convocar a recuperação em falência. Decidindo os credores pela apresentação do plano alternativo, haverá em benefício das partes um Prazo de Suspensão adicional de 180 dias a fim de que os bens do devedor sejam preservados enquanto os credores negociam entre si um ou alguns planos alternativos.

Fato é que a consequência da limitação máxima do Período de Suspensão a 360 dias, somada à perda da exclusividade do devedor para apresentar um plano de recuperação findo esse período, representa uma mudança de paradigma sensível para as novas recuperações judiciais: os devedores serão pressionados a apresentar e negociar com celeridade um plano com seus credores que represente uma recuperação melhor do que a que teriam em caso de falência. Se assim não for, os credores terão um incentivo maior para apresentar um plano alternativo ou preferir a quebra da empresa em crise.

Voltando aos objetivos maiores que o legislador buscou atingir com a reforma, o conceito por detrás dessas medidas é que os ativos do devedor em crise sejam preservados e sua utilização otimizada com a realocação eficiente de recursos na economia, seja por meio da recuperação judicial, agora idealizada para perdurar no máximo 540 dias,¹² seja na falência, com a alienação de todos os bens dentro de 180 dias contados da lavratura do auto de arrecadação. Com isso, estimula-se a adoção de atitudes colaborativas e razoáveis pela coletividade de atores envolvida, visando a um alinhamento satisfatório da maioria em menor prazo.

12. Considerando o prazo de suspensão inicial, prorrogável por apenas uma vez de forma extraordinária, somado ao Prazo de Suspensão concedido se os credores optarem por apresentar um plano alternativo.

3. A competência do juízo da recuperação judicial para mitigar os atos de constrição sobre bens do devedor

Além de pontuar a nova dinâmica da recuperação judicial, o art. 6º da Lei nº 11.101/2005 andou bem ao prever expressamente a proibição, durante o Período de Suspensão, de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial.¹³

Como visto, essa é uma medida essencial para estimular a negociação entre as partes. Permite maior liquidez ao devedor no momento da crise, protegendo e liberando ativos que podem ser utilizados tanto na atividade produtiva quanto na obtenção de novos recursos. Para os credores, por sua vez, num cenário de recuperação, a constrição de ativos não oferece vantagens: se o plano for aprovado ao final pela maioria, seu crédito será novado; se for rejeitado, o devedor irá para a falência, e seu crédito será pago de acordo com a ordem legal de preferências. Em ambos os cenários, os ativos constritos são liberados. Além disso, a proibição de atos de constrição de ativos do devedor poupa os próprios credores de uma corrida inglória pelos bens do devedor, já que a empresa insolvente em geral não possui ativos suficientes para arcar com o pagamento integral de sua dívida.

Entretanto, por mais que seja intuitiva e alinhada com os propósitos da lei, a vedação a atos de constrição por credores sujeitos não era expressa na norma, que apenas previa a suspensão genérica de todas as ações e execuções em face do devedor. Isso gerou inúmeras controvérsias ao longo dos anos.

Em geral, quando do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, já existem diversas penhoras e bloqueios de ativos aperfeiçoados, cuja liberação

pelo juízo na qual se processam tais ações não raras vezes é condicionada à aprovação do plano de recuperação judicial ou, pior, ao cumprimento total da obrigação prevista no plano, mesmo que o juízo da recuperação judicial determine o contrário.

Apesar da clareza da lei, a controvérsia entre os diversos juízos ainda é latente, o que leva o devedor a suscitar diversos conflitos de competência numa única recuperação judicial com o intuito de resolver a questão e ver reconhecido que o juízo da recuperação judicial é o único competente para apreciar atos de constrição de ativos do devedor relacionados a créditos a ela sujeitos.¹⁴

Além disso, muitos juízos suspendem não só as execuções em face do devedor, como também ações de conhecimento: diversas vezes se viu execuções individuais serem suspensas juntamente com os próprios embargos à execução, o que impedia inclusive a apuração do eventual crédito líquido e certo em favor de determinado credor no juízo em que se processava a ação.

O conceito previsto na Lei nº 11.101/2005, nesse sentido, é claro: as ações que demandarem quantia ilíquida terão seguimento no juízo no qual estiverem se processando, inclusive as de natureza trabalhista, até a determinação do seu valor, que deve ser habilitado na recuperação judicial.¹⁵ Os juízos

14. "A competência para o pagamento dos débitos de sociedade empresária ao longo do processo de recuperação é do juízo em que se processa o pedido de recuperação, tendo em vista que a manutenção da possibilidade de juízos diversos procederem à constrição dos ativos da sociedade nos planos previstos no Plano de Recuperação poderia comprometer o soerguimento da empresa. Precedentes desta Corte. 2. Agravo interno a que se nega provimento" (2ª Seção, AgInt no CC nº 167.402-GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 5/5/2020).

15. "Art. 6º - [...]"

§ 1º - Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

§ 2º - É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

§ 5º - O disposto no § 2º deste artigo aplica-se à recuperação »

13. Art. 6º, inciso III.

competentes para apreciar as ações individuais dos credores poderão, quando muito, determinar a reserva do provável crédito na recuperação judicial, que será incluído na classe própria tão logo reconhecido.

Com a nova redação do art. 6º, fica claro que apenas as execuções (e não todas as ações) em face do devedor devem ser suspensas durante o Período de Suspensão, e proibidos quaisquer atos de constrição de ativos por parte de credores sujeitos à recuperação judicial, sendo o juízo da recuperação judicial o único competente para decidir questões relacionadas ao tema.

Para além desses pontos, como já se antecipou, o legislador protegeu na reforma os credores extraconcursais, esclarecendo em diversas passagens da lei a superprioridade do seu crédito perante os demais. Mesmo assim, o art. 6º introduziu certas regras de proteção de ativos do devedor contra tais credores.¹⁶

Nesse sentido, os §§ 3º e 4º¹⁷ do art. 49 excepcionam certos créditos da recuperação judicial,

» judicial durante o período de suspensão de que trata o § 4º deste artigo.”

16. “Art. 6º - [...]”

§ 7º-A - O disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo não se aplica aos créditos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a suspensão dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º deste artigo, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.”

17. Art. 49, § 3º, Lei nº 11.101/2005.

“§ 3º - Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatibilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º - Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a »

dentre os quais os garantidos pela propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis e os adiantamentos a contratos de câmbio para exportação, que são os mais relevantes em termos de volume de crédito no mercado. Tais credores, por estarem excluídos do esquema da recuperação judicial, podem livremente executar e propor medidas extrajudiciais para recuperação dos seus créditos. No entanto, durante o Período de Suspensão, ficam vedadas a venda ou retirada de bens de capital essenciais à sua atividade do estabelecimento do devedor. Apesar da regra expressa, ainda eram observados muitos conflitos e decisões contraditórias perante juízos diversos a respeito do tema.

O legislador protegeu na reforma os credores extraconcursais.

Novamente, numa tentativa de pacificar os erráticos entendimentos manifestados pelo juízo da recuperação judicial e pelos diversos juízos onde se processam essas ações de cobrança, o art. 6º andou bem ao determinar a competência do juízo da recuperação judicial para a suspensão dos atos de constrição que recaiam sobre tais ativos durante o Período de Suspensão, a ser implementada mediante cooperação jurisdicional.

Já no tocante ao Fisco, também excluído da recuperação judicial e quase que totalmente alheio à Lei nº 11.101/2005 antes da reforma, a nova redação da norma lhe concedeu proteção similar.¹⁸ As

» importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.”

“Art. 86 - Proceder-se-á à restituição em dinheiro: [...]”

II - da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;”

18. “Art. 6º - [...]”

§ 7º-B - O disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência »

execuções fiscais continuam a tramitar livremente durante a recuperação judicial, mas agora fica reconhecida a competência do juízo da recuperação judicial para substituir atos de constrição praticados nessas execuções que recaiam sobre bens de capital essenciais ao devedor até o encerramento da recuperação judicial.

Embora essas duas normas sejam protetivas ao devedor, e elas de fato são essenciais para garantir a manutenção da produção da empresa durante a turbulência vivenciada com a crise, muito se critica a restrição dessa proteção a “bens de capital” essenciais do devedor.

Este foi inclusive um ponto bastante debatido durante o processo legislativo que instituiu as novas normas. A relevância do tema se dá porque, seguindo o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bens de capital são os corpóreos, não perecíveis e não consumíveis, que permanecem na posse do devedor para utilização no processo produtivo da empresa.¹⁹ Logo, dinheiro, recebíveis

» do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.”

19. “RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITO/RECEBÍVEIS EM GARANTIA FIDUCIÁRIA A EMPRÉSTIMO TOMADO PELA EMPRESA DEVEDORA. RETENÇÃO DO CRÉDITO CEDIDO FIDUCIARIAMENTE PELO JUÍZO RECUPERACIONAL, POR REPUTAR QUE O ALUDIDO BEM É ESSENCIAL AO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA, COMPREENDENDO-SE, REFLEXAMENTE, QUE SE TRATARIA DE BEM DE CAPITAL, NA DICÇÃO DO § 3º, *IN FINE*, DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005. IMPOSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO, PELO STJ, DA ABRANGÊNCIA DO TERMO ‘BEM DE CAPITAL’. NECESSIDADE. TRAVA BANCÁRIA RESTABELECIDADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 1.1 A conceituação de ‘bem de capital’, referido na parte final do § 3º do art. 49 da LRF, inclusive como pressuposto lógico ao subsequente juízo de essencialidade, há de ser objetiva. Para esse propósito, deve-se inferir, de modo objetivo, a abrangência do termo ‘bem de capital’, conferindo-se-lhe interpretação sistemática que, a um só tempo, atenda aos ditames da lei de regência e não descaracterize ou esvazie a garantia fiduciária que recai sobre o ‘bem de capital’, que se encontra provisoriamente na posse da recuperanda. 2. De seu teor infere-se que o bem, para se caracterizar como bem de capital, deve ser utilizado no processo produtivo da empresa, já que necessário ao exercício da »

e faturamento não seriam bens de capital, embora sejam ativos de importância vital para certas empresas. Dependendo do setor, tais ativos podem assumir a importância de um bem de capital: sem eles, a atividade poderia ficar completamente comprometida.²⁰ Se a interpretação dos tribunais for literal ao quanto disposto na lei e seguir o entendimento atual do STJ, tais ativos ficariam desprotegidos, à mercê dos atos de excussão dos credores. Eis aí o que poderia ser um potencial empecilho à recuperação judicial, que impediria a consecução do seu fim maior: readequar a estrutura de capital do devedor e permitir uma recuperação mais robusta entre todos os credores.

Enfim, trata-se de um dispositivo que deverá ser aplicado de forma ponderada pelo Poder Judiciário, com o intuito de coibir ataques que tenham o condão de impedir o acesso do devedor à recuperação judicial. Novamente aqui, se a reforma buscou

» atividade econômica exercida pelo empresário. Constata-se, ainda, que o bem, para tal categorização, há de se encontrar na posse da recuperanda, porquanto, como visto, utilizado em seu processo produtivo. Do contrário, aliás, afingurar-se-ia de todo impróprio – e na lei não há dizeres inúteis – falar em ‘retenção’ ou ‘proibição de retirada’. Por fim, ainda para efeito de identificação do ‘bem de capital’ referido no preceito legal, não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária. Isso porque, ao final do *stay period*, o bem deverá ser restituído ao proprietário, o credor fiduciário. 3. A partir da própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária – bem corpóreo e fungível, por excelência –, não há como compreendê-lo como bem de capital, utilizado materialmente no processo produtivo da empresa. [...] 6. Para efeito de aplicação do § 3º do art. 49, ‘bem de capital’, ali referido, há de ser compreendido como o bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta do devedor, e, sobretudo, que não seja perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do *stay period*. [...]” (STJ, REsp nº 1.758.746-GO (2018/0140869-2), Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v.u., j. em 25/9/2018).

20. Veja, por exemplo, o caso de uma livraria, que vende ao consumidor final livros por consignação, em contratos celebrados com as editoras. O único ativo que a livraria tem para manter o giro das suas operações são os recebíveis das vendas que promove ao consumidor final. É com tais recebíveis que a empresa consegue garantir o giro do estoque. Sem ele, a empresa fica sufocada e é condenada a uma liquidação sumária, sem direito a se socorrer a uma recuperação judicial.

incentivar a conduta colaborativa entre a coletividade de credores e o devedor, e ainda promulgou um conjunto de normas que na prática exigem que o devedor equacione o pagamento de sua dívida extraconcursal em paralelo à recuperação judicial, não parece ter sido a intenção do legislador permitir que credores possam executar bens essenciais à atividade do devedor no transcorrer do processo de negociação entre essas partes. Ainda que não estejam sujeitos à recuperação judicial, o que foi uma opção do legislador que também tem gerado controvérsias, não parece razoável enfraquecer os efeitos do Período de Suspensão em prejuízo da recuperação. O importante é alinhar os incentivos para que tais credores assumam uma postura colaborativa de negociação.

Deverá, portanto, o Poder Judiciário atuar em prol dos objetivos da lei e ponderar as formas de garantir o equilíbrio necessário entre a preservação da atividade empresarial e os direitos dos credores extraconcursais.

4. Conclusão

A reforma da Lei de Insolvências, como se viu, trouxe desafios adicionais ao devedor em recuperação judicial para reorganizar sua estrutura de capital, incluindo o equacionamento da sua dívida extraconcursal, dentro de um prazo certo e determinado. Para viabilizar sua recuperação, deverá se engajar rapidamente num processo de negociação sério e eficiente com todos os credores, sem exceção, e deixar expedientes dilatórios e beligerantes de lado.

Ao mesmo tempo em que as novas regras na recuperação judicial incentivam o alinhamento entre as partes e trazem como princípio a preservação dos ativos do devedor para que sejam utilizados de forma produtiva e alocados na economia, a proteção contra atos de excussão praticados por credores extraconcursais ainda é

insuficiente, se for seguida a linha adotada pelo STJ quanto ao conceito de bens de capital. Isso acarreta dificuldades adicionais para o devedor, que deverá, no prazo máximo de 360 dias, chegar a um acordo que represente uma solução melhor aos credores do que a sua falência. Esse acordo deverá contar com a adesão da maioria simples dos credores concursais e com a totalidade dos extraconcursais.

Com relação aos extraconcursais, haverá ainda o risco de que rapidamente dilapidem os bens do devedor, que não sejam de capital. Isso representa um desincentivo importante para que as partes suspendam expedientes contenciosos e partam para uma atitude colaborativa no processo.

Esclarecendo melhor o cenário, o poder hoje está com os credores, que passam a ditar os rumos da recuperação judicial e assumem a responsabilidade de avaliar a capacidade de geração de riquezas da empresa insolvente e de pagamento do seu crédito, optando pela sua quebra ou reestruturação. No primeiro caso, receberão seus créditos (ou parte deles) mediante a liquidação célere dos ativos do devedor; no segundo, receberão seus créditos (ou parte deles) nos termos do plano, e ainda poderão obter maiores vantagens com a empresa ativa e seu *going concern*.

Além dos credores, há um destaque maior para a atuação do Poder Judiciário, especialmente do juízo da recuperação judicial, que deverá aplicar as novas regras de forma ponderada e visando a um maior retorno aos atores envolvidos, incluindo um pagamento mais distributivo à coletividade de credores, a manutenção ou aumento dos empregos e da capacidade contributiva da empresa na economia.

A tarefa não é fácil, mas se todos os participantes desse jogo negociarem um armistício e partirem para uma solução construtiva e realista, o retorno em prol de todos será maior. ●

BIBLIOGRAFIA

- BARRY, E. Adler; DOUGLAS, G. Baird; THOMAS, H. Jackson. *Cases, Problems, and Materials on Bankruptcy*. 4. ed. New York: Foundation Press, 2007.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- CAVALLI, Cássio; AYOUB, Luiz Roberto. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COSTA, Daniel Carnio. *Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2015.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência*. 2019. Disponível em: <https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>.



Foto: Divulgação

FÁTIMA CRISTINA BONASSA

Advogada. Doutora em Direito Internacional e mestre em Direito Econômico-Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em negociação e solução de disputas pela Harvard Law School. Fellow do Chartered Institute of Arbitrators (FCIArb). Mediadora certificada pelo International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR Neutral) e pelo Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR Neutral). Conselheira eleita e vice-presidente da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).



Foto: Divulgação

SILVIA RODRIGUES PACHIKOSKI

Advogada formada pela Universidade de São Paulo, com quase 30 anos de experiência. Vice-presidente do CAM-CCBC. Coordenadora da Comissão de Assuntos Legislativos do CBAr. Membro da Comissão de Juristas para Reforma da Lei de Arbitragem. Conselheira eleita e diretora da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Tem atuado como árbitra em diversos procedimentos nacionais e internacionais. Membro da lista de árbitros das principais câmaras do mercado.

Mediação em processos de recuperação judicial.

SUMÁRIO

1. Arcabouço legal vigente
2. Parâmetro internacional
3. Princípios gerais da mediação
4. Comentários aos artigos de lei
5. Objeto da mediação/prisma do mediador
6. Conclusões

Bibliografia

1. Arcabouço legal vigente

A busca por soluções de disputas sem a necessidade de recurso à estrutura judiciária do Estado é anseio, há tempos, compartilhado por muitos. Uma convenção ocorrida nos Estados Unidos em 1976 para debater as dificuldades e deficiências do processo judicial¹ albergou discussões sobre alternativas possíveis para o encaminhamento de conflitos, os chamados “ADRs” (SANDER, 1976) ou “métodos alternativos de resolução de disputas”, hoje referidos por “métodos adequados”, e acabou por cunhar a expressão “*multi-door courthouse*”, isto é, um sistema de justiça que pudesse oferecer várias modalidades de resolução de conflitos.²

O sistema de justiça multiportas foi expressamente agasalhado pelo atual Código de Processo

Civil³ (CPC), o qual, além de referir à arbitragem, no § 3º do art. 3º, determina o estímulo à conciliação, à mediação e a outros métodos de solução consensual de conflitos. Particularmente no tocante à mediação, contém uma seção inteira sobre o tema,⁴ tratando, o mediador, como auxiliar da justiça. Logo após a publicação do CPC de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), para dispor, especificamente, sobre a mediação como meio de solução de controvérsias.

Antes mesmo desse arcabouço legislativo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em novembro de 2010, havia instituído a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflito de interesses no âmbito do Poder Judiciário” por intermédio da Resolução nº 125, de 20 de novembro de 2010, com a finalidade de “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. Referida política foi implementada no Estado de São Paulo por meio dos Provimentos nº 1.868 e nº 1.892 do Conselho Superior da Magistratura, com os quais foram instituídos, respectivamente, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e os Centros de Mediação Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Na seara da recuperação de empresas em crise, o Judiciário tem se valido da mediação nos processos de recuperação judicial,⁵ e, mais recentemente, com recomendações nesse sentido. Em 22 de outubro de 2019, foi editada, pelo CNJ, a Recomendação nº 58 com o propósito de promover o uso da mediação nos processos de recuperação empresarial e falências e, em 2020, a Recomendação nº 71, que cuida da criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos para tratamento de conflitos de natureza empresarial.

1. Nos Estados Unidos, em 7 de abril de 1976, há 39 anos, foi realizada uma conferência para discutir a insatisfação dos jurisdicionados com a oferta de serviços judiciários e a morosidade das decisões judiciais. Durante aquela conferência, várias alternativas foram apresentadas e discutidas e, em especial, foi formulado um programa de mediação fomentado pelo Judiciário, mediante a referência obrigatória de certos casos à mediação. “The Pound Conference marked an important moment in the history of mediation: the beginning of a concerted effort to stimulate court-connected mediation programs in the United States by framing the contemporary mediation movement – projects then underway in various countries, communities, agencies and courthouses – as a potential remedy for the perceived popular dissatisfaction with the administration of justice. The Pound Conference was organized around the premise that society was dissatisfied with the state of the justice system, and the task of the Conference was to explore the sources of dissatisfaction as well as the possible remedies. Mediation was offered as one promising remedy for the particular dissatisfaction that arose from the cost, delay, and inaccessibility of adjudication attributed to a burgeoning judicial caseload. Professor Sander argued that certain cases could be diverted from the judicial caseload to disposition through mediation, and that appropriate cases for diversion might be those that would benefit most from the unique social values mediation advanced – including ‘its capacity to reorient the parties toward each other by helping them to achieve a new and shared perception of their dispute’” (DELLA NOCE, v. 17:3, 2002).

2. O conceito de um “tribunal com múltiplas portas” foi disseminado nos Estados Unidos a partir da Pound Conference de 1976. O Civil Justice Reform Act exorta as partes e o tribunal a buscar meios extrajudiciais de solução de conflitos (WARD, 2007, p. 77-81).

3. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

4. Seção V do Capítulo III, arts. 165 e ss.

5. Os casos precursores da adoção de mediação para solucionar as disputas de empresas em crise – falência ou recuperação judicial – tornaram-se paradigmas, como o da Varig, Oi, Saraiva e, mais recentemente, Enpav.

A Recomendação nº 71, aliás, vem na esteira das iniciativas dos tribunais estaduais. O Tribunal de Justiça de São Paulo publicou o Provimento CG nº 11/2020, dispondo sobre projeto de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da Covid-19. No Paraná, pioneiramente, Rio Grande do Sul, Espírito Santo, Rio de Janeiro, iniciativas semelhantes foram adotadas.

A mediação é um processo para administração não adjudicatória de conflitos, essencialmente voluntário.

Esse regramento constituiu solo fértil para a Lei nº 14.112 de 2020 (Lei nº 14.112), que inclui a Seção II-A à Lei nº 11.101 de 2005 (Lei de Recuperação e Falência), tratando “Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial”.

De acordo com a malha normativa, a mediação é um processo para administração não adjudicatória de conflitos, essencialmente voluntário, calcado nos princípios da autonomia de vontade e boa-fé, visando a uma solução negociada. Trata-se de um método autocompositivo, estruturado, auxiliado por um terceiro equidistante, livremente escolhido ou aceito, permitindo o endereçamento das preocupações e objetivos dos envolvidos, em caráter confidencial.⁶ As partes aderem à mediação ao se conscientizarem de suas potencialidades em participar ativamente para determinar o desfecho do caso.⁷ Instrumento útil tanto quando o caso está em

6. “Art. 166 - A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia de vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.”

7. “Notwithstanding the need for further advanced research to be conducted, recent studies have adequately established the general benefits of mediation. Parties endorse mediation because of the opportunities to participate in the process, to »

vias de ser, como quando já se encontra judicializado, podendo ser buscada voluntariamente pelos envolvidos ou aconselhada, encaminhada ou mesmo imposta pela legislação ou pelo próprio sistema judiciário. Importante, em qualquer situação, estejam as partes cientes do que representa a mediação na resolução do conflito, ou seja, para que estejam aptas a tomar uma decisão informada a que refere o CPC.

2. Parâmetro internacional

Países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e Austrália adotaram sistemas de mediação patrocinados pelo Poder Judiciário, com caráter obrigatório, como um mecanismo para promover e estimular o uso da mediação, sem, entretanto, afastar o cânone universal da garantia de acesso à justiça.

Nos Estados Unidos, a partir do caso da falência do Lehman Brothers, em 2015, a mediação começou a ser utilizada em casos multiparte para reestruturação de dívida e reorganização empresarial. A mediação é aplicada durante as assembleias de credores para que possam negociar e votar o plano ou mesmo para estruturar a negociação de outras disputas paralelas. A mediação da falência do Lehman Brothers (Chapter 11) envolveu centenas de disputas. A partir de janeiro de 2016, de 245 mediações realizadas, 232 resultaram em acordo. Nos Estados Unidos, o mediador atua na facilitação do diálogo, não lhe competindo avaliar o mérito das disputas.

Na União Europeia, a diretiva sobre mediação data de 2008, mas sem cuidar especificamente de sua adoção em processos de insolvência ou reestruturação de dívidas empresariais. A Diretiva

» tell their side of the story and to contribute in determining the outcome of the dispute. Attorneys have found that mediation has improved communication between the parties and the attorneys. Furthermore, a majority of the studies show that mediated cases have a higher rate of settlement than cases that did not undergo mediation” (QUEK, v. 11, p. 479).

nº 2015/848 trata de questões de jurisdição e cumprimento de processos e decisões envolvendo insolvência transfronteiriça. Em 15 de maio de 2019, foi editada uma diretiva específica sobre negociações para reestruturação de empresas, referindo à reestruturação preventiva e medidas para aumentar a eficiência dos procedimentos de reestruturação, insolvência e liquidação de dívidas.⁸ O profissional indicado, na realidade, assemelha-se ao administrador judicial no Brasil. A diretiva dispõe que pode ser nomeado um especialista na área de reestruturação para assistir o devedor e os credores na negociação e redação do plano. A diretiva europeia define esse *expert* no campo de reestruturação como a pessoa física ou jurídica indicada pelo juiz ou pela autoridade administrativa, para assistir o devedor ou os credores na negociação e redação do plano de reestruturação, supervisionar as atividades do devedor durante as negociações e assumir o controle parcial dos ativos ou dos negócios durante a negociação.

Na Espanha, o mediador de insolvência é responsável por verificar a existência e os valores dos créditos, por preparar a proposta de acordo e por convocar os credores para reuniões de apresentação dessas propostas, já com a concordância da empresa devedora.⁹

Em Portugal, há uma regulamentação específica para a profissão de mediador de insolvência, a Lei nº 6/2018, que institui o “estatuto do mediador de recuperação de empresas”, estabelece vários requisitos para ingresso na carreira, como, por exemplo, a obrigação de realizar uma prova de aproveitamento em curso de formação em mediação de recuperação de empresas ministrada por entidade

certificada para o efeito pela autoridade nacional. Toca ao mediador, de acordo com essa lei, analisar a situação econômico-financeira e aferir, conjuntamente com o devedor, as suas perspectivas de recuperação, auxiliar o devedor na elaboração de uma proposta de acordo de reestruturação e nas negociações com os seus credores.

Diferentemente de tais sistemas da União Europeia, de Portugal e da Espanha, no âmbito nacional, especialmente de acordo com as regras da Lei de Mediação, o mediador jamais poderá atuar como perito ou assessor da empresa devedora ou de seus credores na avaliação ou apreciação dos créditos ou mesmo na concepção ou redação das propostas de acordo, dada sua obrigação de se manter equidistante, neutro e desvinculado das partes.¹⁰

3. Princípios gerais da mediação

Como mencionado no início deste trabalho, apesar de o marco legal para a mediação no Brasil ter surgido apenas em 2015, com a edição da Lei de Mediação, a ferramenta já existia e era utilizada de forma esparsa no nosso sistema jurídico.¹¹

Enquanto tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.169/2014, que dispunha sobre “a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição

10. O mediador se submete aos mesmos critérios de impedimento e suspeição a que se sujeitam os juízes, conforme determina a Lei de Mediação no art. 5º, *verbis*: “Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Parágrafo único - A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”.

11. A título exemplificativo, Decreto nº 1.572, de 28 de julho de 1995: “Art. 2º - Frustrada a negociação direta, na respectiva data-base anual, as partes poderão escolher, de comum acordo, mediador para composição do conflito”; Medida Provisória nº 1.950-70/2000: “Art. 11 - Frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo”.

8. DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency).

9. Lei Espanhola de Mediação nº 5/2012, alterada e consolidada em 2017.

de conflitos no âmbito da Administração Pública” e que culminou na Lei de Mediação, também estava em andamento a iniciativa legislativa de um novo CPC, que, por sua vez, continha diretrizes sobre a mediação judicial.

É possível notar que ambos os projetos, assim como na mencionada Resolução nº 125 do CNJ, indicam princípios norteadores da mediação, a despeito de não serem no todo coincidentes.¹² A observância a tais princípios é crucial para que a aplicação do instituto se dê de forma adequada, sem que as práticas enviesadas o contaminem.

A Lei de Mediação, em seu art. 2º, estabelece quais são os princípios norteadores do instituto – (i) imparcialidade do mediador, (ii) isonomia entre as partes, (iii) oralidade, (iv) informalidade, (v) autonomia da vontade das partes, (vi) busca do consenso, (vii) confidencialidade e (viii) boa-fé – que devem ser respeitados nas mediações realizadas no âmbito concursal, inclusive.

O princípio da autonomia da vontade das partes está intrinsecamente ligado à própria escolha pela aplicação do instituto da mediação. A partir dele, as partes, livremente, optam pelo uso do instituto e, por via de consequência, tornam-se protagonistas de suas decisões, objetivando a saída consensual para a solução do conflito.¹³ Por meio dele, os envolvidos têm a liberdade de decidirem a forma como se desenvolverá o procedimento, seu conteúdo e, até mesmo, sua continuidade ou interrupção.

Quanto à forma, o princípio da informalidade indica que não há regra fixa. O que significa dizer que os atos praticados durante o procedimento de mediação seguirão as orientações do mediador, que,

pelo princípio da independência, deve atuar com liberdade e autonomia, sem subordinação de qualquer ordem (TARTUCE, 2015, p. 525).¹⁴

Na mesma linha, tem-se o princípio da oralidade, o qual indica que os envolvidos na mediação, com a facilitação de um terceiro imparcial, devem comunicar-se de maneira que cada qual exponha suas percepções e seus fatos, para que assim, consensualmente, encontrem saídas para seus problemas.

Os atos praticados durante o procedimento de mediação seguirão as orientações do mediador.

Estes dois princípios – informalidade e oralidade – são colocados em prática ao longo das diversas reuniões que costumam ser realizadas nos procedimentos, nas quais promove-se o diálogo entre os envolvidos, com o fito de ampliar a comunicação na busca da solução dos impasses. E, assim, munidos do espírito de urbanidade e de colaboração, os envolvidos devem se engajar para alcançar o consenso.¹⁵ A busca pelo consenso deve, por óbvio, observar o princípio da autonomia da vontade, o que significa dizer que o consenso não deve ser alcançado a qualquer custo.

Outro princípio que, embora não esteja relacionado no art. 2º da Lei de Mediação, também deve ser respeitado é o da transparência. O procedimento deve tramitar de forma clara e transparente, com registro dos dados essenciais em ata e, para este

12. Os únicos princípios coincidentes em todos os textos legais são os da imparcialidade e da confidencialidade.

13. É importante destacar que a Resolução nº 125 do CNJ, ao mencionar as regras que regem o procedimento de mediação, enfatiza que, em razão da autonomia da vontade, deve-se “respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento” (Anexo III, § 2º do art. 2º).

14. A respeito da independência, a Resolução nº 125 do CNJ determina que o mediador deve “atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexequível” (Anexo III, § 5º do art. 1º).

15. Nesse sentido, o CPC contemplou, em seu art. 6º, o princípio da cooperação. “Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

trabalho, também cristalino com relação ao resultado de eventual acordo, dado o seu possível impacto no patrimônio da recuperanda.

Nesse processo, é crucial que os envolvidos atuem com boa-fé, pois, em sendo a mediação um meio consensual, a violação à boa-fé pode macular todo o procedimento, gerando prejuízo não apenas para aquele que, de fato, busca a solução de um problema, mas também para o mediador, tornando sua atuação ineficaz.

Na mesma linha, tem-se o princípio da confidencialidade, que está diretamente relacionado ao da boa-fé. Explica-se. Para que o diálogo seja profícuo, os envolvidos precisam sentir-se seguros a ponto de exteriorizarem aquilo que não seria dito se o procedimento estivesse pautado pela publicidade. A ele estão vinculados não apenas os envolvidos – partes e mediador –, mas também os prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação.¹⁶

O princípio é tão relevante para o mecanismo que a Lei de Mediação dedicou grande atenção a ele.¹⁷ e ¹⁸ Merece destaque a regra segundo a qual a prova apresentada em violação à confidencialidade não será admitida em processo, quer seja judicial, quer seja arbitral.¹⁹

Em relação à atuação do mediador, ainda deve ser lembrado que este deve sempre atuar com independência, ou seja, autonomia e liberdade, sem qualquer vínculo ou subordinação com quem o nomeou e sem nenhuma forma de pressão externa.

Por fim, mas não menos importante, é o princípio da isonomia, o qual indica que os envolvidos

deverão ter tratamento equânime, de maneira que os participantes tenham oportunidades equalitárias de apresentar suas razões, sem que o mediador atue com favoritismo.²⁰

Perpassado pelos princípios gerais que norteiam a mediação, cabe destacar que, especialmente em razão dos princípios da confidencialidade, da imparcialidade e da independência, o administrador judicial não pode atuar na recuperação judicial como mediador, porque ele tem o dever de ofício de revelar ao juiz qualquer irregularidade ou revelar qualquer situação que cause espécie, cabendo a ele tão somente estimular os meios consensuais de resolução de conflito.²¹

4. Comentários aos artigos de lei

O ambiente da recuperação judicial tem, na sua essência, a necessidade de compor a pluralidade de interesses que podem ser até contrapostos.

A mediação, além de poder melhorar a condição de formulação do plano em relação aos credores, também permite ao devedor expor melhor suas dificuldades e suas pretensões, os motivos de seu pleito, a partir de um diálogo melhor estabelecido.

Nesse sentido, antes mesmo das alterações feitas na Lei de Recuperação Judicial e Falência, já havia o entendimento sobre a possibilidade de aplicação dos meios consensuais de resolução de conflitos – conciliação e mediação – no processo encampado pela Lei de Recuperação Judicial e Falência.

16. Lei nº 13.140/2015, art. 30, § 1º.

17. Lei nº 13.140/2015, arts. 14, 30, 31.

18. A respeito dele, a Resolução nº 125 do CNJ estabelece que se deve “manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo [o mediador] ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese” (Anexo III, § 1º do art. 1º).

19. Lei nº 13.140/2015, art. 30, § 2º.

20. Na Resolução nº 125 do CNJ a questão da imparcialidade é tratada como o “dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles” (Anexo III, § 4º do art. 1º).

21. “Art. 22 - Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...] estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros, na forma do § 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).”

A exemplo disso, tem-se o Enunciado nº 618 do Fórum Permanente de Processualistas Civis,²² Enunciado nº 45 da I Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal,²³ o III Fórum Nacional de Conciliação e Mediação.²⁴

Por meio das recentes alterações feitas na lei – Seção II-A – “Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial” –, a lei confirmou a tendência de aplicação dos meios consensuais para solução de conflitos, desafogando, assim, o Poder Judiciário.

De acordo com os artigos que serão analisados na sequência, a possibilidade de submeter os conflitos à conciliação e à mediação como mecanismo de pré-insolvência objetiva que as dívidas da empresa sejam renegociadas coletivamente pelo devedor e seus credores, de forma extrajudicial, com a menor intervenção possível do Poder Judiciário.

Estudo recente realizado identificou que um plano de recuperação judicial tem levado, em média, quase um ano e meio para ser finalizado.²⁵ Não é difícil entender os motivos para essa demora. Classes de credores diferentes, interesses distintos, com tratamentos diversos, antagonistas ao devedor, com educação beligerante em busca de um consenso por maioria.

Inicialmente, cumpre distinguir o mecanismo da conciliação daquele da mediação. Conforme bem explicitado por Tartuce (2021, p. 46-50), ambos são

técnicas de autocomposição, sendo a conciliação o mecanismo pelo qual

“um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e de investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto”.

Enquanto a mediação, por sua vez, é o

“meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com as disputas”.

A redação do art. 20-A²⁶ é uma norma propositiva com o intuito de incentivar a aplicação dos institutos da mediação e da conciliação, com a ressalva de que tal aplicação não terá o condão de suspender prazos processuais, salvo por determinação judicial. A regra adotada no regramento concursal se coaduna com aquela adotada na Lei de Mediação, no sentido de que às partes é facultado submeter a controvérsia ao procedimento de mediação na pendência do processo judicial ou arbitral, hipótese em que poderão requerer ao juiz ou ao árbitro a suspensão dos prazos.²⁷ Em verdade, artigo dispensável considerando que já constava da política pública, de Resolução do CNJ e do próprio CPC.

A instituição de procedimento de conciliação e mediação pode se dar de forma antecedente ou incidental ao processo de recuperação judicial,

22. “A conciliação e a mediação são compatíveis com o processo de recuperação judicial.”

23. “A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais.”

24. “Os casos de improbidade, de ações de recuperação de danos e de execução de títulos do TCU enquadram-se na hipótese do art. 3º da Lei 13.140/15 por terem natureza transacional, podendo o juiz tentar a composição amigável na forma do art. 3º, parágrafo 3º, do CPC, inclusive para os fins do artigo 334 do mesmo diploma legal.”

25. Disponível em: <http://m.aasp.org.br/clipping/MobileNoticia.aspx?idnot=28998>.

26. “Art. 20-A - A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.”

27. “Art. 16 - Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.”

a teor do art. 20-B,²⁸ que traz consigo, nos incisos I a V, rol exemplificativo daquilo que pode ser objeto da mediação ou conciliação. Destaca-se que, para tanto, basta ser o objeto do conflito transacionável. Parece aqui que o legislador ficou mais preocupado com problemas pontuais ocorridos em famosa recuperação judicial envolvendo empresa do setor de telecomunicações do que propriamente com a mediação. Resolveu cuidar de conflitos bilaterais e não especificamente do processo complexo de recuperação judicial, envolvendo uma diversidade de credores.

Em sendo a mediação ou a conciliação antecedente à recuperação judicial, as partes podem requerer tutela de urgência para que sejam suspensas as execuções por até 60 dias, para tentativa de composição com os credores (§ 1º do art. 20-B),^{29 e 30} período este que pode ser descontado

28. “Art. 20-B - Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente: I - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolvem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, ou credores extraconcurais; II - em conflitos que envolvem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais; III - na hipótese de haver créditos extraconcurais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial.”

29. “§ 1º - Na hipótese prevista no inciso IV do *caput* deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.”

30. Destaca-se que, embora a lei faça menção aos procedimentos de mediação ou conciliação “já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus)”, é mister esclarecer que a função das instituições – seja do Cejus, seja >>

do *stay period*, caso a empresa venha a apresentar pedido de recuperação judicial ou extrajudicial (§ 3º do art. 20-B).³¹

A hipótese de ajuizamento de tutela antecedente, de fato, parece-nos que irá continuar asoberbando o Poder Judiciário com algo que seria dispensável, pois continuará a exigir da recuperanda que apresente todos os documentos para obter a sua autorização para negociar com seus credores, pois, sem isso, dificilmente os credores viriam para a mesa da mediação. Ainda gera dúvidas sobre quem deverá ser citado quando do pedido de tutela de urgência, todos os credores? Quem deverá responder ao pedido? A ideia de negociação coletiva parece que ficou perdida e, também, deixou de estabelecer que na negociação antecedente a maioria vincula a minoria.

A lei cuidou de vedar expressamente a utilização da conciliação e da mediação que tenham como objeto (i) a natureza jurídica e a classificação dos créditos e (ii) critérios de votação em assembleia geral de credores (§ 2º do art. 20-B).³² Importante também mencionar que aos credores também não irá caber a possibilidade de negociar o *stay period*, ele não poderá ser objeto de mediação.

Na hipótese de a conciliação ou a mediação serem satisfatórias, levando as partes à composição do conflito, o acordo deverá ser homologado pelo juiz competente (art. 20-C).³³ Aqui, importante lembrar que, por mais que se alcance um consenso, em verdade, sempre será uma decisão por maioria.

>> das câmaras privadas – limita-se a administrar os procedimentos de conciliação, mediação e arbitragem, sem qualquer poder decisório em relação ao mérito de tais procedimentos.

31. “§ 3º - Se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, observados os critérios desta Lei, o período de suspensão previsto no § 1º deste artigo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º desta Lei.”

32. “§ 2º - São vedadas a conciliação e a mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia geral de credores.”

33. “Art. 20-C - O acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente conforme o disposto no art. 3º desta Lei.”

Aos acordos celebrados por ocasião da conciliação ou da mediação, a lei atribuiu condição resolutive, qual seja, requerimento de recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 dias contados da celebração de tais acordos. Nesta hipótese, os credores terão seus direitos e garantias reconstituídos nas condições originalmente contratadas (parágrafo único do art. 20-C).³⁴ Pode-se afirmar, sem medo de errar, que, dentre as alterações legais relativas à conciliação e à mediação no âmbito concursal, a prevista no parágrafo único do art. 20-C será objeto de acirrados debates, cujo esclarecimento ficará para a edição atualizada deste trabalho.

Por fim, o art. 20-D autoriza que as sessões de conciliação e de mediação poderão ser realizadas virtualmente, desde que as instituições que as administram disponham de meios para tanto.³⁵

5. Objeto da mediação/prisma do mediador

O art. 20-A da lei estabelece que as partes poderão se “submeter” à mediação. Nessa passagem, o legislador adotou uma linguagem pouco técnica porque as partes não se submetem à mediação. Isso porque, de um lado, a mediação é pautada na autonomia da vontade de todos os participantes e, de outro, porque o mediador não decide, não impõe nenhuma solução, noutras palavras, as partes não se submetem à autoridade do mediador, que jamais proferirá qualquer decisão. As partes submetem uma disputa a um procedimento estruturado de negociação, a mediação, para o alcance de uma resolução

34. “Parágrafo único - Requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 (trezentos e sessenta) dias contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual, o credor terá reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito dos procedimentos previstos nesta Seção.”

35. “Art. 20-D - As sessões de conciliação e de mediação de que trata esta Seção poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização.”

consensada. Essa negociação é facilitada pelo mediador e poderá, ou não, alcançar um fim exitoso.

A Recomendação nº 58 do CNJ cuidava, no art. 2º, do objeto da mediação, permitindo acordos sobre o valor do crédito e avaliação dos bens gravados com direito real de garantia; negociação do plano de recuperação judicial; pactuação dos casos de consolidação processual e, se cabível, substancial; sobre disputas entre os sócios/acionistas do devedor e em casos de credores não sujeitos à recuperação.

Aos acordos celebrados por ocasião da conciliação ou da mediação, a lei atribuiu condição resolutive.

O art. 20-B da Lei nº 14.112 adotou, substancialmente, o mesmo critério ao admitir mediação ou conciliação antecedente ou incidental ao processo de recuperação judicial, prevendo os temas a serem submetidos à mediação, a saber, os assuntos atinentes às disputas de sócios, disputas entre a empresa devedora e credores não sujeitos à recuperação, para negociação de dívidas, quanto ao seu valor e forma de pagamento.

Algumas características peculiares da mediação que merecem melhor abordagem. Primeiro, a questão do sigilo. Mesmo no processo concursal, nada obsta que o sigilo seja observado, porque isso respeita ao quanto as partes – a empresa devedora e seus credores – estejam negociando e, eventualmente, revelando no ambiente neutro e protegido da mediação. Tais negociações e revelações não podem e não devem vir a público, do mesmo modo que não podem ser levadas, subsequentemente, ao processo como subsídio para o contencioso judicial. Se e quando alcançado o acordo, deverá ser homologado – nesse momento, apenas o resultado final das negociações sigilosas será conhecido e a legalidade da composição poderá ser aferida pelo juiz. Os termos das discussões, as informações reveladas de parte a parte

ficam resguardadas pelo sigilo. Os efeitos do sigilo operam-se, inclusive, diante do administrador judicial, auxiliar de confiança do juízo cujo múnus envolve o dever de revelar as informações em seu poder. Por isso mesmo, o profissional que estiver atuando como administrador judicial não pode acumular funções de mediador. Sem dúvida, a *expertise* do administrador é de grande valia. Entretanto, na mediação, o administrador deve ficar à parte, inclusive porque ele administrará a recuperanda em caso de não sobrevir a composição – o sigilo do quanto foi revelado no ambiente de negociação, portanto, é crucial.

A pergunta que se coloca é como nomear o mediador. Novamente, a regra, na mediação, é que as partes, de comum acordo, possam indicar e nomear um mediador. Na recuperação, dada a potencial multiplicidade de atores, essa confluência na direção de um nome comum pode se tornar mais difícil. Nesse momento, de grande valia a gestão do procedimento por um centro de mediação, que poderá indicar um profissional experiente, neutro, equidistante, sem qualquer vinculação com os envolvidos na recuperação. Ademais, poderá indicar um profissional experiente em mediação e também experiente ou conhecedor da recuperação judicial. Na sistemática brasileira, entretanto, enquanto mediador, não compete ao profissional nenhum juízo técnico ou de valor sobre as questões mediadas. Em caso de dúvidas durante a mediação, as partes podem se socorrer de um apoio de *expert*, convencionando, desde logo, qual será o efeito de tal parecer técnico.

6. Conclusões

Em janeiro de 2021, a Lei nº 14.112 alterou a Lei de Recuperação e Falência, para, dentre outras

novidades, permitir o uso de mediação e conciliação nas recuperações judiciais, de forma antecedente ou incidental, em linha com aquilo que há muito é adotado no âmbito internacional. Dentre as possibilidades para o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, destacam-se conflitos entre acionistas de sociedade e sócio em dificuldade ou recuperação judicial, conflitos envolvendo credores não sujeitos à recuperação judicial, credores extraconcursais e negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Cumpre salientar que a nova lei expressamente vedou o emprego dos mecanismos sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia geral de credores.

Ao mediador, que poderá ser escolhido de comum acordo pelas partes ou aceito por elas, cabe esclarecer aos participantes de que forma se dará o procedimento, propor reuniões, facilitar o diálogo, atuando sempre com independência e equidistância. Função esta que jamais poderá ser exercida pelo administrador judicial, cujo papel primordial é o de fiscalizar as atividades do devedor.

As alterações legislativas por certo colocarão holofote nas valiosas ferramentas alternativas de resolução de conflito, as quais, espera-se, resultem em soluções eficientes e hábeis para, com base nos interesses dos envolvidos, alcançar uma solução rápida e eficiente, otimizando, assim, não apenas o trâmite na recuperação de empresas, como também o trabalho do Poder Judiciário. ●

BIBLIOGRAFIA

- DELLA NOCE, Dorothy J. Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference, *Ohio St J on Dispute Resolution*, v. 17:3, 2002.
- QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: an Oxymoron? *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 11, p. 479.
- SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*, Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, 70 F.R.D. 79, 111, 1976.
- TARTUCE, Fernanda. Comentários aos artigos 166-175, item 2. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 6. ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: Método, 2021.
- WARD, Ettie. Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts, *St John's Law Review*, v. 81, p. 77-81, 2007.



Foto: Divulgação

FRANCISCO SATIRO

Advogado. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Comercial da USP. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas (IBR). Membro da AASP.



Foto: Divulgação

LEONARDO ADRIANO RIBEIRO DIAS

Advogado. Mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas (IBR). Associado da Insol International. Membro da Comissão de Direito Bancário da OAB-SP.

O financiamento do devedor na Lei nº 14.112/2020: novas dúvidas.

SUMÁRIO

- 1.** Introdução: o problema do financiamento do devedor em recuperação
 - 2.** Os arts. 69-A a 69-F: as dúvidas
 - 3.** Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução: o problema do financiamento do devedor em recuperação

Desde a entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas – LRE), pouco se desenvolveu, de maneira sistematizada, a prática do financiamento das empresas em recuperação judicial, em especial em razão dos diversos obstáculos e limitadores econômicos, jurídicos e regulatórios existentes. Enquanto a necessidade de recursos para a manutenção das atividades durante o processo chega a ser intuitiva, a LRE não fornecia soluções satisfatórias a ponto de fomentar um mercado de crédito para devedores em recuperação.

Em linhas gerais, nas diversas legislações que abordam a matéria, os financiadores contam com alguma prioridade de pagamento em relação aos credores preexistentes, que pode estar rigidamente fixada em lei ou ser modulada pelo juiz. Além disso, ela pode existir nos procedimentos de reorganização, de liquidação ou em ambos, normalmente respeitando-se as garantias reais existentes e, em qualquer caso, assegurando-se adequada proteção ao credor garantido. O financiamento pode ser livremente contratado pelo devedor ou depender de autorização do juiz, enquanto a destinação dos recursos pode ou não estar prevista na lei, exigindo-se autorização do magistrado para financiamentos contraídos fora do curso normal dos negócios. Por último, o financiamento pode ou não integrar o plano de reorganização, de modo que algumas legislações somente garantem a prioridade do novo crédito se o plano contiver tal previsão.¹

Até 2020, a LRE conferia, no art. 67, apenas dois incentivos legais diretos ao financiamento do devedor em recuperação judicial, quais sejam: extraconcursalidade na falência e reclassificação, também na falência, dos créditos quirografários

preexistentes para créditos com privilégio geral, na proporção dos bens e valores fornecidos durante a recuperação judicial. Como já observado por parte da doutrina,² os incentivos eram insuficientes e apenas se operavam quando a recuperação judicial fracassasse, situação que todos querem evitar, inclusive o credor extraconcursal, já que a satisfação de seu crédito se daria em concorrência com outros credores extraconcursais, nos termos do art. 84 da LRE. A reclassificação, por sua vez, tinha pouco efeito prático, pois dificilmente os créditos com privilégio geral são pagos na falência.

Com o advento da Lei nº 14.112/2020, foi introduzida a Seção IV-A no Capítulo III da LRE, intitulada “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial” e composta pelos arts. 69-A a 69-F. A alteração legal foi muito festejada³ e de fato ela trouxe certos avanços, como a possibilidade de estabilização das decisões que autorizam a contratação do financiamento (art. 69-B) e a melhoria na ordem de classificação entre os créditos extraconcursais (art. 84, inciso I-B). Contudo, não foram tratados grandes problemas existentes, como a ausência de incentivos e prioridades de pagamento ao financiador durante a recuperação judicial, dada a concorrência com outros credores; o regime de provisionamento imposto às instituições financeiras pela Resolução nº 2.686/1999, do Conselho Monetário Nacional; a inexistência de bens desonerados para serem oferecidos em garantia; o risco legal, vinculado a dificuldades para cobrar a dívida em caso de inadimplemento, especialmente se a recuperação ainda não tiver sido encerrada; a ausência de regras de financiamento aplicáveis às recuperações extrajudiciais.⁴

2. Cf. De Lucca; Dezem (2015, p. 101).

3. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/12/23/reforma-da-lei-deve-atrair-mais-recursos.ghtml>. Acesso em: 19 abr. 2021; e <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/25/projeto-que-altera-a-lei-de-falencias-segue-para-sancao>. Acesso em: 19 abr. 2021.

4. Para alguns obstáculos ao financiamento das empresas em crise, cf. Dias, 2014, p. 265-301.

1. Nesse sentido, cf. Dias (2014, p. 135-165).

Por outro lado, mesmo os novos dispositivos possuem escopo limitado e trazem outros problemas e dúvidas, a seguir abordados.

2. Os arts. 69-A a 69-F: as dúvidas

A Seção IV-A não define o que são “contratos de financiamento” para os fins da extraconcursalidade prevista no art. 84, inciso I-B, da LRE. A questão ganha relevo quando, da leitura do art. 69-A, se percebe que é feita expressa remissão aos arts. 66 e 67, mas os créditos resultantes de obrigações contraídas nos termos deste último artigo têm uma classificação diferente na falência (art. 84, inciso I-E). Daí a necessidade de se buscar o conceito de “contratos de financiamento”.⁵

Em um sentido amplo, financiar significa sustentar gastos, prover o capital necessário para algo, custear, bancar.⁶ Ou seja, na dinâmica de entrega de recursos a alguém para determinada finalidade, enquadram-se inúmeras estruturas e negócios jurídicos que, sob essa perspectiva, poderiam ser caracterizados como “financiamento”.

Empresas podem se financiar com recursos próprios ou de terceiros. No primeiro caso, podem recorrer, *v.g.*, a excedentes de caixa, reservas de lucros ou venda de ativos. No segundo caso, os recursos podem ingressar via participação societária ou dívida. É possível que os atuais sócios aportem recursos ou, ainda, que a empresa recorra a novos sócios, sejam investidores privados ou via mercado de capitais. Já os financiamentos por dívida podem ocorrer por meio do sistema bancário, de *factorings*, de adiantamentos de pagamentos por clientes, de vendas a prazo por fornecedores e até mesmo por mútuos fornecidos pelos próprios sócios.

Dois pontos merecem destaque a partir dessas informações. Primeiro que qualquer operação que gere utilidade imediata para a empresa e

que não demande a contrapartida imediata gera uma relação creditícia que pode, em sentido amplo, ser considerada uma forma de financiamento. Certamente não são todos esses casos que merecerão o regime preferencial de estímulo previsto nos arts. 69-A a 69-F como veremos. Por outro lado, nota-se uma ampla gama de possibilidades tanto no que se refere à origem dos recursos como à pessoa do financiador, cada qual podendo ser acomodada em diversas estruturas jurídicas. Daí se indagar qual dessas estruturas, fontes e financiadores podem ser enquadrados nas normas da seção que regula o financiamento do devedor em recuperação judicial.

Na dinâmica de entrega de recursos a alguém para determinada finalidade, enquadram-se inúmeras estruturas e negócios jurídicos.

Ao remeter aos arts. 66 e 67, o art. 69-A não responde a essa pergunta, pois o primeiro dispositivo regula a alienação ou oneração de bens ou direitos do ativo não circulante, enquanto o segundo trata dos “créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial”, mas nenhum deles define quais seriam os “contratos de financiamento” especialmente tratados.

E mais: embora os “contratos de financiamento” gozem, na falência, de classificação melhor em relação aos créditos resultantes de outras obrigações contraídas durante a recuperação judicial (art. 67), seu fundamento continua sendo os arts. 66 e 67, mas a LRE não traz uma distinção clara entre as duas situações.

A finalidade dos contratos de financiamento, prevista no art. 69-A, não auxilia na solução do problema, uma vez que os recursos captados deverão ser destinados “para financiar as suas atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação

5. Para uma análise do problema, cf. Dias (2021).

6. Cf. Houaiss; Villar (2001, p. 1.346).

do valor de ativos”.⁷ Além de extremamente amplas, essas finalidades não permitem estabelecer distinção entre recursos obtidos no curso ordinário dos negócios ou fora do curso ordinário, como ocorre nos EUA. Logo, praticamente tudo que resulta de negócios jurídicos celebrados pelo devedor, sejam serviços, produtos ou dinheiro, será direta ou indiretamente empregado nas atividades, nas despesas de reestruturação e na preservação dos ativos durante a recuperação.

Por seu turno, a autorização judicial mencionada no art. 69-A também não é suficiente para definir o que são “contratos de financiamento”, pois prevalece no Brasil a regra de que o devedor continua na condução das atividades (art. 64, LRE), pelo que os atos previstos no art. 67 não dependem de autorização judicial, exceto se envolverem alienação ou oneração de bens do ativo não circulante.⁸ Portanto, nem todo e qualquer ato – em particular contratos de mútuo – submete-se ao regime do arts. 69-A a 69-F, de modo que poderá haver créditos decorrentes de negócios jurídicos realizados durante a recuperação judicial que, mesmo se forem autorizados pelo juiz, não serão extraconcursais pelo art. 84, inciso I-B, mas pelo art. 84, inciso I-E.

A solução então é definir contratos de financiamento, nos termos do art. 69-A da LRE, como todo negócio jurídico que possa implicar crédito contra o

devedor e esteja garantido “pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos” **do devedor**, pertencentes ao ativo não circulante.

Isso porque o art. 69-A faz expressa referência ao art. 66, que exige prévia autorização do juiz, ouvido o comitê de credores, para alienação ou oneração de bens ou direitos do ativo não circulante, de modo que o art. 69-A apenas reflete exigência legal que já existia. Com isso, o juiz não autoriza propriamente a celebração do “contrato de financiamento”, mas sim a outorga, em garantia, desses bens ou direitos.

Esse entendimento é corroborado pelo adjetivo “garantidos”, encontrado na redação do art. 69-A, pelo que, se a norma objetivasse que quaisquer “contratos de financiamento” dependessem de autorização judicial e fossem extraconcursais pelo art. 84, inciso I-B, remeteria apenas ao art. 67. Logo, a disciplina da Seção IV-A pressupõe a existência de garantias representadas por bens ou direitos do ativo não circulante do devedor.⁹ Por força disso, contratos que não tiverem garantia de bens do ativo não circulante do devedor não dependem de autorização judicial e não serão considerados “contratos de financiamento” para os efeitos da Seção IV-A do Capítulo III da LRE, em eventual falência, serão classificadas no inciso I-E do art. 84.

Em suma, o financiamento disciplinado na Seção IV-A do Capítulo III somente pode ser conceituado a partir do seu acessório, significando todo o negócio jurídico garantido por bens ou direitos do ativo não circulante do devedor que implique crédito de outrem contra este último e tenha sido previamente autorizado pelo juiz da recuperação judicial para financiar as “atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos”. Qualquer outro negócio jurídico não gozará

7. Isso significa que o uso dos recursos submetidos ao regime dos arts. 69-A a 69-F para quitação de débitos sujeitos à recuperação judicial será excepcional e demanda prévia comprovação de sua imprescindibilidade para a continuidade da atividade, além de implicar questionamentos quanto à violação da *par conditio creditorum*.

8. Aqui, mais uma vez a imprecisão da redação do art. 69-A, quando aponta que os contratos submetidos ao regime especial são aqueles “[...] garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus **ou de terceiros** [...]”, gera confusão, principalmente porque tais “bens e direitos” vêm qualificados como incluídos no “[...] ativo não circulante [...]”, o que só faz sentido se se estiver tratando das demonstrações financeiras do devedor. Uma coisa é a preservação dos ativos não circulantes do devedor. Outra é submeter a uma prévia autorização judicial um financiamento garantido por bens de terceiros. A definição de empréstimos no curso regular do negócio mais uma vez aqui auxiliaria a melhor definição do instituto.

9. Em sentido semelhante, entendendo que a autorização judicial somente é necessária para financiamentos garantidos por bens ou direitos do ativo não circulante da recuperanda ou de terceiros, excluídos os que não possuem essa classificação contábil, cf. Coelho (2021, p. 270-271).

da extraconcursalidade conferida pelo art. 84, inciso I-B, da LRE.

Ademais, essa interpretação implica que a extraconcursalidade dos créditos decorrentes de “contratos de financiamento” está intrinsecamente vinculada ao valor da garantia ofertada, sob pena de o devedor oferecer em garantia bem de valor muito inferior ao do financiamento apenas para assegurar ao financiador uma posição melhor na falência, o que poderia ensejar diversas fraudes. Por isso, eventual saldo credor não coberto pelo valor da garantia será extraconcursal, mas pago juntamente com os créditos do inciso I-E do art. 84.¹⁰

A extraconcursalidade dos créditos decorrentes de “contratos de financiamento” está vinculada ao valor da garantia ofertada.

Segundo o art. 69-B da LRE, eventual modificação, em grau de recurso, da decisão autorizativa da contratação do financiamento não alterará sua natureza extraconcursal nem as garantias outorgadas pelo devedor em favor do financiador de boa-fé, caso já tenha havido o desembolso dos valores. A norma inspira-se no § 364(e) do *Title 11* do *U.S. Code* e, em certa medida, transporta para o Direito brasileiro a chamada *mootness doctrine*, uma vez que os atos de consumação do negócio jurídico autorizado podem ser de difícil ou impossível reversão, caso a decisão que autoriza o financiamento (mais precisamente, a outorga da garantia de bem do ativo não circulante) seja revertida em grau de recurso.¹¹

10. Em sintonia com a lógica prevista no art. 83, inciso II, em caso de garantia vinculada a bem, o tratamento privilegiado estará sempre limitado ao valor do bem dado em garantia, ficando o restante submetido ao regime ordinário de tratamento de créditos (art. 83, inciso VI, ou art. 84, inciso I-E, conforme circunstância de sua contratação).

11. Defendendo a irreversibilidade dos negócios de financiamento ou investimento objeto de autorização judicial já >>

Todavia, a norma parece ter sido apenas parcialmente importada dos EUA, pois aqui o respaldo dado ao financiador quanto à extraconcursalidade de seu crédito e às garantias outorgadas depende somente da existência de boa-fé e do prévio desembolso dos recursos. A propósito, enquanto no Brasil a boa-fé é presumida e a má-fé deve ser provada,¹² nos EUA, a ordem judicial que autorizar o *DIP Financing* deve conter evidência explícita da boa-fé do financiador.¹³

Além disso, nos EUA, a irreversibilidade da decisão que autoriza o *DIP Financing* não será garantida se houver recurso com efeito suspensivo, ao passo que a LRE foi silente quanto a essa condição. Na prática, devedor e financiador provavelmente diligenciarão para que o desembolso ocorra imediatamente após a decisão que autorizar o negócio, de modo que não haja tempo hábil para que os interessados possam recorrer e obter o efeito suspensivo. Nessas situações, a manutenção dos privilégios assegurados pelo art. 69-B será questionável se, realizado o desembolso, houver recurso com efeito suspensivo poucos dias depois.¹⁴ Por prudência, a decisão que autoriza o “contrato de financiamento” deve ser condicionada ao término do prazo recursal, constatando-se que não houve recurso dotado de efeito suspensivo.

Já o art. 69-C não introduziu nenhuma novidade ou incentivo¹⁵ ao viabilizar a constituição de

>> implementados e consumados substancialmente, cf. Munhoz (2015, p. 284-289).

12. Cf. STJ, Corte Especial, REsp nº 956.943-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 20/8/2014, Dje de 1º/12/2014.

13. Assim se decidiu no caso *In re Revco D.S., Inc.*, 901 F.2d 1359 (6ª Cir. 1990). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/901/1359/46514/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

14. No mesmo sentido, Celidonio (2020, p. E2).

15. Nas palavras de Marcelo Barbosa Sacramone (2021, p. 375), “não se avançou a ponto de compartilhar com o financiador as garantias ou mesmo de se conceder garantia prioritária sobre um bem ao financiador, desde que se garantisse a satisfação do credor anterior. Tampouco se permitiu a prioridade de garantia sobre bens alienados fiduciariamente ou sobre cessões fiduciárias, sequer sobre qualquer valor excedente, na medida em que o bem se encontraria na propriedade fiduciária do credor originário”.

“garantias subordinadas” em favor do financiador, dispensando a anuência do detentor da garantia original.

Antes da reforma, o devedor em recuperação judicial não era proibido de outorgar novas garantias reais sobre bens já onerados, respeitadas as normas aplicáveis a cada espécie de garantia e, se fosse o caso, o art. 66 da LRE, observando-se a ordem de preferência entre os credores garantidos. Portanto, neste aspecto, o legislador não inovou em relação ao direito anterior. E, em sua parte final, o artigo em questão dispensa a anuência do detentor da garantia original, a qual não era exigida pela legislação, pelo que a norma não confere nenhuma vantagem que um potencial financiador já não tivesse.

Segundo o § 1º, a garantia ficará limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo. Com isso, em caso de inadimplemento do financiamento e excussão do objeto da garantia pelo financiador, será apurado o excesso a que ele faz jus, enquanto o saldo devido ao titular da “garantia original” não poderá ser pago, sob pena de violação da *par conditio creditorum*, pois se trata de crédito sujeito à recuperação judicial. Dessa forma, e considerando o silêncio da LRE a respeito, a melhor solução será depositar o saldo em conta vinculada ao processo. Afinal, se na falência não existe pretensão direta entre o credor por garantia real e o bem garantido, servindo este somente como a referência para definição do montante do crédito a ser tratado como privilegiado nos termos do art. 83, inciso II, caso seja aprovado o plano e encerrada a recuperação judicial, o credor continuará titular da garantia, nos termos do original art. 50, § 1º, circunstância reforçada pelos novos arts. 69-K, § 2º, e 6º-C.

Já o § 2º excetua dos efeitos do art. 69-C qualquer modalidade de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária, sobre as quais não poderá haver “garantia subordinada”. Considerando a recorrência dessa modalidade de garantia em comparação às garantias reais, o art. 69-C tenderá a ser de pouca aplicação prática.

O art. 69-D da LRE impõe a automática rescisão¹⁶ do contrato de financiamento na hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência antes da liberação integral dos valores previstos no contrato. O dispositivo será aplicável mediante duas condições: que (i) entre a celebração do contrato e a liberação dos recursos a recuperação judicial seja convalidada em falência¹⁷ e (ii) que o contrato de financiamento pressuponha desembolso de valores em parcelas futuras.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 69-D dispõe que as garantias constituídas e as preferências serão conservadas até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor antes da convalidação em falência. Aqui se procura resguardar a posição do financiador de maneira proporcional ao benefício econômico conferido ao devedor, o que seria uma decorrência lógica da circunstância posta.

Em sua literalidade, o parágrafo único abrangeria tão somente “valores efetivamente entregues ao devedor”, assim como o inciso I-B do art. 84 da LRE, o que, a princípio, excluiria juros e demais encargos. Contudo, essa não parece a melhor interpretação da norma.

Quanto à correção monetária, tratando-se de simples recomposição do valor da moeda, seu pagamento já dispensaria previsão legal.¹⁸ Quanto aos juros vencidos após a decretação de falência, aplica-se o art. 124 da LRE, segundo o qual eles não são exigíveis, exceto se decorrerem de créditos com garantia real, no limite do produto dos bens

16. Defendendo que o termo correto para descrever a hipótese legal seria “resolução” e não “rescisão”, cf. Coelho (2021, p. 273).

17. Ao classificar financiamento como espécie de mútuo, Fábio Ulhoa Coelho (2021, p. 273) tece crítica pertinente ao dispositivo, pois o mútuo só se aperfeiçoa com a entrega dos recursos emprestados, pelo que não haveria que se falar em desconstituir um vínculo contratual que não se constituiu. Não obstante, se considerada a ampla gama de negócios jurídicos que podem ser garantidos por bem ou direito do ativo não circulante, a norma passa a fazer sentido. Isso sem mencionar a possibilidade de formalização de compromisso de desembolso dos recursos sujeito a termo ou que, por algum motivo alheio à vontade das partes, não se realizou na data da avença, mas que ainda assim vincula os contratantes.

18. Cf. Celidonio (2020, p. E2).

objeto da garantia. Ora, como a Seção IV-A disciplina o financiamento garantido por bens do ativo não circulante, em se tratando de garantia real, os juros vencidos após a falência serão pagos com o produto da venda do objeto de garantia. Caso se trate de garantia fiduciária sobre bem (não sobre recursos financeiros, hipótese em que incidiriam os arts. 86 e 84, inciso I-C), o credor terá direito à restituição do bem (art. 85) e não haverá discussão quanto ao pagamento de juros, de modo que, restando saldo credor após a venda do bem, ele será classificado no inciso I-E do art. 84 da LRE.

Já para os juros que vencerem antes da quebra, aplicam-se os arts. 77 e 9º, inciso II, da LRE. Enquanto o primeiro impõe, com a decretação de falência, o vencimento antecipado das dívidas do devedor, com abatimento proporcional dos juros, o art. 9º, inciso II, dispõe que a habilitação de crédito deverá conter o valor do crédito atualizado até a data da decretação da falência. Portanto, não há dúvida de que os juros serão devidos, tanto os moratórios como os remuneratórios, assim como outros encargos incidentes.

O art. 69-E consiste em outra norma que não acrescenta nenhuma novidade ou incentivo, ao prever que o financiamento poderá ser realizado por “qualquer pessoa, inclusive credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor”. Ressalvadas situações específicas, a legislação nunca vedou a concessão de financiamento para devedores em recuperação judicial por ninguém. Sempre houve – e continua havendo – diversos desincentivos, mas nunca se proibiu nenhuma das pessoas mencionadas de financiar devedores em crise. Destaque-se, no entanto, que a Lei nº 14.112/2020 eliminou a previsão de que todo valor entregue pelo devedor à empresa antes da falência deverá ser tratado como investimento em participação e pago em último lugar na lista de credores, como crédito subordinado nos termos do antigo art. 83, inciso VIII, alínea *b*. Na sua nova redação, o dispositivo implica caráter subordinado somente quando

o contrato não submeter-se a “[...] condições estritamente comutativas e prática de mercado”. Ora, como o empréstimo terá que ser aprovado pelo juiz, nos parece que essa condição, de partida, sai satisfeita, permitindo o tratamento do sócio ou controlador conforme natureza de seu crédito mesmo que não houvesse a previsão do art. 69-E.

O art. 69-E consiste em outra norma que não acrescenta nenhuma novidade ou incentivo.

Logo, cautela na aprovação judicial deve existir quando o financiador for controlador ou sociedade do mesmo grupo econômico do devedor, pois a garantia exigida, quando confrontada com os termos e condições do financiamento, pode revelar verdadeiro resgate de ativos em detrimento dos credores sujeitos à recuperação judicial.

Em compasso com o art. 69-E, o art. 69-F também não inova ao dispor que “qualquer pessoa ou entidade” poderá garantir o financiamento “mediante a oneração ou a alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes de seu grupo, estejam ou não em recuperação judicial”. A rigor, todas as “pessoas ou entidades” mencionadas poderiam garantir financiamentos de devedores em recuperação judicial, inclusive sociedades do mesmo grupo econômico.

Aqui importante levantar uma questão que nos parece relevante e que deve ser objeto de mais aprofundamento. Uma interpretação mais simplista poderia levar à conclusão de que qualquer crédito ao devedor em recuperação judicial poderia ser objeto de prévia aprovação nos termos do art. 69-A e, por conseguinte, ficaria imediatamente classificado no inciso I-B do art. 84 em caso de falência. Mas há alguns pontos que precisam ser avaliados com cuidado antes de se fixar esse entendimento. Tanto sob o ponto de vista literal como do ponto de

vista sistêmico e das consequências, é preciso sopesar certos aspectos.

A redação do art. 69-A assemelha-se à do art. 66.¹⁹ Em ambos os casos trata-se da necessidade de aprovação judicial para a venda ou oneração de bens ou direitos do devedor componentes do ativo não circulante. Assim como o próprio art. 66, o art. 69-A também faz referência ao art. 67, o que legitima o entendimento de que se trata de tutela da mesma situação. Aliás, esse entendimento vem corroborado pelo fato de que o art. 69-A parece confirmar que o juiz poderá autorizar financiamentos desde que “garantidos pela oneração ou alienação fiduciária de bens ou direitos”. Credores fiduciários não se submeterão ao regime do art. 84, inciso I-B, na falência porque terão à sua disposição o regime da restituição dos arts. 85 e ss., muito mais consistente. Não faria sentido piorar sua situação porque o financiamento dá-se com o devedor em recuperação judicial. Mas se justifica a necessidade de aprovação do financiamento justamente em razão da sua garantia.

Com isso cremos que é discutível que haja uma automática correlação entre créditos aprovados no âmbito do art. 69-A e ss. e do art. 84, inciso I-B. É em função da garantia e segurança do credor que se põe a Seção IV-A do Capítulo III, o que permite concluir, ainda que em primeira impressão, que em função da garantia deverá ser tratado o crédito obtido nos seus termos. Isso dispensa a aprovação judicial para casos do art. 67 que não prevejam garantia real ou fiduciária de bens do ativo não circulante do devedor – ainda que possam prever garantia fidejussória, ou mesmo real ou fiduciária, mas sobre bens

19. Art. 66: “[...] o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver [...]”.

Art. 69-A: “O juiz poderá, depois de ouvido o Comitê de Credores, autorizar a celebração de contratos de financiamento com o devedor, garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante [...]”.

do ativo circulante do devedor. Para esses casos permanece a extraconcursalidade em caso de falência do devedor, mas nos termos do art. 84, inciso I-E. Ainda em grau de investigação, o art. 69-C parece corroborar o fato de que, mesmo que aprovado nos termos do art. 69-A, o financiamento garantido por bens do ativo não circulante só terá tratamento diferenciado na falência (art. 85 ou art. 84, inciso I-B) no limite do valor da garantia, submetendo-se, o crédito que sobejar, ao regime geral do art. 84, inciso I-E, na qualidade de quirografário entre os extraconcursais. Se assim não fosse, não haveria justificativa para a existência do art. 69-C, salvo para o caso de execução da dívida fora da falência, bem como haveria uma porta aberta para que todo credor impusesse que seu crédito posterior ao pedido de recuperação passasse pelo processo de aprovação judicial e se tornasse imediatamente superpreferencial dentre os extraconcursais. Tal fato não parece justificar-se porque implicaria uma espécie de *downgrade* ou rebaixamento dos créditos sujeitos à recuperação judicial em caso de falência, o que incentivaria que seus titulares se rebelassem contra a aprovação de financiamentos DIP, fato que soa estranho e incompatível com os objetivos da lei.

Os mesmos argumentos usados para analisar a situação dos credores não garantidos que pretendessem submeter seus contratos ao regime do art. 69-A parecem aplicar-se aos casos em que a garantia é de terceiros, já que nessa hipótese o credor já assegurou seu crédito sem interferir na estrutura de ativos não circulantes da empresa e não parece nem eficiente, nem coerente com o tratamento dado pela jurisprudência, até hoje, aos créditos garantidos por bens de terceiros.²⁰

Novamente, o tratamento do crédito do financiador deve ter em conta o conceito de financiamento aqui defendido, definido a partir da outorga

20. STJ, 3ª T., AgInt no AREsp nº 1384309-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 1º/7/2019, DJe de 6/8/2019; 2ª Seção, EDcl no AgInt nos EDcl nos EAREsp nº 698.747-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 14/9/2016, DJe de 21/9/2016.

de garantia de bens do ativo não circulante do devedor. Com isso, a norma almeja que, na hipótese de inadimplemento do financiamento durante a recuperação judicial ou na convolação em falência, o objeto da garantia seja destinado ao pagamento do crédito financiado e seja suficiente para tanto.

Por isso, a extraconcursalidade assegurada ao financiador pelo inciso I-B do art. 84 deverá observar o limite do produto da venda do bem, enquanto eventual excedente também será classificado como extraconcursal, mas no inciso I-E, pois decorre de ato jurídico válido praticado durante a recuperação judicial. Tratando-se de garantia outorgada por terceiro, na hipótese de falência do devedor, o financiador deverá executar o bem e, se o produto da venda não for suficiente para quitar seu crédito, o excedente será classificado como extraconcursal também nos termos do inciso I-E.

3. Conclusão

O financiamento de empresas em crise sempre será uma questão delicada, pois envolve custo de oportunidade e riscos sabidamente elevados. A

LRE, em sua redação original, foi tímida ao tratar a matéria. Diferente de outros países, não oferecia incentivos legais diretos aproveitáveis durante a recuperação, isso sem falar de outros mecanismos que fomentam essa prática. Também não havia participação ativa das instituições financeiras nesse mercado, inclusive por questões regulatórias, além de persistir o receio quanto à efetividade da cobrança do financiamento em caso de inadimplemento e a questão da inexistência de bens livres para servirem como garantia.

Sensível à importância que o financiamento assume na recuperação das empresas em crise, a Lei nº 14.112/2020 introduziu seção específica sobre a matéria. Havia a expectativa de todos de que a reforma significasse uma efetiva melhoria no ambiente de financiamento durante a recuperação judicial. A redação final, no entanto, é pouco cuidadosa, a insegurança daí decorrente pode vir a impedir que os seus benefícios tenham o reflexo esperado no mercado. Ou que haja necessidade de assentamento de entendimentos via jurisprudência, o que demandaria um tempo que nossa economia, abatida pela pandemia da Covid-19, talvez não tenha. ●

BIBLIOGRAFIA

- CELIDONIO, Luciana. Financiamento de devedores em recuperação. *Valor Econômico*, 5 nov. 2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- DE LUCCA, Newton; DEZEM, Renata Mota Maciel M. Dez anos de vigência da Lei 11.101/2005. Há motivos para comemorar? In: CERZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falências*. São Paulo: Almedina, 2015.
- DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. *DIP financing* e a lei 14.112/20: inovação ou confusão? 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342611/dip-financig-e-a-lei-14-112-20-inovacao-ou-confusao>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. *DIP Financing* no Brasil? Breve análise do instituto no contexto norte-americano e distinções em relação ao direito brasileiro. In: LAMACHIA, Claudio; CERZETTI, Sheila C. Neder; COSTA NETO, Gustavo Ramiro (coord.). *Estudos de Direito Empresarial*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.
- DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. *Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CERZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falências*. São Paulo: Almedina, 2015.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.



IGOR SILVA DE LIMA

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. LLM in Corporate Law pela University College London. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.



FELIPE E. DOS SANTOS GALEA

Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Contratual pela FGV-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP.



GUSTAVO DOS REIS LEITÃO

Advogado da área de Solução de Conflitos. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Venda de UPIs e esvaziamento patrimonial: reflexões preliminares.

SUMÁRIO

1. Notas introdutórias
 2. Alterações à LRF promovidas pela Lei nº 14.112/2020
 3. Potenciais desafios para a aplicação dos novos dispositivos legais
 4. Considerações finais
- Bibliografia

1. Notas introdutórias

Dentre as inúmeras inovações trazidas pela Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência – LRF) ao regime falimentar brasileiro, merece destaque a inclusão de regras para tratar da alienação de ativos do devedor de forma ordenada no curso do processo de recuperação judicial, bem como para estabelecer proteções legais a adquirentes quando a referida alienação fosse efetuada com a observância a determinados requisitos.

Pretendeu o legislador, com isso, criar um ambiente de negócios que proporcionasse ao devedor um mecanismo para obter novos recursos que, a partir do início do processo, não estariam mais disponíveis em fontes tradicionais (financiamentos bancários, emissões de títulos no mercado de capitais, dentre outras), e, ainda, oferecesse proteção jurídica a potenciais compradores em relação às dívidas e obrigações do devedor, incentivando-os a adquirir ativos no âmbito da recuperação judicial (com a consequente preservação das atividades a eles associadas), o que levaria a uma potencial majoração no preço de aquisição desses bens. Os novos recursos poderiam não apenas financiar a continuidade das atividades do devedor durante o processo, mas também ser empregados no pagamento de credores sujeitos à medida recuperacional. Portanto, pode-se dizer que essas novas regras também pretendiam maximizar os recebimentos dos próprios credores cujos créditos estivessem sujeitos à recuperação judicial.

Nesse sentido, estabeleceu-se, no art. 60 da LRF, a possibilidade de o plano de recuperação prever a alienação de filiais e unidades produtivas isoladas (UPIs) do devedor e, mais, que, se feita em processo competitivo e com observância a determinados requisitos, a consumação de tal alienação não implicaria a criação de qualquer ônus ou a imputação aos adquirentes de responsabilidade, por sucessão, pelas obrigações do devedor, “inclusive as de natureza tributária”.

Embora essas novas regras tenham sido objeto de questionamentos¹ ou críticas² durante os primeiros anos de vigência da LRF, a verdade é que, conforme a prática demonstrou (em larga medida com amparo na doutrina e jurisprudência formuladas ao longo dos anos), a alienação de UPIs consolidou-se como um dos principais mecanismos adotados por devedores em recuperação judicial.

No entanto, ainda que se tenha observado a referida prática, alguns aspectos relacionados ao regramento da alienação de UPIs permaneceram gerando dúvidas e uma certa dose de insegurança quanto ao alcance da proteção contra a sucessão do adquirente em obrigações do devedor. A amplitude da expressão constante do parágrafo único do art. 60 (“inclusive as de natureza tributária”) e a ausência de clareza quanto às obrigações que estariam abrangidas por essa proteção geraram diversas discussões, reclamando-se, há muito, que fossem feitos ajustes ao texto da LRF para determinar se abrangeria obrigações de outras naturezas jurídicas, como ambientais, penais ou relacionadas a medidas anticorrupção.

Embora seja inegável a importância da alienação de UPIs para, conforme as circunstâncias do caso concreto, uma bem-sucedida reestruturação do devedor, é certo também que as regras previstas na LRF estiveram sempre voltadas a resguardar (i) a dinâmica dos procedimentos de venda, dada a sua importância para a recuperação do devedor e, por consequência, para a manutenção da fonte produtora e preservação da empresa, (ii) os interesses

1. Para uma discussão acerca da constitucionalidade do art. 60 e seu parágrafo único (dentre outros dispositivos) da LRF, ver acórdão proferido na ADI nº 3.934-2-DF, que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial da referida ação.

2. Inicialmente, houve críticas à opção do legislador de adotar a expressão “unidade produtiva isolada” em detrimento de “estabelecimento”, esta última já consagrada na doutrina e positivada nos arts. 1.142 e ss. do Código Civil (CC). A propósito do tema, ver, exemplificativamente, as opiniões de Jorge Lobo (TOLEDO; ABRÃO, 2010, p. 236-237) e de Eduardo Secchi Munhoz (SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2007, p. 298).

dos adquirentes de tais ativos e (iii) a satisfação dos credores sujeitos aos efeitos da medida.

A LRF não dispunha propriamente acerca de proteções aos interesses de credores cujos créditos não estivessem a ela submetidos e que pudessem ser eventualmente afetados pelas medidas adotadas pelo devedor no âmbito da recuperação judicial. Afora a necessidade de o plano de recuperação demonstrar a viabilidade do cumprimento das medidas nele previstas, e do entendimento de que o devedor deveria conservar para si atividade remanescente após a implementação daquelas, a LRF não impunha limites à quantidade de ativos que poderiam ser alienados pelo devedor sob a forma de UPIs.³

Nessas condições, em princípio havia margem para que devedores e credores acordassem a venda de substancialmente todos os ativos do devedor na forma de UPIs, e a subsequente distribuição dos recursos auferidos para pagamento dos credores sujeitos à recuperação judicial, de tal forma que patrimônio e atividade remanescentes do devedor pudessem ser insuficientes para fazer frente às suas demais obrigações que, por força da própria LRF, não estavam submetidos aos efeitos da medida. Em casos tais, embora a alienação de UPIs pudesse ser a solução para a satisfação dos credores concursais, acabava se demonstrando como um verdadeiro problema para os credores não sujeitos à recuperação judicial, que se viam obrigados, então, a acompanhar um processo do qual nem sequer eram partes e no qual não poderiam interferir, mas que poderia lhes trazer efeitos adversos significativos.

3. Nesse sentido, cumpre lembrar acórdão do e. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em que, mesmo admitindo-se ter havido a venda de todos os estabelecimentos do devedor sob a forma de UPIs e, em termos práticos, a liquidação do patrimônio social, afastou-se tanto a ocorrência de nulidade quanto o reconhecimento imediato de sucessão do adquirente em obrigações do devedor (TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento nº 0319232-13.2009.8.26.000, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. em 23/2/2010).

Como se vê, a prática revelou a existência de incertezas jurídicas e riscos na aplicação dos dispositivos da LRF relativos à venda de UPIs, os quais advinham da ausência de clareza quanto ao alcance efetivo da proteção oferecida pelo parágrafo único do art. 60 e, também, da inexistência de limites expressamente previstos que pudessem evitar a eventual alienação substancial do patrimônio social do devedor sob a forma de UPIs, em detrimento dos credores não sujeitos à recuperação judicial. Assim, apesar das vantagens trazidas à época, a verdade é que se verificaram dificuldades práticas na aplicação dos dispositivos legais pertinentes, reclamando, portanto, fossem promovidos ajustes à LRF.

Em princípio havia margem para que devedores e credores acordassem a venda de substancialmente todos os ativos do devedor na forma de UPIs.

Foi nesse contexto, e visando a sanar os desafios verificados ao longo dos mais de 15 anos de vigência da LRF, que a Lei nº 14.112/2020 trouxe alterações relevantes à LRF quanto à alienação de ativos em processos de recuperação judicial, em particular de UPIs. Ao mesmo tempo que buscou ampliar a flexibilidade para a formatação de UPIs e determinar de forma clara o alcance e a abrangência da proteção de adquirentes contra a sucessão em obrigações do devedor, o legislador também se preocupou em estabelecer regras para proteger interesses de titulares de créditos não sujeitos à recuperação judicial.

No tópico a seguir, trataremos brevemente das alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020 para, posteriormente, apontarmos alguns desafios que, a nosso ver, possam surgir quando da aplicação das novas regras introduzidas na LRF, para cuja solução serão novamente essenciais os esforços

de doutrina e jurisprudência. Fica desde logo registrado que não temos a pretensão, com o presente trabalho, de exaurir a análise do tema, mas apenas suscitar algumas ponderações que possam contribuir para as discussões a seu respeito.

2. Alterações à LRF promovidas pela Lei nº 14.112/2020

Em linhas gerais, a adoção da venda de ativos organizados sob a forma de UPIs como uma das principais medidas no âmbito de processos de recuperação judicial se assenta em pelo menos três pilares centrais: (i) a amplitude do conceito, que confere flexibilidade e permite ao devedor alguma liberdade na organização dos seus ativos para a formação de UPIs da maneira mais compatível com as circunstâncias concretas de sua crise econômico-financeira e de modo a criar melhores condições de cumprimento do seu plano de recuperação; (ii) a previsão legal de ausência de sucessão dos adquirentes em obrigações do devedor desde que observados os requisitos previstos na LRF – o que se, por um lado, proporciona um nível de segurança aos interessados na aquisição das UPIs, por outro, cria tensão competitiva entre tais interessados, com o potencial de elevar os valores das propostas e, conseqüentemente, maximizar a quantia a ser obtida na operação de venda; e (iii) a determinação legal de que os atos de alienação de ativos praticados conforme previstos no plano (e, de certo modo, chanceados pelo Poder Judiciário) não serão declarados ineficazes ou revogados no futuro.

De todo modo, conforme apontado no tópico anterior, ainda assim fazia-se necessário alterar a LRF para aperfeiçoá-la em determinados aspectos no tocante à matéria. Passaremos, então, a analisar em apertada síntese as modificações à LRF promovidas pela recente reforma no que se refere à alienação de ativos sob a forma de UPIs, inclusive para regular as conseqüências decorrentes da constatação de esvaziamento patrimonial do devedor.

2.1. Ampliação do conceito legal de UPI

Desde o advento da LRF, doutrina e jurisprudência procuraram estabelecer critérios para identificação dos elementos que compõem uma UPI. Pelo que a própria expressão denota, inicialmente entendeu-se que a UPI deveria constituir um conjunto de bens que, assim organizados, permitam ao seu adquirente a exploração de determinada atividade econômica, mesmo destacados dos demais bens e direitos que compõem o patrimônio do devedor, caracterizando-se, portanto, como um estabelecimento autônomo (TORRES, 2010, p. 112).

Ao longo dos anos, esse entendimento foi sendo flexibilizado, passando a ser admitida a formação de UPIs mediante a reunião de bens e/ou direitos que, mesmo que não constituíssem necessariamente uma universalidade semelhante a um estabelecimento comercial, pudessem continuar a ser operados empresarialmente, sendo, portanto, úteis à exploração de uma dada atividade econômica organizada (PAIVA; COLOMBO, 2015, p. 272). Apesar da flexibilização verificada, fato é que a expressão adotada no texto legal – **unidade produtiva isolada** – ainda deixava margem para questionamentos acerca da higidez jurídica de UPIs formatadas sem a roupagem de um estabelecimento, sobretudo para fins de aplicação da proteção contra a sucessão do adquirente em obrigações do devedor, conforme prevista no art. 60, parágrafo único, da LRF.

No entanto, dada a importância da alienação de UPIs para a obtenção de recursos utilizados pelo devedor no pagamento de seus credores, impunha-se uma alteração legislativa para contemplar expressamente a prática que havia se consolidado, de modo a afastar os riscos de questionamentos. Essa foi a primeira alteração significativa trazida pela Lei nº 14.112/2020, que incluiu na LRF um novo art. 60-A, o qual prevê, de forma expressa, que a UPI poderá abranger **quaisquer bens, direitos, ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis, isolados ou em conjunto**, incluindo, também **participações societárias**.

Além disso, foi acrescentado ao *caput* do art. 50 da LRF um novo inciso XVIII, o qual passou a permitir a venda integral da (sociedade) devedora, desde que asseguradas aos credores não sujeitos à recuperação judicial ou não aderentes ao plano em questão, no mínimo, as mesmas condições a que fariam jus na eventual falência da (sociedade) devedora, hipótese em que, para todos os fins, esta será considerada uma UPI.

Não haverá sucessão do adquirente em obrigações do devedor de qualquer natureza.

Com as referidas alterações, confirma-se que em princípio uma UPI poderá ser constituída por qualquer bem ou direito individualmente considerado, por um conjunto de bens e/ou direitos, ainda que não relacionados ou complementares entre si para o desempenho de uma atividade econômica específica, ou mesmo pela própria (sociedade) devedora em sua integralidade. Em qualquer desses casos, desde que observados os demais requisitos legais aplicáveis, a alienação contará com todas as proteções previstas na LRF para o caso. Bastará que o plano de recuperação assim o preveja, conforme a conveniência diante das particularidades da situação concreta. Portanto, operações que antes poderiam gerar dúvidas ou incertezas jurídicas, dadas as características das UPIs formadas, passam a contar com expressa previsão legal, o que pode trazer maior confiança de potenciais interessados na aquisição de tais UPIs e um aumento da utilização desse tipo de alienação de ativos no âmbito de processos de recuperação judicial.

2.2. Obrigações abrangidas pela proteção contra a sucessão

Outra modificação relevante, e que deve pôr fim às incertezas quanto ao efetivo alcance da proteção

contra a sucessão do adquirente de UPIs relativamente a obrigações do devedor, é a que deu nova redação ao parágrafo único do art. 60 e incluiu o § 3º ao art. 66 da LRF. Ambos os dispositivos passaram a determinar de forma expressa que, desde que a alienação seja feita com observância ao previsto no art. 142,⁴ o objeto transmitido estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do adquirente em obrigações do devedor de qualquer natureza, "incluídas, **mas não exclusivamente**, as de natureza **ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista**",⁵ ressalvada a hipótese indicada no art. 141, § 1º, da LRF.

2.3. Limites para a criação de UPI: o esvaziamento patrimonial

Juntamente com as alterações em dispositivos que tratam de alienação de ativos sob a forma de UPIs, a Lei nº 14.112/2020 inovou ao incorporar na LRF mecanismos de proteção a interesses de titulares de créditos não sujeitos à recuperação judicial.

Nesse sentido, em se tratando de venda integral da (sociedade) devedora, o inciso XVIII do *caput* do art. 50 da LRF, já referido anteriormente, determina que para tanto deverão ser asseguradas aos credores não submetidos à recuperação judicial ou não aderentes ao plano condições ao menos equivalentes àquelas que teriam na falência. Para outras hipóteses de alienação de UPIs, a LRF passou a exigir que o devedor reserve para si bens, direitos ou projeção de fluxo de caixa suficientes à manutenção de

⁴. Cumpre notar que o art. 142 da LRF também foi alterado para, além de excluir algumas das modalidades nele anteriormente previstas, incluir a possibilidade de que a alienação seja realizada por meio de processo competitivo organizado promovido por agente especializado e de reputação ilibada, cujo procedimento deverá ser detalhado em relatório anexo ao plano de recuperação judicial.

⁵. Inicialmente, a nova redação atribuída pela Lei nº 14.112/2020 a este dispositivo legal havia sido vetada pelo presidente da República, conforme Mensagem nº 752, de 24 de dezembro de 2020, encaminhada ao presidente do Senado Federal, tendo referido veto sido posteriormente derrubado pelo Congresso Nacional.

atividade econômica para fins de cumprimento de suas obrigações, inclusive os não sujeitos à recuperação judicial (sendo facultada a realização de perícia específica para demonstração de que tal requisito foi atendido), sob pena de a consumação das vendas em questão implicar liquidação substancial da empresa e a caracterização de esvaziamento patrimonial, hipótese em que o juízo estará autorizado a convolar a recuperação judicial em falência. É o que se depreende da leitura conjugada do parágrafo único do art. 60-A, do § 4º do art. 66, e do inciso VI do *caput* e § 3º do art. 73 da LRF.

Portanto, as referidas alterações têm por efeito constituir limites à autonomia da vontade de credores concursais e do devedor nas negociações relativas à venda de ativos, que passarão a ter de considerar interesses de credores cujos créditos não estejam sujeitos à recuperação judicial quando da elaboração de plano que compreenda a alienação de UPIs.

2.4. Validade e eficácia de operações de alienação de UPIs

Embora não seja propriamente uma novidade a proteção à validade e à eficácia de negócios jurídicos realizados no âmbito da recuperação judicial (como já previam os arts. 74 e 131 da LRF), a Lei nº 14.112/2020 acrescentou na LRF dispositivos que reiteram a referida proteção, a qual prevalecerá, inclusive, na eventualidade de se caracterizar esvaziamento patrimonial do devedor.

Nesse sentido, o novo § 2º do art. 73 da LRF (ao qual remetem o parágrafo único do art. 60-A e o § 4º do art. 66) prevê expressamente que a constatação da ocorrência de esvaziamento patrimonial não implicará a invalidade ou ineficácia dos atos, cabendo ao juízo determinar o bloqueio do produto das alienações e a devolução ao devedor dos valores eventualmente já distribuídos a credores,⁶ os

6. O dispositivo legal em análise não faz distinção entre credores. Sendo assim, em princípio, em se tratando de eventual »

quais ficarão à disposição do juízo. Já o novo art. 66-A prevê que não será anulada ou tornada ineficaz a alienação de bens realizada conforme previsto em plano de recuperação, após o negócio jurídico ter sido consumado e o preço, efetivamente pago ao devedor.

Assim sendo, a possibilidade de a alienação de bens resultar em esvaziamento patrimonial do devedor não deveria, em um primeiro momento, ser preocupação do adquirente da UPI, uma vez que os bens adquiridos não poderão, em princípio, ser atingidos por credores não submetidos à recuperação judicial que eventualmente tenham sido prejudicados pela operação.

Trata-se de circunstância nova na legislação brasileira. Em outras situações em que a alienação deixe o devedor desprovido de bens suficientes para satisfazer o seu passivo (*i.e.* insolvente), a consequência legalmente prevista é a anulação ou a ineficácia do negócio jurídico em questão, conforme o caso. É o que se observa, por exemplo, na fraude contra credores⁷ e na fraude à execução,⁸ respectivamente, e nas hipóteses previstas no art. 129 da LRF, notadamente em seu inciso VI.

De todo modo, será interessante observar o debate sobre se prevalecerá o disposto no § 2º do art. 73 também nas hipóteses em que for demonstrado que o adquirente agiu em concerto com o devedor, com o intuito de prejudicar credores mediante a aquisição de UPI, o que poderia, por exemplo, justificar o ajuizamento de ação revocatória. Ainda que

» esvaziamento patrimonial decorrente de alienação de UPIs prevista em plano de recuperação proposto por credores (conforme a LRF passou a autorizar em determinadas circunstâncias), mesmo aqueles credores que não tenham proposto, apoiado ou votado favoravelmente ao referido plano estariam sujeitos à obrigação de restituir, ao devedor, os recursos eventualmente recebidos, o que tende a criar situações complexas de serem resolvidas na prática.

7. Ver arts. 158 e ss. do CC. A propósito da fraude contra credores, ver também as ponderações de Silvio de Salvo Venosa (2009, p. 431; 435-436).

8. Ver arts. 792 e ss. do Código de Processo Civil (CPC). Sobre o assunto, remetemos às lições de Humberto Theodoro Jr. (1987, p. 155) e de Araken de Assis (2012, p. 304-305).

a efetiva demonstração de conluio fraudulento entre devedor e o adquirente da UPI em questão possa ser difícil, parece-nos que, se isso ocorrer, pode haver margem para afastar a proteção prevista no referido dispositivo legal, com o reconhecimento da invalidade ou ineficácia do ato.

3. Potenciais desafios para a aplicação dos novos dispositivos legais

3.1. Demonstração da capacidade do devedor de cumprir as obrigações sujeitas e não sujeitas à recuperação judicial

Conforme apontado anteriormente, a constatação de esvaziamento patrimonial – que pode se dar mediante a alienação de UPIs – que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, é causa para a decretação da falência do devedor (art. 73, inciso VI, da LRF).

Tratando-se de hipótese autorizadora da convocação da recuperação judicial em falência, parece-nos, em uma primeira análise, que a LRF pressupõe (ainda que não seja totalmente clara nesse sentido) que a verificação da sua ocorrência será feita posteriormente à conclusão da alienação de ativos que implique o referido esvaziamento.

No entanto, tendo em vista que a falência é medida drástica e que impacta não apenas o devedor, mas também outros *stakeholders* (com o fechamento de postos de trabalho, eventual interrupção de atividade produtiva e cessação da geração de riquezas), e que pode inclusive decorrer da prática de atos previstos em plano de recuperação proposto pelos próprios credores, sem que o devedor tenha tido qualquer ingerência na definição de tais medidas,⁹ talvez fosse mais consentâneo com

os objetivos preconizados no art. 47 da LRF que a verificação fosse feita previamente à conclusão da alienação.

Por outro lado, em se tratando de venda integral da (sociedade) devedora na forma de UPI, conforme autorizado pelo inciso XVIII do *caput* do art. 50 da LRF, será necessário demonstrar que serão asseguradas aos credores não sujeitos à recuperação judicial condições, no mínimo, equivalentes a que fariam jus na hipótese de falência do devedor.

Para os defensores desse ponto de vista, uma opção seria exigir que o plano de recuperação que preveja a alienação de UPIs esteja acompanhado de documentos que demonstrem, conforme o caso, (i) que, mesmo após a conclusão do ato, o devedor reservará para si bens, direitos ou projeção de fluxo de caixa futuro suficientes à manutenção de atividade econômica para fins de cumprimento de suas obrigações ou, (ii) em se tratando de venda integral da (sociedade) devedora, que estarão asseguradas aos credores não sujeitos à recuperação judicial condições ao menos equivalentes àquelas que teriam na falência. Alternativamente, o juízo poderia se valer do disposto no § 3º do art. 73 e determinar a realização de perícia técnica específica para essa finalidade. Assim, se as circunstâncias fáticas evidenciarem desde logo que uma pretendida alienação de UPI possa resultar no dito esvaziamento patrimonial do devedor e na liquidação substancial da empresa, em prejuízo dos credores não sujeitos à recuperação judicial, ou, conforme o caso, em condições aos credores não sujeitos à recuperação judicial piores do que as que teriam em um cenário de falência, haveria o risco de o juízo entender que deve rejeitar a realização do ato.

Outra indagação que nos parece pertinente é se seria conveniente ou cabível, com vistas a conferir alguma previsibilidade e estabilidade aos efeitos da alienação de UPIs, que o juízo possa fixar um prazo para que os credores não sujeitos à recuperação judicial eventualmente manifestem sua oposição à

⁹. Para as hipóteses em que credores podem propor plano de recuperação judicial, ver arts. 6º, § 4º-A, e 56, §§ 4º e 5º, da LRF.

pretendida alienação,¹⁰ mediante a demonstração cabal de que a conclusão do ato resultará no referido esvaziamento patrimonial do devedor, em seu prejuízo.

O conceito de liquidação substancial da empresa, inserto no § 3º do art. 73 da LRF, é um tanto amplo.

De todo modo, reconhecemos que as ponderações anteriores, voltadas a uma eventual análise prévia por parte do juízo da recuperação, podem esbarrar nos limites de atuação do Poder Judiciário, que, conforme entendimento já consolidado, está reservada ao estrito controle de legalidade de disposições de planos de recuperação.¹¹

3.2. Caracterização de liquidação substancial da empresa e esvaziamento patrimonial do devedor

O conceito de liquidação substancial da empresa, inserto no § 3º do art. 73 da LRF, é um tanto amplo, o que pode causar dificuldades na aplicação deste e de outros dispositivos a ele relacionados no caso concreto.

Não está claro qual a métrica a ser adotada para verificação da (in)suficiência de bens, direitos e/ou fluxo de caixa futuro para que o devedor mantenha atividade econômica e cumpra suas obrigações, as quais, a depender da interpretação dada ao dispositivo, poderiam contemplar tanto as obrigações reestruturadas no âmbito da recuperação judicial

quanto aquelas de titularidade de credores não sujeitos à medida.¹²

Por um lado, é de se indagar se, a depender da inexistência de uma projeção de fluxo de caixa futuro, ou de sua insuficiência ante a diminuição das atividades do devedor por força da alienação de UPIs, a constatação, por mera análise contábil, de que o valor total de passivos supera o valor total de ativos seria suficiente para caracterizar a liquidação substancial da empresa e o esvaziamento patrimonial. Essa, aliás, parece ser constatação frequente a se chegar por simples consulta ao balanço patrimonial do devedor, uma vez que se trata de agente econômico em crise e que já teve de recorrer à recuperação judicial para buscar sua reestruturação.

Por outro lado, considerando que a projeção de fluxo de caixa é elaborada com base em premissas que ficam sujeitas à ocorrência de eventos internos ou externos e que, portanto, podem sofrer variações significativas em relação ao que foi projetado, impactando o resultado esperado inicialmente, é recomendável que sejam seguidas boas práticas financeiras na definição das premissas para cálculo, bem como que a projeção seja submetida à revisão de terceiro independente que ateste a exatidão do fluxo de caixa projetado. De todo modo, tendo em vista que tal projeção pode não se confirmar mesmo que tais cuidados sejam adotados, deve haver amplo debate em casos concretos sobre quais eram as perspectivas de fluxo de caixa da empresa à época da concessão da sua recuperação judicial.

Ainda, curioso notar que a exigência do § 3º do art. 73 se revela superior àquela constante do inciso XVIII do *caput* do art. 50. Para hipóteses em que haja alienação de bens e/ou direitos de (sociedade) devedora (mas não desta em si), a LRF exige que o devedor reserve a si bens, direitos e/ou projeção

10. Em alguma medida, de forma semelhante ao que prevê o art. 129, inciso VI, da LRF.

11. Para uma análise da jurisprudência sobre o assunto, ver, exemplificativamente, o acórdão do c. Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp nº 1.359.311-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 9/9/2014, e recente acórdão do TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 2294463-18.2020.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. em 4/3/2021.

12. Este entendimento estaria em linha com o fato de que as novas regras relativas a esvaziamento patrimonial guardam relação direta com os créditos não sujeitos à recuperação judicial (art. 73, inciso VI, da LRF).

de fluxo de caixa futuro suficientes à manutenção da atividade econômica e ao cumprimento de suas obrigações (ao que parece, aqui abrangidos os créditos não sujeitos à recuperação judicial), ao passo que, em um cenário de alienação integral da (sociedade) devedora, exige-se “apenas” que sejam asseguradas aos credores não sujeitos à medida condições, no mínimo, equivalentes às que teriam no caso extremo de falência daquela; condições essas que, por razões óbvias, jamais corresponderão à satisfação integral de tais obrigações.

É necessário, portanto, definir-se o efetivo e real alcance da exigência constante do § 3º do art. 73 com relação à capacidade do devedor de “cumprimento de suas obrigações”, uma vez que a medida dessa capacidade será determinante para a formação de planos de recuperação que prevejam a alienação de UPIs.

3.3. Plano de recuperação proposto por credores e a ocorrência de liquidação substancial, esvaziamento patrimonial e falência do devedor

Por fim, um ponto relevante a ser também considerado é se, tendo sido constatado o eventual esvaziamento patrimonial do devedor em decorrência de alienação de UPI prevista em plano de recuperação apresentado por credores – sem que o devedor tenha interferido de qualquer modo na definição do conteúdo do referido plano e, portanto, das medidas a serem implementadas na recuperação judicial –, com a conseqüente convalidação da recuperação judicial em falência, poderiam referidos credores ser eventualmente responsabilizados pelos danos causados ao devedor em virtude da decretação de sua falência. E mais, em se admitindo, por ora apenas para fins de argumentação, que a resposta fosse afirmativa, restaria ainda definir se essa imputação de responsabilidade se restringiria apenas a credores que tenham proposto o plano ou atingiria também aqueles que o tenham apoiado e aprovado.

Embora a LRF tenha tentado antecipar uma forma de penalização aos próprios credores, ao determinar, no § 2º do art. 73, que os valores oriundos da alienação em questão e já distribuídos a credores sejam devolvidos ao devedor, essa medida não necessariamente suprirá a exigência prevista no § 3º do mesmo art. 73. Isso porque, embora exista a determinação para a devolução de recursos ao devedor, a verdade é que a operação de venda, em si, não será atingida e os bens objeto de UPIs vendidas não reverterão ao patrimônio do devedor. Portanto, em tais circunstâncias, permanecerá caracterizada a inexistência de bens, direitos e/ou fluxo de caixa futuro suficientes para que o devedor mantenha sua atividade econômica e cumpra suas obrigações, hipótese em que a convalidação da recuperação judicial em falência ainda seria medida a se impor, nos termos do inciso VI do referido art. 73 da LRF.

A ver como decidirão os tribunais se e quando instados a se manifestar a respeito de situações como as descritas anteriormente.

4. Considerações finais

Pela análise das novas disposições da LRF inseridas pela Lei nº 14.112/2020, parece-nos que algumas das questões ou dificuldades verificadas ao longo dos anos relativamente à alienação de UPIs foram solucionadas.

Como discutido anteriormente, os potenciais interessados na aquisição de ativos do devedor sob a forma de UPI passaram a contar com uma proteção jurídica mais expressa, ampla e robusta, seja no que diz respeito à ausência de sucessão em relação a obrigações do devedor, seja em relação à preservação da validade e eficácia dos atos, mesmo no cenário extremo de caracterização de liquidação substancial da empresa e esvaziamento patrimonial. Ainda, aumentou-se também a flexibilidade para formação de UPIs, as quais passam a claramente compreender quaisquer bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis,

isolados ou em conjunto. Essas modificações devem contribuir para incrementar a dinâmica de venda de ativos no âmbito de processos de recuperação judicial, com potenciais ganhos para as diversas partes envolvidas.

Uma novidade relevante trazida pela recente reforma foi o estabelecimento de mecanismos que visam a resguardar os interesses de credores não sujeitos à recuperação judicial, ao incluir na LRF a previsão de consequências importantes para o devedor e para credores concursais caso a alienação de ativos em geral (e de UPIs, em particular) afete significativamente a situação econômico-financeira do devedor e resulte em seu esvaziamento patrimonial.

Além de apresentar, em linhas gerais, as principais alterações decorrentes da reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020, procuramos, com este breve trabalho, suscitar algumas questões ou desafios que, em uma primeira análise, vislumbramos possam ocorrer no cotidiano peculiar dos processos de recuperação judicial. Outras questões ou desafios devem surgir na medida em que as novas regras sejam aplicadas de forma concreta.

Uma vez mais, caberá à doutrina e à jurisprudência identificar tais questões e desafios e, em especial, conferir aos novos dispositivos uma interpretação que melhor reflita a intenção do legislador e, ao mesmo tempo, seja condizente com os objetivos preconizados pela LRF. ●

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de; COLOMBO, Giuliano. Venda de Ativos na Recuperação Judicial: Evolução, Desafios e Oportunidades. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). *10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Leud, 1987.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. Unidade Produtiva Isolada na sucessão tributária e na Lei de Recuperação Judicial. *Revista Fórum de Direito Tributário (RFDT)*, Belo Horizonte, ano 8, n. 43, jan./fev. 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.



IVO WAISBERG

*Livre-docente em Direito Comercial.
Doutor em Direito das Relações Econômicas
Internacionais e mestre em Direito
Comercial pela PUC-SP. LLM em Direito da
Regulação pela New York University School
of Law. Professor de Direito Comercial
da PUC-SP. Advogado.*



LUIZA SERODIO GIANNOTTI

*Advogada. Graduada em Direito
pela PUC-SP.*

Recuperação judicial do empresário rural na nova Lei nº 11.101/2005, atualizada pela Lei nº 14.112/2020.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. O debate sobre o produtor rural na Lei nº 11.101/2005
 3. Inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 no âmbito da recuperação judicial do empresário rural
 4. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar as recentes mudanças ocorridas na Lei nº 11.101/2005 no que tange à possibilidade de ajuizamento de recuperação judicial por empresário rural. Nesse contexto, o principal foco deste trabalho é a comparação dos novos artigos implementados pela recente Lei nº 14.112/2020 em relação ao entendimento e disposições anteriormente vigentes na Lei de Recuperação e Falência (LRF) e na Lei nº 8.929/1994, que dispõe sobre a Cédula de Produto Rural (CPR).

Para tanto, comentaremos a seguir os novos artigos que versam sobre o pleito recuperacional do empresário rural, implementados pela Lei nº 14.112/2020 nas Leis nº 11.101/2005 e nº 8.929/1994.

2. O debate sobre o produtor rural na Lei nº 11.101/2005

Como se sabe, antes do advento da nova Lei nº 14.112/2020, a questão sobre a possibilidade de pedido de recuperação judicial por empresário rural sem o período de mais de dois anos de inscrição perante a Junta Comercial era, no mínimo, polêmica.

Em que pese um dos autores, assim como tantos outros (BEZERRA FILHO, 2019, p. 168; GONÇALVES NETO, 2019, p. 66-68; SACRAMONE, 2018, p. 196), defender em outros estudos (WAISBERG, 2016, p. 83-90; 2019a, p. 257-270; 2019b, p. 283-294) a inexigibilidade do período de mais de dois anos de registro para que o empresário rural pudesse pleitear sua recuperação judicial – entendimento este que, inclusive, foi referendado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹ e pela Terceira Jornada de Direito

Comercial do Conselho de Justiça Federal² –, também havia aqueles que entendiam que o prazo bienal de registro perante o órgão competente seria condição *sine qua non* para concessão do benefício recuperacional. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT) – Estado relevantíssimo no âmbito da produção rural –, por exemplo, mantinha entendimento sólido³ nesta linha.

A controvérsia consistia, basicamente, em definir se o exercício regular da atividade empresarial por mais de dois anos (requisito para requerimento da recuperação judicial estampado no art. 48 da LRF) demandaria como única prova a inscrição do empresário rural no registro de empresa pelo referido período, ou se a inscrição pelo prazo bienal em comento não seria exigência legal – sendo suficiente que, quando do ajuizamento do pedido recuperacional, fosse comprovado o exercício da atividade rural por período superior a dois anos e inscrição no Registro Empresarial a qualquer tempo. O debate, portanto, se fomentou em torno da discussão sobre se a anterioridade do registro perante a Junta Comercial seria constitutiva ou declaratória do direito de acesso aos procedimentos previstos na LRF.

2. Cujos Enunciados nº 96 e nº 97 dispõem: “Enunciado 96 - A recuperação judicial do empresário rural, pessoa natural ou jurídica, sujeita todos os créditos existentes na data do pedido, inclusive os anteriores à data da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.”

“Enunciado 97 - O produtor rural, pessoa natural ou jurídica, na ocasião do pedido de recuperação judicial, não precisa estar inscrito há mais de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, bastando a demonstração de exercício de atividade rural por esse período e a comprovação da inscrição anterior ao pedido.”

3. TJMT, Agravo de Instrumento nº 1000232-47.2016.8.11.0003, Rel. Desa. Nilza Maria Pôssas de Carvalho, j. em 15/6/2016; TJMT, Agravo de Instrumento nº 1009644-69.2020.8.11.0000, Rel. Des. Marilsen Andrade Addario, j. em 29/7/2020; TJMT, Agravo de Instrumento nº 1012637-90.2017.8.11.0000, Rel. Desa. Guiomar Teodoro Borges, j. 12/9/2018. Neste mesmo sentido, também já decidiram o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO, Agravo de Instrumento nº 5203814.95.2018.8.09.0000, Rel. Des. Alan Sebastião de Sena Conceição, j. em 14/2/2019) e o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR, Agravo de Instrumento nº 0023533-06.2019.8.16.0000, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva, j. em 17/10/2019).

1. STJ, Recurso Especial nº 1.800.032-MT, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 5/11/2019; STJ, Recurso Especial nº 1.811.953-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 6/10/2020; STJ, Recurso Especial nº 1.834.452-MT, Min. Luis Felipe Salomão, j. em 20/10/2020.

Acertadamente, o STJ sedimentou entendimento no sentido de que a regularidade do exercício da atividade do empresário rural, para adequação à exigência do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, independe de registro perante a Junta Comercial. Isso porque o art. 971 do Código Civil (CC)⁴ é expresso ao excepcionar o registro a todo e qualquer empresário rural – que pode exercer sua atividade empresarial de maneira absolutamente regular mesmo sem inscrição perante o órgão competente.

3. Inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 no âmbito da recuperação judicial do empresário rural

Visando dar maior segurança jurídica a assunto de tamanha relevância – afinal, a atividade da empresa rural, seja pequena, média ou grande, é, sem dúvida, o grande motor da economia do país –, a Lei nº 14.112/2020 alterou e incluiu parágrafos no art. 48 da Lei nº 11.101/2005, de modo a positivar a correta teoria doutrinária majoritária e jurisprudência pacificada pelo STJ sobre o tema. Nesta mesma linha, foi adicionado o art. 70-A.

Os dispositivos atestam que a questão do registro é irrelevante para cômputo do prazo de mais de dois anos.

4. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (o CC). “Art. 971 - O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”. Note-se que a locução utilizada pelo legislador já foi “o empresário”, ou seja, diferentemente do quanto disposto nos arts. 966 a 968 do CC, o legislador já assumiu que aquele que exerce a atividade rural como sua principal profissão desenvolve de modo profissional atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, dispensando-se o registro perante a Junta Comercial para fins de se constituir a atividade empresarial de modo regular.

Infelizmente, também foram incluídos dispositivos – inclusive na Lei nº 8.929/1994, que dispõe sobre a CPR – que ampliam, ainda que de modo condicionado, os créditos não sujeitos aos efeitos do procedimento recuperacional do produtor rural. A nosso ver, tais novas disposições vão em sentido contrário ao princípio basilar da LRF, qual seja, a efetiva manutenção da atividade empresarial e soerguimento da empresa a partir dos esforços coletivos para cumprimento de plano de recuperação judicial eficiente.

A seguir, comentaremos cada um dos dispositivos alterados e incluídos.

3.1. Art. 48, §§ 3º e 4º, da Lei nº 11.101/2005

Incluídos pela Lei nº 14.112/2020, os novos §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/2005 encerraram o debate sobre a necessidade de registro, pelo período de mais de dois anos, do empresário rural para ajuizar pedido de recuperação judicial.

“Art. 48 [...] § 3º - Para a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

§ 4º - Para efeito do disposto no § 3º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF.”

Trata-se de alterações de suma relevância. Ao definirem os meios básicos de prova da atividade regular do empresário rural pessoa física (isto é, aquele que exercia sua atividade empresarial regularmente, ainda que sem registro), os dispositivos em comento atestam que a questão do registro é irrelevante para efeito do cômputo do prazo de mais de dois anos de atividade.

Afinal, os novos §§ 3º e 4º do art. 48 da LRF definem como deve o empresário rural provar este período, elegendo para tanto a apresentação de documentos contábeis e fiscais, em especial o Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou qualquer outro meio similar contabilmente aceitável. Destaque-se que, na ocasião, também devem ser apresentados DIRPF e balanço patrimonial.

Na prática, em consonância com a doutrina majoritária e jurisprudência do STJ sobre o tema, o legislador assumiu que basta a comprovação da atividade regular por meio de documentos contábeis ou fiscais que demonstrem uma atividade empresarial rural. Assim, foi totalmente superada a então questionada necessidade de registro perante a Junta Comercial do empresário rural para comprovação da regularidade de sua atividade pelo prazo bienal previsto no art. 48 da LRF, sendo finalmente admitida a figura da pessoa física empresária rural como autora de pedido de recuperação judicial.

Os novos dispositivos, portanto, apenas direcionam os documentos comprobatórios a serem apresentados para concessão do benefício recuperacional, assumindo a regularidade da atividade empresarial do produtor rural sem registro.

3.2. Art. 48, § 5º, da Lei nº 11.101/2005

O § 5º, por sua vez, também busca definir os meios de prova da atividade regular do empresário rural, seja ele pessoa jurídica (conforme disposição do § 2º do mesmo art. 48) ou física (conforme § 3º).

“Art. 48 [...] § 5º - Para os fins de atendimento ao disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, as informações contábeis relativas a receitas, a bens, a despesas, a custos e a dívidas deverão estar organizadas de acordo com a legislação e com o padrão contábil da legislação correlata vigente, bem como guardar obediência ao regime de competência e de elaboração de balanço patrimonial por contador habilitado.”

Como se vê, o referido dispositivo busca padronizar as informações contábeis admitidas como

prova da atividade empresarial regular pelo período de mais de dois anos. Isso se dá a partir da determinação de que os documentos apresentados estejam nos termos da legislação e padrão contábil vigente, e que o balanço patrimonial seja elaborado por contador habilitado – o que garante, também, maior lastro às informações prestadas pelo devedor.

Similarmente, a redação do § 2º foi sutilmente alterada⁵ para adequar o texto à legislação contábil vigente. O extinto termo “**Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica**” (a extinta DIPJ) foi substituído pela atual Escrituração Contábil Fiscal (ECF), conforme a seguir:

“Art. 48 [...] § 2º - No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente”.

Como se vê, também foi incluída autorização de comprovação da atividade do produtor rural pessoa jurídica por qualquer outro meio que substitua a ECF – disposição esta que incorre em inegável benefício do devedor, que poderá comprovar o exercício de sua atividade mais facilmente.

Percebe-se, portanto, que as alterações e inclusões realizadas pela Lei nº 14.112/2020 nos §§ 2º e 5º supracitados buscam regrar e padronizar os meios básicos de prova do requisito subjetivo de tempo de atividade superior a dois anos para efeito do *caput* do art. 48 da LRF.

Tais inovações foram de suma relevância para segurança jurídica do pedido de recuperação do produtor rural – que, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário anterior, poderá requerer o benefício recuperacional desde que

5. Dispunha a redação anterior: “§ 2º - Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente”.

comprove, pelos meios admitidos nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º, a regularidade do exercício de sua atividade pelo período de mais de dois anos, sendo desnecessário o registro pelo mesmo período.

3.3. Art. 70-A da Lei nº 11.101/2005

Também com o objetivo de auferir maior segurança jurídica ao empresário rural previsto no § 3º do art. 48 da LRF (isto é, o empresário rural que não estava inscrito no Registro Público de Empresas), a Lei nº 14.112/2020 incluiu o art. 70-A na LRF, cuja redação dispõe:

“Art. 70-A - O produtor rural de que trata o § 3º do art. 48 desta Lei poderá apresentar plano especial de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)”.

Em outras palavras, o produtor rural pessoa física cujo valor da causa do processo de recuperação judicial seja igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 poderá, caso queira, apresentar plano especial de recuperação judicial – procedimento mais célere e barato que visa possibilitar e otimizar a reestruturação de microempresas, empresas de pequeno porte e, agora, empresários rurais pessoas físicas com dívidas relativamente pequenas.

O valor da causa, por sua vez, também passou a ser regrado por meio da alteração da Lei nº 14.112/2020, que incluiu o § 5º no art. 51,⁶ e estabeleceu que o valor da causa corresponde ao montante total dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, o empresário rural poderá acessar o instituto específico do art. 70-A ainda que tenha créditos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial que superem o total de R\$ 4.800.000,00.

Nestes casos, o plano especial de recuperação judicial previsto no art. 71 da LRF dispensa

deliberação em Assembleia Geral de Credores (art. 72, *caput*) e possibilita o parcelamento da dívida em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas pela taxa Selic, podendo conter, ainda, proposta de abatimento do valor devido (art. 71, inciso II). Para tanto, a primeira parcela deve ser paga em até 180 dias contados da distribuição do pedido recuperacional (art. 71, inciso III).

Todavia, caso mais da metade⁷ de qualquer uma das classes de credores apresente objeção a tal plano nos termos do art. 55 da LRF, o magistrado deverá julgar improcedente o pedido de recuperação judicial, decretando a falência do devedor.

O novo art. 70-A da Lei nº 11.101/2005, portanto, acertadamente visa simplificar a recuperação judicial do empresário rural pessoa física que possua dívidas sujeitas relativamente pequenas – isto é, até R\$ 4.800.000,00 –, o qual poderá usufruir do mesmo plano especial de recuperação judicial já oferecido às microempresas e empresas de pequeno porte.

3.4. Art. 49, §§ 6º, 7º, 8º e 9º, da Lei nº 11.101/2005

Em que pese as importantes alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 no supracitado art. 48 da LRF, infelizmente as inclusões realizadas no art. 49 ampliaram o leque de créditos não sujeitos à recuperação judicial.

Conforme já defendido por um dos autores em outro estudo (WAISBERG, 2015), a existência de créditos não sujeitos atrapalha substancialmente (quando não inviabiliza) o sucesso do procedimento recuperacional. Considerando que a recuperação judicial é um sistema cuja lógica de coletividade consiste no esforço conjunto de todas as partes para pagamento dos valores devidos e soerguimento da empresa devedora, excluir determinados grupos de tal empenho coletivo impõe verdadeira “ditadura da minoria”.

6. Lei nº 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. “Art. 51 - [...] § 5º - O valor da causa corresponderá ao montante total dos créditos sujeitos à recuperação judicial”.

7. A ser computada na forma do art. 45 da Lei nº 11.101/2005.

Afinal, ao passo que a devedora e seus credores sujeitos empenham relevantes esforços para acordar meios de recuperação e condições de pagamento factíveis (as quais normalmente envolvem relevantes deságios e parcelamentos), alguns poucos credores não sofrem quaisquer alterações em seus créditos, podendo persegui-los individual e normalmente em face da devedora – que, em razão disso, perderá consideráveis recursos que poderiam ser utilizados como meio de recuperação ou, ainda, para melhores condições de pagamento à coletividade composta pelos demais credores.

De forma equivocada, a Lei nº 14.112/2020 ampliou as exceções de créditos eventualmente não sujeitos à recuperação judicial do empresário rural.

Portanto, de forma equivocada a nosso ver, a Lei nº 14.112/2020 ampliou as exceções de créditos eventualmente não sujeitos à recuperação judicial⁸ do empresário rural, conforme a seguir:

“Art. 49 [...] § 6º - Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos.

§ 7º - Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os recursos controlados e abrangidos nos termos dos arts. 14 e 21 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965.

§ 8º - Estarão sujeitos à recuperação judicial os recursos de que trata o § 7º deste artigo que não tenham sido objeto de renegociação entre o devedor e a instituição financeira antes do

pedido de recuperação judicial, na forma de ato do Poder Executivo.

§ 9º - Não se enquadrará nos créditos referidos no *caput* deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias”.

O § 6º determina que somente estarão sujeitas à recuperação judicial do empresário rural as dívidas oriundas exclusivamente de sua atividade rural, excluindo-se outros débitos da pessoa física, civis ou consumeristas, por exemplo. Essa distinção leva em conta uma ficção jurídica que não encontra correspondência direta pelas determinações do CC, pois o empresário individual, apesar de receber uma identificação do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), não tem, em si, a limitação de responsabilidade gerada por sociedades personificadas, como a sociedade limitada ou a sociedade anônima, confundindo-se, portanto, o titular do CPF com o titular do CNPJ.

Já nos §§ 7º e 9º, a lei destacou créditos que, ainda que de modo condicionado, não se sujeitariam ao procedimento da recuperação judicial.

O § 7º excepciona os créditos subsidiados oriundos dos arts. 14 e 21 da Lei nº 4.829/1965 (Lei do Crédito Rural), ou seja, operações de créditos rurais celebradas com os credores que sejam o Banco do Brasil S. A. (art. 7º, inciso II); Banco de Crédito da Amazônia S. A. e o Banco do Nordeste do Brasil S.A. (art. 7º, inciso III); BNDES (art. 7º, § 1º, inciso I, alínea c); os bancos de que os Estados participem com a maioria de ações, Caixas Econômicas, bancos privados e cooperativas autorizadas a operar em crédito rural (art. 7º, § 1º, inciso II, alíneas a, b, c e e) – eventualmente até mesmo retirando, dessa necessária conjunção de requisitos subjetivos (credores expressamente definidos na lei) e objetivos (operações de créditos rurais), os Fundos de Investimento que eventualmente venham a se tornar titulares de tais operações. Além disso, chamamos desde o

⁸. Destaque-se que tais restrições de sujeição não se aplicam ao processo de recuperação extrajudicial do empresário rural, na qual todos os referidos créditos podem ser abrangidos.

início deste texto de uma não sujeição condicionada, pois, nos termos do § 8º do art. 49 da LRF, a possibilidade de não sujeição dos referidos créditos está condicionada à ausência de renegociação da dívida originária por parte dos referidos credores (denominados expressamente como **instituições financeiras**, reforçando o ponto que falamos sobre os Fundos de Investimento) “**na forma de ato do Poder Executivo**” antes do pedido de recuperação judicial, restando evidente que, caso contrário, as dívidas serão sujeitas. Tanto a ausência de normas específicas por parte de atos do Poder Executivo quanto a anterioridade indicada nesse § 8º passarão pelo crivo de discussões perante o Poder Judiciário, para se definir se cada caso estará ou não diante de créditos sujeitos nos termos deste § 8º.

Em resumo, portanto, os créditos oriundos dos arts. 14 e 21 da Lei nº 4.829/1965 estarão sujeitos ao procedimento recuperacional caso ainda não tenham sido renegociados em forma prevista por regulamento do Executivo. Certamente, também estarão sujeitos os créditos renegociados sem fulcro em regra constante de norma específica do Poder Executivo.

Por fim, consideramos um tanto obtusa a redação do novo § 9º. Aparentemente procura fazer com que o crédito concedido especificamente para aquisição de terras e garantias vinculadas nos três últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial seja considerado um crédito não sujeito. Para efeitos deste artigo, que não encontra muita lógica no sistema, o credor deverá provar que o crédito tinha a finalidade específica de aquisição de propriedade rural ou respectiva garantia. O ônus da prova sobre a destinação do recurso recairá sobre o credor.

Dessa forma, tal regra excepcional somente será aplicada quando houver prova inquestionável do uso do dinheiro para aquisição da terra, efetivamente. Se o contrato não tiver cláusula específica, ou a terra não for, de fato, comprada, o crédito estará

sujeito – não se aplicando a exceção prevista no § 9º em comento –, portanto, devendo ser provado que houve uma operação financeira de financiamento e não de empréstimo.⁹

Note-se que, nos termos do art. 5º, § 1º, inciso II, da Lei nº 14.112/2020, por se tratar de regras de sujeição, as disposições incluídas no art. 49 da LRF somente se aplicam aos procedimentos iniciados após a vigência da referida Lei nº 14.112/2020 – isto é, após 23/1/2021. Para os procedimentos anteriores, todas as dívidas do empresário rural estarão sujeitas na forma do art. 49 pré-reforma.

3.5. Art. 11, *caput*, da Lei nº 8.929/1994

Ao alterar a redação do art. 11 da Lei nº 8.929/1994,¹⁰ a Lei nº 14.112/2020 incluiu mais uma exceção à regra geral de sujeição dos créditos aos efeitos da recuperação judicial. **Tal exceção, como exposto, vai contra a lógica do procedimento recuperacional.** Dispõe o referido artigo:

“Art. 11 - Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os créditos e as garantias cedulares vinculados à CPR com liquidação física, em caso de antecipação parcial ou integral do preço, ou, ainda, representativa de operação de troca por insumos (*barter*), subsistindo ao credor o direito à restituição de tais bens que se encontrarem em poder do emitente da cédula ou de qualquer terceiro, salvo motivo de caso fortuito ou força maior que comprovadamente impeça o cumprimento parcial ou total da entrega do produto”.

Dessa forma, são não sujeitos os créditos e garantias vinculados à CPR física (isto é, quando tal título de crédito não especifica um preço, discriminando tão somente a quantidade e qualidade do produto a ser entregue) cujo preço tenha sido antecipado parcial ou totalmente. Por outro lado,

⁹. Sobre a distinção conceitual entre operações de financiamento e de empréstimo, *vide* Waisberg (2016, p. 81).

¹⁰. Que antes dispunha: “Art. 11 - Além de responder pela evicção, não pode o emitente da CPR invocar em seu benefício o caso fortuito ou de força maior”.

conclui-se que o crédito oriundo de CPR física cujo preço não tenha sido adiantado é concursal.

Também foram excluídos do procedimento recuperacional os créditos provenientes de CPR representativa de operação de troca por insumos (operação *barter*, que consiste basicamente na permuta de produtos rurais). Como se vê, em caso de inadimplemento, foi garantido ao credor o direito à restituição integral dos bens ofertados em pagamento, exceto se comprovado que, por caso fortuito ou força maior, tal entrega de produto foi inviabilizada.

Em tais casos de restituição, vale notar que o juízo recuperacional deverá ponderar a essencialidade do bem, modulando eventual direito de retomada para garantir os fins da Lei nº 11.101/2005. Em outras palavras: em obediência ao princípio basilar estampado no art. 47 da referida lei, o magistrado deve observar, caso a caso, se a pronta e integral retirada do produto ofertado na CPR física nos termos do supracitado art. 11 tem o condão de inviabilizar ou prejudicar substancialmente o procedimento recuperacional – devendo, se for este o caso, modular e adequar o direito de retirada do bem por seu titular não sujeito preservando os ditames da preservação da empresa.

Também cumpre destacar que, se houver qualquer elemento no contrato que possa sugerir o caráter financeiro da CPR, ainda que subsidiário, o crédito dela decorrente estará sujeito à recuperação judicial. Conforme entendimento mantido nos casos de operações de Adiantamento sobre Contratos de Câmbio (ACCs) de caráter financeiro,¹¹ em que a natureza da exportação é desvirtuada, caracterizando verdadeiro contrato de mútuo, a CPR que tenha características financeiras não deve usufruir da exceção – que, como tal, deve ser interpretada restritivamente¹² – prevista no art. 11 da Lei

11. TJSP, Agravo de Instrumento nº 2252133-40.2019.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. em 5/2/2020; TJMG, Apelação nº 0175141-91.1998.8.13.0672, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. em 2/8/2005; TJRS, Apelação nº 70024686727, Rel. Des. Luiz Renato Alves da Silva, j. em 8/9/2011.

12. STJ, Recurso Especial nº 1385800-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 21/11/2013; STJ, *Habeas Corpus* nº 374713-RS, »

nº 8.929/1994. Em tais casos, portanto, o crédito será concursal.

Além disso, em caso de caso fortuito ou força maior no tocante à safra e não à entrega, o crédito também estará sujeito.

Novamente, considerando que o art. 11 em comento consiste em regra de sujeição, tal dispositivo somente se aplica aos procedimentos recuperacionais iniciados após a vigência da Lei nº 14.112/2020, conforme determina seu art. 5º, § 1º, inciso II.

4. Conclusão

Em conclusão, as alterações realizadas pela Lei nº 14.112/2020 na LRF encerraram o debate sobre a natureza constitutiva ou declaratória do registro, bem como sobre a comprovação do prazo bienal de exercício regular da atividade do empresário rural – impondo a correta teoria majoritária no sentido da desnecessidade de mais de dois anos de registro para fins de comprovação de tal atividade regular. Ofertando maior segurança jurídica ao sistema, as alterações e inclusões realizadas nos parágrafos do art. 48 da Lei nº 11.101/2005 beneficiam não só o empresário rural, mas também toda a economia nacional.

Em que pese tal avanço, o empresário rural e sua coletividade de credores sujeitos foram substancialmente prejudicados pelas inclusões realizadas no art. 49 da LRF e alteração do art. 11 da Lei nº 8.929/1994, ambas realizadas pela Lei nº 14.112/2020. Nos dois dispositivos, foi ampliado o leque de credores que poderão se enquadrar como parte dos créditos não sujeitos relacionados à empresa rural, em lógica contrária aos esforços coletivos que caracterizam o instituto da recuperação judicial. ●

» Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. em 6/6/2017; STJ, Recurso Especial nº 1517010-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 16/10/2018. Também neste sentido: Ferraz Júnior (1991, p. 269); Grau; Forgioni (2005, p. 294).

BIBLIOGRAFIA

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio*: Regime Jurídico. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito comercial*: pareceres. São Paulo: Lex, 2019.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- WAISBERG, Ivo. A garantia real sobre bem de terceiro e a sua classificação para fins da recuperação judicial. *Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 73-81, out./nov. 2014.
- WAISBERG, Ivo. A viabilidade da recuperação judicial do produtor rural. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 36, n. 131, p. 83-90, out. 2016.
- WAISBERG, Ivo. *Empresário Rural*. Conceito de Regularidade da Atividade e o Requisito do Artigo 48 da Lei 11.101/2005. Legitimidade para Ajuizar Recuperação Judicial Independente do Prazo de 2 anos do Registro na Junta Comercial. In: GOMES, Camila Aboud; FIGUEIREDO, Claudete Rosimara de Oliveira; BRASIL, Gláucia Albuquerque; SCALZILLI, João Carlos Lopes; CABRAL, Taciani Acerbi Campagnaro Colnago (coord.). *Recuperação judicial, falência e administração judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019a. p. 257-270.
- WAISBERG, Ivo. Inexigibilidade de dois anos de registro para a recuperação judicial do empresário rural. Análise dos artigos 971 e 970 do Código Civil, artigo 48, *caput*, e artigo 51, inciso V da Lei n. 11.101/2005. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; SACRAMONE, Marcelo Barbosa (org.). *Direito Comercial, Falência e Recuperação de Empresas – temas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2019b. p. 283-294. (Série Direito Comercial Moderno).
- WAISBERG, Ivo. O necessário fim dos Credores não Sujeitos à Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). *10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências*: Reflexões sobre a reestruturação Empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 199-209.
- WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. *Direito Bancário*: Contratos e Operações Bancárias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



JOICE RUIZ BERNIER

Advogada e administradora judicial. Mestre em Direito Comercial pela FDUSP (2011). Bacharel em Direito da FDUSP, com ênfase em Direito Empresarial (1993). Autora do livro Administrador Judicial na Recuperação Judicial e na Falência.

Constatação prévia: a positivação da perícia prévia na Lei nº 14.112/2020.

SUMÁRIO

- 1.** Introdução
 - 2.** Conceituação
 - 3.** Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

Com a reforma trazida pela Lei nº 14.112/2020, o art. 51-A¹ foi inserido na Lei nº 11.101/2005 (LRE) para dar tratamento legal expresso a uma prática construída pela jurisprudência e que há tempos vem sendo utilizada nos processos de recuperação judicial. Trata-se da constatação prévia, antes denominada “perícia prévia”.

O objetivo deste artigo é trazer, de forma objetiva e didática, a trajetória da constatação prévia desde o seu nascimento – como perícia prévia – ilustrando sua evolução refletida nos debates doutrinários e jurisprudenciais gerados a partir de sua aplicação para, então, permitir o resgate de suas premissas

1. “Art. 51-A - Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

§ 1º - A remuneração do profissional de que trata o *caput* deste artigo deverá ser arbitrada posteriormente à apresentação do laudo e deverá considerar a complexidade do trabalho desenvolvido.

§ 2º - O juiz deverá conceder o prazo máximo de 5 (cinco) dias para que o profissional nomeado apresente laudo de constatação das reais condições de funcionamento do devedor e da regularidade documental.

§ 3º - A constatação prévia será determinada sem que seja ouvida a outra parte e sem apresentação de quesitos por qualquer das partes, com a possibilidade de o juiz determinar a realização da diligência sem a prévia ciência do devedor, quando entender que esta poderá frustrar os seus objetivos.

§ 4º - O devedor será intimado do resultado da constatação prévia concomitantemente à sua intimação da decisão que deferir ou indeferir o processamento da recuperação judicial, ou que determinar a emenda da petição inicial, e poderá impugná-la mediante interposição do recurso cabível.

§ 5º - A constatação prévia consistirá, objetivamente, na verificação das reais condições de funcionamento da empresa e da regularidade documental, vedado o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado na análise de viabilidade econômica do devedor.

§ 6º - Caso a constatação prévia detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de recuperação judicial, o juiz poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis.

§ 7º - Caso a constatação prévia demonstre que o principal estabelecimento do devedor não se situa na área de competência do juízo, o juiz deverá determinar a remessa dos autos, com urgência, ao juízo competente.”

intrínsecas que, por consequência, devem acompanhar a interpretação da atual regulamentação legal e a sua utilização nos processos de recuperação judicial.

2. Conceituação

Pode-se descrever a constatação prévia como um procedimento de verificação preliminar que antecede a análise judicial quanto ao preenchimento dos requisitos para o deferimento do processamento da recuperação judicial.

A perícia prévia começou a ser utilizada em meados de 2011, em processos de recuperação judicial.

A finalidade de sua criação, de acordo com a doutrina especializada, é a averiguação da regularidade da documentação que instrui o pedido e das reais condições de funcionamento da empresa requerente, munindo o magistrado de informações que lhe permitam avaliar de forma mais adequada o preenchimento dos requisitos para o deferimento do processamento da recuperação judicial (COSTA, 2018), o que tornaria mais eficiente a atuação do Poder Judiciário nos processos de insolvência empresarial (COSTA; MELO, 2021, p. 160).

2.1. Origem e evolução da prática da perícia prévia

A perícia prévia começou a ser utilizada em meados de 2011, em processos de recuperação judicial na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

Segundo o magistrado precursor na sua utilização, a experiência prática demonstrou que a perícia prévia poderia revelar quatro situações, quais sejam “i) a inexistência de qualquer atividade empresarial;

ii) irregularidade ou incompletude documental; iii) fraudes; e iv) incompetência funcional do juízo” (COSTA; MELO, 2021, p. 160-161).

O principal fundamento utilizado para justificar a aplicação da perícia prévia consiste na interpretação da expressão “estando em termos” contida no art. 52 da LRE, pois haveria uma exigência dirigida ao juiz para a verificação da consistência dos documentos e sua correspondência com a realidade fática da empresa, e o magistrado, por sua vez, não deteria o conhecimento técnico necessário para análise do conteúdo dos documentos apresentados (COSTA, 2018).

Além disso, a perícia prévia seria capaz de detectar o interesse processual, existente apenas para as hipóteses de pedido de recuperação judicial de empresas viáveis, em decorrência de sua função social (COSTA; MELO, 2021, p. 160).

A perícia prévia também encontraria fundamento nos arts. 156, 370 e 481 do Código de Processo Civil (CPC), aplicados subsidiariamente à LRE (art. 189) e que dispõem sobre a possibilidade de o juiz ser assistido por perito e de determinar a realização, ainda que de ofício, das provas necessárias ao julgamento do mérito.

No início da sua aplicação, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) manifestou-se favoravelmente à utilização da perícia prévia para “constatação da real situação de funcionamento da empresa”, tendo em vista que os magistrados não estariam adstritos à simples chancela da petição inicial, defendendo o ativismo judicial

“enquanto postura positiva do juiz na boa condução do processo, com vistas a promover a razoável duração e a celeridade na sua tramitação, sem se esquecer da segurança jurídica”.²

2. Conforme ementa do referido julgado: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de realização de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51, II, LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa. Possibilidade. Decisão mantida. Assistência técnica de perito permitida pela lei. Juiz que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para »

Não obstante a falta de previsão legal para a matéria naquela época, a prática da perícia prévia foi conquistando cada vez mais espaço em meio à atividade jurisdicional, ganhando solidez nos anos que se seguiram, paralelamente a um sensível aumento do número de pedidos de recuperação judicial, particularmente no final do ano de 2015.³

Foi a partir de então que os especialistas passaram a dar maior atenção ao tema. Era visível a alteração na rotina do procedimento e os impactos gerados pelas decisões proferidas, que destoavam dos preceitos da recuperação judicial, pois parecia que havia sido incorporado no dia a dia dos processos, como regra, um verdadeiro procedimento preliminar a ser aplicado a toda e qualquer recuperação judicial, ao qual estava condicionado o deferimento de seu processamento.

Diante desse cenário, a perícia prévia passou a ser mais duramente criticada, notadamente quanto à amplitude e generalização de como ela vinha sendo utilizada.

De acordo com essa construção doutrinária, as premissas de sua criação a idealizaram como “ferramenta importante para coibir o uso abusivo da recuperação judicial, sobretudo com finalidade fraudulenta” (FURTADO, 2018), quando existente fundada suspeita da presença dessas circunstâncias. Somente nessas situações – que não são a

» apreciar a regularidade da documentação contábil apresentada. Art. 189, LRF c/c art. 145 CPC. Com relação à constatação da real situação de funcionamento da empresa, não pode o julgador mostrar-se indiferente diante de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a inviabilidade da recuperação ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal. O princípio da preservação da empresa não deve ser tratado como valor absoluto, mas sim aplicado com bom senso e razoabilidade, modulado conforme a intenção do legislador e espírito da lei. Ativismo. Precedentes. Decisão de deferimento do processamento que irradia importantes efeitos na esfera jurídica de terceiros. Decisão integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso desprovido.” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 0194436-42.2012.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, j. em 2/10/2012).

3. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4527623/juizes-estao-mais-exigentes-na-analise-de-pedidos-de-recuperaçao>. Acesso em: 27 out. 2020.

regra – o expediente deveria ser aplicado, sem nunca concebê-la como um procedimento preliminar condicionante ao deferimento do processamento de toda e qualquer recuperação judicial.

Em julgamento realizado no ano de 2016, o TJSP enfatizou a necessidade de estar presente a “evidência de elementos contundentes a apontar a inviabilidade da recuperação ou a utilização abusiva da benesse legal” a justificar a realização da perícia prévia como condição ao deferimento do processamento da recuperação judicial, ainda que o juiz não tenha condições técnicas para avaliar a regularidade dos documentos apresentados.⁴

O atraso no deferimento do pedido de recuperação judicial somente se justifica em situações muito peculiares.

Na realidade, mesmo nos idos de 2012, quando a utilização da perícia prévia foi defendida pelo tribunal bandeirante no emblemático julgado citado anteriormente, indicava-se a existência de parâmetros a serem seguidos, à luz dos preceitos da LRE:

“o exame aprofundado da situação financeira da empresa e da real possibilidade de recuperação deve ser realizado pelos credores após a apresentação do plano (art. 53, LRF), que poderão opor objeção (art. 55) ou se manifestar em assembleia (art. 56). De outro lado, a lei atribui ao juiz o exame sumário da regularidade dos documentos que instruem o pedido de recuperação”.⁵

Esse aspecto, a propósito, foi responsável pelo endurecimento das críticas que se sucederam em

torno da ampliação descréscita da utilização da perícia prévia: a análise quanto à viabilidade econômica da devedora ou sobre qualquer aspecto relacionado à manutenção de sua atividade empresarial no mercado cabe, exclusivamente, aos credores, a quem “é conferida a tarefa de analisar o plano de superação do estado de crise a ser apresentado por aquela” (DEZEM; BECKER, 2019, p. 410). Essa é a essência a ser preservada da LRE, mas que vinha sendo marginalizada pela utilização sem critério da perícia prévia.

Significa dizer que o atraso no deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial somente se justifica em situações muito peculiares e, uma vez preenchidos os requisitos documentais formais (art. 51 da LRE), deve-se, em regra, deferir o processamento da recuperação judicial (DEZEM; BECKER, 2019, p. 410).

Atento ao esforço doutrinário e jurisprudencial, que vinha trazendo relevantes ponderações quanto à amplitude desmedida da prática da perícia prévia, em 22 de agosto de 2019, o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP editou o Enunciado nº VII, o qual dispõe que

“não obstante a ausência de previsão legal, nada impede que o magistrado, quando do exame do pedido de processamento da recuperação judicial, caso constate a existência de indícios de utilização fraudulenta ou abusiva do instituto, determine a realização de verificação prévia, em prazo o mais exíguo possível.”⁶

A intenção do enunciado não poderia ter sido mais clara: coibir o movimento que vinha desviando o instituto de sua finalidade original, impondo critérios e limitando sua aplicação a situações excepcionais, tal como vinham defendendo os posicionamentos doutrinários citados.

Esse objetivo foi seguido pela jurisprudência bandeirante. Exemplo disso é verificado em

4. TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 2184085-34.2016.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. em 7/11/2016.

5. TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 0194436-42.2012.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, j. em 2/10/2012.

6. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamarasEmpresariaisEnunciados.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

recente acórdão da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do egrégio TJSP, que trouxe dura crítica à vulgarização dada ao uso do instituto, cujo caso concreto ilustra “exemplo de inconveniência da banalização da determinação de perícia prévia em pedidos de recuperação judicial”.^{7 e 8}

Pouco depois do Enunciado nº VII do TJSP, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 57, de 22/10/2019,⁹ traçando diretrizes a respeito do procedimento referente à nomeação de profissional técnico, escopo do trabalho, prazo e consequências oriundas das informações colhidas a partir da constatação prévia.¹⁰

7. TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 1023772-89.2017.8.26.0224, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. em 29/11/2020.

8. Também nesse sentido: TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 1015844-90.2019.8.26.0071, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 16/9/2020.

9. A Recomendação nº 57 do CNJ, editada em 22/10/2019 e originada da Portaria nº 162, de 19/12/2018, instituiu o Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Presidência. Recomendação nº 57 de 22/10/2019. DJe/CNJ nº 229/2019, de 30/10/2019, p. 3-4. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial a adoção de procedimentos prévios ao exame do feito, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3069>. Acesso em: 26 mar. 2021.

10. Sobre a adequação da constatação prévia, nos termos da Resolução nº 57 do CNJ, em tempos de pandemia, confirmam-se os comentários de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2020, p. 73): “Em primeiro lugar, em razão das medidas de distanciamento social, a constatação prévia em si, *in loco*, parece não ser adequada. Em segundo lugar, a demora, ainda que de poucos dias, para a realização da constatação prévia e para a apresentação do laudo pode ser demasiada para as premências do momento: o requerente da recuperação pode precisar de proteção imediata. Em terceiro lugar, a constatação prévia busca averiguar ‘as reais condições de funcionamento da empresa requerente’, mas é possível que, em função da pandemia e das medidas sanitárias de distanciamento social, o devedor sequer esteja em operação. Em quarto lugar, feita uma descrição detalhada da situação da empresa na petição inicial – é de se presumir que seja verdadeira –, deve ser considerada suficiente para atestar suas reais condições de funcionamento – e, de qualquer forma, a descrição está sujeita a verificação posterior pelo administrador judicial. Em quinto lugar, e talvez mais relevante, a premência da obtenção do *stay period* justifica a suficiência do exame ordinariamente feito pelo magistrado”.

O passo seguinte à Recomendação nº 57 do CNJ foi a promulgação da Lei nº 14.112/2020, que deu origem à positivação do instituto por meio do atual art. 51-A da LRE.

2.2. A constatação prévia regulada em lei

Da leitura do art. 51-A denota-se que a constatação prévia não é a regra nos procedimentos de recuperação: ela deverá ocorrer apenas nas hipóteses em que o magistrado assim entenda necessário e tem escopo restringido pela lei.

O objetivo da prática ora positivada é constatar as “reais condições de funcionamento da devedora” e a regularidade e completude da documentação apresentada com a petição inicial. Tais finalidades encontram-se previstas no *caput* do dispositivo legal e também no seu § 5º, que, aliás, veda expressamente o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado na análise da viabilidade econômica da devedora.¹¹

A reforma da lei impôs celeridade ao instituto: a constatação prévia, quando reputada necessária, será determinada sem prévia ciência da devedora quando o juiz entender que esta poderá “frustrar seus objetivos”, sem oitiva de eventuais credores já representados no processo, e sem apresentação

11. Embora a Recomendação nº 57 tenha sido editada poucos meses antes da edição da Lei nº 14.112/2020 e seu texto tenha sido praticamente reproduzido no atual art. 51-A, há uma crucial diferença entre as duas redações – lei vs. recomendação – que implica, em parte, distinção da própria finalidade do instituto e revela, por consequência, a intenção do legislador na LRE. Nos termos do § 5º do art. 51-A, é vedado o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado na análise de viabilidade econômica da devedora, enquanto o art. 4º da Recomendação nº 57 do CNJ prevê que “a constatação prévia consistirá, objetivamente, na análise da capacidade da devedora de gerar os benefícios mencionados no art. 47 [...]”. Justamente nesse ponto concentram-se as divergências que têm gerado embates doutrinários e jurisprudenciais desde o nascimento da perícia prévia. Com efeito, compete aos credores, e somente a estes, a análise sobre a viabilidade econômica da devedora, a partir do exame aprofundado de sua situação financeira e da real possibilidade de recuperação durante o curso da recuperação judicial, notadamente após a apresentação do plano, sendo essa a essência a ser preservada da lei que, em muitos casos, vinha sendo marginalizada pela utilização sem critério da perícia prévia.

de quesitos (§ 3º). O profissional nomeado para realizar a constatação prévia deverá apresentar o respectivo laudo no prazo máximo de cinco dias (§ 2º) e terá sua remuneração arbitrada apenas após a apresentação de seu trabalho (§ 1º).

Munido do laudo de constatação prévia, o juiz proferirá decisão de deferimento ou indeferimento do processamento da recuperação judicial ou determinará a emenda da petição inicial, ocasião em que o devedor será intimado também do resultado da perícia (§ 4º).

Caso o laudo constate a incompetência do juízo, o juiz deverá determinar a remessa dos autos, com urgência ao juízo competente (§ 7º).

O fundamento que determina a excepcionalidade da utilização da perícia prévia e a celeridade processual encontra sentido também no papel da recuperação judicial, qual seja o socorro rápido a devedoras viáveis economicamente a fim de que estas superem sua crise, negociando com seus credores e conseguindo, assim, manter a fonte produtora dos empregos e dos interesses daqueles, para promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47).

A dinâmica segundo a qual se presume a má-fé da devedora e a submete a essa espera – passível de lhe causar prejuízos irremediáveis – acaba punindo justamente os agentes econômicos para os quais a lei foi pensada e criada: devedores de boa-fé, em situação de crise e dotados de viabilidade econômica. Não é razoável, portanto, que o juízo retarde o andamento natural do processo com o adiamento da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, em detrimento da devedora, exceto se presentes circunstâncias muito peculiares.

O art. 51-A não impõe restrições no que concerne à escolha e nomeação do perito, apenas determina que ele seja profissional de confiança do juiz, “com capacidade técnica e idoneidade”.

Na prática, o perito geralmente – mas não obrigatoriamente – é aquele que, caso seja deferido o

processamento da recuperação judicial, será o administrador judicial designado para atuar no feito.

Tal situação também provoca críticas da doutrina voltadas à eventual imparcialidade desse profissional, além de implicar mais um custo à devedora, que já passa por dificuldades financeiras.¹²

Não é razoável que o juízo retarde o andamento natural do processo com o adiamento da decisão de deferimento.

As justificativas giram em torno do risco de o perito nomeado, movido pela expectativa de ser administrador judicial no mesmo caso, extrapolar o escopo da perícia para buscar a decisão judicial favorável à devedora, ainda que verifique inconsistências na instrução da petição inicial e, para tanto, “não hesitaria em atender ao pedido do devedor de auxiliá-lo na correção” (COELHO, 2021, pos. 63.2).

Em que pese as críticas em sentido contrário, as características muito próprias que conduzem o juízo à nomeação de um profissional para o cargo de administrador judicial eliminam o risco de parcialidade. Caso existente esse risco, não terá havido o preenchimento dos requisitos necessários à nomeação em si, pois ausente o grau de confiança indispensável nessa relação e/ou a idoneidade necessária para a atuação.¹³

Por outro lado, de fato, caberá à devedora, já em situação de crise, arcar com os honorários do profissional que realizar a perícia prévia. No entanto, é de praxe que, na prática, esse valor seja “incorporado”

12. “A majoração dos custos da medida judicial é particularmente negativa porque o profissional da constatação prévia será pago pelo requerente, que está pedindo a recuperação judicial exatamente por atravessar dificuldades de ordem econômica e financeira. Gastará inevitavelmente com advogados e administrador judicial e, talvez, com consultores financeiros. Não se justifica impor mais esse custo a quem está sem liquidez e vendo os negócios retraírem” (COELHO, 2021, posição 63.2).

13. Sobre os requisitos legais e critérios adotados, confira-se Bernier (2016, p. 57-82).

ao montante a ser pago como honorários do administrador judicial no curso da recuperação.

Ainda que o art. 51-A tenha restringido a finalidade da constatação prévia e vedado expressamente a análise da viabilidade econômica da devedora, a sua utilidade continua sendo objeto de debates na doutrina e, muito provavelmente, assim também o será na jurisprudência.

Embora seus defensores sustentem que constatação prévia dá suporte ao juízo para conferência da documentação técnica que instrui o pedido de recuperação judicial, para a doutrina e jurisprudência contrárias, a análise da petição inicial deve ser sumária e requer mero confronto da documentação apresentada com a previsão do art. 51 da LRE,¹⁴ sob pena de se atrasar de forma injustificada o seu processamento (SACRAMONE, 2021, p. 305-306). Caberá ao administrador judicial nomeado a análise aprofundada desses documentos, no curso normal do processo. Irregularidades que vierem a ser detectadas durante a recuperação judicial poderão acarretar o afastamento dos administradores da devedora (art. 64), a imputação de crimes falimentares e até mesmo a quebra da recuperanda nas hipóteses do art. 73 da LRE.

A constatação prévia feita para averiguar a existência ou não de atividade empresarial também encontra reservas na doutrina. De fato, a ausência de atividade momentânea, por si só, não implica impossibilidade de superação da crise, ainda mais em tempos de pandemia, sendo plenamente possível a

14. Nesse sentido, confira-se julgado recentemente proferido pelo TJSP: “[...] estando em termos a documentação exigida no artigo 51 da Lei nº 11.101/05, cabe ao juiz deferir o processamento da recuperação judicial, por força do disposto no artigo 52 do mesmo diploma legal. Outrossim, não cabe ao magistrado perquirir a autenticidade das informações constantes dos documentos que instruem o pedido recuperacional, tampouco averiguar as substanciais condições de reerguimento. [...] Vale lembrar que cabe aos credores, no âmbito do exercício de sua competência legal, decidirem se o recorrente possui capacidade de soerguimento, bem como se deve, ou não, ser deferida a sua recuperação judicial.” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 1000301-97.2020.8.26.0625, Rel. Des. Azuma Nishi, j. em 2/3/2021).

viabilidade econômica de uma empresa com as atividades temporariamente paralisadas, circunstância que, por sinal, pode até constituir parte de sua estratégia de soerguimento.

A propósito, há críticas que apontam a inocuidade dessa providência, já que o pedido de recuperação judicial não poderá ter o processamento indeferido quaisquer que sejam as conclusões do profissional encarregado da tarefa, de acordo com o que preveem a parte final do § 5º e o § 6º do art. 51-A: é vedada a análise da viabilidade econômica da devedora e o indeferimento da petição inicial está autorizado somente caso detectados indícios contundentes de utilização fraudulenta do instituto (COELHO, 2021, pos. 63.2).

Outro ponto polêmico na discussão do instituto diz respeito às consequências decorrentes do indeferimento da petição inicial. Embora se defenda que a constatação prévia possibilita verificar a real condição da devedora para que não se conceda o deferimento do processamento da recuperação judicial para empresas inviáveis,¹⁵ denota-se a falta de solução para essas mesmas devedoras.

Pela sistemática da constatação prévia, essas empresas inviáveis não terão o processamento da recuperação judicial deferido, mas também não terão sua falência decretada, por falta de previsão legal, e voltarão ao mercado. O efeito do indeferimento será mais danoso aos credores, posto que implicará a permanência no mercado de devedoras com atividades inviáveis economicamente e irá em sentido contrário à rápida liquidação dessas empresas com vistas à realocação eficiente de recursos na economia, conforme prescreve a nova redação do art. 76 da LRE. Empresas inviáveis não atendem à sua função social, prejudicam os demais agentes

15. Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser Melo (2021, p. 160-161) ressaltam que: “É preciso verificar a real condição da empresa para diminuir o risco de aplicar a recuperação judicial a empresas que se mostram inviáveis, porque estas não devem ser preservadas diante da ausência de função social, mas sim liquidadas em processo de falência”.

econômicos (já que credores não são pagos e postos de trabalho não são mantidos), devendo, pois, ser retiradas do mercado da forma mais rápida possível.¹⁶ e ¹⁷ Por essas razões, mais racional seria o deferimento do processamento da recuperação judicial para, ainda que *a posteriori*, ser decretada a falência da devedora.

Por fim, ainda que o § 6º do art. 51-A indique a possibilidade de o juiz “oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis”, caso detecte “indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de recuperação judicial”, não se vislumbra nenhuma punição passível no âmbito penal.

Crime falimentar não será pela falta de condição objetiva de punibilidade, já que não haverá a decretação da falência, tampouco a concessão de recuperação judicial (art. 180, LRE). Consequentemente, o agente econômico não estará sujeito às penas previstas e às consequências do art. 181 da LRE, restando apenas à legislação penal ordinária (art.

16. Neste sentido confira-se Marcelo Barbosa Sacramone (2021, p. 305): “um indeferimento da petição inicial pela apresentação de informações inverídicas ou em função de um desenvolvimento de uma atividade inviável economicamente permite que o empresário continue a contratar e a prejudicar outros agentes econômicos livremente no mercado. Essa análise durante a recuperação judicial, por seu turno, permitirá que os credores excluam do mercado, via decretação de falência, o empresário cuja crise seja irreversível ou que não tenha condições de continuar a desenvolver regularmente sua atividade”.

17. No mesmo sentido, Renata Mota Maciel Dezem e Joseane Isabel Becker (2019, p. 415-416): “[...] não se perca de vista que após o deferimento do processamento da recuperação judicial há a possibilidade de convalidação em falência, nos casos de descumprimento dos deveres impostos à devedora, medida muito mais benéfica para os casos de inviabilidade do que a manutenção da empresa no mercado, a gerar abalo ainda mais nefasto aos credores, sujeitos a toda sorte de diferenciações e condutas de dilapidação do patrimônio, em um verdadeiro ‘salve-se quem chegar primeiro’”.

171 do Código Penal), com difícil, se não impossível, aplicação em face da falta do benefício econômico (vantagem indevida) que pudesse vir a configurar crime de estelionato.

3. Conclusão

O estudo da constatação prévia desde sua origem, como perícia prévia, permite entender que sua adequada utilização deve respeitar a essência da recuperação judicial, do que resulta a máxima de que se trata de medida excepcional, que nunca deve ser aplicada como regra condicionante ao deferimento do processamento do pedido recuperacional.

Sua regulamentação por meio do art. 51-A preserva essas premissas, na medida em que indica sua aplicação em situações excepcionais nas quais haja contundentes indícios de fraude e/ou de abuso na utilização da recuperação judicial, preocupando-se com a celeridade do procedimento e, ainda, vedando a análise sobre a viabilidade ou inviabilidade econômica da devedora.

Por fim, mesmo na hipótese de serem identificados indícios da utilização da recuperação judicial como instrumento para prática de atos fraudulentos, é fundamental a ponderação de que o ordenamento traz mecanismos suficientemente adequados para essas condutas: há a possibilidade de afastamento e responsabilização do administrador da devedora, se for este o caso, além da decretação da falência da devedora e da aplicação das cominações de caráter penal previstas nas hipóteses de crimes falimentares, situações estas que somente serão possíveis durante o curso da recuperação judicial, após o deferimento de seu processamento. ●

BIBLIOGRAFIA

- BACELO, Joice. Juízes estão mais exigentes na análise de pedidos de recuperação judicial. *Valor Econômico*, 18 abr. 2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4527623/juizes-estao-mais-exigentes-na-analise-de-pedidos-de-recuperacao>. Acesso em: 27 out. 2020.
- BACELO, Joice. Magistrado paulista determina perícia em todos os processos. *Valor Econômico*, 18 abr. 2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2016/04/18/magistrado-paulista-determina-pericia-em-todos-os-processos.ghtml>. Acesso em: 26 out. 2020.
- BERNIER, Joice Ruiz. *Administrador Judicial na Recuperação e na Falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. 4 ed. e-book baseada na 14ª ed. impressa.
- COSTA, Daniel Carnio. A perícia prévia em recuperação judicial de empresas – Fundamentos e aplicação prática. *Migalhas*, 3 abr. 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/277594/a-pericia-previa-em-recuperacao-judicial-de-empresas---fundamentos-e-aplicacao-pratica>.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Curitiba: Juruá, 2021.
- DEZEM, Renata M. M.; BECKER, Joseane Isabel. A Instauração do Processo de Recuperação Judicial e a Pertinência da Perícia Prévia: o Juízo de Insolvibilidade Exigido pela Lei n. 11/101/05. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horário H. R. *Direito Comercial, Falência e Recuperação de Empresas – Temas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- FURTADO, Paulo. Perícia prévia na recuperação judicial: a exceção que virou regra? *Migalhas*, 2 maio 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/279351/pericia-previa-na-recuperacao-judicial--a-excecao-que-virou-regra>. Acesso em: 26 out. 2020.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência*. Porto Alegre: Buqui, 2020.



JULIANA BUMACHAR

Presidente da Comissão Especial de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência da OAB-RJ. Professora convidada da Pós-Graduação Lato Sensu da FGV Direito Rio. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Empresarial e Arbitragem da FGV Direito Rio (NDEA-FGV Direito Rio), Grupo de Trabalho do CNJ para modernização da atuação do Judiciário nos processos de recuperação e falência e do Conselho Administrativo do TMA Brasil.



THIAGO CARAPETCOV

Advogado. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas. Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Assembleia Geral de Credores. A prorrogabilidade do prazo de suspensão de 90 dias.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. Da Assembleia Geral de Credores
 3. Da suspensão e da prorrogação
 4. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

Robert Mnookin, professor da Harvard Law School e um dos maiores, se não o maior, conhecedores de processos negociais da atualidade, em conferência organizada pela Ordem dos Advogados da Corte de Apelação de Paris (DUZERT, 2017, p. 125),¹ bem pontou, com lucidez, a importância do tempo para vencer obstáculos na resolução de conflitos. Conhecer as pessoas envolvidas, os recursos técnicos disponíveis, os elementos organizacionais e a influência externa são condições para não incorrer em erro e frustrar promissoras negociações, mas isso exige paciência e tempo.

Sem atentar para isso, a Lei nº 14.112/2020, ao reformar a Lei nº 11.101/2005, adicionou ao sensível ambiente da crise empresarial brasileira uma preocupante limitação temporal, que, se levada ao pé da letra, pode inclusive inviabilizar o soerguimento de empresas saudáveis, mas em dificuldade financeira temporária. Com efeito, estabelece o art. 56, § 9º,² que a Assembleia Geral de Credores (AGC) poderá ser suspensa por 90 dias, a contar da data de sua instalação. É o limite tempo para que as negociações necessárias sejam conduzidas, a fim de viabilizar a aprovação do plano de recuperação judicial.

Percebe-se, da intenção do legislador reformador, um justo receio na dilação exacerbada da suspensão, ao ponto de romper o prazo do *stay period*, previsto no art. 6º, § 4º,³ da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LRF). Compreensível a

preocupação com a existência de uma longa e exagerada negociação, sendo certo que os credores estão no aguardo do adimplemento e, para o próprio devedor, cada segundo perdido só faz a crise se avolumar.

Ocorre que, na prática recuperacional, muitas assembleias, entre uma e outra suspensão, acabam estendendo-se por longos períodos. O que é necessário e natural, por ser uma negociação tensa, em que o amadurecimento do diálogo é crucial.⁴

A questão toda é que em uma negociação de tamanha complexidade, como é o caso do plano de recuperação judicial, muitas vezes o tempo é um aliado essencial na solução dos problemas que recaem sobre a empresa. Cada acordo bem resolvido reforça a capacidade da empresa de se reerguer. Quanto mais bem costurado o acordo, no plano de recuperação, mais se fortalecem os vínculos entre as partes, sendo maior a chance de sucesso e superação da crise.

2. Da Assembleia Geral de Credores

A origem da AGC na legislação brasileira remete à Lei nº 2.024/1908. Desde sempre, a reunião, em outros tempos obrigatória, tem a incumbência de servir como espaço de defesa dos interesses dos credores, trabalhadores e da própria empresa, viabilizando o debate e a negociação em uma atmosfera legítima e democrática. Cabe à AGC decidir aquilo

1. Duzert trata do conteúdo da conferência e outros temas reflexos.

2. Art. 56, § 9º, da LRF: “§ 9º - Na hipótese de suspensão da assembleia-geral de credores convocada para fins de votação do plano de recuperação judicial, a assembleia deverá ser encerrada no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da data de sua instalação” (incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

3. Art. 6º, § 4º, da LRF: “Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do *caput* deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal” (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

4. No relatório apresentado em fevereiro de 2021, a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), ao analisar dados de insolvência, afirmou: “Essa construção jurisprudencial permitiu que a dilação do prazo para a realização da Assembleia Geral de Credores – AGC fosse, não apenas a exceção, mas a regra. Por outro lado, os números demonstram que o prazo de 180 dias não é razoável para a negociação de um plano, que via de regra leva o dobro disso. Pela pesquisa coletada, o tempo mediano até a deliberação definitiva sobre o plano de recuperação judicial foi de 506 dias. O tempo mediano até a deliberação definitiva sobre o plano de recuperação judicial é, nas varas especializadas, menor do que o tempo mediano nas varas dos comuns. Na especializada, o prazo mediano é de 384 dias, enquanto na comum a mediana é de 553” (Disponível em: https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/obs_recuperacoes_abj.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021).

que é o melhor para a empresa em dificuldade. Por esses e outros motivos, tem-se presentemente o dogma, que se tornou verdadeiro princípio, de que a AGC é soberana.⁵

O poder quase que absoluto da AGC permite que, por maioria dos presentes, mesmo após instalada, decida-se pela suspensão, ou mesmo que se venha a deliberar e tomar decisões por escrito, sem que a reunião propriamente dita ocorra. A mesma assembleia soberana, observado o quórum legal aplicável, poderá aprovar ou rejeitar o plano de recuperação.

O plano de recuperação judicial é expressão da vontade dos credores e do devedor. É nesse sentido que se diz que a natureza jurídica dele é a de um verdadeiro contrato judicial.⁶ Um negócio jurídico multipartes, celebrado com a intervenção judicial. Isso, aliás, serve para afastar a ingerência indevida e agressiva do ente público e da própria legislação no quesito tratativas. As alternativas para solução dos conflitos subjacentes ao processo recuperacional são abertas, os meios de recuperação expostos no art. 50⁷ da LRF são diversos e o acordo é a livre

expressão da vontade das partes. Oportuno sublinhar, em linha com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Cire) de Portugal, que exatamente por isso cabe, apenas, o controle judicial de legalidade do plano por parte do magistrado. Tudo isso revela, com perfeição, a essência de contrato (fruto da autonomia privada) judicial (que admite apenas o controle de legalidade do ato).

O plano de recuperação judicial é expressão da vontade dos credores e do devedor.

Sobreleva notar que o que se procura tutelar com a instituição da AGC não são apenas os interesses do devedor, mas também o bem-estar social, o equilíbrio econômico e as relações creditícias. O órgão existe para fazer valer os interesses de todos, que serão casuisticamente notados e ponderados, de forma lenta ou célere, a depender da realidade fáctica. Alguns interesses serão identificados, destacados e preservados de imediato; outros demandam tempo para a identificação e melhor compreensão de sua extensão, a depender de informações nem

5. "Neste particular, usa-se uma técnica muito similar às assembleias gerais das sociedades anônimas, na qual a vontade da maioria prevalecerá representando a vontade unitária do grupo" (TOMAZETTE, 2016, p. 140).

6. "Na recuperação judicial prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas para alcançar a finalidade recuperatória. O fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual" (CAMPINHO, 2009, p. 11).

7. Art. 50 da Lei nº 11.101/2005: "Art. 50 - Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II - cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III - alteração do controle societário;

IV - substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V - concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI - aumento de capital social;

VII - trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; »

» VIII - redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX - dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X - constituição de sociedade de credores;

XI - venda parcial dos bens;

XII - equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII - usufruto da empresa;

XIV - administração compartilhada;

XV - emissão de valores mobiliários;

XVI - constituição de sociedade de propósito específico para adjuicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

XVII - conversão de dívida em capital social;

XVIII - venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada".

sempre disponíveis. Tratativas, igualmente, podem ser conduzidas individualmente ou em conjunto.

Defender uma assembleia não padronizada, no tempo e na forma, é essencial para viabilizar não apenas o reerguimento da empresa em situação de dificuldade, mas também, e sobretudo, para a tutela dos interesses dos credores. É a base para a busca de uma interpretação lógica e histórica da Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

A base italiana do Direito Comercial exaltada até hoje pela melhor leitura sublinha o objetivo de defesa do crédito, subjacente ao processo de recuperação de empresas. Com efeito, de Giuseppe Auletta a Aldo Fiale, a mensagem é a mesma. A assembleia existe, não é uma finalidade em si, mas é instrumento para a defesa dos interesses de todos os envolvidos. Sua função é deliberar e chegar naturalmente a um pacto.

Fiale (2010, p. 740), professor da Università Mediterranea di Reggio Calabria, ao falar de crise das empresas em geral, destaca que o diálogo possibilita uma maior satisfação dos resultados creditícios:

“Secondo l’art.124 L.F., il concordato consiste in un accordo tra fallito e creditori affinché questi ultimi possono ottenere una soddisfazione migliore rispetto ai presumibili esiti della procedura fallimentare”.

O brasileiro Marlon Tomazette (2016, p. 137), lastreado nas lições de Auletta e Salandra, também explicita o referido aspecto da tutela creditícia:

“Modernamente, o direito empresarial encontra sua justificação não na tutela do empresário, mas na tutela do crédito e da circulação de bens ou serviços. Dentro dessa ideia, um dos pilares fundamentais do direito empresarial é justamente a proteção do crédito. O direito das empresas em crise e, mais especificamente, os processos de falência e de recuperação judicial levam em conta tal proteção ao crédito”.

O transcorrer de uma assembleia livre, sem limitações de forma e de tempo, é essencial para viabilizar o atingimento do equilíbrio econômico e social

almejado e viabilizar uma solução satisfatória para os interesses dos credores e também do devedor.⁸

3. Da suspensão e da prorrogação

Com a reforma legislativa promovida pela Lei nº 14.112/2020, instalada a assembleia, é possível suspender (uma ou mais vezes) os debates, caso isso se coadune com a vontade expressa da maioria dos presentes. A suspensão, contudo, na dicção literal da lei, fica limitada ao prazo máximo de 90 dias, como decorre do art. 56, § 9º, da Lei nº 11.101/2005:

“§ 9º - Na hipótese de suspensão da assembleia geral de credores convocada para fins de votação do plano de recuperação judicial, a assembleia deverá ser encerrada no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da data de sua instalação”.

O ilustre professor Sacramone (2021) deixa evidente:

“Como referido nos comentários ao art. 42, a Assembleia Geral de Credores é una. Ainda que instalada, a deliberação poderá não ocorrer sobre o plano de recuperação judicial no mesmo dia de sua instalação e os credores poderão aprovar por quórum de maioria dos presentes sua suspensão”.

A retomada da AGC, pós-suspensão, dispensa o atendimento, novamente, dos requisitos legais para a instalação da assembleia. Suspensão não é encerramento. Presume continuidade, retorno ao que antes existia, não sendo necessário o preenchimento duplice dos requisitos. Mais uma vez, Sacramone (2021) esclarece:

“Caso ocorra a suspensão, desnecessário o preenchimento dos novos requisitos formais de

8. No relatório apresentado em fevereiro de 2021 pela ABJ, fica fácil notar o quanto a recuperação judicial é bem recebida pelos credores, atingindo os diversos interesses existentes: “Pelos dados coletados, demonstrou-se a ampla aprovação dos planos de recuperação judicial. Das que submeteram os seus planos de recuperação judicial à deliberação assemblear dos credores, 509 (ou 88,4%), tiveram seus planos de recuperação judicial aprovados” (Disponível em: https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/obs_recuperacoes_abj.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021).

convocação ou do quórum de instalação, haja vista que a Assembleia ocorrerá simplesmente em continuação à primeira”.

De fato, não nos parece necessário, nesta fase de prosseguimento da AGC já instalada, o preenchimento, de forma duplicada, dos requisitos para a convocação e instalação dela. Isso porque não houve interrupção da AGC. As negociações prosseguiram, embora fora do órgão.

Não podem participar da AGC, para votar, aqueles que estiveram ausentes no encontro anterior.

É lembrar, a propósito, que a reforma legislativa instituída pela Lei nº 14.112/2020 deixa evidente o estímulo às mediações e conciliações ao longo de todo o processo, inclusive no curso da AGC, e fora dele também. Reza o art. 20-A:

“Art. 20-A - A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial”.

Assim, é perfeitamente possível (e recomendável) a suspensão da AGC, para a realização de procedimento de mediação voltado a viabilizar a aprovação do plano de recuperação judicial.

Pela mesma razão, não podem participar da AGC, para votar, aqueles que estiveram ausentes no encontro anterior. Se a AGC é una, em mero prosseguimento, e não uma inédita reunião, não há que se admitir inéditas presenças. A assembleia tem prosseguimento; não é uma nova AGC.

Próxima cogitação: as deliberações aprovadas antes da suspensão são ignoradas, como se nunca tivessem existido, ou se mantêm válidas para o próximo encontro? Como já se disse, a suspensão

imprime continuidade, de sorte que as aprovações anteriores permanecem válidas e são mantidas, podendo, no entanto, sofrer retificações, alterações e mesmo ser derrubadas, desde que haja votação específica para tal fim.

Registre-se, nada obstante, que o prosseguimento da AGC, após a sua suspensão, não pode ignorar os atos já realizados e as decisões já tomadas. Também não significa que tais atos estejam imunes a nova deliberação. Só não podem ser ignorados. Fábio Ulhoa Coelho (2021, p. 211) trata do tema com a maestria que lhe é peculiar:

“Note-se que a realização da nova assembleia não desconstitui as deliberações da anterior de forma implícita. Se a primeira assembleia deliberou pela prorrogação negocial da suspensão da exigibilidade das obrigações sujeitas à recuperação judicial por prazo indeterminado, o seu encerramento não altera em nada a decisão. Nova assembleia pode alterar a decisão da anterior, mas, para isso, deve fazer uma votação específica” (COELHO, 2021, p. 211).

Permanece, todavia, a seguinte dúvida: é improrrogável o prazo de suspensão de 90 dias previsto na lei?

Não se pode ignorar que, no curso da suspensão da AGC, pode surgir a necessidade de prorrogação do limite temporal de 90 dias para que as tratativas avancem e possam ser concluídas, em benefício de todos (empresa em dificuldade e os seus credores). Deve ser proibida eventual prorrogação? Deve ser decretada a falência? Deve ser apresentado plano alternativo pelos credores? Qual a solução mais consentânea com o espírito da LRF?

Poder-se-ia erroneamente apontar para a falência da empresa, o que deve ser rechaçado de pronto, sem a necessidade de maiores divagações, quer por razões principiológicas (como a preservação da empresa, a função social, a proteção à livre-iniciativa), quer por razões de cunho econômico e social. A propósito, Daniel Carnio Costa e Alexandre Melo (2020, p. 169) bem pontuam que existem outras

saídas antes da falência, como, por exemplo, um possível plano a ser apresentado pelos próprios credores. Nesse sentido, anotam que:

“Somente se não for aprovada pelos credores a concessão de prazo de trinta dias para apresentação de planos de recuperação alternativos, ou não cumpridos os requisitos previstos no § 6º do art. 56, ou, ainda, caso o plano proposto pelos credores seja rejeitado, é que o magistrado poderá convocar a recuperação judicial em falência, nos termos do § 8º do art. 56”.

Romper abruptamente a oportunidade de recuperação para o decreto de falência pelo simples motivo de termos uma tratativa mais demorada é puro desconhecimento da importância econômica da recuperação.

Evidentemente, não se está falando, aqui, do empresário que, de braços cruzados, aguarda o desfazimento de sua empreitada. Fala-se de uma peça comprometida do sistema econômico, um comprometido com as atividades exercidas, alguém que está lutando para superar a crise; derrotá-lo por ter ultrapassado o prazo das negociações é uma tragédia interpretativa.

Até mesmo oportunizar a apresentação do plano pelos credores seria precipitado; não que seja ilegal, claramente não é. Questiona-se, tão somente, o absurdo da interpretação literal do art. 56, § 9º, cuja adoção importaria em jogar no lixo etapas promissoras de um acordo que poderia estar prestes a ser firmado (a viabilizar a superação das dificuldades que recaem sobre o devedor), de forma absolutamente irrazoável e prejudicial à marcha processual.

Indubitavelmente, muito mais inteligente (e compatível com o espírito da lei) parece ser admitir a prorrogação do prazo de 90 dias. Permite a adaptação do processo recuperacional aos casos práticos. Especialistas em negociação, repita-se, exaltam a importância do tempo na solução dos conflitos. Admitir-se a prorrogação excepcional do prazo de 90 dias, justificadamente, pode ser primordial para o bom desenrolar da recuperação.

De mais a mais, se a previsão legal de 90 dias foi instituída para evitar que as AGCs perdurem ao longo do tempo, extrapolando assim o prazo do *stay period*,⁹ de 180 dias, não se vislumbra qualquer prejuízo à intenção do legislador, se a prorrogação da suspensão respeitar o prazo de *stay*.

De fato, admitir-se a prorrogação do prazo nonagesimal, de forma justificada e excepcional, desde que respeitado o prazo de *stay*, não rompe com o espírito da lei, traz efetividade ao processo, e melhor se coaduna com as boas práticas de resolução de conflitos, dando tempo aos participantes para construção de soluções sustentáveis e que atendam aos interesses de todos os envolvidos. É, ainda, perfeitamente compatível com a autonomia privada e com a lógica do contrato judicial.

Outro ponto a ser destacado é abordado pelo ilustre professor Fábio Ulhoa Coelho (2021, p. 211) ao sustentar que, ultrapassado o prazo legal de suspensão, haverá a necessidade de instalação de uma nova assembleia:

“Se o plano não é aprovado em 90 dias da primeira instalação, contudo, as novas reuniões terão a natureza jurídica de nova assembleia, o que pode ocasionar a alteração, ampliação ou redução dos credores que votarão o plano de recuperação, introduzindo um elemento de irracionalidade nas negociações”.

Todavia, cremos que uma simples prorrogação do prazo pelo magistrado, adaptando a lei ao caso concreto, com o aproveitamento de conversas anteriores, melhor atende aos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

9. Segundo pesquisa da ABJ, a prorrogação do *stay* ocorre de maneira volumosa: “Pelos dados coletados, das 822 recuperações em que o referido dado pôde ser medido, houve decisão de prorrogação em 316 desses processos, o que equivale a 38,4% dos processos. Esses números, entretanto, variam nas varas especializadas e nas varas comuns. Enquanto na especializada as prorrogações são menos frequentes, 26,5% dos casos, na comum esse número é de aproximadamente 42,2%” (Disponível em: https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/obs_recuperacoes_abj.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021).

4. Conclusão

No plano teórico é absolutamente compreensível o raciocínio do legislador ao impor um prazo de suspensão na tentativa de não romper o limite temporal do *stay period* e de não termos suspensões exacerbadas. Porém, na prática negocial, ao revés, o prazo limite de 90 dias pode inviabilizar ou apressar acordos não maduros, romper vínculos prósperos e mesmo inviabilizar a recuperação da empresa em dificuldade momentânea.

Provocar a doutrina e principalmente a magistratura, no intuito de aceitar a prorrogação do termo, como foi apresentado no texto, traria ganhos abundantes e prejuízos inexistentes ao processo recuperacional.

Conhecer a ciência das negociações complexas facilita a compreensão desse raciocínio. Reconhecer o tempo como ferramenta imponente nas soluções de conflitos e utilizá-lo a favor da reestruturação é primordial. Aceitar o texto legal, com seu prazo limitativo, sem exceções, seria padronizar a resolução de conflitos e desrespeitar a natureza da recuperação judicial. ●

BIBLIOGRAFIA

- AULETTA, Giuseppe. *L'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al Codice Civile del 1942. 1882-1982*. Cento Anni dal Codice di Commercio. Milano: Giuffrè, 1984.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de empresa: O novo regime de insolvência empresarial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Juruá, 2020.
- DUZERT, Yann (org.). *Manual de negociações complexas*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.
- FIALE, Aldo. *Diritto Commerciale*. XX ed. Napoli, Itália: Giuridiche Simone, 2010.
- KROGERUS, Mikael; TSCHÄPPELER, Roman. *O livro da decisão*. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.
- MNOOKIN, Robert H. *Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes*. EUA: Library of Congress Cataloging-in-Publications Data, 2000.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Não paginado.
- SALANDRA, Vittorio. *Curso de derecho mercantil*. Tradução de Jorge Barrera Graf. México: Jus, 1949.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 3: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2016.



LEONARDO COELHO

Economista. Na última década, atuou em casos relevantes de recuperação judicial e extrajudicial em diversos segmentos da atividade econômica, como Esportes e Entretenimento (Sportainment), Varejo, Agronegócio e Infraestrutura. Possui MBA pela Esade.

O plano de recuperação judicial.

SUMÁRIO

1. Ambiente macroeconômico
2. Segmento de atuação
3. Fluxo de caixa operacional
4. Fluxo de caixa de investimentos
5. Fluxo de caixa de financiamento
6. O plano dos credores
7. Considerações finais

Dentro de um processo de renegociação judicial de passivos, o chamado Plano de Recuperação Judicial (PRJ) talvez seja a peça econômico-financeira mais importante. É dele que nasce o eventual consenso acerca da viabilidade da empresa pós-reestruturação, permitindo, portanto, que haja quórum para aprovação do processo de Recuperação Judicial (RJ) como um todo.

Seguir com a aprovação de um PRJ mambembe significaria perder ainda mais valor ao longo do tempo.

Com as revisões impostas à Lei nº 11.101/2005, o PRJ ganhou contornos ainda mais relevantes. Se, na versão inicial da lei, somente o devedor tinha o poder de apresentar um plano, agora, perante a nova Lei nº 14.112/2020, caso, em sua confecção, a recuperanda exagere nas tintas e acabe não direcionando a máxima capacidade de repagamento ao concurso, há um risco material de esse plano não ser aceito e, em contrapartida, os credores apresentarem e aprovarem uma versão alternativa, de sua própria autoria.

Mas, em essência, o que é o PRJ? Trata-se de um robusto plano de negócios que, quando bem feito, parte de premissas macroeconômicas sólidas que são traduzidas em diretrizes transparentes para o ambiente no qual a empresa atua. Essas diretrizes, por sua vez, embasam projeções de receitas e, a partir de então, começa-se a desenhar qual será o perfil da empresa reestruturada: em quais negócios ela atuará, com qual *footprint* operacional¹ e de pessoas, com que nível de capital de giro² e sob qual forma

1. Trata-se da definição de aspectos operacionais relevantes da recuperanda. Se, por exemplo, tratar-se de um varejo, quantas lojas e em quais regiões seriam atendidas? Se uma indústria, quais máquinas, equipamentos e produtos seriam trabalhados?

2. *Grosso modo*, capital de giro é definido como o caixa necessário para fazer a operação acontecer sob a forma de estoques, financiamento aos clientes (contas a receber), a fornecedores »

de financiamento. Em resumo, será o esboço de como a empresa reestruturada operará de maneira otimizada para gerar caixa para repagar suas dívidas.

Nota-se, desde já, que um plano de negócios bem feito é condição fundamental para a aceitação dos credores das condições de renegociação solicitadas pelo devedor. Sem isso, dificilmente aceitarão partir para a aprovação de uma reestruturação e podem seguir no caminho alternativo de preparar sua própria versão de um PRJ. Nem mesmo o argumento de que qualquer acordo é, em teoria, melhor do que a falência é capaz de aglutinar credores ao redor de um plano mal elaborado, que não contenha as premissas mínimas de racionalidade para sua execução com sucesso. Isso porque, via de regra, seguir com a aprovação de um PRJ mambembe significaria perder ainda mais valor ao longo do tempo e, portanto, encaminhar a companhia para uma falência em condições ainda piores do que as atuais no futuro.

Mas como fazer um PRJ de sucesso, na prática? Apesar de não existir uma receita universal e padronizada, há alguns pontos comuns aos PRJs bem-sucedidos avaliados ao longo desses mais de 15 anos da Lei nº 11.101 e dos poucos meses que se seguiram à Lei nº 14.112. A abordagem aqui sugerida deve, ainda que se baseie nesses pontos comuns, ser seguida com parcimônia, sempre ajustada para as necessidades específicas da empresa em questão, de seus credores (inclusive aqueles extraconcursais), de seu ambiente de negócio e de seus principais *stakeholders*,³ em particular clientes, fornecedores essenciais e colaboradores.

1. Ambiente macroeconômico

Tendo em mente as ressalvas supracitadas, inicia-se a construção de um PRJ com credibilidade

» (contas a pagar) e eventuais antecipações pagas ou recebidas para que o processo de venda se concretize.

3. Qualquer parte que tenha um interesse relevante no negócio, como o Fisco, acionistas, colaboradores, clientes, fornecedores e até a sociedade em geral.

incontestável através da análise do ambiente externo. Isso se explica pelo fato de que, em regra geral, os negócios bem-sucedidos – dentro ou fora de um ambiente de RJ – posicionam-se de maneira extremamente alinhada ao seu entorno. Empresas vencedoras sabem ler as variáveis macroeconômicas que impactam seus negócios com precisão – e, até mesmo, alguma antecipação. E se posicionam frente à concorrência e perante seus consumidores a partir de tal leitura.

Dentre as principais variáveis macroeconômicas a se considerar, destacam-se as projeções de câmbio e inflação; o comportamento do produto interno bruto (PIB) e seus efeitos correlatos no emprego e na renda; e, ainda, eventuais políticas governamentais de cunho monetarista e fiscal. Cada caso detém sua própria particularidade, mas, a partir da análise das variáveis anteriores, já se tem um bom pano de fundo para cumprir essa parte do PRJ com sucesso.

Exemplificativamente, tomemos o caso de um varejo de moda voltado para as classes B e C. Este segmento da atividade econômica depende fundamentalmente do emprego e da renda. Pessoas desempregadas não possuem um fluxo de renda estável e, portanto, tendem a consumir itens supérfluos em menor quantidade, se é que os consomem.⁴ Logo, em um ambiente de crise intensa, não é de se esperar que um plano de negócios otimista, que preveja para a recuperanda um crescimento acelerado de *market share*, seja entendido por *stakeholders* de uma forma geral, e por credores, em particular, como realista. Assim, a predisposição desses credores em basear suas ferramentas de análise sob tais premissas cai bastante, levando descrédito direto ao PRJ – e indireto

4. Esse exemplo é palpável nesse momento de pandemia. Varejos de moda têm sofrido particularmente mais do que a média do varejo para conseguir rolar suas dívidas e estancar as perdas de caixa no período. O mesmo acontece com todo o segmento de turismo, desde agências até revendedores de malas e utensílios de viagem.

à capacidade da empresa e de sua gestão de se antecipar aos eventos.

Numa situação como essa, é de se esperar que a recuperanda aponte os desafios macroeconômicos e aja em duas frentes durante o período em que as projeções se mostrarem desfavoráveis. A primeira é identificar potenciais nichos de oportunidade. Mesmo com o entorno negativo, com desemprego alto e perda da capacidade de compra, podem existir segmentos com resiliência à crise e com potencial de crescimento. Nos anos críticos de queda de consumo no Brasil, entre 2015 e 2018, houve um crescimento nas vendas de roupas para segmentos específicos, como ginástica, *plus size* e para o público evangélico, mesmo entre as classes B e C.⁵

A segunda frente consiste em buscar alternativas para complementar a geração de caixa operacional.⁶ Aqui, as alternativas óbvias são a venda de ativos (sob o formato de UPIs) e eventual aporte dos acionistas. Mas há outras opções, como a busca por financiamento externo. Apesar de difícil implantação nos casos analisados, a Lei nº 11.101 permitia a busca de financiamento *debtor-in-possession* (DIP)⁷ – pós-concursais e, em teoria, supersêniores em relação à dívida concursal. Na revisão feita pela Lei nº 14.112, o DIP ganhou contornos que pretendem conferir maior segurança prática – e, em decorrência, ainda mais senioridade e liquidez. Tais mudanças produzem um ambiente mais fecundo para o financiamento DIP no futuro, tendendo a se tornar uma ferramenta importantíssima de

5. Na pandemia, varejistas de moda têm lançado mão de coleções de roupas confortáveis e elegantes, destinadas ao uso em casa (*homewear*).

6. Trata-se do caixa gerado exclusivamente a partir das operações da empresa. Matematicamente e de forma sintética, é o caixa gerado pelas vendas da empresa deduzido dos custos dos produtos vendidos e das despesas operacionais para concretizar tais vendas.

7. Financiamento DIP é um termo que se refere a empréstimos financeiros realizados com anuência do juízo após o pedido de RJ para proteger ativos da recuperanda, reforçar seu caixa ou fazer frente a despesas de reestruturação. Goza, assim, de privilégios específicos decorrentes tanto do acesso às garantias aportadas quanto da senioridade no repagamento em caso de falência.

soerguimento econômico-financeiro de empresas em processo de reorganização de passivos, além de um novo mercado para investidores financeiros afeitos ao risco e buscando retornos potencialmente superiores.

Há, ainda, a possibilidade de se buscar depósitos recursais eventualmente existentes, bem como financiamentos via fornecedores parceiros (e.g. consignação). Juridicamente, há, sob determinadas condições e em algumas varas, a possibilidade de se desafiar a manutenção de travas bancárias,⁸ gerando caixa adicional para suportar esse período adverso imposto pelas condições macroeconômicas.

Logo, as condicionantes do ambiente econômico, quando bem interpretadas, gerarão insumos importantíssimos para o embasamento das premissas que sustentam um PRJ robusto. São elas que servirão de guia-mestra para antecipação de eventuais gargalos na geração de caixa operacional que precisarão ser endereçadas pelo devedor e por seus credores e que, portanto, impactarão sobremaneira a capacidade de pagamento da dívida e seu consequente reperfilamento.

2. Segmento de atuação

Uma vez definidas as variáveis macroeconômicas relevantes e desenhadas as premissas inerentes à modelagem do plano de negócios, a segunda parte consiste em entender seus impactos na área de atuação da empresa, assim como especificidades setoriais e do negócio da recuperanda. Aqui, variáveis macroeconômicas agregadas como emprego, renda ou aquelas correlatas a políticas setoriais de incentivo são traduzidas em dados concretos para o ambiente de negócio; e aspectos particulares do segmento de atuação precisam ser considerados, analisados, compreendidos e endereçados como premissas do PRJ. Da combinação

⁸. Trava bancária é o aporte, como garantia, de recebíveis da empresa recuperanda em operações de crédito empresarial.

entre os impactos macroeconômicos e as particularidades do setor de atuação são apreendidas causalidades com efeitos em linhas de produto, no comportamento do consumidor, em seu perfil de demanda, na cadeia de abastecimento, dentre outras.

Juridicamente, há, sob determinadas condições, a possibilidade de desafiar a manutenção de travas bancárias.

Continuemos com o exemplo do varejo de moda. Imagine que estamos passando por um momento de câmbio bastante depreciado, onde o real esteja substancialmente desvalorizado em relação ao dólar. Nesse cenário, a variável macroeconômica "câmbio" trazida ao segmento de atuação da recuperanda implica um encarecimento relativo dos produtos importados frente aos manufaturados domesticamente.⁹ Logo, durante o período em que nosso plano de negócios estiver sob a influência desse câmbio depreciado, a companhia terá que propor uma alternativa aos produtos importados, revendo, assim, sua cadeia de abastecimento por completo. Esse é um bom exemplo do impacto de variáveis macroeconômicas no segmento de operação da empresa.

Com relação às particularidades do setor de atuação, considere, agora, uma usina de açúcar e álcool. Talvez o componente de sucesso mais significativo para esse negócio seja a distância entre a cana disponível para corte e a usina. Distâncias

⁹. Assumamos que a taxa de câmbio oscile de US\$ 1.00 = R\$ 5,00 para US\$ 1.00 = R\$ 6,00. Imaginemos, ainda, determinado insumo que custava US\$ 100,00 (R\$ 500,00) e era preferido em relação ao seu concorrente nacional que custava R\$ 530,00. Com a depreciação da moeda local, o insumo importado retratado aqui passa a custar ao varejista brasileiro R\$ 600,00 e, portanto, fica substancialmente mais caro que o insumo local (como premissa do exemplo, o insumo local não possui itens importados em sua confecção).

médias superiores a 25 km geralmente representam custos de transporte e logística altos demais para esse negócio. Portanto, considerar tratar fornecedores essenciais com algumas regalias frente aos demais passa a ser crucial para a manutenção da atividade em níveis que permitam à recuperanda gerar o máximo caixa possível para pagamento de seus credores. Em outras palavras, no caso em tela, para se maximizar a capacidade de pagamento da companhia, um PRJ de sucesso deve considerar tratar tais fornecedores com os benefícios de sua essencialidade, ainda que estes estejam em situação comparativamente pior do que outros credores de maior senioridade.

Essa análise do entorno, de forma similar àque-la macroeconômica, criará, quando bem feita, mais uma camada sólida de premissas para sustentar o plano de negócios da empresa. Novamente aqui, tais premissas serão testadas à exaustão durante a fase de negociação e aprovação do PRJ, e servirão também como arcabouço para que a recuperanda defenda com segurança sua proposta de plano de negócios.

3. Fluxo de caixa operacional

Com as variáveis exógenas à recuperanda compreendidas e norteando as premissas do PRJ, começa-se a olhar para dentro de casa. Parte-se, assim, para a construção de um fluxo de caixa operacional (FCO), ou seja, para a mensuração do quanto a empresa consegue gerar de dinheiro na consecução de suas atividades. Aqui, dois pontos serão analisados: (i) a mecânica de cálculo e (ii) os fatores de sucesso de um FCO vencedor.

3.1. Mecânica de cálculo

O passo a passo sugerido se inicia através de uma abordagem genérica, que deve ser sempre ajustada ao negócio em recuperação. *Grosso modo*, parte-se de um modelo básico de projeção de FCO com a obtenção do Lucro Antes dos Juros,

Impostos, Depreciação e Amortização (Lajida ou EBITDA,¹⁰ da sigla em inglês), ajustado pela variação do capital de giro da empresa recuperanda. Para que essa simplificação pudesse ser feita, desconsideramos alguns pormenores contábeis que, embora importantes do ponto de vista formal, não impactam o entendimento da modelagem sugerida.

Um bom ponto de partida é o desenho da curva de vendas¹¹ da empresa. Para o período em que perdurar o pagamento das dívidas renegociadas, é importante mostrar – mensalmente, para os primeiros anos; depois disso, anualmente – qual será o comportamento das vendas e, conseqüentemente, das receitas auferidas pela companhia. Como na partida ainda não sabemos quão longo será nosso reperfilamento de dívidas, vale começar, apenas como exercício, trabalhando com um cenário de dez anos. Se não for suficiente, esse período deve ser estendido posteriormente. Nesse exercício, é importante considerar as sazonalidades do negócio, quando existirem, deixando a curva de vendas o mais aderente possível à realidade e às premissas usadas.

Em paralelo à projeção das receitas, deve-se estimar os custos e impostos associados a tais vendas, inclusive considerando distorções sazonais advindas de especificidades conjunturais e/ou das premissas macroeconômicas, quando for o caso. Como decorrência dessas primeiras duas projeções – receita líquida¹² e custos diretos¹³ – obtém-se, por diferença, a margem de contribuição (ou bruta) do negócio.

Depois disso, projetam-se as despesas de vendas, gerais e administrativas. Nessa categoria, estão todos os gastos necessários para dar sustentação às operações de suporte da companhia, tais como despesas com pessoal administrativo

^{10.} *Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization.*

^{11.} Projeção futura de receitas.

^{12.} Faturamento deduzido dos impostos associados.

^{13.} Custos atribuídos diretamente aos produtos ou serviços vendidos.

e equipes de vendas, aluguéis de lojas, centros de distribuição (CDs) e escritórios, gastos com publicidade, dentre outros.

Quando se deduzem tais despesas da margem de contribuição, o resultado, grosseiramente, pode ser entendido como o lucro operacional da empresa líquido de juros pagos sobre empréstimos, impostos relacionados à renda, depreciação de ativos e amortização de investimentos. Para que isso se traduza em geração de caixa operacional, falta ainda um último ajuste: a variação do capital de giro.

Qual será o prazo médio de pagamento a fornecedores? E o prazo médio dos recebimentos de clientes?

Resumidamente, o que nos interessa analisar, nesse momento, é como o perfil de financiamento a partir do capital de giro da recuperanda se dará após a renegociação de passivos. Ou seja, em termos práticos, qual será o prazo médio de pagamento a fornecedores? E o prazo médio dos recebimentos de clientes? E quanto aos estoques, haverá mais volume de itens e valor total ou a companhia trabalhará de maneira mais enxuta, com um nível mínimo de estoques? Do saldo dessas posições – contas a pagar, contas a receber e estoques – resultará a necessidade ou liberação de capital de giro que o PRJ contemplará.¹⁴

Assim, quando se agrega o Lajida à variação do capital de giro, tem-se o saldo do FCO para um

14. O capital de giro mede a quantidade de recursos demandada pela operação em seu processo de vendas. Se, para determinado varejo, por questões próprias ou setoriais, há uma necessidade de altos estoques e um prazo longo de recebimento junto ao cliente (por exemplo, em 12 vezes), a empresa precisará de recursos – próprios ou de terceiros – para financiar essa venda (sob a forma de estoques ou prazo) ao cliente. Se, ao contrário, o varejista consegue um prazo longo de pagamento junto a seus fornecedores capaz de financiar todo seu ciclo de vendas, acaba por liberar caixa (recebe por aquela venda antes mesmo de pagar a seus fornecedores).

dados período. Essa é a parte mais importante de um PRJ, pois demonstrará se a recuperanda tem ou não capacidade de geração de caixa exclusivamente através de sua operação ao longo do tempo, sem multas financeiras ou de venda de ativos. Se não tiver, não se trata de um caso de RJ, mas de falência, posto que o negócio da companhia não cria valor de forma sustentável e recorrente ao longo do tempo.

3.2. Fatores de sucesso

Como exposto, dentro do PRJ, o FCO é a parte mais relevante para a análise de credores. É ele que demonstrará se há viabilidade do negócio no tempo. Caso haja, devedor e credores se debruçarão com afinco sobre o caso para achar uma saída razoável para ambos; se não houver, a falência é o caminho provável, pois o PRJ não contará com a credibilidade necessária para engajar os diversos *stakeholders*.

Logo, o fator crítico de sucesso é a demonstração da capacidade de geração de caixa de maneira sustentável ao longo do tempo. É aqui que a recuperanda consolida e demonstra seus maiores esforços para reestruturar seu negócio. No FCO, ela disponibilizará aos credores o que foi planejado de diferente em termos de (a) gestão do negócio, (b) estrutura de financiamento do capital de giro, (c) novos segmentos de atuação, (d) ajustes na cadeia de abastecimento, (e) gestão de riscos, (f) eficiência operacional e (g) redução de gastos.

Outro ponto importante a se considerar é que um PRJ vencedor considera a participação dos *stakeholders* em sua elaboração. Embora a responsabilidade final sobre a preparação e apresentação do PRJ recaia sobre a recuperanda, sua aprovação depende da maioria (em valor e em numerosidade) dos credores em cada classe. Portanto, torna-se imprescindível envolvê-los nas discussões ainda antes da Assembleia Geral de Credores¹⁵ (AGC),

15. A AGC é o local onde o plano será detidamente apresentado para que todos os credores possam ter suas dúvidas dirimidas e ocorra a votação.

quando o PRJ será colocado em votação. Esse envolvimento permitirá trazer uma visão mais ampla para o plano de negócios, dando acolhida a temas críticos para aqueles fornecedores essenciais e/ou blocos de credores relevantes dentro da estratégia de aprovação. Ademais, permitirá o entendimento de todos sobre o que a empresa projeta para o futuro, dirimindo os riscos de discussões básicas no âmbito da AGC.

4. Fluxo de caixa de investimentos¹⁶

Muitas vezes, o FCO não é suficiente para gerar, em determinado período de tempo, saldo em caixa para fazer frente às necessidades operacionais e/ou financeiras. Nesse momento, torna-se necessário o reforço na geração de caixa a partir da venda de ativos de forma a contribuir para o esforço de renegociação.

Por outro lado, haverá outros momentos nas projeções que sustentam o PRJ em que a recuperanda precisará aplicar parte dos recursos gerados na operação para financiar investimentos que a permitirão cumprir com as premissas do plano de negócios e gerar ainda mais capacidade de pagamento da dívida no futuro. O fluxo de caixa de investimentos (FCI) é, portanto, a ferramenta que consolida e demonstra essas movimentações específicas envolvendo desinvestimentos e dispêndios com despesas de capital (Capex)¹⁷.

Tanto para o caso em que a companhia complementa seu FCO com recursos provenientes de vendas de ativos (desinvestimentos ou vendas de ativos fixos não essenciais à operação) quanto para aqueles em que ela precisa drenar recursos operacionais para investimentos que permitirão um aumento

16. Trata-se do saldo de caixa entre o que eventualmente entra de recursos na companhia pela venda de ativos (linhas de produção, prédios e benfeitorias, dentre outros) e aquilo que é gasto em investimentos necessários para a viabilidade econômica da empresa no tempo (desde renovação do parque industrial, por exemplo, até compra de ativos).

17. *Capital expenditures.*

na geração de caixa futura, há que se ter absoluta transparência no diálogo com os *stakeholders*, em especial colaboradores e credores.

A primeira situação demonstra um esforço da companhia – e de seus acionistas, em última instância – em contribuir para além daquela capacidade de geração marginal de caixa do negócio. Ou seja, é um aporte de recursos extraordinário que significa um voto de confiança do devedor em seu plano de negócios e na viabilidade econômica da recuperanda. E isso funciona de maneira incontestável como moeda de troca na aprovação de um PRJ.

A segunda, por seu turno, significa o contrário: um voto de confiança de credores no PRJ da companhia. Isso porque eles abrem mão de recursos que serviriam à dívida hoje para, junto com a recuperanda, investir em ativos que potencialmente tenham o condão de maximizar o valor da empresa, gerando mais caixa – a ser revertido para o pagamento da dívida novada – no futuro.

Nota-se, assim, que tanto em um caso quanto em outro a comunicação é essencial. E o subsídio para que esse diálogo flua na direção do entendimento é um PRJ robusto, com premissas sólidas e modelagem de fluxo de caixa detalhada e precisa.

5. Fluxo de caixa de financiamento¹⁸

Aqui consiste a verdadeira arte do trabalho de reestruturação e, por conseguinte, a essência de um PRJ bem feito. Essa peça trará, enfim, o esboço do reperfilamento da dívida, que deverá caber na geração de caixa operacional da recuperanda, somada a sua posição de investimentos.

O esquema a seguir (Quadro 1) permite entender visualmente os recursos que sobram para o pagamento das dívidas (Linha 12) objeto da renegociação no tempo:

18. *Grosso modo*, é a parte do demonstrativo de fluxo de caixa que resume as operações financeiras da empresa, ou seja, entradas de caixa via financiamento e saídas via amortização de dívidas ou juros.

Quadro 1: Resumo sintético de obtenção do caixa disponível para servir a dívida

		MÊS 1	MÊS 2	MÊS 3	MÊS 4	MÊS 5	MÊS 6	MÊS 7	MÊS 8	MÊS 9	MÊS 10	MÊS 11	MÊS 12	ANO 1	ANO 2	ANO 3	ANO 4	ANO 5	ANO 6	ANO 7	ANO 8	ANO 9	ANO 10	
1	Receita líquida																							
2	Custo das mercadorias vendidas																							
3 (1-2)	Margem de contribuição																							
4	Despesas de vendas																							
5	Despesas gerais																							
6	Despesas administrativas																							
7	Outras despesas diversas																							
8 (3-4-5-6-7)	Lajida																							
9	Variação do capital de giro																							
10 (8±9)	Caixa operacional																							
11	Caixa de investimentos																							
12 (10±11)	Caixa disponível para servir a dívida																							
13	Caixa de financiamento																							
14 (12±13)	Saldo do caixa final																							

Calculado seu fluxo de caixa disponível para servir a dívida, a recuperanda começa a desenhá-la como cada dívida deve se alocar no tempo de forma a respeitar suas limitações de liquidez. Usualmente a empresa propõe períodos de carência no início de suas atividades após a aprovação do PRJ, posto que precisará de tempo para retomar a normalidade de suas operações e a criação de um caixa mínimo para começar a servir a dívida novada.

Depois, parte para a modelagem das dívidas extraconcursais, ou seja, aquelas que, por força de lei, não podem ser renegociadas dentro da RJ. Vale a observação, entretanto, que, em casos mais extremos, é costumeiro abrir diálogo com os credores acerca de tais dívidas tentando uma flexibilização maior. Embora os resultados não tenham sido encorajadores nesse campo em tempos pré-pandêmicos, houve uma sensível mudança de posicionamento dos agentes de crédito no último ano, o que se traduziu em várias dívidas extraconcursais sendo roladas proativamente pelos bancos.

Depois de acomodadas as dívidas extraconcursais, o fluxo remanescente deve comportar a dívida renegociada. O reperfilamento, a partir daqui, começa com uma estratégia de alongamento que respeite a senioridade das dívidas concursais, ou seja, os compromissos de cunho trabalhista (Classe 1) vêm primeiro, devendo ser pagos em até 12 meses da aprovação do PRJ. Depois, considera-se aqueles lastreados por garantias reais (Classe 2), seguidos dos demais créditos de origem quirografária (Classes 3 e 4).

Aqui, valem duas ressalvas importantes. A primeira é que tal hierarquia não comanda que se deva pagar totalmente as dívidas sêniores para que então se inicie o pagamento daquelas júniores. Na verdade, a hierarquia no pagamento, que advém da qualidade do crédito conferido, demanda, apenas por logicismo empírico, que credores que detêm mais senioridade tenham suas dívidas pagas com um *recovery*¹⁹ melhor do que aqueles

19. Índice de recuperação do crédito concedido. Se, para um crédito de R\$ 100,00, o PRJ a valor presente apresenta um repagamento de R\$ 70,00, o *recovery*, *grosso modo*, é de 70%.

quiografários. De forma simplista, deve-se entender por *recovery* o montante pago de determinado crédito trazido a valor presente do fluxo de caixa reperfilado. É uma decorrência lógica, portanto, que créditos mais garantidos, com maior qualidade, sejam pagos em forma mais curta e benéfica a seus detentores.

A segunda ressalva é que, mesmo existindo tal senioridade, é possível criar classes de fornecedores parceiros essenciais ao desenvolvimento da RJ e fundamentais para incrementar a geração de caixa da empresa. Novamente, aqui, vale-se do exemplo da usina de açúcar e álcool: se não houver uma condição de pagamento otimizada para seus parceiros agrícolas, provavelmente inexistirá um fluxo de caixa suficiente para pagar os demais créditos, pois a companhia terá que acessar cana-de-açúcar em áreas distantes, impactando sobremaneira sua geração de caixa operacional. Logo, há que se respeitar a especificidade de cada negócio e o poder de mercado relativo de cada credor, seja tal poder advindo da qualidade de seus créditos (senioridade) ou da essencialidade do fornecedor para a consecução do plano de negócios da recuperanda.

Se, contudo, ao final desse processo não for possível dispor todas as dívidas para pagamento em um horizonte razoável de tempo, parte-se, então, para ajustes mais duros de reperfilamento, conhecidos como *haircuts*.²⁰ O ajuste mais comum, chamado *haircut* implícito, impõe aos credores uma taxa de juros menor que aquela praticada no instrumento original da dívida. Praticamente todos os PRJs possuem algum mecanismo de *haircut* implícito, seja para uma dívida em particular, seja para a totalidade dos créditos concursais. Isso acontece, em geral, porque a empresa recuperanda, antes de lançar seu pedido de RJ, costumeiramente vem tomando créditos a taxas

20. Redução do valor presente de determinada dívida novada em comparação com seu valor nominal original.

de juros continuamente maiores, numa representação financeira da deterioração de sua habilidade de repagá-los. Assim, quando chega em RJ, há uma miríade de dívidas com taxas altas que precisam ser endereçadas, até mesmo para refletir a maior capacidade de geração de caixa da companhia pós-reperfilamento e, portanto, seu *score* de crédito²¹ mais alto.

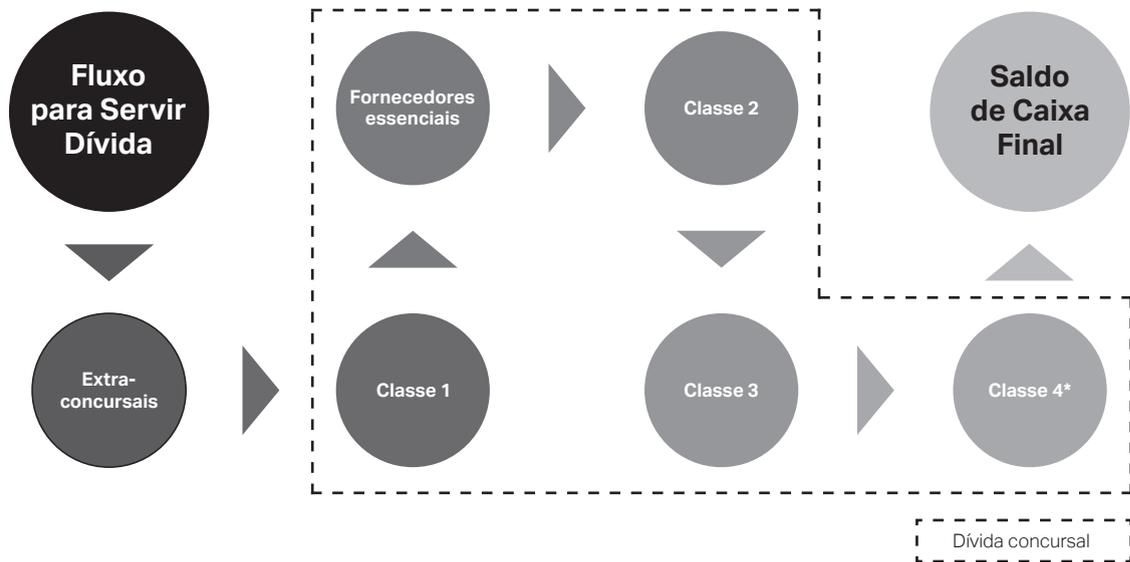
O ajuste mais comum, chamado *haircut* implícito, impõe aos credores uma taxa de juros menor que aquela praticada no instrumento original da dívida.

O segundo tipo de *haircut* é o explícito. Ele nada mais é do que uma redução da dívida nominal da empresa. Paga-se, enfim, menos do que o valor nominal tomado. Embora não seja incomum, por ser um mecanismo agressivo de reperfilamento – que tipicamente implica uma incapacidade crônica de servir a dívida e, pois, coloca a recuperanda em situação crítica para responder se seu negócio é, de fato, viável ou não –, ele só vem sendo aceito por credores nos casos em que o devedor efetivamente comprova que (a) esgotou sua capacidade de pagamento em direção aos credores, (b) nenhum valor permaneceu nas mãos do(s) acionista(s) e (c) seu plano de negócios, ainda que incapaz de servir a dívida total, é minimamente viável.

De uma maneira gráfica, o Quadro 2 expõe o esquema de pagamento de dívidas que um PRJ deve seguir de forma que se tenham chances concretas de aprovação:

21. Nota de crédito que advém da mensuração objetiva, por instituições financeiras e de análise de risco, de fatores de *performance* financeira e operacional (novamente, geração de caixa, estrutura de capital e dívida, segmento de atuação e competidores, dentre outros).

Quadro 2: Esquema básico de pagamento de dívidas em um PRJ



*A dívida de Classe 4, ainda que de senioridade inferior às de Classe 1 e 2, tem sido paga em prazos relativamente mais curtos, posto que não representa valor significativo e se evita machucar desnecessariamente credores menores, com acesso limitado a crédito.

Quando essas peças – caixa para servir a dívida vs. dívida reperfilada – se encaixam, tem-se um PRJ pronto para ser levado à votação em AGC. As chances de aprovação serão tanto maiores quanto mais pontos do esquema sugerido tiverem sido discutidos e alinhados com credores-chave. Portanto, é fundamental entender a hierarquia da dívida (inclusive extraconcursais), a existência de fornecedores essenciais, os anseios dos credores-chave e disponibilizar a máxima capacidade de pagamento para servir a coletividade dos credores. Sem isso, um PRJ estará sempre com risco alto de não ser aprovado, convolvando a RJ em falência.

6. O plano dos credores

A reforma da Lei nº 11.101 através da Lei nº 14.112 acrescentou, de maneira bastante equilibrada, a possibilidade de os credores apresentarem seu PRJ alternativo caso haja a não aprovação da proposta patrocinada pelo devedor. Essa mudança, como dito anteriormente, confere ao PRJ elaborado pelo devedor uma relevância ainda maior, posto que praticamente o vincula a uma análise

detida da real capacidade de geração de caixa da empresa.

Em termos mais claros, caso o devedor resolva se usar de uma reorganização de seus passivos com o intuito de gerar riqueza para si, provavelmente esse plano será desequilibrado e imporá um ônus inaceitável para as demais contrapartes. Destarte, credores rejeitarão o plano e o administrador judicial (AJ) colocará em votação a suspensão da AGC por 30 dias para que credores apresentem um PRJ alternativo. Para essa suspensão, exige-se um quórum por maioria simples do valor dos créditos presentes.

Há, contudo, algumas condições para a existência de um PRJ alternativo para além da rejeição do original apresentado pelos devedores, a saber: (i) os requisitos referentes à apresentação de um laudo de avaliação e do desenho dos meios de recuperação da empresa (art. 53) e (ii) apoio formal de 25% de todos os créditos ou 35% dos créditos presentes na AGC.

Os credores que apoiarem o PRJ alternativo deverão renunciar às garantias pessoais prestadas por pessoas naturais, sem ressalvas. Ademais,

o PRJ alternativo não deverá impor condições às recuperandas e aos seus sócios que representem sacrifícios maiores que aqueles que seriam enfrentados em uma falência. Por fim, como último ponto relevante para delimitar as condições necessárias para a aprovação do plano dos credores, pode existir a conversão da dívida em *equity*²² com diluição dos sócios atuais, desde que resguardados os direitos de retirada.

Portanto, a possibilidade de credores terem mais participação e oferecerem, na prática, um contraponto viável ao plano do devedor denota o amadurecimento do PRJ e de seus partícipes e acarreta, creio, uma sofisticação adicional aos PRJs vindouros. Nesse contexto, os pontos aqui abordados tendem a ganhar relevância superior e podem significar a diferença entre um PRJ aprovado ou uma nova AGC para apreciação de um plano alternativo. Mas, para além desses pontos, uma recuperanda que faça um PRJ consistente já tem, na partida, um mapa poderoso para iniciar sua caminhada em direção à reorganização de sua operação para além dos seus passivos.

7. Considerações finais

Há que se considerar, no desenho final do reperfilamento das dívidas, uma estratégia de aprovação que permita, com a maior segurança possível, obter a maioria necessária em uma AGC. Assim sendo, todo PRJ passa por uma fase de validação que transcende a abordagem técnica (mas que nunca a subverte!): é necessária uma avaliação criteriosa de cada credor relevante e um mapa de projeções para definir qual o caminho ótimo para aprovação.

Por vezes, mesmo criando um PRJ que otimize a geração de caixa para pagamento, haverá credores (conhecidos como *holdouts*)²³ que, em função

de sua posição de senioridade, dominância em uma classe ou mesmo essencialidade operacional, tentarão maximizar sua posição relativa. Dessa forma, mesmo que o reperfilamento inicialmente estruturado pela tecnicidade seja o mais lógico para a totalidade dos credores, ajustes deverão ser feitos para contemplar tais credores para que se obtenha a aprovação almejada. Tal maximização sujeita a restrição é uma tônica comum em PRJs e confere uma complexidade adicional à confecção de um PRJ vencedor, seja ele elaborado pela recuperanda, seja pelos credores.

É comum esse processo de ajuste de posições relativas entre credores ser marcado por diversas idas e vindas, negociações, ajustes e alguma emoção entre as partes até que, enfim, chegue-se ao desenho final, capaz de ser aprovado em AGC. Portanto, quanto maior for entre as partes a comunicação racional, embasada em premissas sólidas e modelagens consistentes, maior será a chance de aprovação e mais complexo será o posicionamento beligerante de um *holdout*.

Depois de cumpridas as etapas técnicas e de harmonização das posições relativas desses credores mais ativos, geralmente se tem um PRJ equilibrado entre as expectativas dos credores e as possibilidades da recuperanda.

Por fim, esse PRJ precisa ser transformado em um roteiro consistente para a AGC, o que não configura tarefa fácil. Dada a complexidade dos PRJs – que, como visto, precisam demonstrar (a) premissas sólidas para o mercado, (b) a transformação organizacional da empresa e (c) o esforço necessário pelos credores para que a recuperanda volte a gerar valor – é de fundamental importância montar uma apresentação clara, com um *storyline*²⁴ preciso e encadeado racionalmente, que permita algum

22. No caso, trata-se da conversão da dívida no patrimônio da empresa recuperanda.

23. *Holdouts* são credores que, em geral, apostam contra o processo. Tentam, pois, maximizar sua posição relativa e, para tanto, forçam repagamentos superiores àqueles que sua senioridade >>

>> permitiria única e exclusivamente por deterem o poder de prejudicar o plano ou algum *stakeholder* relevante em particular.

24. O *storyline* aqui mencionado nada mais é do que um relato temporal de como se formou a crise, das respostas tomadas pela recuperanda e de como a solução futura se desenha.

tempo para responder questões e críticas que surgirão na AGC.

PRJs tendem a se alongar, destruindo valor de todos os envolvidos, sempre que um PRJ não

consegue ser estruturado de maneira robusta. E, em geral, a prática mostra que o tempo destrói valor em processos de reorganização de passivos como nenhuma outra variável. ●



Foto: Divulgação

LUIS FELIPE SPINELLI

Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisador bolsista junto ao Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Doutor em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Advogado.



Foto: Divulgação

RODRIGO TELLECHEA

Doutor em Direito Comercial pela USP. Especialista pela McDonough School of Business, Georgetown University. Advogado.



Foto: Divulgação

JOÃO PEDRO SCALZILLI

Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da PUC-RS. Doutor em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Advogado.

Unidade produtiva isolada e sucessão de obrigações.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. Alienação de estabelecimento e outros ativos livres de dívidas
 3. Extensão da exoneração
 4. Outros negócios jurídicos
 5. Proteção de adquirentes de boa-fé e esvaziamento patrimonial
 6. Considerações finais
- Bibliografia

1. Introdução

O processo econômico de circulação da riqueza tem na figura do crédito (“a alma do comércio¹”) um dos seus principais elementos de propulsão, cuja duração e disponibilidade são difíceis de controlar e bastante influenciáveis pelas variações de humor e crises do mercado.^{2 e 3} Nesse particular, a exatidão e a pontualidade do adimplemento da obrigação assumida são elementos essenciais do crédito (CRUZZERI; BOLAFFIO; VIVANTE, 1901, p. 5).

Os temores da quebra do devedor abalam justamente a confiança e, portanto, a oferta de crédito no mercado. Em certa medida, esse cenário de aridez creditícia se mantém nos regimes recuperatórios, a despeito da evolução do ordenamento jurídico pátrio no século XXI.

A Lei nº 11.101, de 2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência ou, simplesmente, LREF), é um marco no Direito da Insolvência brasileiro, tendo mudado substancialmente o tratamento dispensado às empresas em crise em relação ao regime anterior (Decreto-Lei nº 7.661/1945), sobretudo no

que diz respeito à disponibilização aos empresários de regimes recuperatórios mais eficientes do que a concordata.

Na prática, a recuperação judicial tem-se mostrado um relevante mecanismo de soerguimento da empresa em crise – tanto que foi utilizada por alguns dos mais relevantes grupos empresariais brasileiros na última década. Nesse contexto, a alienação de ativos do devedor em recuperação judicial livre de ônus e sucessão tornou-se uma importante alternativa para viabilizar a venda de bens e direitos e permitir o ingresso de recursos no caixa, fator indispensável para manter as atividades em funcionamento e pagar os credores.

A recuperação judicial tem-se mostrado um relevante mecanismo de soerguimento da empresa em crise.

Sabe-se que o regime jurídico da empresa em crise gasta-se depressa em razão do atrito permanente com as crises econômicas,⁴ motivo pelo qual seus regramentos legislativos e suas reformas não são longevos.⁵ A necessidade de ajustar a legislação brasileira já era apontada pela doutrina especializada e ganhou corpo com as crises econômicas enfrentadas pelo país nos últimos anos.

No ano de 2020, o Congresso Nacional realizou uma profunda reforma na Lei nº 11.101/2005 por meio da promulgação da Lei nº 14.112/2020, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2021, alterando, acrescentando e revogando aproximadamente

1. A expressão é de Carvalho de Mendonça (1899, p. 17).

2. E continua, com propriedade, Miranda Valverde (1931, p. 9-10), “Troca, moeda e crédito, eis os marcos que assinalam o processo evolutivo do commercio. [...] A mobilização do credito, entretanto, o seu valor na economia do systema circulatório das riquezas, é uma conquista recente. Podendo originar-se nas mais variadas transacções, das quaes occupa o primeiro logar a compra e venda, reveste o credito a forma legal do documento ou papel em que se materializa. Aparece, assim, no mundo dos negócios como um valor em si, facilitando por isso ao seu portador novas operações, a procura de capitães disponíveis, indispensáveis ao movimento regular do seu commercio”.

3. Cumprir registrar, aqui, o apontamento de H. Maine sobre a conexão direta entre o instituto do crédito e a figura da boa-fé, sendo que o fato de os antigos não terem conhecido o crédito, como operação econômico-financeira, decorre diretamente da inexistência do conceito de *bona fides* entre eles: “No trustworthy primitive record can be read without perceiving that the habit of mind which induces us to make good a promise is as yet imperfectly developed, and that acts of flagrant perfidy are often mentioned without blame and sometimes described with approbation. In the Homeric literature, for instance, the deceitful cunning of Ulysses appears as a virtue of the same rank with the prudence of Nestor, the constancy of Hector, and the gallantry of Achilles” (MAINE, 1861, p. 188).

4. A frase é uma adaptação da utilizada por Valverde (1931, p. 27).

5. Segundo Mr. Laroze, no relatório apresentado em 1889 sobre a reforma da liquidação judicial na Lei Francesa: “[...] os povos que mais se têm distinguido pelo commercio em todos os séculos, não deixaram passar duas gerações sem reformar as regras estabelecidas para a realização e liquidação dos bens dos devedores insolventes. Mas, se o problema de uma boa lei de fallencia acha-se universalmente proposto, não parece ter sido resolvido vantajosa e definitivamente em parte nenhuma” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1899, p. 12).

uma centena de artigos da LREF. Entre outras tantas alterações realizadas, buscando, entre outros objetivos, promover maior celeridade e segurança jurídica, bem como estimular o investimento em empresas em crise, houve o reforço da possibilidade de alienação de bens e direitos do devedor em recuperação judicial livre de qualquer ônus e sucessão por obrigações, tema que é objeto do presente artigo.

2. Alienação de estabelecimento e outros ativos livres de dívidas

O conceito jurídico de estabelecimento compõe parte relevante da dogmática do Direito Empresarial, cujas discussões acerca de suas características e natureza jurídica são anteriores à promulgação do Código Civil (CC) de 2002. Atualmente, em apertada síntese, considera-se estabelecimento o complexo unitário de bens que é organizado para a exploração da atividade empresarial (CC, art. 1.142) (BARRETO FILHO, 1988, p. 208).⁶

Embora essa conceituação esclareça os contornos do tema, não elimina problemas teóricos e práticos da maior relevância, como é o caso do regime de responsabilidade aplicável ao seu adquirente. Tanto é verdade que, no ordenamento jurídico brasileiro, em uma operação de alienação de estabelecimento (**trespasse**), é considerável o risco de o adquirente ser considerado sucessor do alienante relativamente aos débitos gerados antes da venda, em especial pelas dívidas trabalhistas (Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), arts. 10 e 448)⁷ e tributárias (Código Tributário Nacional

(CTN), art. 133),⁸ bem como as de natureza civil (CC, arts. 1.145 e 1.146),⁹ entre outras. A explicação para tanto é simples: essas obrigações praticamente aderem ao estabelecimento,¹⁰ evidenciando sua

» juridicamente válido entre as partes, o contrato não terá eficácia perante terceiros, mantendo a responsabilidade solidária dos participantes do negócio.

8. No caso das dívidas tributárias, o adquirente também é considerado sucessor (CTN, art. 133), mas há que se observar o seguinte regime: **(i) se o alienante continua na exploração da atividade** (ou dentro de seis meses inicia outra, prazo esse contado da data da alienação), o adquirente responde subsidiariamente em relação a este (CTN, art. 133, inciso II); **(ii) se o alienante cessa a exploração da atividade**, o adquirente responde integralmente – leia-se solidariamente – pela dívida (CTN, art. 133, inciso I). Também nesse caso não terão eficácia perante terceiros os pactos privados em sentido diverso, na linha do art. 123 do CTN (“Art. 123 - Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”). Sobre a responsabilidade tributária do adquirente de fundo de comércio ou estabelecimento empresarial, industrial ou fabril com relação às dívidas do alienante, ver, por exemplo: STJ, 2ª T., AgRg no AREsp nº 135.361-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 17/5/2012; STJ, 2ª T., AgRg no AREsp nº 98.823-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19/4/2012; STJ, 1ª Seção, REsp nº 923.012-MG, Rel. Min. Luis Fux, j. em 9/6/2010; STJ, 1ª T., REsp nº 1.085.071-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 21/5/2009; STJ, 2ª T., REsp nº 959.389-RS, Rel. Min. Castro Meira, j. em 7/5/2009; STJ, 2ª T., AgRg no REsp nº 1.056.302-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 23/4/2009; STJ, 2ª T., REsp nº 330.683, Rel. Min. Paulo Medida, j. em 19/2/2002; STJ, 1ª T., REsp nº 3.6540-6-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 8/9/1993; STJ, 1ª T., REsp nº 3.097-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 24/10/1990.

9. Quanto às dívidas civis, o art. 1.145 do CC estabelece que, se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em 30 dias a partir de sua notificação. Já o art. 1.146 do CC dispõe que: “O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento”.

10. “[...] diante do disposto nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, e do art. 133 do Código Tributário Nacional, tendo-se em conta a amplitude com que tais dispositivos são interpretados no Judiciário, as dívidas fiscais e tributárias aderem ao estabelecimento, e fazem isso com tamanha intensidade que é possível identificar-se, nesses casos, um acessoriedade legal. Aonde quer que o estabelecimento vá, essas dívidas, em regra, o acompanham. Entendeu-se assim, que essa sucessão *ex vi legis* serviria para proteger os credores de dívidas que ‘tinham sua razão de ser na exploração dos bens componentes do estabelecimento’” (TOLEDO; POPPA, 2012, p. 272).

6. Sobre estabelecimento, ver, ainda: Tokars (2006) e Féres (2007). Ver, ainda, o artigo: Cavalli (2007).

7. Pelas dívidas trabalhistas, o adquirente é considerado sucessor do alienante (CLT, art. 448), e, por isso, responde solidariamente com ele. Pactos privados dispondo em contrário não possuem eficácia relativamente ao trabalhador. A propósito, a prática evidencia ser muito comum que os envolvidos em negócios dessa natureza firmem um pacto privado prevendo, entre outras questões, que apenas o alienante responderá pelas dívidas anteriores à venda. Em tais situações, entende-se que, apesar de »

natureza jurídica de universalidade de direito, que traz consigo tanto ativos/direitos quanto passivos/dívidas (TOKARS, 2006, p. 28).

Em certa medida, a discussão travada no âmbito da alienação de estabelecimento pode se estender quando da venda de bens e direitos que não necessariamente formam um conjunto unitário de ativos (no caso de bens isolados economicamente relevantes para determinado negócio), não se podendo descartar, em tais hipóteses, o risco de sucessão.

A despeito desse cenário de incerteza, no contexto da recuperação judicial o ambiente normativo é, em alguma medida, distinto:¹¹ o legislador teve um cuidado especial em criar mecanismos capazes de isolar os estabelecimentos empresariais (bem como os bens e direitos) das dívidas do devedor, para que possam ser objeto de transações vantajosas para todas as partes envolvidas.¹² A razão para o tratamento diferenciado é evidente: se o legislador não tivesse se preocupado em proteger esse

11. Embora semelhantes em diversos aspectos, as regras de ausência de sucessão na falência e na recuperação judicial têm fundamentos jurídicos distintos. O principal deles diz respeito à abrangência e à extensão dos efeitos de cada regime com relação aos credores participantes. Como destaca Francisco Satiro: “Na recuperação judicial existirão credores não submetidos cujos interesses estão preservados pela estrutura dos institutos e pela regular continuação dos negócios da recuperanda. Este é o caso das Fazendas Nacional, Estadual e Municipal e dos credores de créditos posteriores ao pedido. Apesar de terem seus créditos privilegiados na falência (arts. 83, III e 84, V, respectivamente) não participam da recuperação judicial. Isso não representa um prejuízo porque o objetivo principal da recuperação judicial não é a liquidação dos ativos, mas, sim, a reorganização societária. A venda de ativo na recuperação judicial deve servir à consecução dos objetivos de garantia da continuidade empresarial, mas sempre sem prejuízo dos credores não submetidos. Aos credores não submetidos, nesse caso, resta a perspectiva de que a geração de receitas e a manutenção de bens de produção pela recuperanda após a venda das filiais ou UPLs serão suficientes para oferecer-lhes uma contrapartida à diminuição do patrimônio do devedor em benefício de credores que muitas vezes sequer possuem privilégio concursal. [...] Não se pode esquecer que na liquidação (falência), o princípio que vige é o da *par conditio creditorum* [...]. Todos os credores concorrem ao resultado da liquidação do ativo em igualdade de condições, resguardada a ordem de privilégios do art. 83 (como mencionado no art. 141, I), que, como regra cogente, só é excepcionada em dispositivos legais como os arts. 84, 86, 151 e 152. [...]” (SOUZA JUNIOR, 2013, p. 213-214).

12. Sobre o tema, ver: Becue (2013).

tipo de operação, os negócios na seara concursal seriam realizados por valores muito abaixo do real valor dos bens e direitos ou simplesmente não ocorreriam por conta do inerente risco à aquisição de ativos **contaminados** por dívidas pregressas do alienante (TOLEDO, 2013, p. 205).

Dito de outra forma, se não existisse esse tratamento diferenciado, o risco da operação seria desproporcional ao seu benefício, inviabilizando-a ou sendo realizada com um alto desconto – além de se criar um imbróglio de difícil solução no contexto de crise empresarial, já que alguns dos principais meios de recuperação judicial (previstos, inclusive, no rol exemplificativo do art. 50 da LREF) simplesmente não seriam alternativas viáveis para o saneamento do devedor e a satisfação dos seus credores.¹³

Ao fim e ao cabo, na ausência da referida proteção, o próprio regime recuperatório estaria fadado ao fracasso, haja vista que o sucesso de muitas das recuperações judiciais está diretamente atrelado à possibilidade de obtenção de recursos novos por meio da alienação de ativos do devedor, inclusive de estabelecimentos inteiros. A relevância dessa alternativa na seara recuperatória decorre, essencialmente, da notória dificuldade enfrentada pelos devedores para obtenção de financiamento (o chamado **dinheiro novo**, problema que a Lei nº 14.112/2020 buscou contornar).¹⁴

13. No mesmo sentido: Munhoz (2015a, p. 279).

14. “[...] o estabelecimento é o meio, e a empresa, o fim. Se a quebra de confiança com o empresário que esteve à testa dos negócios quando da instauração da crise econômico-financeira for ao ponto de inviabilizar a continuidade da empresa, a cessão dessa base instrumental a um terceiro, um novo empresário, pode ser uma solução adequada para manutenção da atividade empresarial, pois ele poderá desenvolvê-la sem o estigma que acompanhava o antigo titular do estabelecimento – e às vezes, isso pode bastar para dar um sopro de vida ao negócio. Além disso, um novo empresário pode promover uma gestão mais eficiente que a antiga, ter interesses econômicos (como, por exemplo, sinergia com outros negócios, ganhos de escala ou outras questões estratégicas) que gerem um retorno superior ao que seria atingido nas mãos do empresário original, ou, simplesmente, ter a capacidade de injetar recursos necessários a reestruturação da operação – coisa que o antigo, geralmente, já perdeu” (TOLEDO; POPPA, 2012, p. 273).

Ciente dessa realidade, o legislador buscou garantir a eficiência do sistema recuperatório, projetando a regra prevista no parágrafo único do art. 60, que restou complementada pela reforma realizada pela Lei nº 14.112/2020 com a introdução do art. 60-A. A nova previsão criou um ambiente mais previsível para o processo de alienação de ativos e trespasse de estabelecimento (ou de **unidade produtiva isolada** (UPI), nos termos da LREF) no âmbito da recuperação judicial, já que, em geral, as regras de sucessão anteriormente referidas não se aplicam.¹⁵

Nessa sistemática, aquele que adquire ativos ou o estabelecimento empresarial do devedor no curso da execução de um plano de recuperação judicial, desde que observadas as condicionantes legais, não responderá pelos débitos anteriores, o que torna possível a continuação da empresa na direção de outro empresário, além de estimular que novos recursos sejam aportados para viabilizar o pagamento das obrigações do devedor.

2.1. Unidade produtiva isolada

O art. 60 não faz menção à expressão **estabelecimento**, da mesma forma como não utiliza os termos **ativos** ou **bens e direitos**. Em vez disso, faz uso das expressões **filial** e **unidades produtivas isoladas**. No campo terminológico, portanto, a Lei nº 11.101/2005 não fez boas escolhas, muito menos seguiu a melhor técnica ao utilizar expressões que não possuíam, até então, sentido jurídico – especialmente a segunda, que nem sequer era conhecida antes do advento da LREF, em 2005. A melhor opção teria sido o emprego da expressão **estabelecimento** e dos termos **bens e direitos**.¹⁶

¹⁵. “Trata-se do tardio reconhecimento pela lei brasileira da distinção entre empresa e empresário; os ônus e obrigações assumidos por este ao longo do exercício da atividade empresarial devem permanecer sob a sua responsabilidade, não sendo de se admitir que sucessão destes comprometa a continuidade da empresa sob o comando de terceiro” (MUNHOZ, 2007, p. 298).

¹⁶. Caminhando nesse sentido, ver: Munhoz (2007, p. 297); Toledo; Poppa (2012, p. 277).

Filial é a forma como se costuma designar um estabelecimento secundário do empresário ou sociedade empresária, razão pela qual não há maiores problemas para aproximá-la do conceito de estabelecimento. Já no que diz respeito à UPI, a corrente doutrinária majoritária aproximava a expressão do conceito de **estabelecimento empresarial**, já delimitada pela doutrina e incorporada ao ordenamento jurídico pelo art. 1.142 do CC.¹⁷

O legislador buscou garantir a eficiência do sistema recuperatório, projetando a regra prevista no parágrafo único do art. 60.

No início de vigência da LREF, a expressão UPI foi interpretada em sentido amplo e funcional, de modo que o processo de afetação dos bens utilizados à atividade econômica explorada pelo empresário adquiria ares mais flexíveis e variáveis conforme o caso, ajustando-se à necessidade da recuperanda. Acreditava-se que o devedor possuía liberdade para agregar e desagregar bens sociais com o intuito de formar novas células isoladas ou conjuntas que poderiam ser, segundo previsão do plano de recuperação judicial, alienadas a terceiros com o objetivo de arrecadar recursos para a recuperação da sociedade, sem risco de sucessão.

Destarte, a formação e posterior alienação de UPIs, como medidas recuperatórias previstas em plano de recuperação judicial, devidamente aprovado pelos credores, seriam isentas de responsabilidade sucessória, mesmo que o complexo de bens tenha sido reunido, organizado e afetado pelo devedor de forma patrimonial e economicamente distinta daquela anteriormente utilizada. Defendia-se, portanto, que a segregação do estabelecimento

¹⁷. Nesse mesmo sentido: Munhoz (2007, p. 298-299); Toledo; Poppa (2012, p. 277); Lobo (2010, p. 236-237).

empresarial originário em complexos de bens diversos era possível e estes se enquadram perfeitamente no conceito indeterminado de UPI.

Tratava-se de uma interpretação lógica e elegante, inclusive em acordo com a máxima de que **a lei não contém palavras inúteis**, exegese pela qual era possível aproveitar as expressões **filial** e **unidade produtiva isolada** contidas no texto legal do art. 60, oferecendo-lhes um conceito próprio e funcional, respeitando a sistemática da LREF.

Partindo-se da premissa de que era possível alienar estabelecimentos inteiros ou frações dele sem sucessão, passou-se a admitir a venda igualmente segura de qualquer bem do devedor, ainda que isolado (v.g., máquinas, veículos, marcas, etc.), chamados **ativos isolados**, porquanto aquilo que é válido para mais (alienação do complexo de bens) deve necessariamente prevalecer para menos (alienação do bem individualmente). Aplicava-se, aqui, o brocardo **quem pode o mais, pode o menos** (*in eo quod plus est semper nest et minus*),^{18, 19 e 20} na

18. TRT-9, 1ª T., RO nº 29570-2010-084-09-00-6, Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes, j. em 8/11/2011 (“A empresa que compra os ativos de outra em recuperação judicial fica livre de qualquer ônus, sem que se caracterize como sucessora das obrigações do devedor”).

19. Isso sem contar que a alienação de bens no bojo da recuperação judicial e prevista no plano de recuperação judicial, tendo sido realizada de forma legal (ainda que de acordo com as formas alternativas de alienação, nos termos do art. 144 da LREF, e não de acordo com as modalidades de alienação previstas no art. 142), sem indícios de má-fé e com autorização do juízo competente, não é hábil a caracterizar fraude à execução, ainda que o processo executivo seja movido por credores não sujeitos à recuperação judicial (credor de adiantamentos sobre contratos de câmbio, no caso). Ou seja: mesmo que o credor não esteja sujeito à recuperação judicial, ele não resta imune ao que se passa neste processo (STJ, 3ª T., nº 1.440.78-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 14/6/2016). Ver, também: TRF-3, 4ª T., AI nº 0026018-19.2012.4.03.0000, Rel. Des. Alda Basto, j. em 26/7/2013; TJMT, 6ª Câmara Cível, AI nº 91095/2009, Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges, j. em 12/1/2009.

20. Ver: TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI nº 624.330-4/0-00, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 5/5/2009 (“Agravado de instrumento. Recuperação judicial. Plano aprovado com previsão de alienação de glebas integrantes do ativo não operacional, integrantes de imóvel maior, com o escopo de pagar credores. Data certa para o pagamento. Demora excessiva na concessão da recuperação judicial. Pedido de prorrogação do prazo formulado ao Juiz. Exigência do cartório de notas consistente em apresentação de certidão negativa fiscal para »

medida em que não faria sentido algum autorizar a venda sem sucessão de universalidades, mas não de bens isolados, já que a lógica de proteger terceiros adquirentes e outorgar liquidez ao devedor se mantém intacta em ambos os casos.

A reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020 positiva, corretamente, esse entendimento, estabelecendo no art. 60-A que “A unidade produtiva isolada de que trata o art. 60 desta Lei poderá abranger bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis, isolados ou em conjunto, incluídas participações dos sócios”. A rigor, a nova regra dialoga com a lógica do sistema de insolvência desenhado pelo legislador – seria contraditório, por exemplo, não permitir a alienação livre de qualquer ônus ou sucessão caso assim constasse do plano de recuperação judicial se, mediante autorização judicial, possível é a alienação de bens e direitos do ativo não circulante sem qualquer sucessão (art. 66, § 3º, da LREF).

Mesmo assim, há, em nosso entender, verdadeira incoerência no uso dos termos. O legislador teria prestado uma contribuição tecnicamente mais precisa com o art. 60-A se simplesmente tivesse dito que qualquer bem ou direito vendido com a observância dos requisitos do art. 60 exonera o adquirente das obrigações do alienante – como se dá no art. 66, § 3º. Ao deixar de fazer isso, tornou imprestável a

» ensejar o parcelamento do imóvel. Omissão do magistrado na apreciação do pedido de alvará autorizando o desmembramento das áreas independentemente da apresentação de CDF. Antecipação da tutela recursal para ser convocada Assembleia Geral de Credores para deliberar sobre a prorrogação da data de cumprimento da obrigação do plano. Deliberação assemblear que prorroga o prazo para o adimplemento da obrigação. O Juiz não tem poder para alterar o plano de recuperação, matéria da alçada exclusiva da Assembleia de Credores. Inteligência do art. 56, § 3º, da LRF. A omissão do Juiz na apreciação de requerimento da parte implica infração comissiva de dever jurídico e autoriza a interposição de agravo de instrumento. A alienação em hasta pública de glebas parciais integrantes de imóvel maior da devedora, dispensa a apresentação de certidões negativas fiscais, uma vez que o adquirente não é sucessor de ônus de qualquer natureza que recaia sobre o imóvel, inclusive os derivados de obrigações trabalhistas ou tributárias. Aplicação do art. 61, parágrafo único e 141, II, da LRF. Agravo parcialmente provido”).

expressão **unidade produtiva isolada**, mesmo que, na essência, o comando legal tenha preservado a lógica das alienações de ativos em contexto de recuperação judicial, protegendo adquirente e possibilitando a capitalização do alienante.

A despeito dessa incoerência semântica, a intenção legislativa é digna de aplauso, dado que o art. 60-A está em linha com a construção doutrinária e com a evolução jurisprudencial sobre o tema, bem como com a própria ordem sistêmica da recuperação judicial. Não se pode ignorar, porém, que, ao chamar de UPI qualquer bem ou direito vendido pela recuperanda por meio do plano de recuperação, a nova redação acabou por esvaziar o significado da expressão **unidade produtiva isolada**.

Pela redação do art. 60-A, a UPI submeter-se-á ao teste do mercado, assumindo qualquer configuração material, desde que esteja alinhada com plano de soerguimento do devedor e, especialmente, atenda os interessados na aquisição. Assim, pode ser uma marca, um imóvel, um maquinário, uma linha de produção, uma fábrica, um conjunto de indústrias, um crédito; nesse particular, por mais curioso que seja, é perfeitamente possível vislumbrar uma UPI formada por um único bem que, sozinho, nada produz, ou um crédito decorrente de uma ação judicial.

De mais a mais, o conceito de UPI deve ser complementado com a regra do art. 50, inciso XVIII (em dispositivo também inserido pela Lei nº 14.112/2020). Ao considerar a venda integral do devedor (desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência) um meio de recuperação judicial, o legislador equiparou, para fins legais, essa hipótese à alienação de UPI.²¹

²¹. Há quem indique tal meio de recuperação judicial como uma liquidação do devedor durante a recuperação judicial (cf. COELHO, 2021, p. 199).

2.2. Coerência da regra

No âmbito da recuperação judicial, especialmente no que se refere à proteção dos credores, a estrutura da LREF é coerente, pois o meio recuperatório a ser utilizado pelo devedor terá sido aprovado previamente pelos credores (de modo expresso ou tácito), cumprindo, ainda que por via reflexa, com a exigência do art. 1.145 do CC. Da mesma maneira, não se poderá arguir que o negócio constitui ato de falência (LREF, art. 94, inciso III, alínea c), ou que deve ser declarado ineficaz perante a massa (LREF, art. 129, inciso IV), na medida em que o art. 131 da LREF estabelece proteção a tais atos praticados na seara recuperatória (TOLEDO; POPPA, 2012, p. 288).

O art. 60-A está em linha com a construção doutrinária e com a evolução jurisprudencial sobre o tema.

A sistemática da alienação de ativos e estabelecimentos em contexto de recuperação judicial permite a transferência de filiais ou unidades produtivas do devedor para um novo empresário, obtendo-se dois benefícios diretos: (i) a preservação da atividade e (ii) a arrecadação de recursos financeiros (dinheiro) que podem ser utilizados para pagamento das obrigações do devedor, inclusive as trabalhistas e tributárias (MUNHOZ, 2007, p. 298).²²

²². Embora não possa ser interpretada de forma absoluta (especialmente sem considerar as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto), é relevante a advertência de Francisco Satiro, em parecer sobre o tema: “Se a recuperação tiver como objetivo a venda dos ativos relevantes da empresa para pagamento dos credores submetidos, será sob esse ponto similar a uma liquidação. Ora, nenhuma regra válida de hermenêutica possibilitaria a interpretação de dispositivos aplicáveis à recuperação judicial que permitissem uma liquidação completa sem o respeito à ordem cogente de privilégios da falência. Mais grave ainda: ao se entender livre a possibilidade de realização dos ativos relevantes do devedor na recuperação judicial se estará alijando os credores extraconcursais (justamente os privilegiados) do processo decisório acerca do bem que, em última análise, seria a garantia da sua prioridade. Em outras palavras: a AGC, formada somente »

2.3. Constitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade da regra que possibilita a alienação de estabelecimentos e outros ativos livres de ônus (LREF, art. 60, parágrafo único),²³ afastando a controvérsia que inicialmente pairou sobre a real possibilidade desse tipo de operação – o que não resta alterado com a nova redação do parágrafo único do art. 60 dada pela Lei nº 14.112/2020. Como restou consignado pela Suprema Corte, caso não se garantisse a efetividade da regra, ninguém adquiriria ativos em ambientes concursais, como já se verificou no passado.²⁴

Os demais tribunais pátrios têm observado a regra. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) posiciona-se pela inviabilidade de redirecionamento das execuções fiscais contra os adquirentes de ativos da recuperanda,²⁵ bem como de débitos de outras

» por alguns credores concursais, teria autonomia para alijar os credores privilegiados (como, por exemplo, os relacionados no art. 84) do processo de decisão sobre o destino dos bens que lhes asseguram o privilégio. Há, nesse caso, disposição sobre direitos de terceiros em interesse próprio. Não é a toa que a Lei 11.101/05, ao tratar de recuperação judicial, não se refere à 'alienação da empresa', como o faz na disposição do art. 140 quanto à falência, mas a venda de filiais e UPIs (art. 60)" (SOUZA JUNIOR, 2013, p. 214). A rigor, a preocupação em manter a atividade empresarial da sociedade em recuperação após a venda de ativos, filiais ou UPIs (isto é, por meio da utilização dos bens remanescentes no seu patrimônio) constitui um dos cerne do regime recuperatório, como bem destaca Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, em parecer sobre o tema: "Cumpra, ainda, notar que a alienação do estabelecimento, no caso *sub judice*, não deixou de levar em conta uma recomendação fundamental: a de que a recuperanda deveria permanecer com ativos suficientes para manter-se em atuação. Não fora esse cuidado, e a recuperação não atingiria o objetivo visado pelo legislador e claramente exposto no dispositivo nuclear da Lei 11.101/05, o art. 47. Além disso, a situação se aproximaria da falência, com a ressalva de que não teria as mesmas características desta, com a sujeição de todos os credores" (TOLEDO, 2013, p. 205; em sentido semelhante: TOLEDO; POPPA, 2012, p. 290).

23. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3934-2-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/5/2009.

24. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3934-2-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/5/2009 (voto do Min. César Peluso).

25. V.g.: STJ, 2ª Seção, AgRg no CC nº 87.214-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 25/6/2008 (assim decidindo: "Não está na alçada do juiz da execução fiscal redirecioná-la contra empresa que, tutelada por decisão judicial, adquiriu ativos de empresa em regime de recuperação judicial com a garantia de que não responderia por obrigações desta"); STJ, 2ª Seção, AgRg nos EDcl no »

naturezas, definindo o juízo da recuperação judicial como o competente para analisar eventual redirecionamento.²⁶ O Tribunal Superior do Trabalho (TST), no mesmo sentido, afirmou, em diversas oportunidades, que aqueles que adquirem ativos de empresa em recuperação judicial não respondem, na condição de sucessores, pelas obrigações trabalhistas da antiga empregadora, pois entendimento diverso feriria o espírito da própria LREF, tornando inócuo seu caráter recuperatório.²⁷ E outros tribunais seguem na mesma direção.²⁸

2.4. Requisitos

O art. 60 da LREF, com as alterações realizadas pela Lei nº 14.112/2020, elenca três requisitos fundamentais para que os ativos eventualmente alienados pelo devedor estejam livres de quaisquer ônus.

2.4.1. Previsão da alienação no plano de recuperação

A alienação deve constar do plano de recuperação – aprovado pelos credores²⁹ e homologado pelo juiz –, sendo de todo recomendável que estejam detalhados os bens e direitos que serão objeto da operação, bem como as demais questões atinentes à venda (SACRAMONE, 2021, p. 343).³⁰ Assim prevê

» CC nº 87.263-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 27/2/2008; STJ, 2ª Seção, AgRg no CC nº 116.036-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12/6/2013; STJ, 2ª Seção, AgRg no CC nº 112.638-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 10/8/2011.

26. STJ, 2ª Seção, CC nº 110.941-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22/9/2010.

27. TST, 5ª T., RR nº 20900-67.2007.5.04.0019, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. em 4/5/2011.

28. Exemplificativamente: TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, AI nº 2212015-61.2015.8.26.0000, Rel. Des. Costa Netto, j. em 30/8/2016.

29. "A anuência dos credores é necessária porque a alienação de ativos poderá comprometer a satisfação dos credores por ocasião de eventual liquidação dos bens na falência, além de ser parte da proposta realizada pelo devedor para que estruture sua atividade e consiga satisfazer os credores" (SACRAMONE, 2021, p. 342-343).

30. "Ao ser exigida a concordância dos credores, é imprescindível que o plano de recuperação judicial preveja a alienação das unidades produtivas isoladas e as caracterize detalhadamente. Para que possa manifestar seu voto de modo consciente, o »

o art. 60, *caput*, da LREF – o que é ratificado pelo art. 142, § 3º-B, inciso II.

Nesse caso, respeitados todos os requisitos previstos na LREF, não há necessidade de que conste, expressamente, que a alienação ocorre livre de sucessão (mesmo que seja comum essa previsão nos planos de recuperação judicial). Em sentido contrário, embora pouco provável, nada impede que a venda se dê com sucessão caso assim conste expressamente do plano de recuperação judicial.

Não há necessidade de que conste, expressamente, que a alienação ocorre livre de sucessão.

É importante sublinhar que, com a reforma da LREF promovida pela Lei nº 14.112/2020, a alienação de ativos sem sucessão pode ocorrer mesmo quando não esteja prevista no plano de recuperação judicial aprovado pelos credores e homologado pelo juízo competente. O art. 66, *caput*, combinado com o § 3º, permite que o devedor em recuperação judicial aliene (ou onere) bens ou direitos do ativo não circulante, livre de qualquer ônus e sucessão, mediante autorização judicial, com prévia oitiva do Comitê de Credores, se houver, e manifestação do administrador judicial (nos termos do art. 142, § 3º-B, inciso III), desde que ocorra por meio de processo competitivo organizado ou alguma outra modalidade.

No mesmo sentido, veja-se que o art. 142, § 3º-B, inciso I, também permite a alienação, por processo competitivo organizado ou alguma outra

» credor deverá ter a informação precisa dos meios de recuperação judicial. Exige-se, assim, que a previsão de alienação não seja genérica para qualquer ativo do empresário, mas esclareça qual específico ativo será alienado, a forma e o preço pelo qual isso poderá ocorrer. A previsão genérica de alienação considera-se não escrita e sem que tenha sido anuída pelo credor” (SACRAMONE, 2021, p. 343).

modalidade, de ativos livre de ônus e sucessão caso seja aprovada em AGC.

2.4.2. Impossibilidade de o arrematante ser pessoa ligada ao devedor

O arrematante não pode ser uma das pessoas indicadas no § 1º do art. 141 da LREF.³¹ A razão para tanto é óbvia: busca-se evitar o cometimento de desvios, partindo-se do pressuposto de que os sujeitos relacionados no referido dispositivo legal estão em situação de conflito de interesse e podem atuar em detrimento do bom e lícito andamento da recuperação judicial.

De qualquer sorte, é evidente que, independentemente da restrição prevista no art. 141, § 1º, a alienação de UPI não pode ser utilizada como forma de burlar as regras previstas na LREF em prejuízo dos credores, razão pela qual verificada a prática de fraude, a sucessão dos passivos é medida que deve se impor.

2.4.3. Alienação por modalidade competitiva

A alienação deve seguir um rito concorrencial que ofereça meios para que o ativo em questão alcance o maior valor possível (SACRAMONE, 2021, p. 344). A forma utilizada pelo legislador para atingir esse desiderato foi a de que venda deve seguir uma das fórmulas descritas no art. 142: (i) leilão; (ii) processo competitivo organizado por agente

31. A saber: I - sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; II - parente, em linha reta ou colateral até o quarto grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou III - identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão. Cumpre, ainda, registrar que o CTN, no art. 133, § 2º, apresenta relação semelhante, assim excepcionando a regra de inexistência de sucessão: “§ 2º - Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: I - sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; II - parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou III - identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária”.

especializado; (iii) qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos da LREF.

O leilão pode ser eletrônico, presencial ou híbrido (art. 142, inciso I), sendo aplicáveis, naquilo que for compatível, as regras do Código de Processo Civil – CPC (LREF, art. 142, § 3º).

A alienação por leilão dar-se-á em primeira chamada no mínimo pelo valor de avaliação do bem. Em segunda chamada (dentro de 15 dias, contados da primeira chamada), por no mínimo 50% do valor de avaliação. Em terceira chamada (dentro de 15 dias, contados da segunda chamada), por qualquer preço (LREF, art. 142, § 3º-A).

CHAMADA	PRAZO	VALOR
Primeira chamada	-	Valor de avaliação
Segunda chamada	15 dias da primeira	50% do valor de avaliação
Terceira chamada	15 dias da segunda	Qualquer preço

O plano de recuperação judicial pode estabelecer regras próprias para a venda por meio de leilão, inclusive com a possibilidade de determinação de valor mínimo para a operação. A fixação de preço mínimo é, portanto, uma prerrogativa do devedor e dos credores. Presume-se que eles conhecem as condições de mercado e o valor real dos bens que serão objeto de alienação, além de terem interesse direto no sucesso do leilão.³²

32. De qualquer forma, importante registrar que há posição no sentido de que a AGC é soberana para revisar o tema e deliberar favoravelmente sobre a alienação dos ativos por lance distinto do valor mínimo fixado no plano de recuperação judicial. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) já teve a oportunidade de examinar a possibilidade de venda de UPI no âmbito da recuperação judicial por lance inferior ao preço mínimo determinado no edital de convocação da AGC. Na hipótese, a AGC optou por examinar a proposta e, posteriormente, aprová-la, a despeito da discordância do devedor quanto ao valor e aprovação da venda (acórdão assim ementado: "Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Oferta de valor inferior ao da avaliação. Irrelevância diante da previsão expressa constante do plano aditado e da lei (art. 142, § 2º). Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Oferta de pagamento parcelado. Admissibilidade. Correção monetária das parcelas determinada em primeiro grau. Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Vilania do preço não configurada. Recuperação Judicial. Alienação de UPI. Prejuízo a credores não concursais. Impossibilidade de arquirição por terceiros (CPC [de 1973], art. 6º). Recuperação »

A alienação também pode se dar por meio de processo competitivo organizado por agente especializado. Para tanto, o agente deve ter reputação ilibada e o procedimento deverá ser detalhado em relatório anexo ao plano de recuperação judicial, conforme o caso (LREF, art. 142, inciso IV). Pode, ainda, a alienação se dar por qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos da LREF (art. 142, inciso V). Por ambas as fórmulas, a modalidade de alienação deve ser aprovada pela AGC, devendo decorrer de disposição do plano de recuperação judicial aprovado ou de determinação do juiz após manifestação do administrador judicial e do Comitê de Credores, se existente (LREF, art. 142, § 3º-B).

A reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020 estendeu o campo de alienações no âmbito da recuperação judicial,³³ outorgando liberdade para que seja

» Judicial. Alienação de UPI. Devedor representado por gestor judicial. Assentimento à proposta admissível. Recurso desprovido na parte conhecida" (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2011812-20.2014.8.26.0000, Rel. Des. Araldo Telles, j. em 25/7/2014). Sobre o tema, ver pareceres de lavra de: Souza Junior (2013); e Toledo (2013).

33. A restrição do legislador a uma das três modalidades de alienação originalmente projetadas na LREF (leilão por lances orais, propostas fechadas e pregão) era motivo de críticas pela doutrina. A rigor, aceitava-se a alienação por outras modalidades, restringindo-se o debate sobre se, feita a alienação por outra forma que não as arroladas no art. 142 c.c. o art. 60 da LREF, ocorreria a sucessão. A melhor doutrina caminhava no sentido de que não era caso de sucessão se alienação fosse feita de acordo com o plano de recuperação aprovado e devidamente homologado, bem como não sendo o adquirente alguém impedido pela LREF (art. 141, § 1º). Por todos, ver: Becue (2013, p. 79 e ss.). E o TJSP já tinha tido a oportunidade de entender que, em caso de aquisição com base em contrato de compra e venda celebrado como medida integrante de plano de recuperação judicial (ou seja, aquisição não abarcada nas hipóteses de alienação previstas no art. 142 c.c. o art. 60 da LREF), não ocorreria a sucessão tributária diante do previsto no art. 133, §§ 1º e 2º, do CTN (TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, AI nº 0066743-41.2013.8.26.0000, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. em 27/5/2013; TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, AI nº 0151093-93.2012.8.26.0000, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. em 6/2/2013; TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, AI nº 0066532-73.2011.8.26.0000, Rel. Des. Osni de Souza, j. em 31/8/2011). Nesse sentido, o Pleno do TST reconheceu que o adquirente de ativos (uma sociedade) não respondia pelos débitos trabalhistas da alienante em recuperação judicial, ainda que alienação não tivesse ocorrido em uma das modalidades previstas na Lei nº 11.101/2005 (leilão, propostas fechadas ou pregão), bastando que, para tanto, a operação tivesse sido aprovada pela AGC e autorizada pelo »

escolhida a forma de alienação, desde que respeitados requisitos mínimos. Admite-se, portanto, que o plano de recuperação judicial preveja as mais diversas formas de alienação, sendo permitida, inclusive, a contratação de profissionais (bancos e agentes especializados, por exemplo) e a criação de mecanismos para viabilizar a venda (bem como que a AGC ou o próprio magistrado assim decidam). A contrapartida legal exigida é a manutenção de um processo competitivo real e hígido, que estimule a venda dos

» juízo da recuperação judicial, nos termos do art. 66 da LREF (sendo que, no caso concreto, a venda de ativos até constava do plano de recuperação judicial originalmente apresentado e ainda não aprovado, mas a venda da empresa foi antecipada tendo em vista necessidades das recuperandas) (TST, Tribunal Pleno, IRR nº 69700-28.2008.5.04.0008 e ARR nº 263700-50.2008.5.02.0051, Rel. Min. Caputo Bastos, j. em 22/5/2017); assim, o TST fixou a seguinte tese: “Nos termos dos artigos 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/2005, a TAP Manutenção e Engenharia Brasil S.A. não poderá ser responsabilizada por obrigações de natureza trabalhista da Varig S.A. pelo fato de haver adquirido a VEM S.A., empresa que compunha grupo econômico com a segunda”. De qualquer sorte, o TJSP já teve a oportunidade de se manifestar em sentido contrário: “Recuperação Judicial. Se há aquisição de bem do ativo da devedora autorizado em plano devidamente aprovado pela assembleia de credores, mas isto se faz em transação extrajudicial, não há blindagem à sucessão de obrigações, pelo que não é do juízo da recuperação a competência para determinar levantamento de penhoras determinadas por outros juízos. Inteligência do art. 60 da Lei 11.101/05” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 0057674-82.2013.8.26.0000, Rel. Des. José Arnaldo da Costa Telles, j. em 30/9/2013). Ainda, o mesmo TJSP já havia entendido que o descumprimento de uma das modalidades de alienação, mesmo que prevista no plano aprovado em AGC, acarreta a ineficácia do negócio perante terceiros, mantendo, assim, as regras comuns de sucessão: “Recuperação judicial. Alienação de unidade produtiva isolada. Alienação que, embora autorizada pela Assembleia Geral, foi realizada sem observância de licitação e pregão. Forma e procedimentos previstos nos artigos 60 e 142 da Lei nº 11.101/2005 (LFR), de ordem pública, sem possibilidade de modificação por convenção das partes. Desrespeito a norma cogente que não acarreta a invalidade da alienação, diante do fato consumado, a invalidade do ato, mas sim a ineficácia frente aos credores prejudicados. Sucessão mantida. Recurso provido em parte” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 0151283-56.2012.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 23/4/2013). Finalmente, a Justiça do Trabalho já se manifestou no sentido de que, no caso de arrendamento realizado fora dos autos da recuperação judicial (a rigor, celebrado antes da recuperação judicial, condicionado ao deferimento do seu processamento), não constando sequer o arrendamento no plano de recuperação judicial, faz com que o arrendatário suceda no passivo da arrendadora em recuperação judicial: TST, 7ª T., AIRR nº 461-66.2011.5.09.0662, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. em 19/10/2016.

ativos e viabilize o ingresso da maior quantia de recursos possíveis em favor da recuperação judicial.

Nada impede, por exemplo, que se estabeleça a negociação prévia entre o devedor e eventuais interessados, a fim de que algum deles apresente uma primeira proposta e tenha direito de preferência (*stalking horse*) na aquisição do ativo, podendo os credores fazer uso dos seus créditos na operação. O ponto central é que seja garantida a existência de um processo competitivo efetivo, cujos custos podem ser compartilhados por mais de um devedor em recuperação judicial (aplica-se, por analogia, a previsão do art. 141, § 3º).

Importante registrar que a possibilidade de fixação de preço mínimo no plano de recuperação judicial nas diferentes formas de alienação, bem como o estabelecimento de outras condições, em nada colide com a previsão dos incisos I e V do § 2º-A do art. 142, também inserido pela Lei nº 14.112/2020 – “A alienação [...]: I - dar-se-á independentemente de a conjuntura do mercado no momento da venda ser favorável ou desfavorável, dado o caráter forçado da venda; [...] V - não estará sujeita à aplicação do conceito de preço vil” – porquanto essas disposições se aplicam, em regra, à falência.

Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público e as Fazendas Públicas devem ser intimados por meio eletrônico, nos termos da legislação vigente e respeitadas as respectivas prerrogativas funcionais, sob pena de nulidade (art. 142, § 7º).

Observados todos os requisitos dispostos na LREF, tais alienações serão sempre consideradas, para todos os efeitos, como alienações judiciais (art. 142, § 8º), isentas, portanto, de risco de sucessão do adquirente relativamente às dívidas do alienante – estando a alienação protegida, também, em relação a outros riscos, como o de fraude à execução.³⁴

34. De qualquer sorte, já se entendia que a alienação de bens no bojo da recuperação judicial e prevista no plano de recuperação judicial, tendo sido realizada de forma legal, sem indícios de má-fé e com autorização do juízo competente, não é hábil a caracterizar fraude à execução, ainda que o processo executivo »

3. Extensão da exoneração

A redação original do parágrafo único do art. 60 já era bastante clara no que diz respeito à extensão da desoneração do bem: “O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária”. Entendia-se, portanto, que a desoneração era ampla, irrestrita e total. A menção aos débitos de natureza tributária era meramente exemplificativa e nem sequer precisava constar do texto legal ante a clareza da locução “**livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor**”.

Por ocasião da reforma da LREF promovida pela Lei nº 14.112/2020, o legislador pretendeu ser ainda mais esclarecedor neste ponto, citando, além das obrigações de natureza tributária, as **ambientais**, as **regulatórias**, as **administrativas**, as **penais**, as **anticorrupção** e as **trabalhistas**.³⁵

Inicialmente, a presidência da República vetou a alteração no parágrafo único do art. 60.³⁶

» seja movido por credores não sujeitos à recuperação judicial, ou seja: mesmo que o credor não esteja sujeito à recuperação judicial, ele não resta imune ao que se passa neste processo (STJ, 3ª T., REsp nº 1.440.783-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 14/6/2016). Ver, também: TRF-3, 4ª T., AI nº 0026018-19.2012.4.03.0000, Rel. Des. Alda Basto, j. em 26/7/2013; TJMT, 6ª Câmara Cível, AI nº 91095/2009, Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges, j. em 12/1/2009.

35. “O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor de qualquer natureza, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.”

36. Mensagem nº 752 da Presidência da República, de 24 de dezembro de 2020, razões do veto do parágrafo único do art. 60 e § 3º do art. 66 da Lei nº 11.101/2005: “Embora se reconheça a boa intenção do legislador, a medida contraria a moldura constitucional pátria, notadamente no que tange às obrigações ambientais, nos termos do *caput* do art. 225 e do inciso II do art. 186, ambos da Constituição da República, haja vista que a responsabilidade pela reparação de eventual dano ambiental causado recairá não apenas sobre aquele que o houver causado, mas também sobre aquele que houver adquirido o bem que sofreu (e sofre) o dano a ser reparado, ante a natureza jurídica de tal reparação, que é objetiva e por causa da coisa (*propter rem*), nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (v.g. RE 698.284, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, data de julgamento 24/06/2014, Dje 31/07/2014, p. 01/08/2014; AI 729.635, »

Posteriormente, o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional. Em nosso sentir, mesmo que o veto tivesse subsistido, teria deixado intacto o texto original da LREF, mantendo vigente a norma que já deixava livre de qualquer ônus o bem alienado pela recuperanda e exonerava o adquirente de qualquer obrigação do devedor.

Tal interpretação, aliás, sempre esteve em absoluta consonância com espírito da LREF, sendo a única forma de viabilizar a alienação de bens estressados a terceiros. Nesse particular, o próprio STF, ao declarar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 60, não fez qualquer ressalva com relação à natureza das dívidas.³⁷

Evidente que cada obrigação que grava o patrimônio do devedor tem determinado titular, cuja tutela remete a uma proteção/função constitucional direta ou indireta. Assim se dá, por exemplo, com o crédito alimentar do trabalhador, com os recursos do Erário, com os valores destinados à reparação do meio ambiente, dos danos causados por atos de corrupção e assim por diante. Indubitável, também, que esses direitos se chocam com a preservação da empresa, entidade que também é dotada de função social (art. 170, inciso III, da Constituição Federal).³⁸ O Direito advém justamente do equilíbrio dessas forças e deve buscar soluções que garantam a harmonia dos interesses antinômicos.³⁹

No caso do parágrafo único do art. 60, “o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se

» Rel. Min. Marco Aurélio, data de julgamento 21/09/2018, Dje 25/09/2018, p. 26/09/2018; entre outros). Ademais, os dispositivos também contrariam as obrigações de natureza anticorrupção, haja vista que a excepcionalidade criada está em descompasso com os direitos fundamentais à probidade e à boa administração pública, além de ir de encontro ao interesse público, uma vez que podem implicar insegurança jurídica, além de prejuízo ao erário e no incremento de ações junto ao Poder Judiciário no combate à corrupção”.

37. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3934-2-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/5/2009.

38. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3934-2-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/5/2009.

39. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3934-2-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/5/2009.

a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igualmente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial”.⁴⁰ Fosse o caso de “adquirir empresas em colapso com integral sucessão jurídica, esta lei seria absolutamente inútil”.⁴¹

Entende-se, assim, que a exoneração do devedor constante no parágrafo único do art. 60 é ampla, irrestrita e total, inclusive com relação a obrigações trabalhistas, tributárias, ambientais, regulatórias, administrativas, penais e anticorrupção, agora expressamente mencionadas na norma.^{42, 43, 44, 45 e 46}

40. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3934-2-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/5/2009.

41. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3934-2-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/5/2009.

42. Cf., v.g., STJ, 2ª Seção, CC nº 161042-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, j. em 23/10/2019.

43. Veja-se o Enunciado nº 47 da 1ª Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CFJ) no ano de 2012: “Nas alienações realizadas nos termos do art. 60 da Lei n. 11.101/2005, não há sucessão do adquirente nas dívidas do devedor, inclusive nas de natureza tributária, trabalhista e decorrente de acidentes de trabalho”.

44. O TST já protegia o adquirente relativamente às dívidas trabalhistas quando o trespassasse se dava no âmbito da recuperação judicial: “Essa ausência de precisão legislativa não é suficiente para afastar a inexistência de sucessão nos débitos decorrentes dos contratos de trabalho” (TST, 5ª T., RR nº 20900-67.2007.5.04.0019, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. em 4/5/2011). Ver, também: TST, 6ª T., RR nº 20218-39.2016.5.04.0782, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, j. em 22/4/2020 (“ARREMATACÃO DE UNIDADE PRODUTIVA ISOLADA (UPI) EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE EM PERÍODO ANTERIOR À ARREMATACÃO. DISCUSSÃO ACERCA DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES”; II - conhecer do recurso de revista quanto ao tema ‘ARREMATACÃO DE UNIDADE PRODUTIVA ISOLADA (UPI) EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE EM PERÍODO ANTERIOR À ARREMATACÃO. DISCUSSÃO ACERCA DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES’, por violação dos arts. 60, parágrafo único, e 141, inciso II, da Lei nº 10.101/05 e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a responsabilidade da LACTALIS DO BRASIL - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE LATICÍNIOS LTDA. ao pagamento dos débitos trabalhistas anteriores a 09/01/2015 (data da aquisição”). Também nesse sentido: TRT-15, 6ª T., RO nº 0081300-12.2007.5.15.0061, Rel. Des. Olga Aina Joaquim Gomieri, j. em 12/6/2012. O TRT da 2ª Região inclusive sumulou a matéria (Súmula nº 38 de 2015). A doutrina também caminha no mesmo sentido: “A interpretação literal do dispositivo leva à conclusão de que a regra geral é a da não sucessão em relação às ‘obrigações do devedor’, ou seja, a não sucessão não está restrita às obrigações tributárias, tendo sido estas mencionadas apenas como »

Dessa forma, a alienação de bens e direitos, respeitados os requisitos estabelecidos na LREF, é isenta de obrigações de qualquer natureza cujo fato gerador seja anterior à venda, sendo possível – embora não crível – que o plano de recuperação judicial contenha previsão em sentido diverso. Aqui, lembre-se que a alienação de bens ou direitos do ativo não circulante autorizada judicialmente também está protegida, da mesma forma que a alienação de bens

» um exemplo. A interpretação sistemática corrobora esse entendimento, na medida em que, na recuperação judicial, os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho participam ativamente do processo, votando pela aprovação ou rejeição do plano. Acrescente-se que, em relação a esses credores, incide uma garantia adicional: o plano de recuperação está limitado a uma única alternativa – pagamento no prazo máximo de 1 ano (art. 54). Ora, se o plano deverá assegurar o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho no prazo máximo de 1 ano, não há por que imaginar que as obrigações correspondentes seriam sucedidas pelo arrematante” (MUNHOZ, 2007, p. 299).

45. Lembre-se que a Lei Complementar nº 118/2005, que alterou a redação do art. 133 do CTN, expressamente exclui a sucessão tributária na hipótese de alienação judicial de filial ou UPI em processo de recuperação judicial ou falência (art. 133, § 1º, inciso II) – não se podendo, de qualquer sorte, perder de vista que a estrutura da recuperação judicial desenhada pelo legislador ancorou-se no art. 57 da LREF, cujo teor exige a regularidade fiscal do devedor como pressuposto para a concessão do regime (e que, diante da ineficiência de tal sistemática, a Lei nº 14.112/2020 buscou instituir mecanismos que, ao fim e ao cabo, também garantam a repactuação do passivo tributário). Cumpre também registrar que o § 3º do art. 133 do CTN, com as alterações postas pela Lei Complementar nº 118/2005, estabeleceu que, nos processos falimentares, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou UPI permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de um ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. Inexiste regra expressa no mesmo sentido para a recuperação judicial, de modo que o produto resultante das alienações realizadas no âmbito do processo recuperatório poderá ser levantado e livremente utilizado para o pagamento dos credores, segundo a ordem estabelecida no plano de recuperação judicial (ver: MUNHOZ, 2007, p. 300). De qualquer sorte, é importante referir que o inciso VI do art. 73, inserido pela Lei nº 14.112/2020, estabelece ser caso de convalidação da recuperação judicial em falência o **esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas** (em que pese o § 2º do referido art. 73 proteja eventuais alienações de bens realizadas no âmbito da recuperação judicial, devendo, de qualquer sorte, o juiz determinar o bloqueio do produto de tais vendas e a devolução ao devedor dos valores já distribuídos, os quais ficarão à disposição do juízo).

46. Sobre as dívidas resultantes da Lei Anticorrupção, ver: Borges Filho (2016, p. 42-54); Faria (2019).

ou direitos autorizada pela AGC (LREF, art. 66, § 3º, e art. 142, § 3º-B, c.c. art. 141).

Por corolário lógico, outros negócios jurídicos também estão abarcados pela regra do art. 60 da LREF.

Em qualquer hipótese, é do juízo recuperacional a competência para julgar a existência ou não de sucessão (bem como, por óbvio, a sua abrangência)⁴⁷ do adquirente em dívidas do alienante.

4. Outros negócios jurídicos

Por corolário lógico, outros negócios jurídicos também estão abarcados pela regra do art. 60 da LREF. O arrendamento do estabelecimento ou de ativo isolado é um exemplo, apesar de o dispositivo legal somente fazer referência à alienação, como

47. STJ, 2ª Seção, CC nº 152841-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. em 8/11/2018 (“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO DE UNIDADE PRODUTIVA ISOLADA, COM FULCRO NO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.101/2005. RECONHECIMENTO DE SUCESSÃO TRIBUTÁRIA PELO JUÍZO TRABALHISTA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. 1. O ponto fulcral da controvérsia reside na definição do juízo competente para averiguar a existência ou não de sucessão, pelas adquirentes de unidade produtiva isolada (UPI) pertencente à sociedade em recuperação judicial, das obrigações e dos ônus da recuperanda, o que perpassa, necessariamente, pela aferição da validade do plano de recuperação no que tange às previsões e regras dessa alienação. 2. A jurisprudência desta Casa tem reiteradamente reconhecido a configuração de conflito nas hipóteses em que juízos distintos divergem acerca da existência de sucessão nas dívidas e obrigações da recuperanda pela arrematante, nos casos de alienação judicial de unidade produtiva (art. 60, parágrafo único, c/c art. 141, § 1º, da Lei n. 11.101/2005), inclusive declarando a competência do Juízo da recuperação judicial, haja vista ser este o mais habilitado para verificar a extensão e a higidez da alienação, além do evidente prejuízo decorrente do desenvolvimento simultâneo da atividade jurisdicional, sobre o mesmo tema, pelos juízos suscitados. 3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo da recuperação”). Igualmente: STJ, 2ª Seção, CC nº 151621-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. em 8/11/2018.

já decidiu o STJ.⁴⁸ Aplica-se novamente o brocardo “quem pode o mais, pode o menos” (*in eo quod plus est semper nest et minus*), pois admitir a alienação e não o arrendamento não faria o menor sentido. De se lembrar, ainda, que “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito” (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*).

5. Proteção de adquirentes de boa-fé e esvaziamento patrimonial

O elevado grau de extraconcursalidade existente no sistema recuperatório brasileiro gera distorções graves, entre elas, a liquidação de ativos em processos de recuperação sem que os credores não sujeitos ao regime participem do produto das alienações. Trata-se da paradoxal situação do credor que buscou proteção politicamente ao garantir a sua imunidade em relação aos efeitos da recuperação judicial (ou extrajudicial), mas acaba prejudicado justamente por dela não participar.

Como quer que seja, deve-se evitar que a alienação de ativos do devedor em recuperação judicial dê ensejo a uma liquidação branca para satisfazer somente uma parcela determinada dos credores. Não sendo possível equacionar o passivo pela recuperação judicial, mantendo-se ativos suficientes ou garantindo-se um fluxo de caixa mínimo para fazer frente às obrigações extraconcursais, o procedimento mais adequado é o falimentar, no qual se instaura concurso universal de credores.

Ciente dessa realidade – e com o objetivo de corrigir tais distorções –, a Lei nº 14.112/2020 inseriu o inciso VI do art. 73,⁴⁹ cuja aplicação, inclusive,

48. STJ, 2ª Seção, CC nº 118.183-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 9/11/2011.

49. O que foi feito também diante da inserção do inciso XVIII no art. 50, que passa a permitir, como meio de recuperação judicial, a venda integral da devedora (desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada UPI).

independência da previsão expressa constante do parágrafo único do art. 60-A.⁵⁰ Essa regra prevê a convolação da recuperação judicial em falência quando verificado esvaziamento patrimonial do devedor que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo dos credores não sujeitos à recuperação.

Na dicção da lei, ocorrerá a chamada **liquidação substancial**, que se opera “quando não forem reservados bens, direitos ou projeção de fluxo de caixa futuro suficientes à manutenção da atividade econômica para fins de cumprimento de suas obrigações, facultada a realização de perícia específica para essa finalidade” (LREF, art. 73, § 3º). Trata-se de questão objetiva, que independe, conseqüentemente, de exame volitivo (isto é, do elemento subjetivo: a intenção de proceder à liquidação substancial).

A mudança é significativa e irradia efeitos jurídicos relevantes para o sistema jurídico da crise empresarial. As regras introduzidas pela Lei nº 14.112/2020 têm sua razão de ser, mas devem ser interpretadas com parcimônia, sempre à luz do caso concreto, assim como todas as normas que dizem respeito à convolação da recuperação judicial em falência.

Por exemplo, a previsão do inciso VI do art. 73 não proíbe a venda do único estabelecimento do devedor, da mesma forma como não impede que ocorra a alienação de todos os seus bens e direitos – mesmo porque, agora, há previsão expressa autorizando a própria venda integral da devedora. A rigor, trata-se de norma com espírito pedagógico, que busca orientar a conduta do devedor, cujo principal objetivo é vedar que o produto de determinada alienação seja utilizado para satisfazer única e exclusivamente os credores sujeitos à recuperação judicial, sem que haja garantia mínima de fluxo de recursos para

manutenção da atividade (SACRAMONE, 2021, p. 346-347) e condições de pagamento para os credores extraconcursais, inclusive o Fisco.

A linha interpretativa desse dispositivo deve harmonizar o significado subjacente à ideia de **preservação da empresa**, vetor principal da LREF, com um programa recuperatório também atento ao direito dos credores extraconcursais.

É inegável que uma recuperação judicial bem-sucedida (ou mesmo uma recuperação extrajudicial) pode revelar um negócio com configuração completamente distinta da anterior – menor e mais eficiente, por exemplo –, com a continuidade da atividade sob a batuta de outro empresário, que possibilite a realocação de bens e recursos na economia com a menor perda de valor possível. Ou seja, a empresa que sai da recuperação pode ser (como não raro acontece) muito diferente daquela que entrou, e o instrumento jurídico da venda pode ser exitoso de diferentes maneiras. Porém, não se deve admitir que meios de recuperação sejam utilizados, direta ou indiretamente, para subverter a lógica dos regimes jurídicos da LREF.

Nesse particular, em linha com os vetores da segurança jurídica e da previsibilidade, especialmente no contexto de empresas em crise, o § 2º do art. 73 estabelece que a hipótese da liquidação substancial não enseja, necessariamente, a invalidade ou a ineficácia dos atos praticados – de modo que a alienação dos ativos no âmbito da recuperação judicial deve ser mantida, protegendo-se terceiros de boa-fé. Tal dispositivo, por óbvio, complementa o art. 66-A, também inserido pela Lei nº 14.112/2020, que determina que “[a] alienação de bens ou a garantia outorgada pelo devedor a adquirente ou a financiador de boa-fé, desde que realizada mediante autorização judicial expressa ou prevista em plano de recuperação judicial ou extrajudicial aprovado, não poderá ser anulada ou tornada ineficaz após a consumação do negócio jurídico com o recebimento dos recursos correspondentes pelo devedor” – ou seja, uma vez pago o preço por adquirente de boa-fé

50. De acordo com o art. 60-A, parágrafo único, não é possível a constituição de uma UPI de toda empresa sem que sejam reservados bens ou fluxo de caixa para o adimplemento das obrigações extraconcursais.

em operação autorizada judicialmente ou prevista no plano de recuperação judicial (ou extrajudicial) homologado, a operação não pode ser mais invalidada ou ter sua ineficácia declarada (SACRAMONE, 2021, p. 365).

A simplicidade dessa regra contrasta com sua relevância sistêmica para o regime da recuperação judicial. Sem sobressaltos, o legislador outorgou segurança jurídica à alienação de ativos do devedor em recuperação judicial, protegendo os adquirentes de bens e direitos que tenham participado de operações em conformidade com os termos previstos na LREF.

Com isso, restou positivada a teoria do fato consumado, recepcionando-se, em certa medida, a *mootness doctrine* do Direito norte-americano, que limita consideravelmente as hipóteses de questionamento de atos juridicamente válidos e previstos no plano de recuperação judicial. De agora em diante, portanto, se, na alienação judicial de ativo no âmbito de uma recuperação judicial, (i) não foi concedido efeito suspensivo quando da interposição de recurso em face da decisão judicial que autorizou a alienação, (ii) a operação estiver materialmente consumada, (iii) a tutela recursal atingir a esfera jurídica de terceiros (de boa-fé) e (iv) puder afetar o plano de recuperação judicial de modo substancial, a transação deve ser mantida e preservada, eis que a reversão de operação já consumada não se mostra adequada ao contexto dos fatos.^{51 e 52}

51. A matéria também foi tratada em: Garibotti, Spinelli (2019); Garibotti (2019); Munhoz (2015b); Santos (2017, p. 143-162). Conceituando a *equitable mootness*, entre outros, ver: Rosiek (2006, p. 685-707); Chmielarski (1990, p. 313-327); Knight (2009, p. 253-284).

52. Na jurisprudência, o STJ já teve a oportunidade de expressamente aplicar a teoria do fato consumado em caso envolvendo recuperação judicial: STJ, 3ª T., AgInt no REsp nº 1537213-GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 26/3/2019. Há, ainda, alguns casos em que se faz referência ao fato consumado a fim de preservar alguns atos (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 0087069-56.2012.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. em 26/6/2012); todavia, há vários outros precedentes em que, apesar de seguir tal lógica, mantendo-se atos praticados em razão do decurso do tempo e início da »

Esse parece ser o espírito da regra, que busca garantir previsibilidade ao processo de recuperação judicial. É evidente, porém, que excessos não devem ser tolerados, apurando-se responsabilidades (civil e criminal) sempre que necessário.⁵³ E ainda que a operação seja mantida, importante resguardar os recursos levantados para a satisfação dos credores. Nesse sentido, em tal cenário, o juiz deve, nos termos do art. 73, § 2º, determinar o bloqueio do produto de eventuais vendas e a devolução ao devedor dos valores já distribuídos, os quais ficarão à disposição do juízo da recuperação judicial.

É evidente, porém, que excessos não devem ser tolerados, apurando-se responsabilidades (civil e criminal) sempre que necessário.

Desse modo, a solução proposta pela Lei nº 14.112/2020 parece-nos razoável, dado que busca garantir a proteção de terceiros de boa-fé e, ao mesmo tempo, salvaguardar os recursos decorrentes da alienação até que haja endereçamento definitivo para o imbróglio.

6. Considerações finais

A alienação de bens e direitos sem a ocorrência de sucessão é um dos temas mais relevantes no direito da empresa em crise, razão pela qual, por ricochete, desperta os mais acalorados debates.

De um lado, é instrumento extremamente relevante para o soerguimento da empresa em crise, tendo sido, em grande medida, aprimorado pela reforma

» implementação, não se faz referência expressa ao fato consumado (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2043685-67.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. em 10/8/2016). Bem analisando esses e outros casos, ver: Garibotti (2019, p. 55 e ss.).

53. Como é bem lembrado por Sacramone (2021, p. 347).

realizada pela Lei nº 14.112/2020. De outro, não raro é utilizado em detrimento dos credores não sujeitos à recuperação judicial, camuflando tentativas de liquidação branca sem respeitar a ordem de preferência legalmente estabelecida para o processo falimentar.

O desafio do tema está em encontrar o tênue equilíbrio entre a proteção dos adquirentes de boa-fé, a viabilização do ingresso de recursos para permitir a preservação da empresa e a tutela dos credores não sujeitos à recuperação judicial, é tarefa árdua.

O legislador, em boa medida, fez a sua parte ao oferecer um arcabouço jurídico que busca, de modo célere e eficiente, permitir a alienação de bens e direitos de modo seguro, gerar valor para o processo de recuperação judicial e proteger todos os credores do devedor.

Respeito à lei, prudência e bom senso, é o que se espera em matéria de sucessão de obrigações e alienação de estabelecimento e outros ativos na recuperação judicial. ●

BIBLIOGRAFIA

- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1988.
- BECUE, Sabrina Maria Fadel. *A alienação de estabelecimento, como meio de recuperação judicial, e a inexistência de sucessão empresarial do adquirente* (Art. 60, LRF). Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- BORGES FILHO, Daltro de Campos; LEVY, Daniel de Andrade. A sucessão das dívidas resultantes da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) na recuperação judicial. *Revista do Advogado – Direito das Empresas em Crise*, a. XXXVI, n. 131, p. 42-54, out. 2016.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Das Fallencias e dos Meios Preventivos de sua Declaração*. v. I. São Paulo: Gerke & Cia, 1899.
- CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 858, p. 30-47, 2007.
- CHMIELARSKI, Mark Joseph John. The Mootness Doctrine in Bankruptcy. *Bankruptcy Developments Journal*, v. 7, p. 313-327, 1990.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- CUZZERI, Emanuele. Del Fallimento. In: BOLAFFIO, Leone; VIVANTE, Cesare (coord.). *Il Codice di Commercio Commentato*. 2. ed. Verona: Tedeschi e Figlio, 1901.
- FARIA, Mauro Teixeira de. *Recuperação judicial de empresas e a Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GARIBOTTI, Gabriel Lucca. *Equitable mootness e o potencial paralelo na teoria do fato consumado aplicada à recuperação judicial*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.
- GARIBOTTI, Gabriel; SPINELLI, Luis Felipe. Fato consumado e recuperação de empresas. *Jota.info*. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fato-consumado-e-recuperacao-de-empresas-31102019>. Acesso em: 13 fev. 2021.
- KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. *Santa Clara Law Review*, v. 49, p. 253-284, 2009.
- LOBO, Jorge. Seção IV: Do procedimento de recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAINE, Henry James Sumner. *Ancient Law*. London: Minton Keynes, 1861.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e investimento na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina, 2015a.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). *10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015b.

- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Seção IV: Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ROSIEK, Caroline L. Making Equitable Mootness Equal: The Need for a Uniform Approach to Appeals in the Context of Bankruptcy Reorganization Plans. *Syracuse Law Review*, v. 57, p. 685-707, 2006.
- SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SANTOS, Paulo Francisco dos. Equitable mootness no direito recuperacional brasileiro: considerações sob a ótica do direito e desenvolvimento. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, v. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Sociedade em recuperação judicial – Assembleia geral de credores. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, a. LII, n. 164/165, p. 212-221, 2013.
- TOKARS, Fábio. *Estabelecimento empresarial*. São Paulo: LTr, 2006.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial. Alienação de unidade produtiva isolada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, a. LII, n. 164/165, p. 199-211, 2013.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; POPPA, Bruno. UPI e estabelecimento: uma visão crítica. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- VALVERDE, Miranda. *A Falência no Direito Brasileiro*. Parte I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.



Foto: Divulgação

**LUIZ FERNANDO
VALENTE DE PAIVA**

*Advogado. Mestre em Direito
Comercial pela PUC-SP, com LL.M. pela
Northwestern University.*



Foto: Divulgação

**JOANA GOMES
BAPTISTA BONTEMPO**

*Advogada. Bacharela em Direito pela
Faculdade Milton Campos-MG.*

Recuperação extrajudicial alterada pela Lei nº 14.112/2020.

SUMÁRIO

1. Período de suspensão (*stay period*): art. 163, § 8º, da LRE
2. Redução do quórum de ajuizamento e quórum e prazo de homologação – aditamento ao plano: art. 163, *caput* e § 7º, da LRE
3. Possibilidade e efeitos da conversão da recuperação extrajudicial em recuperação judicial: art. 163, § 7º, da LRE
4. Proteção contra ineficácia: art. 131 da LRE
5. Prevenção: art. 6º, § 8º, e art. 167-D, §§ 1º e 2º, da LRE
6. Sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho: art. 161, § 1º, da LRE
7. Edital eletrônico para convocação dos credores: art. 164 da LRE
8. Conclusão
Bibliografia

Este artigo¹ analisa as principais alterações no instituto da recuperação extrajudicial promovidas pela Lei nº 14.112/2020, no contexto da reforma da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas – LRE).

1. Período de suspensão (*stay period*): art. 163, § 8º, da LRE

A Lei nº 14.112/2020 encerrou antiga discussão acerca da suspensão das ações e execuções contra o devedor em recuperação extrajudicial,² ao incluir expressamente no art. 163, § 8º, da LRE tal previsão.³ Essa inclusão evita a necessidade da concessão de tutela de urgência e dispensa a imediata apreciação da petição inicial e documentos que a instruem, além de positivar o que a jurisprudência há muito já vinha adotando,⁴ trazendo

1. Este texto é uma versão reduzida e adaptada do artigo “A Reforma da Lei nº 11.101/2005 e a Nova Perspectiva da Recuperação Extrajudicial”, originalmente escrito pelos autores para obra coletiva organizada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp).

2. Embora a redação da LRE não fosse clara (CIAMPOLINI NETO; CARVALHO, 2017, p. 149), a interpretação *a contrario sensu* do art. 161, § 4º, da LRE permitia concluir que a mera distribuição do pedido de recuperação extrajudicial por si só já implicava a suspensão das ações e execuções contra o devedor envolvendo créditos sujeitos ao plano de recuperação (SOUZA JUNIOR, 2006, p. 525). Contudo, dada a má técnica na redação do texto legal, não raro os devedores pleiteavam, no ato da distribuição, a concessão da tutela de urgência para que o juiz ordenasse a suspensão das ações e execuções, efeito que deveria decorrer automaticamente do mero ajuizamento do pedido (PAIVA, 2012a, p. 260).

3. Sacramone (2021, p. 164) ressalva que a suspensão não se aplica às ações e execuções movidas por credores que não serão afetados pelo plano de recuperação extrajudicial.

4. “Recuperação extrajudicial. Decisão que determinou a suspensão das ações e execuções ajuizadas contra as recuperandas pelos credores sujeitos ao plano de recuperação após a distribuição do pedido de homologação. Adesão de credores que representem mais de 3/5 dos créditos da classe quirografária. Agravante que aduz a inaplicabilidade das regras de suspensão às recuperações extrajudiciais. Pertinência do ‘*stay period*’ e da sujeição dos credores não aderentes ao período de suspensão, conquanto atingido o quórum previsto pelo art. 163 da Lei de Recuperações e Falências. Leitura conjunta dos arts. 6º, 163 e do § 4º do art. 161 do mesmo diploma legal. Mecanismo relevante para garantir a viabilidade da empresa no período reservado às impugnações dos credores que serão afetados pelo plano e que, ademais, assegura o atendimento do princípio da ‘*par conditio creditorum*’. Manutenção da decisão agravada. Agravo de instrumento desprovido.” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, »

segurança jurídica a todos os envolvidos.⁵ Com tais alterações na LRE, a suspensão das ações pode alcançar as execuções trabalhistas e provenientes de acidente do trabalho, caso os respectivos créditos sejam incluídos no plano, na forma do art. 161, § 1º, da LRE (COSTA, 2021, p. 305).

O legislador não foi feliz ao estabelecer que o *stay period* será aquele previsto no art. 6º da LRE.

Contudo, o legislador não foi feliz ao estabelecer que o *stay period* será aquele previsto no art. 6º da LRE, aplicável à recuperação judicial, pois a equiparação do *stay period* da recuperação extrajudicial ao prazo de suspensão da recuperação judicial é aleatória e não se justifica.

O prazo de 180 dias para suspensão de ações e execuções contra o devedor em recuperação judicial, previsto na redação original do art. 6º, § 4º, da LRE, tinha um sentido lógico; consistia na soma do tempo necessário à prática de todos os atos processuais e substanciais, desde o ajuizamento do pedido de recuperação judicial até a realização da assembleia geral de credores (AGC) e a concessão da recuperação judicial. Na concepção original da LRE, era um incentivo para que o devedor em recuperação judicial agisse de forma diligente e deixasse de praticar atos procrastinatórios.⁶ Na

» Agravo de Instrumento nº 2144440-02.2016.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. em 24/10/2016).

5. “5. Por fim, o § 8º prevê providência de enorme importância para que a recuperação extrajudicial seja adotada com mais frequência pelos empresários em crise: a possibilidade de ficarem suspensas as execuções e as medidas executivas descritas no art. 6º, estendendo-se também à recuperação extrajudicial o *stay period* antes destinado apenas à recuperação judicial” (BARROS NETO, 2021, p. 187).

6. Tanto assim que a jurisprudência passou a admitir a dilação do prazo do *stay period* nas recuperações judiciais nas quais o devedor demonstrava ter sido diligente e comprovava que a demora na deliberação sobre o plano de recuperação judicial não podia ser imputada à sua inércia.

recuperação extrajudicial, contudo, o prazo para a realização dos atos a serem praticados até que o plano esteja em condição de ser homologado é relativamente reduzido, não guardando nenhuma relação com o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da LRE, sobretudo nas hipóteses em que o pedido de recuperação extrajudicial for distribuído já com as adesões necessárias para a homologação.⁷

A atual redação do art. 6º, § 4º, da LRE estabelece, ainda, a possibilidade de renovação do *stay period* por igual prazo, desde que o devedor não tenha contribuído para a sua superação. Trata-se de receita emprestada de jurisprudência não consolidada⁸ relativa à recuperação judicial que não se adéqua à recuperação extrajudicial.

Outro aspecto importante relativo ao *stay period* é a possibilidade de dedução do prazo de suspensão de até 60 dias eventualmente obtido pelo devedor por meio de tutela de urgência cautelar, no âmbito de procedimento de conciliação ou mediação antecedente, instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus), conforme previsto no art. 20-B, §§ 1º e 3º, da LRE. Em que pese a LRE não seja expressa, tal dedução deve ser aplicável ainda que o ajuizamento da recuperação extrajudicial não ocorra dentro (ou imediatamente após o término) do prazo de até 60 dias, pois a premissa é que se trata de nova etapa de uma mesma renegociação, em especial se as adesões de pelo menos 1/3 (um terço) dos créditos tenham sido obtidas durante a conciliação ou mediação.⁹ Interessante notar que a suspensão

7. A reforma da LRE possibilitou ao devedor o ajuizamento do pedido de recuperação extrajudicial com quórum reduzido, concedendo-lhe prazo adicional para o atingimento do quórum de homologação do plano.

8. A jurisprudência acerca da renovação do prazo de suspensão da recuperação judicial não se consolidou a respeito do termo da renovação, havendo julgados no sentido da renovação por igual período, como adotado pela reforma da LRE, e da renovação até a deliberação do plano pela AGC.

9. Oliveira Filho (2021, p. 24), embora se referindo aos reflexos da dedução do período dessa suspensão na recuperação judicial, explica que a dedução do prazo “é uma medida destinada a evitar o uso da negociação coletiva extrajudicial apenas para o >>

decorrente da tutela de urgência mencionada parece abranger as ações decorrentes de créditos de qualquer natureza,¹⁰ e ¹¹ ao passo que a suspensão decorrente do ajuizamento da recuperação extrajudicial atinge apenas os créditos sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

A reforma da LRE tornou possível a conversão da recuperação extrajudicial em recuperação judicial, sendo que não há previsão legal de dedução do prazo de suspensão da recuperação extrajudicial que já tenha decorrido.

No que concerne ao marco inicial do *stay period* na recuperação extrajudicial, o art. 163, § 8º, da LRE é claro ao estabelecer que a suspensão das ações e execuções se dá a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial, sendo necessária a ratificação judicial do *stay period*, que somente poderá ser concedida caso o devedor tenha preenchido o quórum legal para ajuizamento da recuperação extrajudicial.

O *stay period* se encerra com (i) o indeferimento da petição inicial da recuperação extrajudicial, inclusive, mas não se limitando por ausência de preenchimento do quórum de ajuizamento; (ii) o decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da LRE; (iii) a homologação do plano de recuperação extrajudicial; (iv) a rejeição (ou não homologação) do plano de recuperação extrajudicial, em decorrência da procedência de impugnação(ões) ajuizada(s) por credor(es);¹² e (v) a desistência da recuperação extrajudicial pelo devedor.

>> devedor evitar a suspensão de constrições patrimoniais em curso, pelo prazo de 60 dias, sem qualquer propósito negocial”.

10. A redação do art. 20-B, §§ 1º e 3º, da LRE deveria ter sido expressa ao delimitar a suspensão às ações decorrentes dos créditos que serão objeto da conciliação ou mediação antecedente, impelindo o devedor a deixar claro, ao dar início à conciliação ou mediação, quais os créditos que pretende negociar.

11. Oliveira Filho (2021, p. 28) entende que “poderá o juiz conceder a tutela de urgência apenas em parte, em relação a credores das classes II, III e IV, do art. 41 da Lei n. 11.101/05, caso constate que o passivo trabalhista do devedor é insignificante e por isso o devedor poderá superar a crise [s]em sacrificar os credores da classe 1”.

12. Nessa hipótese, o plano fica sem efeito, salvo disposição em contrário.

Por fim, convém destacar que a suspensão das ações decorrente do ajuizamento do pedido de recuperação extrajudicial não é suficiente para afastar o risco de algum credor, ainda que exercendo legitimamente seu direito de ação, inviabilizar a negociação do plano de recuperação extrajudicial.

2. Redução do quórum de ajuizamento e quórum e prazo de homologação – aditamento ao plano: art. 163, caput e § 7º, da LRE

O quórum para distribuição e homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto na nova redação do art. 163 da LRE foi reduzido de mais de 3/5 (três quintos) para mais de 50% dos créditos de cada espécie ou grupo de credores para a homologação do plano.

Não deveria haver impedimento para que o devedor aditasse o plano após a distribuição do pedido.

Mais do que isso, a Lei nº 14.112/2020 introduziu a possibilidade de ajuizamento do pedido de recuperação extrajudicial antes de atingido o quórum de homologação do plano, nos termos do art. 163, § 7º, da LRE. Para tanto, é necessário que o devedor já tenha obtido o consentimento de credores representando pelo menos 1/3 (um terço) dos créditos de cada espécie ou grupo de credores atingidos pelo plano.¹³

13. A jurisprudência já havia autorizado o ajuizamento de recuperação extrajudicial em circunstâncias semelhantes em que o quórum de ajuizamento então em vigor não havia sido preenchido: “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 mínimo necessário para ter seu plano homologado. Ciente do vício, a magistrada que conduziu o processo concedeu prazo para emenda à inicial, o que possibilitou à devedora obter as adesões ainda necessárias e a posterior homologação de seu plano. Esse »

O art. 163, § 7º, da LRE exige que o devedor se comprometa a obter o quórum de homologação do plano (mais de 50%) no prazo improrrogável de 90 dias contados da data do pedido de recuperação extrajudicial, o que significa dizer que, a rigor, após a distribuição do pedido, o devedor terá que obter as adesões faltantes com uma espécie de contrato de adesão em mãos, não tendo nada a oferecer aos credores em troca de sua adesão. Porém, não seria incomum o devedor se deparar com a necessidade de um credor precisar ver introduzida uma alteração no plano para superar algum obstáculo para adesão, sem que tal modificação do plano implique alteração substancial da proposta já aceita pelos demais credores. Para evitar tal situação, convém que o devedor inclua uma disposição no termo de adesão no sentido de que a adesão é mantida se determinadas cláusulas nele mencionadas não forem alteradas ou se as modificações não impactarem as condições de pagamento do credor aderente nem implicarem concessão de condições melhores a outros credores, por exemplo. Em qualquer circunstância, considerando que, caso o plano não viesse a ser homologado, o devedor poderia distribuir nova recuperação extrajudicial com novo plano, não deveria haver impedimento para que o devedor aditasse o plano após a distribuição do pedido, obtendo a ratificação das adesões já obtidas, caso o termo de adesão não contenha as disposições anteriormente sugeridas.

Decorrido o prazo de 90 dias sem a apresentação das adesões faltantes e demonstração do atingimento do quórum necessário para a homologação do plano, ou sem requerimento de conversão do pedido em recuperação judicial, deverá o magistrado julgar extinto o pedido, não havendo a possibilidade de extensão do prazo de 90 dias, nem de

» seria, caso modificada Lei de Falências para adotar a sugestão apresentada abaixo para 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” (PAIVA, 2012a, p. 258).

decretação da falência nos autos da recuperação extrajudicial.¹⁴

Com a extinção do pedido, a suspensão das ações é automaticamente revogada, voltando as partes ao *status quo ante*.

Nesse caso, o devedor teria a opção, a seu exclusivo critério, de ajuizar nova recuperação extrajudicial ou recuperação judicial, embora não fique protegido por *stay period* no ínterim entre o encerramento da recuperação extrajudicial e o ajuizamento da nova recuperação extrajudicial ou deferimento da recuperação judicial.

3. Possibilidade e efeitos da conversão da recuperação extrajudicial em recuperação judicial: art. 163, § 7º, da LRE

A reforma da LRE, promovida pela Lei nº 14.112/2020, introduziu a possibilidade de conversão da recuperação extrajudicial em recuperação judicial, especificamente caso não cumprida pelo devedor a obrigação de obter as adesões faltantes necessárias para o atingimento do quórum de homologação do plano no prazo de 90 dias contados do pedido, a teor do art. 163, § 7º, da LRE. Com relação ao decurso do prazo, parece-nos que não há vedação legal para que o magistrado, tendo verificado o não atendimento do quórum para homologação, conceda ao devedor o derradeiro prazo para que junte as adesões necessárias ou apresente pedido de conversão para recuperação judicial, sob pena de indeferimento do pedido e extinção da recuperação extrajudicial.

A rigor, a conversão ocorre mediante ordem judicial motivada por pedido do devedor.¹⁵ Determinada

14. "Não obtida a aderência dos credores remanescentes para a obtenção do quórum de aprovação, não haverá a decretação de falência do devedor e o pedido de homologação será indeferido" (SACRAMONE, 2021, p. 617).

15. Não é facultado aos credores, administrador judicial, Ministério Público ou demais interessados requerer a conversão em recuperação judicial, tal como não lhes é facultado o ajuizamento do pedido de recuperação judicial do devedor.

a conversão, a recuperação judicial deve seguir nos próprios autos da anterior recuperação extrajudicial, promovendo-se apenas as anotações necessárias. O pedido de conversão do devedor deverá ser justificado e atender aos requisitos da petição inicial da recuperação judicial. O devedor deverá também complementar ou atualizar a relação de documentos, conforme exigido pelo art. 51 da LRE, para que o juízo possa proferir a decisão de conversão, com o deferimento desde logo, se o caso, do processamento da recuperação judicial.¹⁶

Deverá, ainda, informar se pretende apresentar um novo plano de recuperação ou manter e ratificar a proposta constante do plano de recuperação extrajudicial anteriormente apresentado. A esse respeito, dada a natureza contratual do plano, nada impede que os credores mantenham sua adesão ao plano de recuperação extrajudicial.¹⁷

No que concerne à relação de credores, parece-nos que deveriam ser incluídos todos os credores sujeitos ao plano existentes até a data da conversão em recuperação judicial, conforme determina o art. 49 da LRE, devendo a data do pedido de conversão ser interpretada, para todos os fins, como a data da distribuição da petição inicial de pedido de recuperação judicial autônomo, o que inclui a data para atualização dos créditos e a data corte para determinar se o crédito é concursal ou extraconcursal.

Em relação ao *stay period*, o devedor terá direito ao prazo de suspensão integral de 180 dias

16. "Um requerimento de conversão do pedido de homologação judicial da recuperação extrajudicial não instruído na forma do art. 51 deve ser indeferido, retornando de imediato devedor e todos os credores (aderentes ou não) ao *status quo ante*" (COELHO, 2021, p. 495). Ponderamos que não parece ser desarrazoada a possibilidade de o magistrado conceder prazo para o devedor juntar a documentação faltante ou emendar o pedido, como lhe seria dado na hipótese de ajuizamento de petição inicial autônoma. Em qualquer hipótese, falhando na juntada da documentação que instruir o pedido, deve o mesmo ser indeferido com a extinção da recuperação extrajudicial.

17. Aliás, é possível até mesmo vincular os credores, por meio dos respectivos termos de adesão, de forma a assegurar sua anuência ao plano no caso de posterior conversão em recuperação judicial.

contados da decisão de deferimento do processamento (art. 6º, § 4º, da LRE), sem desconto do prazo de suspensão obtido no âmbito da recuperação extrajudicial.

Caso o devedor opte por apresentar um plano diferente daquele apresentado antes da conversão, o devedor terá o direito de fazê-lo no prazo de 60 dias (art. 53 da LRE) contados do deferimento do processamento que, a rigor, deveria ser a própria decisão de conversão.

4. Proteção contra ineficácia: art. 131 da LRE

Não é de hoje que se almeja a extensão das proteções da recuperação judicial à recuperação extrajudicial, em especial a proteção contra ineficácia em caso de prática dos atos previstos no art. 129, incisos I, II, III e VI, da LRE, desde que realizados em cumprimento ao plano de recuperação.¹⁸ Isso porque, sem tais proteções, não há segurança jurídica para a implementação de certos meios de recuperação, muitas vezes essenciais para a superação da crise do devedor, como a dação em pagamento e a alienação ou oneração de ativos. De fato, credores tendem a evitar a dação em pagamento ante o risco de ineficácia ou revogação em eventual cenário de falência. Da mesma forma, há pouco ou nenhum interesse por parte de investidores em adquirir um ativo do devedor ou financiá-lo, ainda que com bens ou direitos dados em garantia, se tal aquisição ou oneração puder vir a ser considerada ineficaz ou revogada na falência.¹⁹ Assim, a reforma da LRE andou bem ao expandir para a recuperação

18. A questão constou do projeto de lei que deu ensejo à LRE, tendo sido retirada do texto final da lei por meio de emenda parlamentar apresentada no Senado Federal, que alterou significativamente todo o procedimento de recuperação extrajudicial inicialmente proposto.

19. Em qualquer caso, o risco será precificado em patamares que talvez inviabilizem as operações. Eventual interesse na aquisição de ativos tende a ser atrelado a deságios significativos. Da mesma forma, eventual interesse no financiamento tende a vir associado a custos altíssimos para o devedor.

extrajudicial a proteção contra ineficácia já existente na recuperação judicial, conforme a nova redação do art. 131 da LRE.

5. Prevenção: art. 6º, § 8º, e art. 167-D, §§ 1º e 2º, da LRE

O art. 6º da LRE teve seu § 8º alterado pela Lei nº 14.112/2020, para o fim de estabelecer que a homologação de recuperação extrajudicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de falência, recuperação judicial ou homologação de recuperação extrajudicial relativo ao mesmo devedor. Do ponto de vista formal, a alteração não parece ter observado a melhor técnica legislativa, na medida em que o tema, relativo à recuperação extrajudicial, é tratado no Capítulo II da LRE, destinado às "Disposições Comuns à Falência e Recuperação Judicial".

**A reforma da LRE andou bem
ao expandir para a recuperação
extrajudicial a proteção contra ineficácia
já existente na recuperação judicial.**

Sob o ponto de vista material, o art. 6º, § 8º, da LRE estabelece critérios diversos para prevenção em caso de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Em caso de falência e recuperação judicial, o legislador adota a prevenção da jurisdição decorrente da mera distribuição do pedido. Já em relação à recuperação extrajudicial, foi introduzido critério distinto de prevenção, vinculado à homologação do plano de recuperação extrajudicial. Parece-nos que tal diferenciação não tem razão de ser e pode estimular comportamentos oportunistas por parte de devedores, inclusive com o ajuizamento e desistência de pedidos de recuperação extrajudicial em sequência, com vistas a burlar o juízo natural.

Tal diferenciação torna-se ainda mais controversa quando se analisa o disposto no art. 167-D, §§ 1º e 2º, da LRE, também introduzido pela Lei nº 14.112/2020, que acertadamente elege apenas o critério de distribuição do pedido de reconhecimento de processo estrangeiro para prevenção da jurisdição de qualquer pedido de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência, e vice-versa.

6. Sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho: art. 161, § 1º, da LRE

A Lei nº 14.112/2020, que promoveu a reforma da LRE, alterou o art. 161, § 1º, da LRE para permitir a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho à recuperação extrajudicial, desde que haja negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional.

A necessidade de negociação coletiva com o sindicato tem o potencial de tornar letra morta tal previsão legal, pois o devedor tem mecanismos para obter o mesmo resultado fora do ambiente da recuperação extrajudicial por meio de acordos coletivos perante a Justiça do Trabalho. Melhor teria sido prever a sujeição dos créditos trabalhistas, pois a sua inclusão no plano de recuperação extrajudicial exigiria a aprovação da maioria dos créditos desse grupo ou espécie de créditos, além de não existir a hipótese de *cram down* entre classes, grupo ou espécie de créditos, o que deveria ser por si só suficiente para a proteção dos interesses individuais.

Ademais, entendemos que, na recuperação extrajudicial, a maioria dos credores trabalhistas é computada exclusivamente pelo valor dos créditos, segundo a regra geral prevista no art. 163 da LRE.²⁰

20. Em sentido contrário, Coelho (2021, p. 491) destaca que “a concordância do sindicato relativamente à novação dispensa a adesão ao plano de recuperação extrajudicial de mais da metade dos empregados cujos direitos serão alterados (computados por valor do crédito e por cabeça) [...]”.

Da mesma forma, o art. 162 da LRE exige a assinatura dos credores aderentes ao plano, não tendo o § 1º do art. 161 expressamente dispensado tal formalidade em relação aos credores trabalhistas, nem autorizado sua representação pelos respectivos sindicatos para fins de adesão ao plano.²¹ Caberá à jurisprudência fazer uma interpretação sistemática para dispensar as assinaturas e delimitar os contornos da participação do sindicato.

A jurisprudência também deverá tratar da necessidade de negociação com o sindicato para sujeição ao plano de créditos equiparados aos trabalhistas dada sua natureza alimentar, detidos por profissionais liberais, ou outros profissionais que não estão vinculados a sindicato profissional. A nosso ver, a exigência de negociação prévia com o sindicato não deve se aplicar, por absoluta impossibilidade jurídica, aos créditos de tais credores não vinculados a nenhum sindicato, de tal forma que para esses credores a sujeição ao plano estará condicionada exclusivamente à obtenção da adesão da maioria absoluta dos créditos da mesma classe, grupo ou espécie de créditos, computando-se, para aferição do atingimento do quórum, a totalidade dos créditos da mesma classe, grupo ou espécie, independentemente de os respectivos credores estarem (ou não) vinculados a algum sindicato.

7. Edital eletrônico para convocação dos credores: art. 164 da LRE

Atenta à evolução tecnológica e aos princípios da economia e celeridade processual, a Lei nº 14.112/2020 modificou o art. 164 da LRE para prever a publicação de “edital eletrônico” de convocação dos credores para impugnação ao plano de recuperação extrajudicial. Por “edital eletrônico”, entende-se que o legislador pretendeu dizer edital a ser

21. Também em sentido contrário, Coelho (2021, p. 491) defende que “[...] a submissão da minoria de credores [trabalhistas] se dá por representação sindical e não pela manifestação da maioria dos trabalhadores titulares de créditos”.

publicado em diário oficial eletrônico. A alteração do art. 164 da LRE se deu no contexto da modificação de diversos outros dispositivos da LRE relativos à publicação de editais, a fim de otimizar a convocação dos credores e maximizar seu alcance.²²

8. Conclusão

É inegável que a reforma da LRE, promovida pela Lei nº 14.112/2020, aprimorou o sistema de insolvência, conferindo maior segurança jurídica, efetividade e transparência aos procedimentos. Em relação à recuperação extrajudicial, é igualmente indiscutível que o sistema avançou muito, com a introdução do *stay period*, a possibilidade de ajuizamento do pedido e homologação do plano com quóruns reduzidos e a proteção contra ineficácia de atos praticados em cumprimento do plano de recuperação extrajudicial na hipótese de falência.

Ainda assim, quer nos parecer que a ausência de *stay period* na fase de negociação prévia, aliada à

dificuldade de alinhamento dos interesses de todos os envolvidos no tempo necessário para a reestruturação e ausência de disposições específicas de proteção contra sucessão de obrigações ao adquirente de ativos do devedor, poderá continuar a ser um entrave à utilização da recuperação extrajudicial pelos devedores.

Finalmente, todos os aprimoramentos trazidos pela Lei nº 14.112/2020 à recuperação judicial fazem com que este instituto continue a ser muito mais vantajoso e utilizado em escala muito maior do que a recuperação extrajudicial, a exigir uma maior estrutura e intervenção do Poder Judiciário, com a morosidade e custos envolvidos.

Dessa forma, embora ainda existam gargalos a serem superados, entendemos que a reforma da LRE confere nova e melhor perspectiva para recuperação extrajudicial e representa um grande avanço para o desenvolvimento e utilização do instituto, que passa a ter o potencial de ser um mecanismo de reestruturação viável. Contudo, a mudança legislativa deve vir acompanhada de uma mudança cultural para que se possa alcançar resultados efetivos. É preciso mudar a cultura de litígio e prestigiar a negociação prévia e preventiva, optando-se pela solução extrajudicial da crise. ●

22. A título exemplificativo, foram alterados também o art. 36, que trata do edital de convocação para AGC, e o art. 99, § 1º, que versa sobre edital de decretação da falência e relação de credores.

BIBLIOGRAFIA

- BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. *Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência*: comentada e comparada. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BRASIL. *Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial: República Federativa do Brasil: Seção 1, Brasília, DF, n. 246-B, p. 23, dez. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial: República Federativa do Brasil: Seção 1, Brasília, DF, p. 1, fev. 2005.
- CIAMPOLINI NETO, Cesar; CARVALHO, Pedro Schilling de. Stay Period nas Recuperações Extrajudiciais. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino; REZENDE, José Horácio Halfeld (org.). *Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho*. São Paulo: Editora Iasp, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.
- COSTA, Daniel Carnio. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2021.

- FALECK, Diego; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Mediação na Recuperação Judicial: Análise da Recomendação nº 58/20 do CNJ e Perspectivas Futuras. In: JAPUR, João Paulo; MARQUES, Rafael Brizola (org.). *Recomendações do CNJ em direito recuperatório e falimentar*. Porto Alegre: Buqui, 2021.
- MARTINS, Glauco Alves. *A Recuperação Extrajudicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. *Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da reforma*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Da Recuperação Extrajudicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Recuperação Extrajudicial: O Instituto natimorto e uma Proposta para sua Reformulação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.). *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012a.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Breves reflexões sobre necessárias alterações na Lei de Recuperação de Empresas e Falências. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012b.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Necessárias Alterações no Sistema Falimentar Brasileiro. In: CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emmanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei 11.101/05: estudos sobre a lei de recuperação e falências*. São Paulo: Almedina, 2015.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação extrajudicial de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.



Foto: Divulgação

**MANOEL DE QUEIROZ
PEREIRA CALÇAS**

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de pós-graduação stricto sensu da Uninove. Professor da ITE/Bauru.



Foto: Divulgação

RENATA MOTA MACIEL

Professora do Programa de pós-graduação stricto sensu da Uninove.

A supervisão judicial após a concessão da recuperação judicial a partir das alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. Lei nº 14.112/2020
 3. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LRF) –, ao revogar o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, aboliu a concordata preventiva e, inspirada no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* norte-americano de 1978, substituiu aquele instituto que ostentava a natureza de benefício legal por um novo modelo: a recuperação judicial, que tem como pedra angular o princípio da preservação da empresa e se fundamenta na negociação entre credores e empresa em crise econômico-financeira, outorga à assembleia geral de credores o poder de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial e, por força disso, tem natureza contratual.

A Lei nº 11.101/2005, nos moldes em que foi concebida, evidencia a intenção do legislador de fixar prazos a serem rigorosamente observados nas diversas etapas de desenvolvimento do processo de recuperação judicial, mercê do que aludido diploma legal estabelece passo a passo do procedimento, prazos remarcadamente peremptórios, numa demonstração nítida da preocupação legislativa de tentar dar uma resposta efetiva às candentes e fundadas críticas doutrinárias e ao verdadeiro clamor dos interessados na recuperação de créditos, decorrentes da conhecida e notória morosidade dos processos de insolvência brasileiros, sob a vigência do regime normatizado pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945.

A interpretação sistemática de diversos dispositivos da Lei nº 11.101/2005 demonstra a harmonia dos múltiplos prazos legais constantes do processamento da recuperação judicial, bem como o escopo do diploma legislativo de instituir um sistema de prazos processuais, ordenados de forma matemática e lógica, com o evidente objetivo de se concluir a primeira fase do processo recuperatório em 180 dias.

Nesta linha de normatização, constata-se que: ajuizado o pedido de recuperação nos termos do

art. 51, estando a petição inicial apta, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial. No mesmo ato, entre outras providências, ordenará a expedição do edital previsto no § 1º do art. 52. Publicado o edital, os credores terão o prazo de 15 dias para apresentarem ao administrador judicial suas habilitações ou divergências, consoante o § 1º do art. 7º.

Aprovado o plano de recuperação judicial, o juiz, após aferir sua legalidade, deve conceder a recuperação judicial.

Na sequência, o administrador terá 45 dias para publicar o edital com a relação dos credores (art. 7º, § 2º). Por outro lado, o devedor deverá apresentar em juízo, no prazo improrrogável de 60 dias da publicação que deferir o processamento da recuperação judicial, o plano de recuperação (art. 53). Não apresentado o plano no trintídio legal, convola-se a recuperação judicial em falência.

As objeções ao plano poderão ser apresentadas, por qualquer credor, no prazo de 30 dias, contados da publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial (art. 55). Havendo objeção ao plano, o juiz deverá convocar a assembleia geral, que não excederá 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação, na qual, em tese, deveria ser aprovado ou rejeitado o plano apresentado (art. 56, § 1º).

Rejeitado o plano, o juiz decretará a falência (art. 56, § 4º). Aprovado o plano de recuperação judicial, o juiz, após aferir sua legalidade, deve conceder a recuperação judicial (art. 58). Concedida a recuperação judicial, estabelece a redação original do art. 61 que o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação judicial. Na ideologia do legislador do diploma de 2005, o plano

de recuperação deveria ser aprovado e homologado no prazo de 150 dias e o devedor deveria permanecer em recuperação judicial, vale dizer, sob supervisão judicial, até o cumprimento das obrigações previstas no plano, que se vencerem em até dois anos (art. 61).

Cumpridas as obrigações vencidas no biênio da fiscalização judicial, o juiz deverá decretar, por sentença, o encerramento da recuperação judicial (art. 63).

Outrossim, na dicção do art. 62, transcorrido o prazo bienal da supervisão pelo juiz e em caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 da LRF. Este seria o desenho legal de um processo recuperacional idealizado pelo legislador: em 30 meses o processo de recuperação teria ultrapassado a fase de requerimento e aprovação do plano e o biênio da supervisão judicial.

Proferida a sentença de encerramento da recuperação judicial, os credores deveriam aguardar o decurso dos prazos para a empresa devedora cumprir as demais obrigações vincendas pactuadas no plano de recuperação. Havendo inadimplemento, aos credores seria facultada a execução específica da obrigação inadimplida ou o requerimento de falência.

Constata-se, assim, que a Lei nº 11.101/2005 fracionou o processo de recuperação judicial em duas fases, matematicamente estabelecidas: 1) requerimento, negociação e aprovação do plano em 150 dias. 2) Cumprimento das obrigações constantes do plano, sob supervisão judicial, no prazo de até dois anos, quando o juiz deveria (norma impositiva) decretar o encerramento da recuperação judicial.

A partir de então, considerando-se que a decisão que concede a recuperação judicial tem a natureza de título executivo judicial e constituída a novação recuperacional das obrigações, se não cumpridas voluntariamente, facultar-se-ia aos

credores requerer a tutela executiva específica ou a falência da empresa recuperanda.

No entanto, a precisão matemática preconizada pelo legislador não ocorreu na prática forense e, na aplicação da lei, surgiram diversos problemas. Cumpre anotar que muitos juízes não observaram as regras dos arts. 61 e 62, permitindo, desta forma, o processamento da recuperação judicial por prazo muito superior ao biênio de fiscalização judicial, estendendo-se demasiadamente a tramitação de processos de recuperação judicial, sem a prolação da decisão do respectivo encerramento.

Por outro lado, um outro problema foi detectado. Muitos planos de recuperação judicial previam prazos de carência para o início do cumprimento das obrigações negociadas que superavam o decurso do biênio da supervisão judicial, impedindo, desta forma, a fiscalização do juiz no que concerne ao adimplemento das obrigações convencionadas com vencimento até dois anos da homologação do plano.

À estratégia de alguns devedores de negociar prazos de carência longos com o objetivo de suprimir o período de supervisão judicial, a jurisprudência reativa adota exegese com o escopo de salvaguardar a observância do período da fiscalização durante o biênio subsequente à concessão da recuperação judicial. Nesta linha de interpretação tivemos oportunidade de relatar a Recuperação Judicial do "Caso Gytoku" (Cerâmica Gytoku Ltda.), da Comarca de Suzano (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000), da Câmara Reservada à Falência e Recuperação judicial, em que a Turma Julgadora, composta do desembargador Araldo Telles e desembargador Romeu Ricupero (28/2/2012), por votação unânime, decretou a nulidade da deliberação da assembleia geral de credores, que aprovou o plano.

Um dos fundamentos – entre outros – que justificaram o decreto de nulidade foi assim relatado:

"Não bastasse tal vício, ou seja, previsão de pagamento da 1ª parcela dos créditos com garantia

real e quirografários após o decurso do biênio da supervisão judicial, há outra circunstância que impede a aprovação do plano”.

A jurisprudência prevalecte se consolidou no sentido da preservação do período de supervisão judicial.

Em suma, a Turma Julgadora, de forma pioneira, julgou ser ilegal a cláusula que estabelecia o pagamento dos credores quirografários e com garantia real após o decurso do prazo bienal da supervisão judicial – art. 61, *caput*, da Lei nº 11.101/2005.

Em outro precedente, relatado pelo desembargador Carlos Alberto Garbi, foi anotado:

“essa interpretação permite que se faça o acompanhamento judicial do plano nos dois primeiros anos de cumprimento e afasta a possibilidade de uso da carência como forma de excluir a fiscalização judicial do cumprimento das obrigações do devedor, o que, evidentemente, não é o desiderato da Lei” (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2099546-38.2016.8.26.0000, j. em 31/10/2016).

Na mesma linha o acórdão relatado pelo desembargador Alexandre Lazzarini:

“a forma como estipulado o prazo de carência no plano implicaria o encerramento da recuperação sem que sequer tivesse início o pagamento dos créditos quirografários e a supervisão pelo administrador, o que não se pode admitir, sob pena de inviabilização do próprio instituto da recuperação judicial. Desse modo, a contagem do prazo de supervisão de 2 anos (art. 61, LRF) deverá ter início a partir do decurso do prazo de carência aprovado pela assembleia geral de credores, a fim de resguardar a eficácia desse período de supervisão” (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2071301-80.2017.8.26.0000, j. em 29/11/2017).

A jurisprudência prevalecte se consolidou no sentido da preservação do período de supervisão

judicial, reputado obrigatório (norma de ordem pública), mercê do que o Grupo Reservado de Direito Empresarial, constituído pelas 1ª e 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, em sessão de 26/11/2018, aprovou o Enunciado nº II, assim ementado:

“O prazo de dois anos de supervisão judicial, previsto no art. 61, *caput*, da Lei 11.101/05, tem início após o transcurso do prazo de carência fixado” (DJE do TJSP de 17/1/2019).

Malgrado o entendimento pretoriano fixado no Tribunal de Justiça de São Paulo também se destaca entendimento divergente, como, *v.g.*, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos termos de julgado da 5ª Câmara Cível, que afirmou:

“A postergação do prazo de supervisão judicial (art. 61 da Lei nº 11.101/2005) para além do prazo de carência estabelecido no Plano de Recuperação não encontra fomento jurídico” (Apelação Cível nº 0004890-72.2017.8.07.0015, Rel. Des. Josaphá Francisco dos Santos, acórdão nº 1312567).

Diante da divergência interpretativa do art. 61, *caput*, que determinava: “Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial”, optou o legislador na reforma levada a efeito pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, com vigência a partir de 23 de janeiro de 2021, a alterar a redação do indigitado dispositivo legal.

2. Lei nº 14.112/2020

Atualmente, vigora o referido dispositivo da Lei nº 11.101/2005, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 14.112/2020, nos seguintes termos:

“Art. 61 - Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos

depois da concessão da recuperação judicial, **independentemente do eventual período de carência**".

A exegese da modificação da Lei nº 11.101/2005 exsurge com clareza da mera interpretação gramatical, na medida em que na redação original o art. 61 estabelecia que

"proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 anos depois da concessão da recuperação judicial".

A lei era imperativa, enunciando, "o devedor permanecerá em recuperação judicial". Modificado o texto da lei, o art. 61 passa a regular uma "faculdade" concedida ao magistrado que preside o processo recuperatório:

"o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 anos depois da concessão da recuperação judicial".

Fábio Ulhoa Coelho, ao comentar a alteração na redação do art. 61 da LRF, anota:

"Na sentença de concessão da recuperação judicial, o juiz deve consignar se a recuperanda ficará sob supervisão judicial, ou não. Se decidir que a recuperanda deverá ficar sob supervisão judicial, o processo de recuperação judicial prossegue, ingressando na derradeira fase, a da execução. Se, ao contrário, decidir não ser o caso de submeter a recuperanda à supervisão judicial, encerra-se de imediato o processo de recuperação judicial. A lei não fornece critérios para uma ou outra alternativa. Teria sido melhor se a Reforma de 2020 simplesmente eliminasse a figura da supervisão judicial, cujo sentido nunca ficou claro, desde o início da vigência da LF" (COELHO, 2021, p. 249).

Marcelo Sacramone, em seus comentários à modificação legislativa, afirma, com precisão, a possibilidade de dispensa do período de fiscalização judicial. Ressalta que, na redação originária do art. 61, o devedor deveria permanecer,

compulsoriamente, em recuperação judicial até o adimplemento de todas as obrigações previstas no plano que vencessem até dois anos após a concessão da recuperação judicial. Destaca que a jurisprudência entendia que aludida norma era de natureza cogente, sendo de rigor o cumprimento do biênio supervisional pelo magistrado.

Enfatiza o autor que a obrigatoriedade de imposição do biênio de fiscalização judicial foi suprimida. Anota, entretanto, que se trata de um "poder-dever" do juiz, mercê do que a fiscalização deverá ser realizada pelo magistrado, esclarecendo ademais que

"ambas as partes poderão desejar a preservação do período de dois anos de fiscalização inclusive para a execução dos meios de soerguimento previstos, como a alienação de UPI sem sucessão, o que somente poderia ocorrer durante o período de fiscalização da recuperação judicial" (SACRAMONE, 2021, p. 347-348).

A posição de Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo, em comentários ao art. 61, é no sentido de que:

"A reforma da lei falimentar fez alteração neste artigo, determinando que o magistrado poderá manter o devedor sob fiscalização do juízo por até dois anos. A alteração criou um prazo máximo de fiscalização e ainda expressamente informou que o prazo se conta mesmo se houver sido ajustado período de carência. Dessa forma, o prazo de dois anos é a regra, mas poderá ser alterado para menor caso o juiz da causa entenda conveniente para uma situação específica. Essa regra terá aplicação imediata após a entrada em vigor da reforma da Lei recuperacional" (COSTA; MELO, 2021, p. 178).

Posicionamo-nos no sentido de que a alteração da regra do art. 61 excluiu a obrigatoriedade do período bienal de supervisão judicial. Instituiu-se um poder-dever outorgado ao juiz de, verificando as circunstâncias do caso concreto, as peculiaridades do plano, a eventual previsão de obrigações a serem cumpridas no prazo bienal que, por sua natureza, devam ser fiscalizadas pelo Poder Judiciário,

ordenar a manutenção da empresa devedora sob a supervisão judicial.

Evidentemente, para a instituição do período de fiscalização judicial, o magistrado cumprirá o mandamento constitucional de motivação da decisão, indicando os fundamentos objetivos pelos quais decide impor, ou liberar, a supervisão bienal da recuperação judicial.

Outrossim, nada impede que a empresa devedora e os credores, na fase de negociação, concertem e convençionem a respeito da necessidade, ou da desnecessidade, do período de supervisão judicial, cabendo ao magistrado, em tal situação, homologar o plano nos termos negociados e aprovados pela assembleia geral de credores.

O prazo máximo da manutenção da recuperação judicial, sob a supervisão judiciária, foi positivado até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem em até dois anos, computados a partir da concessão da recuperação judicial pelo juiz.

Impende realçar que o legislador cuidou de forma expressa da questão envolvendo planos que estabeleçam prazo de carência para o início do cumprimento das obrigações.

Com clareza, positivou regra de que o biênio da supervisão judicial independe do eventual período de carência. Soluciona-se a controvérsia jurisprudencial, esclarecendo-se que o início do prazo de supervisão judicial, se for estabelecido pelo juiz, deverá ter seu termo inicial computado a partir da publicação da decisão que conceder a recuperação judicial, nos termos da exegese conjunta dos arts. 58 e 61 da LRF.

O reconhecimento de que a alteração legislativa aboliu a obrigatoriedade do biênio da supervisão judicial, outorgando ao juiz o poder-dever de determinar, ou não, que recuperação judicial subordinar-se-á à fiscalização do magistrado, pelo prazo máximo de até dois anos, que deverá ter seu início a partir da homologação judicial do plano, acarreta efeitos relacionados à

convolação de ofício pelo juiz, da recuperação judicial em falência.

Assim é que, de ofício ou por força de previsão constante do plano de recuperação judicial em que será aplicada a supervisão judicial bienal, poderá o juiz decretar a quebra, na hipótese de tipificação das situações previstas nos incisos IV e V ou VI do art. 73. Preceitua o art. 73 que o juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

“IV - por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei; V - por descumprimento dos parcelamentos referidos no art. 68 desta Lei ou da transação prevista no art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; VI - quando identificado o esvaziamento patrimonial do devedor que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas”.

**Poderá o juiz decretar a quebra,
na hipótese de tipificação das
situações previstas nos incisos
IV e V ou VI do art. 73.**

Por outro lado, se o juiz, ao conceder a recuperação judicial, não determinar a manutenção do plano sob supervisão judicial durante o biênio legal, não terá ele o poder de proceder a convolação da recuperação judicial em falência.

Em suma, se o juiz não se valer do poder previsto no art. 61, *caput*, da LRF, e, ulteriormente, ocorrer o descumprimento de obrigação prevista no plano de recuperação judicial, vencida no prazo da supervisão, não poderá haver a convolação *ex officio* em falência.

Em tal situação, somente os credores terão o direito de requerer a falência da empresa recuperanda, com fundamento no art. 94, inciso III, alínea *g*, da

LRF. Isto porque o art. 94, inciso III, ao arrolar os atos de falência que autorizam o decreto da quebra, prevê a seguinte situação: “deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial”.

3. Conclusão

A reforma implementada pela Lei nº 14.112/2020, no que concerne à supervisão judicial da recuperação judicial (art. 61), acarretou as seguintes alterações: I) aboliu a obrigatoriedade do período bienal de

supervisão judicial; II) concedeu ao juiz o poder-dever de estabelecer, ou não, prazo de supervisão judicial no período que medeia a concessão da recuperação judicial e o período máximo das obrigações que se vencerem em até dois anos; III) ordenou que o prazo de supervisão será computado a partir da concessão da recuperação judicial, independentemente do eventual período de carência; IV) facultou à devedora e credores negociarem e pactuarem no plano a previsão, ou não, do período de supervisão judicial, cabendo à assembleia geral aprovar ou rejeitar a cláusula respectiva. ●

BIBLIOGRAFIA

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas: Lei 14.112/20*. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2021.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Curitiba: Juruá, 2021.
- SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.



**MARCELO BARBOSA
SACRAMONE**

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Escola Paulista da Magistratura e do IBMEC São Paulo. Doutor e mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo.



FERNANDA NEVES PIVA

Doutoranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do IBMEC São Paulo. Advogada.

Abuso de direito de voto na recuperação judicial.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. O direito de voto atribuído aos credores
 3. Abuso de direito
 4. O abuso de direito de voto nas assembleias gerais de credores
 5. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

A Lei nº 14.112/2020 inseriu o art. 39, § 6º, na Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falências – LRF) e disciplinou o abuso de direito de voto na assembleia geral de credores da recuperação judicial. Pela redação do novo dispositivo legal,

“o voto será exercido pelo credor no seu interesse e de acordo com o seu juízo de conveniência e poderá ser declarado nulo por abusividade somente quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem”.

A interpretação do referido dispositivo legal deverá ser realizada conforme o sentido do direito subjetivo de voto atribuído aos credores, as cláusulas gerais dos exercícios dos direitos e toda a estruturação do sistema de recuperação.

2. O direito de voto atribuído aos credores

Formas de política pública, os institutos da falência e da recuperação judicial e extrajudicial têm por objetivo proteger os interesses de toda a coletividade afetada pela potencial ou efetiva interrupção do desenvolvimento da atividade (WESTBROOK, 1999, p. 405).^{1 e 2}

A preservação da empresa – assim compreendida como a manutenção da atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços – é instrumento previsto na LRF para a tutela desses interesses atingidos pela crise do devedor. Sua consecução realiza-se por meio da alocação mais adequada dos diversos fatores de

produção, o que poderá ser efetivado com a manutenção do devedor na condução de sua atividade, por meio da concessão da recuperação judicial, conforme art. 47 da LRF. A inviabilidade econômica da atividade sob condução do devedor, por seu turno, exige a liquidação forçada falimentar. Nos termos do art. 75 da LRF, também na falência deve-se privilegiar a preservação da empresa, por meio da aquisição dos bens por um agente econômico mais eficiente na condução da atividade, o que asseguraria que os interesses de todos os demais envolvidos com a atividade empresarial sejam tutelados.

A inviabilidade econômica da atividade sob condução do devedor exige a liquidação forçada falimentar.

A análise dessa viabilidade econômica a respeito da manutenção da condução da atividade pelo devedor ou da necessidade de liquidação forçada de seus bens para a melhor alocação com um terceiro adquirente foi atribuída aos credores. Referido poder foi atribuído exclusivamente àqueles que sofreriam as consequências diretas de uma alocação ineficiente, pois teriam maior estímulo a investir recursos e a buscar maiores informações para melhor decidirem (TEBET, 2007).

Isso não significa que a satisfação dos interesses dos credores seria o objetivo exclusivo dos institutos da falência e da recuperação judicial. Pelo contrário, a proteção dos respectivos interesses creditícios individuais pelos credores asseguraria a melhor alocação dos recursos escassos, seja na condução da atividade pelo empresário devedor, seja por meio da liquidação forçada falimentar, e, por consequência, beneficiaria a todos os demais afetados pela atividade empresarial do devedor em crise.

Para exercerem esse poder, por meio do voto, os credores foram reunidos em um órgão deliberativo,

1. Para Gross (1997, p. 138), “Bankruptcy involves much more than maximizing creditors’ recovery as measured in dollars and cents. Bankruptcy is concerned with rehabilitating debtors, which may not benefit creditors’ short-term recovery”.

2. Corrente contraposta, denominada *creditors’ bargain*, defende que o sistema de insolvência surgiria para solucionar a situação de falta de ativos para satisfazer todos os credores e que seus objetivos seriam adstritos à maximização dos interesses dos credores. São precursores dessa teoria Douglas Baird e Thomas Jackson. Dentre diversos artigos, Douglas Baird e Thomas H. Jackson (1984); Thomas H. Jackson (1982, p. 857 e ss.).

a Assembleia Geral de Credores. A despeito dessa reunião em assembleia, não há um interesse comum que oriente o exercício desse voto pelos credores.

Ao contrário da assembleia geral de sócios nas sociedades, em que há um interesse social a orientar as deliberações, não há prévio contrato plurilateral ou de organização entre os credores como forma de obrigá-los a renunciar à satisfação de seus interesses particulares em função de um interesse coletivo. Tampouco haveria um interesse comum, consistente em forma única de satisfação de determinada necessidade, haja vista que cada um dos credores pode considerar formas diversas para a satisfação do respectivo crédito, como diversos meios de recuperação judicial a serem previstos no plano de recuperação (SATIRO, 2013, p. 110).

O poder de análise da viabilidade econômica da manutenção da condução da atividade pelo devedor foi atribuído aos credores para que cada qual pudesse verificar o que seria melhor para a satisfação de seus respectivos interesses. Cada credor buscaria a maximização dos interesses individuais creditícios, conforme sua convicção pessoal.

A manifestação desses diversos interesses individuais não é orientada por um interesse comum dos credores. A reunião dos credores em assembleia geral, como órgão deliberativo, apenas viabiliza a deliberação quanto ao plano de recuperação pela maioria, considerados seus interesses individuais. O quórum de maioria garante apenas que nenhum credor dissidente ou discordante possa impedir, por comportamento estratégico voltado à satisfação de seus interesses individuais, a tutela dos interesses dos demais credores e, diante disso, a melhor alocação dos fatores de produção.

3. Abuso de direito

Ainda que os credores possam votar com base na tutela individual do respectivo interesse creditício, conforme sua convicção pessoal, o voto não poderá ser desviado e exercido de forma abusiva.

À falta de um interesse comum e por não estabelecer o art. 47 da LRF um dever dos credores de preservarem a condução da empresa pelo devedor na recuperação judicial, os credores não têm a obrigação de representar os interesses dos demais envolvidos com o desenvolvimento da atividade empresarial. Eles poderão buscar com o voto a maximização dos seus interesses pessoais, pois pressupõe a lei que a deliberação por maioria de votos evitaria o comportamento estratégico e oportunista de alguns credores e implicaria uma alocação eficiente, o que coincidiria com os interesses de todos os demais afetados pela crise da empresa.

A livre convicção pessoal para o exercício do voto não significa direito absoluto. Não se deve admitir, em nenhuma esfera, que o exercício de um direito se dê de forma abusiva, frustrando o próprio objetivo da norma que o estabeleceu.

De acordo com o art. 187 do Código Civil (CC), cláusula geral aplicável ao exercício de todos os direitos subjetivos, o exercício anormal ou abusivo de um direito ocorrerá se houver contrariedade à boa-fé ou aos limites impostos pelos fins econômicos e sociais.³

Pode-se destacar dois requisitos imprescindíveis para a aplicação da cláusula geral do abuso de direito. O primeiro deles consiste no exercício de um direito próprio. O segundo refere-se à violação dos limites objetivos consistentes no fim social ou econômico do direito próprio, na boa-fé ou nos bons costumes (MIRAGEM, 2013, p. 131).

3. Segundo Leães (1989, p. 16), aproximando o conceito de abuso de direito ao de excesso de poder, "ocorre abuso de direito, segundo a concepção mais generalizada, quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social para a qual o direito subjetivo foi concedido (posto que os direitos são conferidos para serem usados de uma forma que se afeiçoe ao interesse coletivo), ou, o que vem a dar no mesmo, quando o agente exerce sem qualquer interesse legítimo. O abuso de direito é, em suma, um desvio no seu exercício regular, seja por faltar ao titular legítimo interesse para exercê-lo daquele modo; seja porque a sua destinação econômica e social tenha sido frustrada".

Referida violação deverá ser manifesta, nos termos expressos do art. 187 do CC. A utilização do termo foi proposital pelo legislador. Para que o abuso seja considerado, a violação deverá ser nítida, evidente, flagrante. A exigência é decorrente de uma preocupação do legislador pátrio de ingerência judicial sobre os casos práticos que lhe são submetidos, o que poderia gerar insegurança jurídica diante da interpretação subjetiva do que seria lícito e do que seria excesso ilícito.⁴

A violação dos limites objetivos, a qual deve ser nítida, ocorre sempre que o exercício do direito em geral ocorrer em contrariedade à boa-fé, aos bons costumes e aos fins sociais e econômicos.

Para o próprio coordenador geral do anteprojeto de CC, Miguel Reale (2005, p. 248), a boa-fé é o “cerne em torno do qual girou a alteração de nossa Lei Civil”. Para o autor, em sua vertente subjetiva, a boa-fé

“corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever (do que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal)” (REALE, 2005, p. 249).

A boa-fé imposta como limite ao exercício do direito é a boa-fé objetiva. Referida boa-fé traduz-se em

“uma regra de conduta impositiva a todos da necessidade de que ajam de forma correta, leal, honesta e proba. É um princípio de direito que exige um comportamento honesto pelo sujeito de direito, não

se tratando de um estado de espírito, mas sim da necessidade de agir de forma leal no exercício de qualquer direito ou de situação jurídica subjetiva” (GUERRA, 2011, p. 171).

Os fins sociais e econômicos também são limitadores ao exercício do direito subjetivo.

Os bons costumes, por seu turno, são normas de comportamento ético. Apesar de não terem sido positivados, a violação dessas regras morais é considerada moral e juridicamente reprovável. Trata-se de parâmetros estabelecidos pela consciência social em determinada época e local e em relação a comportamentos que deveriam ser seguidos.

Por derradeiro, os fins sociais e econômicos também são limitadores ao exercício do direito subjetivo. A função social exige que os direitos sejam exercidos em determinado objetivo. O adjetivo social, nesse ponto, restringe esse fim a um interesse coletivo, à satisfação de determinados interesses públicos ou dos demais cidadãos (SZTERLING, 2003, p. 45).

As finalidades sociais e econômicas devem ser compreendidas na hipótese de contratos entre empresários. Para esses, a contratação é avaliada como a melhor alternativa a obter vantagens, em consideração a todos os demais custos de transação em que precisariam incorrer para de outra forma obtê-las. Como pelo contrato os bens se deslocam às pessoas que mais os valorizam, os recursos são aproveitados de forma mais eficiente por toda a sociedade e os ativos escassos são melhor protegidos. Outrossim, a celebração dos contratos permite a circulação de riqueza entre os agentes, não somente com o emprego dos recursos em atividades em que seriam mais valorizados, como também mediante a celebração de diversos outros contratos para

⁴. Nas palavras de Boulos (2006, p. 162), “o termo traduz, por um lado, uma preocupação do legislador com as interpretações meramente subjetivas do juiz ao apreciar o caso concreto e, por outro, uma verdadeira válvula de segurança que separa o exercício conforme do exercício disforme, ou, ainda, o exercício lícito do exercício ilícito”.

a produção ou a circulação de bens ou serviços no mercado.

Essa finalidade social, como utilidade do conjunto de cidadãos, e que deve nortear o exercício do direito, deve ser identificada, nas relações jurídicas empresariais, como o melhor funcionamento possível desse mercado. Eventual insegurança jurídica ou limitação na tutela de seu interesse na maximização de seus resultados faz surgirem novos custos de transação aos empresários, que poderão alterar o seu comportamento por ocasião da própria contratação. Ou buscarão melhores alternativas de obtenção do lucro ou redução de prejuízos, com a eventual redução das contratações, ou poderão repassar tais custos de transação aos seus produtos ou serviços, com prejuízos a todo o mercado.⁵

Para o exercício dos direitos decorrentes de relações jurídicas empresariais, portanto, a exigência de sua adequação aos fins sociais deve ser interpretada em conjunto com a sua finalidade econômica. O exercício dos direitos deverá ocorrer de forma a permitir ao empresário a persecução da satisfação da necessidade que o motivou a contratar, sem a prática de atos que lhe imporiais novos custos de transação (contrários à finalidade econômica) e acabariam por comprometer o funcionamento do próprio mercado (contrários à finalidade social) (FORGIONI, 2009, p. 218).

4. O abuso de direito de voto nas assembleias gerais de credores

Com a recente reforma legislativa promovida pela Lei nº 14.112/2020, a LRF – antes silente quanto ao abuso do direito de voto exercido na assembleia geral de credores – passou a regulá-lo expressamente no art. 39, § 6º. O novo dispositivo legal

⁵. Sobre as consequências negativas de quebras contratuais no mercado, conferir Christiane Leles Rezende e Décio Zylbersztajn (2012, p. 207-222).

especifica a interpretação da cláusula geral do abuso de direito no art. 187 do CC.

De acordo com a nova previsão,

“o voto será exercido pelo credor no seu interesse e de acordo com o seu juízo de conveniência e poderá ser declarado nulo por abusividade somente quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem”.

Ao contrário da disciplina societária, que impõe aos sócios votantes o exercício de um direito de voto em favor de um interesse comum ou social, nos termos do art. 115 da Lei nº 6.404/1976,⁶ os credores não têm a obrigação de colaborar entre si e apenas são reunidos em assembleia em função de terem um devedor comum em crise econômico-financeira. Assim, não se poderia obrigá-los a votarem em prol de um interesse da coletividade de credores ou em função dos diversos interesses na continuidade da empresa sob condução do devedor.

O art. 47 da LRF, ao estabelecer que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, não estabelece um interesse coletivo a ser perquirido necessariamente pelos credores por ocasião de seu voto.

O art. 47 da LRF apenas estabelece objetivo ao sistema de recuperação como um todo, e não determina um interesse comum de voto. Por meio de seu direito de voto, o credor não tem a obrigação de considerar os interesses dos demais envolvidos com o desenvolvimento da atividade empresarial. Simplesmente a lei pressupõe que a tutela dos

⁶. Art. 115 da Lei nº 6.404/1976: “O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas [...]”.

interesses individuais pelos credores resultaria em uma deliberação eficiente sobre a viabilidade ou não da empresa sob a condução do empresário devedor, o que, nesses termos, coincidiria com os interesses de todos os demais afetados pela atividade.

Os credores têm todo o direito de votar e de fazê-lo, evidentemente, contra o plano, se este for contrário a seus legítimos interesses creditícios. O que caracteriza o abuso é seu anormal exercício, que deverá ser aferido no caso concreto.

Limitado pela boa-fé, o voto deve ser proferido pelo credor de forma leal e proba.

A redação do novo dispositivo legal previsto no art. 39, § 6º, da LRF, especifica a cláusula geral do abuso do direito para a hipótese do voto proferido pelo credor.

Limitado pela boa-fé, o voto deve ser proferido pelo credor de forma leal e proba. Tal afirmação significa que o credor deverá votar para proteger o respectivo interesse individual, e não votar com o intuito exclusivo de prejudicar o devedor ou terceiro para se beneficiar indevidamente ou para favorecer o devedor ou terceiro em prejuízo de todos os demais. O voto somente pode ser considerado abusivo se for manifestamente exercido para causar prejuízo a terceiros ou ao devedor, em detrimento dos interesses do respectivo credor.

Pelos fins econômicos e sociais, em complemento à boa-fé, não basta o voto para a tutela dos interesses pessoais, o direito de voto deverá ser exercido de forma a implementar a sua finalidade e não a proteção de outras posições particulares do votante. Conferido exclusivamente aos credores, o voto deverá ser baseado na melhor forma de satisfação do crédito de seu titular, exclusivamente, conforme a convicção pessoal do referido credor. Cada qual deverá apreciar a viabilidade econômica do plano para

propiciar maiores resultados para si ou menores perdas em relação à liquidação dos ativos do devedor.⁷

Desta forma, não há interesse comum ou preservação da empresa sob a condução necessária do devedor a ser tutelada pelos credores no exercício do seu direito de voto em assembleia geral. Desde que o voto seja proferido, conforme a convicção pessoal para tutelar a maximização do seu interesse creditício – a melhor forma de satisfação do respectivo crédito –, a maioria poderá refletir a percepção sobre a viabilidade ou não da empresa sob a condução do devedor em recuperação judicial e, conseqüentemente, a melhor alocação dos fatores de produção para a proteção dos interesses de todos os demais envolvidos com a empresa.

5. Conclusão

A LRF optou por atribuir exclusivamente aos credores o direito de decidir acerca da viabilidade econômica do devedor em crise. Embora sejam diversos os agentes atingidos pela crise econômico-financeira de determinado devedor, entendeu o legislador que, por serem os mais diretamente afetados pelos impactos da potencial interrupção da atividade empresarial, seriam os credores as pessoas com maior interesse e melhores condições para aferir a eficiência do devedor na condução de sua atividade empresarial.

Ao atribuir aos credores o poder de decidir sobre a viabilidade econômica do empresário em recuperação judicial por meio do voto em assembleia geral de credores, assegurou a lei que o único interesse a ser considerado pelo credor ao exercer o seu direito de voto na recuperação judicial é o seu próprio interesse creditício. Isso porque pressupôs o legislador que a deliberação por maioria de votos resultaria na melhor alocação dos fatores de produção para a satisfação dos respectivos credores, o que evitaria o comportamento estratégico e oportunista

⁷. Nesse sentido, Munhoz (2007, p. 193).

de alguns e, em última análise, tutelar, por consequência, os interesses de todos os demais afetados pela crise da empresa.

O exercício do direito de voto pelo credor, dessa forma, não deve ser orientado por um interesse comum ou pela preservação incondicional do empresário devedor na condução de sua empresa. O único interesse a ser considerado pelo credor ao exercer o seu direito de voto na recuperação judicial é o seu próprio interesse particular, enquanto credor.

O art. 39, § 6º, da LRF, inserido pela Lei nº 14.112/2020, apenas permite a declaração de nulidade do voto do credor, assim, se for manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem. Por vantagem ilícita para si ou para outrem deverá ser considerada exclusivamente aquela buscada pelo credor em consideração a outros interesses que possua, distintos daqueles decorrentes da busca pela satisfação de seu crédito, ou seja, de seu juízo de conveniência como credor. ●

BIBLIOGRAFIA

- BAIRD, Douglas; JACKSON, Thomas H. Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy, *University of Chicago Law Review* 97, 1984.
- BOULOS, Daniel. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GROSS, Karen. *Failure and forgiveness – rebalancing the bankruptcy system*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Responsabilidade civil por abuso de direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JACKSON, Thomas H. Bankruptcy, Non-bankruptcy entitlements, and the creditors' bargain. *Yale law journal*, v. 91, n. 5, 1982.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Conflito de Interesses. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n. 36, 2007.
- REALE, Miguel. *A história do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSZTAJN, Décio. Pacta sunt servanda versus the social role of contracts: the case of Brazilian agriculture contracts. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, Piracicaba, v. 50, n. 2, p. 207-222, abr./jun. 2012.
- SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (org.). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- SZTERLING, Fernando. *A Função Social da Empresa no Direito Societário*. Dissertação (mestrado). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.
- TEBET, Ramez. Relatório apresentado à Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n. 71, de 2003. In: MACHADO, Rubens Appabato (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- WESTBROOK, Jay Lawrence. The Globalization of Insolvency Reform. *New Zealand Law Review* 401, 1999.



**MARCELO VIEIRA
VON ADAMEK**

Professor doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-presidente da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Advogado em São Paulo.

A reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência e o Direito Intertemporal (Lei nº 14.112/2020, arts. 5º e 7º).

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. Entrada em vigor da Reforma
 3. Regra geral: aplicação imediata
 4. Exceções à aplicação imediata da lei nova e a ultratividade da lei antiga
 5. Regras especiais
 6. Outros problemas de Direito Intertemporal: aplicação imediata da Reforma e as situações jurídicas em curso
- Bibliografia

1. Introdução

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11.101, de 9/2/2005, ou, simplesmente, LRE) completou 15 anos e, ao longo desse período, se cristalizou como um marco na evolução do nosso Direito Concursal, aproximando-o dos sistemas jurídicos mais modernos. Nesse período, muitas divergências interpretativas foram solucionadas, mercê do trabalho da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência (com destaque para a atuação do Superior Tribunal de Justiça – STJ), mas outras tantas continuaram em aberto, suscitando debates. Além disso, fato é que, na contínua aplicação da lei à luz da crua realidade, o desacerto de certas escolhas regulatórias iniciais e o surgimento de novos problemas, postos por uma realidade econômica sempre cambiante, tornaram premente a intervenção do legislador, para aprimorar o texto legal.

Embora ao longo dos vários anos de sua vigência a LRE tenha sofrido alterações pontuais,¹ o aperfeiçoamento geral do seu texto era necessário e sobreveio, finalmente, através da Lei nº 14.112, de 24/12/2020 (**Reforma**). Mais do que mera atualização, promoveu-se por meio dela a ampla revisão do sistema brasileiro de insolvência empresarial.²

Bem por isso, diante da amplitude e da profundidade das alterações trazidas pela Reforma, bem andou o legislador pátrio em também prever regras voltadas a disciplinar as sempre delicadas questões de Direito Intertemporal e, com isso, a “fixar o alcance do império de duas normas que se seguem

reciprocamente” (MAXIMILIANO, 1946, n. 1, p. 7). Fê-lo, essencialmente, por meio do que consta do art. 5º da Lei nº 14.112/2020.³

Vejamos, brevemente, as principais questões de Direito Intertemporal suscitadas pela Reforma.

2. Entrada em vigor da Reforma

A Lei nº 14.112/2020 entrou em vigor 30 dias após a sua publicação (art. 7º), que ocorreu em 24/12/2020. Incluindo-se na contagem o dia da publicação da lei e também o último dia do prazo,⁴ tem-se que, em sua maior parte, a Reforma entrou em vigor em 23/1/2021.

Diz-se “em sua maior parte” porque os vetos presidenciais originariamente apostos aos novos arts. 6º, § 13, 6º-B, *caput* e incisos I e II, 60, parágrafo único, 50-A, *caput*, incisos I e II, e parágrafo único, incisos I e II, e 66, § 3º, da LRE, e art. 11, *caput*, da Lei nº 8.929/1994, introduzidos pela Lei nº 14.112/2020, foram derrubados pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta realizada em 17/3/2021,⁵ e, portanto, esses dispositivos originariamente vetados, com a sua derrubada, tornaram-se textos de lei por ato congressional⁶ (sem sanção, é certo⁷), seguido da promulgação (Constituição Federal - CF), art. 66, § 5º) e publicação em 26/3/2021 – momento a partir do qual, em linha com a jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal (STF), se deve contar o prazo de *vacatio* nos moldes previstos na

1. Assim, por exemplo: Lei nº 11.196/2005; Lei nº 12.873/2013; e Lei Complementar nº 147/2014.

2. Se a Reforma foi adequada e suficiente, não é tema a ser aqui enfrentado. Alguns problemas de técnica são evidentes, mas o que chama a atenção é que, de fato, as mudanças foram muito mais profundas do que uma simples leitura da Lei nº 14.112/2020 pode sugerir. Dada a interconexão de vários dos artigos alterados, o intérprete que se proponha a analisar a Reforma sempre descobrirá reflexos da mudança até em artigos que, aparentemente, não foram alterados. Não é exagero afirmar, por isso, que a LRE comporta hoje uma verdadeira releitura.

3. A inserção de regra de Direito Intertemporal em nossas leis concursais tem sido da tradição de nosso Direito: (i) Decreto nº 917/1890, art. 156; (ii) Lei nº 2.024/1908, art. 190; (iii) Decreto nº 5.746/1929 (omisso); (iv) Decreto-Lei nº 7.661/1945, art. 216; e (v) Lei nº 11.101/2005, art. 192.

4. Cf. art. 8º da Lei Complementar nº 95/1998: “§ 1º - A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data de publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”.

5. Foram mantidos, no entanto, os vetos ao art. 6º, § 10, da LRE, e art. 11, parágrafo único, da Lei nº 8.929/1994.

6. Cf.: José Afonso da Silva (2007, p. 458); e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, n. 22, p. 176).

7. Cf.: Pontes de Miranda (1967, p. 187).

própria lei à qual se integram.⁸ Significa dizer que, se o restante da Lei nº 14.112/2020 entrou em vigor em 23/1/2021, os dispositivos vetados só se tornaram lei em 17/3/2021, foram promulgados e publicados em 26/3/2021 e, portanto, respeitada a regra de *vacatio* prevista na Lei nº 14.122/2020, à qual se integram, passaram a vigorar em 25/4/2021, isto é, 30 dias depois de sua promulgação e publicação em

8. Cf. sobre o caso: “Mandado de segurança [...]. Início da vigência de parte de lei cujo veto foi rejeitado [...]. Quando há veto parcial, e a parte vetada vem a ser, por causa da rejeição dele, promulgada e publicada, ela se integra na lei que decorreu do projeto. Em virtude dessa integração, a entrada em vigor da parte vetada segue o mesmo critério estabelecido para a vigência da lei a que ela foi integrada, considerando, porém, o dia de publicação da parte vetada que passou a integrar a lei, e, não, o desta” (STF, 2ª T., RE nº 85.950-RS, Rel. Min. Moreira Alves, v.u., j. em 26.11.1976, DJ de 31/12/1976, RTJ 81/640). Lê-se no voto do i. relator: “De acordo com o sistema constitucional brasileiro, quando há veto parcial, a parte da lei que não foi vetada, mas sancionada e promulgada, deve ser publicada para, conforme o caso, entrar em vigor na data da publicação ou em outra data fixada em seu texto, ou, ainda, se ele é omissivo a respeito, depois de decorrido o período de *vacatio* estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil. No tocante, porém, à parte vetada, o projeto não se transformou em lei, e, se o veto foi rejeitado, é necessário, para que se conclua o processo legislativo quanto a essa parte, que seja ela promulgada e publicada, para que se transforme em lei e possa ser eficaz. Nesse caso, surge a questão de saber quando entrará em vigor a parte da lei que fora vetada, mas cujo veto foi repelido. Ora, tendo o veto, no direito constitucional moderno, eficácia simplesmente suspensiva (suspende a transformação do projeto em lei até que o Poder Legislativo volte a manifestar-se sobre ele, acolhendo-o ou rejeitando-o), isso implica dizer que, repelido o veto, a parte vetada, que, em razão dessa rejeição, ao ser promulgada e publicada, se integra na mesma lei que decorreu da parte não vetada do mesmo projeto, passando a participar dele como um todo único, sem efeito, porém, retroativo. Graças a essa integração, o momento da entrada em vigor da parte cujo veto foi repelido depende do critério adotado no texto da lei em que ela foi integrada. Mas – note-se – apenas o critério, ou seja: entrada em vigor no dia da publicação ou em certa data, ou, então, na omissão da lei a propósito, depois do período de *vacatio* de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil. O dia inicial para aplicar-se um desses critérios, conforme o caso, será o da publicação da parte vetada, e não o da publicação, feita anteriormente, da parte não vetada. Assim, por exemplo, se a parte não vetada declarar que aquela lei entrará em vigor na data de sua publicação, a parte vetada que, posteriormente, passou a integrá-la entrará em vigor na data em que ela, parte vetada, foi publicada. Não fora assim, e dar-se-ia eficácia retroativa a ela, o que, mesmo quando não atinja direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito, não é admissível sem texto legal expresso”.

26/3/2021, sem retroagir à data de entrada em vigor do restante.⁹

3. Regra geral: aplicação imediata

A regra geral de Direito Intertemporal da Reforma encontra-se no art. 5º, *caput*, da Lei nº 14.112/2020: “Art. 5º - Observado o disposto no art. 14 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), esta Lei aplica-se de imediato aos processos pendentes”. Ou seja, observada a regra de isolamento dos atos processuais, os novos preceitos legais não retroagem e incidem de imediato aos processos em curso.

A aplicação imediata dos preceitos da lei nova a todos os processos e às situações pendentes longe está de ser apenas um comando para a lei processual e, em todo caso, deve respeitar os efeitos dos atos, fatos, estados e situações jurídicas

9. Ainda quando se compreenda o interesse prático em defender-se que os preceitos promulgados depois da derrubada dos vetos devam ter a sua vigência retroagida à mesma data em que entrou em vigor o restante da lei, a construção não nos parece juridicamente correta – pois, de regra, a lei não retroage se não houver previsão nesse sentido. Os dispositivos retardatariamente promulgados integram-se a uma só e mesma lei e, portanto, apenas duas poderiam ser as soluções para essa questão. A primeira seria entender que, por força dessa integração, os preceitos retardatários entram em vigor: ou (i) no mesmo em dia em que a lei nova entrar em vigor, caso ainda esteja em período de *vacatio* quando da promulgação dos dispositivos remanescentes; ou (ii) de imediato, com a sua só publicação, caso na mesma ocasião a lei ao qual se conectam já esteja em vigor – e, por essa linha, no caso, os dispositivos remanescentes teriam entrado em vigor com a sua publicação em 26/3/2021. A segunda solução consiste em seguir a regra de entrada em vigor da lei à qual os artigos se integram e, prevendo esta uma *vacatio* de 30 dias, contar esse mesmo prazo para os artigos retardatários, só que a partir da publicação desses artigos. Esta última solução é a seguida pela jurisprudência clássica do STF (conforme apontado na nota anterior e que não consta tenha sido superada), até porque respeita a *ratio* da existência da *vacatio legis* em sua inteireza, eis que, antes da rejeição do veto, os encarregados da aplicação da lei e seus próprios destinatários não teriam como supor que as normas vetadas se tornariam lei. Assim, se em homenagem à segurança jurídica o legislador previu um “período de transição” entre a publicação da norma e sua entrada em vigor – permitindo que os indivíduos sujeitos à norma pudessem ajustar seu comportamento –, então nada mais lógico do que adotar o mesmo raciocínio também para os artigos retardatários, que, afinal de contas, se integram à mesma lei.

constituídas sob a égide da lei anterior.¹⁰ E, precisamente para lidar com as dificuldades ínsitas a essa tarefa, sem incorrer em nenhuma inconstitucionalidade (CF, art. 5º, inciso XXXVI), o legislador previu, nos vários parágrafos do art. 5º da Lei nº 14.112/2020, exceções à regra geral de aplicação imediata da Reforma.¹¹ Vejamos, pois, quais são essas exceções.

10. Como bem anotou Fábio Konder Comparato (1978, n. 1, p. 1), “o problema de direito intertemporal não é o da irretroatividade, e sim o da eficácia imediata da lei. No atual estágio do direito intertemporal, a problemática jurídica já não se põe em termos de irretroatividade, mas de eficácia imediata da lei. É fora de dúvida, no direito das nações civilizadas, que o comando jurídico estatal não pode alcançar atos e fatos pretéritos [...]. A questão nuclear reside, pois, em se saber em que circunstâncias deve ser afastado esse efeito imediato da nova norma geral. O problema se situa, especificamente, em relação aos atos, fatos, situações ou estados, cujos efeitos se prolongam no tempo e não se esgotam antes da entrada em vigor da lei nova”.

11. Cf.: “Art. 5º - [...] § 1º - Os dispositivos constantes dos incisos seguintes somente serão aplicáveis às falências decretadas, inclusive as decorrentes de convolação, e aos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados após o início da vigência desta Lei: I - a proposição do plano de recuperação judicial pelos credores, conforme disposto no art. 56 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; II - as alterações sobre a sujeição de créditos na recuperação judicial e sobre a ordem de classificação de créditos na falência, previstas, respectivamente, nos arts. 49, 83 e 84 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; III - as disposições previstas no *caput* do art. 82-A da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; IV - as disposições previstas no inciso V do *caput* do art. 158 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. § 2º - As recuperações judiciais em curso poderão ser encerradas independentemente de consolidação definitiva do quadro-geral de credores, facultada ao juiz essa possibilidade no período previsto no art. 61 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. § 3º - As disposições de natureza penal somente se aplicam aos crimes praticados após a data de entrada em vigor desta Lei. § 4º - Fica permitido aos atuais devedores em recuperação judicial, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da regulamentação da transação a que se refere o art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, apresentar a respectiva proposta posteriormente à concessão da recuperação judicial, desde que: I - as demais disposições do art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, sejam observadas; e II - o processo de recuperação judicial ainda não tenha sido encerrado. § 5º - O disposto no inciso VI do *caput* do art. 158 terá aplicação imediata, inclusive às falências regidas pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. § 6º - Fica permitido aos devedores em recuperação judicial, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da entrada em vigor desta Lei, solicitar a repactuação do acordo de transação resolutive de litígio formalizado anteriormente, desde que atendidos os demais requisitos e condições exigidos na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, e na respectiva regulamentação”.

4. Exceções à aplicação imediata da lei nova e a ultratividade da lei antiga

Por exceção à regra de aplicação imediata da Reforma aos processos concursais pendentes, ressaltou-se, no § 1º do art. 5º da Lei nº 14.112/2020, que **certas e determinadas regras**, previstas nos seus incisos I a IV, “somente serão aplicáveis às falências decretadas, inclusive as decorrentes de convolação, e aos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados após o início da vigência desta Lei”.

O legislador previu, nos parágrafos do art. 5º da Lei nº 14.112, exceções à regra geral de aplicação imediata da Reforma.

Antes de avançar na análise dessas hipóteses, cumpre destacar, para a boa compreensão, que: **(A)** a disciplina trazida pela Reforma é ordinariamente aplicável a todos os processos pendentes (art. 5º, *caput*); mas **(B)** apenas certas e determinadas regras previstas nos incisos I a IV do art. 5º só são aplicáveis: **(i)** às falências decretadas sob a sua égide, ainda que decorrentes de pedidos formulados antes da sua entrada em vigor (de tal modo que o elemento balizador de incidência das novas regras é nesse caso apenas a data da decretação da falência, e não a do seu requerimento); **(ii)** às recuperações judiciais ajuizadas sob a sua égide (para as quais, portanto, o que releva é apenas a data do ingresso do pedido, e não a do deferimento do seu processamento); e **(iii)** aos pedidos de homologação de recuperação extrajudicial (LRE, art. 164), simples ou expansiva (LRE, arts. 162 e 163), ajuizados na vigência da Reforma. Mas, insista-se, mesmo nos processos pendentes, para tudo aquilo que não foi excepcionado, as regras da Lei nº 14.112/2020 são imediatamente aplicáveis (o que

revela ter o legislador adotado, para a Reforma, parâmetros diversos daqueles que inspiraram o art. 192 da LRE).

Pois bem. As regras excepcionadas pelo § 1º do art. 5º da Lei nº 14.112/2020 do regime de aplicação imediata da Reforma são as seguintes: **(i)** a que permite aos credores apresentar plano de recuperação judicial, diante da falta de aprovação tempestiva do plano do devedor (LRE, art. 56); **(ii)** as que alteraram a ordem de classificação de créditos na falência (LRE, arts. 83 e 84) e a que trata da sujeição de créditos na recuperação judicial (LRE, art. 49); **(iii)** a que veda a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores de sociedade falida (LRE, art. 82-A, *caput*); e **(iv)** a que permite a extinção das obrigações do falido com base no só decurso do prazo de três anos, contado da decretação da falência (LRE, art. 158, inciso V). Vejamos, com maior vagar, cada qual:

4.1. Plano de credores

Antes da Reforma, a **legitimação para apresentação de plano** nos processos de recuperação judicial era exclusiva do devedor, a quem competia formulá-lo e submetê-lo à apreciação dos credores concorrentes (LRE, art. 53) – de tal modo que, se não o fizesse ou se o mesmo fosse rejeitado pela assembleia geral de credores, a consequência direta prevista em lei era o decreto de falência (LRE, art. 73, incisos II e III). Essa circunstância, aliás, sempre constituiu uma notável vantagem estratégica nas negociações empreendidas pelo devedor com os seus credores. Quando muito, o que a lei concursal então previa – e continua a prever – é a possibilidade de o credor sugerir, na assembleia, **alterações** ao plano apresentado pelo devedor, que, no entanto, para serem implementadas, necessitam da aceitação deste (LRE, art. 56, § 3º).

Com a Reforma, essa questão mudou profundamente. A legitimação para a apresentação do plano deixou de ser exclusiva do devedor. O que se tem,

doravante, é a **legitimação originária** (ou **primária**) do devedor, mas, caso este não consiga obter a aprovação do plano dentro dos prazos para tanto legalmente fixados ou o mesmo venha a ser rejeitado pela assembleia geral de credores, abre-se a oportunidade de apresentação de plano de recuperação pelos credores – os quais, assim, passam a ter nesse ponto **legitimação derivada (secundária ou subordinada)**, desde que presentes os estritos pressupostos legais (previstos agora no § 4º-A, incisos I e II, do art. 6º, e nos §§ 3º a 8º do reformulado art. 56 da LRE).

Essa possibilidade, porém, só se colocará nos pedidos de recuperação ajuizados após o início de vigência da Reforma. Esta é a primeira exceção à regra da aplicação imediata da Reforma, prevista no inciso I do § 1º do art. 5º da Lei nº 14.112/2020.

4.2. Ordem de classificação dos créditos na falência e de sujeição na recuperação judicial

A ordem de classificação dos créditos na falência foi substancialmente alterada pela Reforma, que: **(A)** dentre os créditos concursais, **(i)** acabou com a classe dos créditos com privilégio especial (LRE, art. 83, inciso IV) e com privilégio geral (LRE, art. 83, inciso V), aglutinando-os na classe dos quirografários (LRE, art. 83, § 6º), e **(ii)** inseriu, como nova classe (abaixo dos subordinados), os créditos por juros vencidos após decretação da falência (LRE, arts. 93, inciso IX, e 124); e, além disso, **(B)** dentre os créditos extraconcursais, **(iii)** desmembrou a primeira classe (LRE, art. 84, inciso I), ordenando-os em quatro distintas e novas classes (sujeitando-os, assim, a uma inédita ordem sucessiva de satisfação) (LRE, art. 84, incisos I-A a I-E).

Ademais, com o reconhecimento legal da submissão do empresário rural inscrito no Registro de Empresas Mercantis (Código Civil (CC), arts. 971 e 984) aos processos regulados na LRE, previu-se também a sujeição, em caráter geral, e ao mesmo tempo a exclusão, em caráter excepcional, de

certos e determinados créditos desses agentes econômicos aos efeitos da recuperação judicial (LRE, art. 49, §§ 6º e 8º).¹²

Essas regras – que tratam da ordem de classificação dos créditos na falência e da sujeição de créditos na recuperação judicial – não serão aplicáveis às falências decretadas ou pedidos de recuperação judicial formulados antes da Reforma – sendo esta a segunda exceção à regra da aplicação imediata, prevista no inciso II do § 1º do art. 5º da Lei nº 14.112/2020.¹³

12. LRE, art. 49: “§ 6º - Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos. § 7º - Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os recursos controlados e abrangidos nos termos dos arts. 14 e 21 das Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. § 8º - Estarão sujeitos à recuperação judicial os recursos de que trata o § 7º deste artigo que não tenham sido objeto de renegociação entre o devedor e a instituição financeira antes do pedido de recuperação judicial, na forma de ato do Poder Executivo. § 9º - Não se enquadrará nos créditos referidos no *caput* deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias”. A mesma lógica aplica-se à regra que afasta da sujeição aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 (LRE, art. 6º, § 13), a qual não incide senão nas recuperações judiciais ajuizadas sob a égide da lei nova.

13. Mesmo à falta de regra expressa, o tratamento não poderia ser outro, conforme já tivemos a oportunidade de registrar: “A **classificação** dos créditos de qualquer natureza obedece à regra vigente na época de sua constituição, mesmo que a lei nova disponha de outra forma: ‘Os direitos de crédito, de qualquer natureza, adquiridos até a data da declaração da falência, conservam, pois, o mesmo caráter, continuam na mesma categoria prevista pela lei antiga, ainda que, segundo a lei nova, assumam outra feição e se classifiquem diversamente’ (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Comentários à Lei de Falências*, vol. III, 3ª ed. RJ: Forense, 1962, nº 1.198, p. 134). Nesta linha, crédito classificado dentre os com privilégio geral pela lei pretérita, não pode sofrer mudança de classificação pela lei nova, seja para assim promovê-lo ou mesmo rebaixá-lo à condição de quirografário; o mesmo vale para a divisão dos créditos em concursais e extra-concursais. Diversa, porém, é a situação quanto à **ordem de classificação dos créditos**, sujeita à influência da lei nova, pois será apenas a partir da instauração de procedimento concursal que a ordem de precedência das classes será estabelecida. [...] Houve uma mudança na ordem das classes, mas, apesar disso, a lei nova, de cunho processual, aplica-se imediatamente, mesmo »

Deixou-se, porém, de trazer regra expressa para tratar dessas mesmas questões no âmbito da recuperação extrajudicial, eis que esta, após a Reforma, passou a poder abranger os créditos trabalhistas (LRE, art. 161, § 1º). Mas, por identidade de razão, não pode haver dúvida de que a sujeição de créditos trabalhistas não poderá despontar senão em pedidos de homologação ajuizados após o início de vigência da Reforma,¹⁴ até porque, não fosse assim, o que se teria é a aplicação retroativa da lei (em contraste com o *caput* do art. 5º da Lei nº 14.112/2020).

4.3. Extensão da falência e seus efeitos; desconsideração da personalidade jurídica

Regra nova e salutar trazida pela Reforma é a que, às expressas e complementando a disciplina dos arts. 81 e 82 da LRE, aponta ser “vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica” (LRE, art. 82-A, *caput*). Ainda quando, a nosso ver, esses comandos sejam mera enunciação de conclusões dedutíveis da análise sistemática da lei concursal, em sua redação original, e do CC, e, por isso, sejam plenamente aplicáveis a quaisquer causas, pouco importando se iniciadas antes ou depois do advento da Lei nº 14.112/2020, o legislador houve por bem ressaltar que essa regra, **enquanto tal** (e, note-se bem, não a conclusão que ela expressa e que, a nosso ver,

» que o crédito tenha sido constituído sob o império da lei antiga; o que importa considerar é que o concurso foi instaurado já sob o império da lei nova, à qual cabe estabelecer a ordem de classificação dos créditos; antes do concurso, não havia direito adquirido do credor a uma ordem legal de classificação. Não se pode confundir a eficácia e a validade de um direito com os efeitos do mesmo: para aqueles, prevalece a incolumidade, para estes, de regra, a lei sob cujo império surgiram” (ADAMEK, 2007, n. 365.3, p. 605-606).

14. Cf. sobre o ponto: Marcelo Vieira von Adamek (2007, n. 365.3, p. 606).

insista-se, já era dedutível de regras pretéritas),¹⁵ não se aplica às falências decretadas antes da entrada em vigor da Reforma. Mais do que isso, ao fazê-lo nesses termos, não nos parece que a intenção do legislador tenha sido a de assentar, *a contrario sensu*, que essa extensão fosse antes legítima e admissível – até porque não era e nunca foi – e, sim, apenas o que pretendeu foi não arbitrar retrospectivamente uma controvérsia, ainda em debate na doutrina e na jurisprudência e, assim, não interferir em causas pendentes, sobretudo naquelas em que, certo ou errado, a extensão da quebra ou dos seus efeitos porventura tenha sido decretada; de mais a mais, com isso, também evitou o legislador ser acoimado de incidir em inconstitucionalidade, supostamente por interferir no regime por responsabilidades positivadas antes da entrada em vigor da lei nova. Esta é, pois, a terceira exceção à regra da aplicação imediata, prevista no inciso III do § 1º do art. 5º da Lei nº 14.112/2020.

A regra legal excepcionada da incidência imediata é tão somente a do *caput* do art. 82-A da LRE.

Note-se, porém, que a regra legal excepcionada da incidência imediata é tão somente a do *caput* do art. 82-A da LRE, mas o mesmo não ocorreu com a constante do seu parágrafo único,¹⁶ a qual

¹⁵. Sobre o ponto, cf.: TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2138025-95.2019.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, v.u., j. em 6/12/2019. Na doutrina, cf. ainda: Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (2017, p. 148); Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (2009, p. 158); e Hélio da Silva Nunes (2000, p. 22-40).

¹⁶. LRE, art. 82-A, parágrafo único: "A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilidade de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigações desta, somente pode ser decretada pelo juiz falimentar com observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)".

inegavelmente constitui enunciação do regime legal já então aplicável e que, por isso e por não ter sido excepcionada, indubitavelmente se aplica até mesmo aos processos pendentes (respeitado o disposto no art. 14 do CPC).

4.4. Extinção das obrigações do falido pelo decurso do triênio desde o decreto de falência

De acordo com o novo inciso V introduzido no art. 158 da LRE pela Reforma, extingue as obrigações do falido "o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado".¹⁷ Essa regra, no entanto, por força do disposto no art. 5º, § 1º, inciso IV, da Lei nº 14.112/2020, às expensas não se aplica às falências decretadas antes de sua entrada em vigor. Possivelmente, pretendeu o legislador evitar que uma nova causa de remissão legal de crédito fosse aplicável depois de decretada a falência e ainda no curso desta. Mas, veja-se mais adiante (no item 5.3) que, em sentido oposto ao desta diretriz, previu-se a aplicação imediata da lei nova para outra hipótese nova de extinção das obrigações do falido (hipótese essa que, no entanto, só incide **depois** do próprio encerramento da falência, e não no seu curso).

5. Regras especiais

Além de ter ressalvado a não aplicação de certas regras da Reforma às falências decretadas e aos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados antes do início de sua vigência (art. 5º,

¹⁷. A regra é um tanto quanto curiosa, pois, se o decurso do prazo extingue as obrigações do falido, a que título estariam sendo os credores satisfeitos? Satisfaz-se uma obrigação extinta? Ou – o que seria decerto mais lógico (em que pese a impropriedade do texto legal) – a obrigação remanesce até o limite em que o resultado da liquidação dos bens arrecadados o permita, liberando o devedor do saldo em aberto a apurar?

§ 1º, incisos I a IV), a Lei nº 14.112/2020 previu ainda regras especiais (art. 5º, §§ 2º a 6º), que merecem ser destacadas.

5.1. Encerramento de recuperações judiciais em curso sem consolidação de quadro geral de credores

Em linha com a previsão de incidência imediata da Reforma, previu-se no art. 5º, § 2º, da Lei nº 14.112/2020 a possibilidade de o juiz encerrar as recuperações judiciais em curso que estejam em período de supervisão (LRE, art. 61), independentemente da consolidação definitiva do quadro geral de credores. Nesse caso, porém, deve-se, ainda assim, observar a segunda parte do § 9º do art. 10 da LRE: “a recuperação judicial poderá ser encerrada ainda que não tenha havido a consolidação definitiva do quadro-geral de credores, hipótese em que as ações incidentais de habilitação e de impugnação retardatárias serão redistribuídas ao juízo da recuperação judicial como ações autônomas e observarão o rito comum”.

5.2. Regra de caráter penal

A Lei nº 14.112/2020 tipificou, como modalidade de crime de fraude a credores, a conduta de distribuir lucros ou dividendos a sócios e acionistas desde o ajuizamento do pedido de recuperação até a aprovação do plano (LRE, arts. 6º-A e 168, § 2º). Por essa razão – e em linha com o disposto no art. 2º do Código Penal (CP) e, antes e acima dele, no art. 5º, inciso XL, da CF –, o legislador ressaltou que as disposições de natureza penal somente se aplicam aos crimes cometidos após a entrada em vigor da Reforma (art. 5º, § 3º). Como, além de ter previsto nova figura delitiva, a Lei nº 14.112/2020 não trouxe nenhuma regra penal benéfica a réus, não se há de cogitar da sua retroatividade nem mesmo para este fim.

5.3. Extinção das obrigações do falido por encerramento da falência

Ao mesmo tempo em que previu a inaplicabilidade da nova hipótese de extinção das obrigações

do falido prevista no inciso V do art. 158 da LRE às falências decretadas antes da entrada em vigor da Reforma (conforme apontado no item 4.3, anteriormente), o legislador expressamente ressaltou, nesse mesmo tema, que “o disposto no inciso VI do *caput* do art. 158 terá aplicação imediata, inclusive às falências regidas pelo Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945” (art. 5º, § 5º);¹⁸ ou seja, permitiu que nas causas pendentes quando da entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020 possa a extinção das obrigações do falido resultar do encerramento ordinário da falência (LRE, art. 156)¹⁹ ou por frustração de seus meios (LRE, art. 114-A).²⁰

Ademais, ao prever a aplicação de regra da Reforma, ainda que pontual, a falências regidas pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, criou-se mais uma

18. O art. 158 da LRE não tem parágrafos; a menção à remissão a certo inciso do “*caput* do art. 158” é mero lapso de técnica legislativa.

19. LRE: “Art. 156 - Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença e ordenará a intimação eletrônica às Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento e determinará a baixa da falida no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), expedido pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Parágrafo único - A sentença de encerramento será publicada por edital e dela caberá apelação”. De substancial, em comparação à regra anterior, previu-se a baixa dos cadastros fiscais, justamente para eliminar a situação absurda em que, mesmo depois de encerrada a falência, contra o morto-vivo continuam a ser imputadas dívidas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias que, ao depois, recaem sobre o infeliz administrador.

20. LRE: “Art. 114-A - Se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o administrador judicial informará imediatamente esse fato ao juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, fixará, por meio de edital, o prazo de 10 (dez) dias para os interessados se manifestarem. § 1º - Um ou mais credores poderão requerer o prosseguimento da falência, desde que paguem a quantia necessária às despesas e aos honorários do administrador judicial, que serão considerados despesas essenciais nos termos estabelecidos no inciso I-A do *caput* do art. 84 desta Lei. § 2º - Decorrido o prazo previsto no *caput* sem manifestação dos interessados, o administrador judicial promoverá a venda dos bens arrecadados no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para bens móveis, e de 60 (sessenta), para bens imóveis, e apresentará o seu relatório, nos termos e para os efeitos dispostos neste artigo. § 3º - Proferida a decisão, a falência será encerrada pelo juiz nos autos”. O encerramento não é direto; deve-se observar o rito previsto na lei, findo o qual, não havendo quem financie a causa nem bens a serem liquidados, só então o juiz encerra a falência.

(justificável) exceção à disciplina original do art. 192 da LRE (que sujeitava as falências antigas à disciplina anterior à LRE).

5.4. Regras tributárias

Em matéria tributária, duas importantes regras transitórias foram previstas na Lei nº 14.112/2020.

Permite-se aos devedores em recuperação judicial que, no prazo de 60 dias contado da regulamentação da transação a que se refere o art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19/7/2002, apresentem a respectiva proposta posteriormente à concessão da recuperação judicial, desde que: "I - as demais disposições do art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, sejam observadas; e II - o processo de recuperação judicial ainda não tenha sido encerrado" (art. 5º, § 4º). Pelo art. 10-C da Lei nº 10.522/2002, a proposta de transação deve ordinariamente ser apresentada "até o momento referido no art. 57 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005"; pela regra especial em análise, voltada às causas em andamento, o termo final foi dilatado.

Os requisitos de validade do ato devem ser aferidos pela lei vigente à época de sua celebração.

Além disso, no prazo de 60 dias contado da entrada em vigor da Reforma, "os devedores em recuperação judicial poderão solicitar a repactuação do acordo de transação resolutive de litígio formalizado anteriormente, desde que atendidos os demais requisitos e condições exigidos na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, e na respectiva regulamentação" (art. 5º, § 6º). Essa possibilidade busca atender a ideia de isonomia tributária para com os contribuintes que celebraram o acordo de transação de acordo com as normas anteriores, haja vista que a Lei nº 14.112/2020 aumentou o limite legal dos descontos (70%) e o prazo máximo para pagamento

(120 meses, em vez de 84) – de tal modo que, pela regra em comento, o que se pretendeu foi assegurar o acesso de todos os devedores em recuperação às mesmas condições.

6. Outros problemas de Direito Intertemporal: aplicação imediata da Reforma e as situações jurídicas em curso

O art. 5º da Lei nº 14.112/2020 não encerra regra apta a solucionar todas as questões de Direito Intertemporal, sempre delicadas e tormentosas. Para além das hipóteses nele previstas, decerto muitas outras escapam do seu alcance e, para solucioná-las, é indispensável invocar as regras gerais de Direito Intertemporal protetivas do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, inciso XXXVI; e Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), art. 6º). O grande problema, nessa matéria, não é propriamente a retroatividade das leis, mas, antes, "a retroatividade dos efeitos imediatos da norma jurídica superveniente" (RÃO, 1952, n. 288, p. 444).

Apesar de não ser possível aqui ofertar um rol exaustivo das múltiplas hipóteses de possíveis conflitos da Reforma no tempo – dado que a imaginação do intérprete é sempre menos rica do que a realidade –, algumas delas podem ser antevistas, a partir do só exercício de confronto dos antigos comandos da Lei nº 11.101/2005 com os novos da Lei nº 14.112/2020.

Assim, de regra, os **requisitos de validade do ato** devem ser aferidos pela lei vigente à época de sua celebração. Lei nova que venha a criar novos requisitos de validade ou hipóteses de revogação falencial, ou que venha a condicionar a eficácia do ato ao atendimento de certos requisitos, não apanha os atos praticados sob o império da lei antiga. Não há invalidade superveniente, o que, em boa lógica, constitui inaceitável contradição de termos: ou o ato é inválido *ab ovo*, ou é válido, e a lei posterior

não o pode macular. Vigem, no particular, o princípio *tempus regit actum*.²¹

Em linha com tais diretrizes, a regra nova que tornou **imunes à revocatória** os atos de alienação realizados na forma definida no plano de recuperação extrajudicial (LRE, art. 131) não torna válidos e eficazes os atos praticados antes dela. De igual modo, a regra nova que tornou as alienações judiciais de bens na falência **imunes à aplicação do conceito de preço vil** (LRE, art. 142, § 2º-A, inciso V) não obsta a que, em alienações realizadas sob o império da lei antiga, seja questionada ou continue a ser debatida a validade do ato judicial por esse metro.

As regras que afastam a sucessão dos adquirentes em dívidas do alienante (LRE, arts. 60, parágrafo único, e 66, § 3º) ou que, para esse mesmo efeito, equiparam a venda de toda empresa a uma simples alienação de unidade produtiva isolada (LRE, art. 50, inciso XVIII) somente abrangem os atos realizados sob o império da lei nova; não atingem os atos passados que, por isso, não podem retrospectivamente ser beneficiados pela regra superveniente de não sucessão, em prejuízo dos credores. Ou a não sucessão já existia e era dedutível de outras regras; ou não pode ser sustentada com amparo na lei nova.

Ainda por efeito da aplicação imediata da lei nova em linha com a noção de isolamento dos atos processuais praticados, entende-se que a **consolidação processual** ou **substancial** porventura aceita sob o império da lei antiga não está sujeita a revisão a partir de regras e pressupostos previstos na lei moderna, e, ainda quando nessas causas certas regras procedimentais da nova disciplina possam ser aplicadas, os atos nela validamente praticados não

podem ser atingidos, devendo a lei ser aplicada com força prospectiva.

Algo mais delicado é a questão de saber se plano de **recuperação extrajudicial** celebrado antes da Reforma e que então não contava com a adesão prévia de 3/5 dos créditos de cada espécie por ele abrangidos poderá ser **homologado com força expansiva**, se para isso já contar com o apoio da maioria exigida pela lei vigente, que a reduziu para metade dos créditos (LRE, art. 163). A literalidade da nova regra poderia sugerir a segunda alternativa, mas a interpretação sistemática da lei (em especial em conjunto com o preceito que ordinariamente condiciona os efeitos do plano à sua homologação) e a aceitação da lógica ideia de que a adesão de um credor ao plano se dá sempre sob o pressuposto da aplicação da lei então vigente (e, portanto, do respeito à maioria então exigida para se impor a terceiros) apontam, a nosso ver, para a compreensão de que o percentual mínimo exigido para a extensão dos efeitos do plano, via homologação expansiva, será sempre o vigente na data do plano (aliás, o mesmo marco temporal utilizado para a conversão dos créditos em moeda estrangeira para esse mesmo fim), e não a do ajuizamento do pedido de homologação.

É também à lei vigente à época da ocorrência de um fato que se deve recorrer para determinar as suas consequências. Logo, a **convolação da recuperação judicial em falência** fundada no descumprimento dos parcelamentos fiscais referidos no art. 68 da LRE só se justifica se o fato tiver se verificado sob o império da lei nova (LRE, art. 73, inciso V). O mesmo se diga a respeito da convolação em falência por ato de esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa (LRE, art. 73, inciso VI), a qual não poderá ter por fundamento atos praticados sob a égide da lei antiga, dado que nela não se previa essa consequência.

Mas, por efeito da aplicação imediata da lei nova, sempre em linha com a ideia de isolamento dos atos processuais, parece adequado entender que,

21. Cf.: "Rege-se a forma de todo ato jurídico por lei do tempo em que ele se realiza, ainda que uma regra positiva ulterior imponha o contrário sob pena de nulidade, ou dispense ou atenuie o exigido em norma pretérita. A validade intrínseca e a extrínseca obedecem ao brocardo - *tempus regit actum*" (MAXIMILIANO, 1946, n. 22, p. 35). Cf. ainda, na mesma obra, n. 154, p. 183-184; n. 157-158, p. 185-187; e n. 164-165, p. 192-195. Cf. também: Bento de Faria (1934, n. 57, p. 107); e Vicente Ráo (1952, n. 303, p. 463).

nas falências em curso quando da entrada em vigor da LRE, se ainda não ultrapassados os marcos temporais previstos na própria lei nova, deverá o juiz instaurar o **incidente de classificação de crédito público** (LRE, art. 7º-A). Em linha com essa mesma ideia, a obrigatoriedade de formação e funcionamento do **conselho fiscal** em companhias abertas enquanto durar a fase de recuperação, incluindo o período de cumprimento das obrigações assumidas (LRE, art. 48-A), se impõe mesmo se o processo tiver se iniciado antes da Reforma.

Como se vê, a entrada em vigor da Reforma, que tanto alterou a Lei nº 11.101/2005 e, com isso,

renovou o sistema de insolvência empresarial, certamente suscitará acaloradas discussões entre devedor e credores, e credores entre si, a respeito da aplicação das novas regras às causas pendentes. Ainda quando se percebe que muitas dessas questões delicadas de Direito Intertemporal deixaram de ser expressamente reguladas no art. 5º da Lei nº 14.112/2020 e, por isso, terão que ser equacionadas pela doutrina e pela jurisprudência com apoio nas regras e princípios gerais desse ramo da ciência jurídica, bem andou o legislador em procurar dar respostas a muitas outras. Se foram suficientes ou não, aqui certamente só o tempo dirá. ●

BIBLIOGRAFIA

- ADAMEK, Marcelo Vieira von. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Comentários às Disposições Transitórias da nova Lei de Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FARIA, Bento. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal (ou teoria da retroatividade das leis)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.
- NUNES, Hélio da Silva. A "disregard doctrine", a falência, a extensão da falência e a extensão dos efeitos da falência. *Revista de Direito Mercantil – RDM*, São Paulo: Malheiros, v. 120, p. 22-40, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. v. 1. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 105, 2009.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. v. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.



Classificação de crédito na recuperação judicial e na falência: alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020.



MARIA RITA REBELLO PINHO DIAS

Juíza titular da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital de São Paulo. Formada pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC. Doutoranda em Direito Processual pela USP.

SUMÁRIO

1. Alterações da Lei nº 14.112/2020 aos arts. 83 e 84 da LRF
 2. Direito Intertemporal
 3. Conclusão
- Bibliografia

O presente artigo tem por objetivo analisar as alterações implementadas pela Lei nº 14.112/2020 na Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperações Judiciais e Falências (LRF), no que toca aos dispositivos legais que disciplinam a classificação do crédito.

O procedimento de recuperação judicial ou extrajudicial e o procedimento falimentar, em grossa análise, têm em comum o fato de envolverem diversos credores de um empresário ou de uma sociedade empresária em crise ou em situação de insolvência. Enquanto o primeiro busca a reestruturação da empresa, nos termos do art. 47 da LRF, o segundo objetiva a liquidação célere do ativo para pagamento do passivo, permitindo o encerramento da atividade empresarial, conforme preceitua o art. 75 do mesmo diploma legal. De qualquer modo, por envolverem uma pluralidade de interesses de credores, é preciso organizar a forma como eles se manifestaram nesses procedimentos e como suas ponderações deverão ser consideradas, e, ainda, no procedimento falimentar, como receberão seus créditos.

Para organizar esse procedimento que envolve uma pluralidade de credores, o legislador entendeu ser relevante classificá-los, organizando-os conforme a natureza ou a titularidade de seu crédito, para, assim, pela aglutinação dos interesses semelhantes em mesma classe de credores, conseguir, no procedimento falimentar, elencar ordem legal prioritária de pagamentos a ser seguida, elaborada com base na maior vulnerabilidade do credor ou no interesse social do crédito,¹ e, desse modo, assegurar uma distribuição mais eficiente e socialmente justa dos parques ativos, presumidamente insuficientes na falência. A mesma classificação legal é utilizada, também, para organizar a forma como são debatidas

1. "O privilégio no tratamento é decorrente da maior vulnerabilidade de seu titular, ou da maior relevância social. Os credores devem ser agrupados em razão da semelhança de qualidade entre seus créditos e de modo a receberem tratamento idêntico em face dos ativos do devedor. A identidade de tratamento ocorre, contudo, apenas entre os credores da mesma classe" (SACRAMONE, 2020, p. 423).

questões que afetam os credores nos procedimentos de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, permitindo que grupos com interesses semelhantes possam analisar as implicações de questões relevantes a ambos os procedimentos sob a perspectiva das características de seu crédito, contribuindo posteriormente para manifestação final de vontade de toda a coletividade de credores.

A classificação dos credores tanto no procedimento falimentar quanto no procedimento de recuperação judicial/extrajudicial mostra-se imprescindível para a eficiente e racional tramitação desses procedimentos, ambos coletivos e compulsórios, permitindo a coordenação dos credores e seus interesses, e, ao final, em última análise, a potencialização do atendimento de seus interesses, seja organizando os pagamentos no processo concursal da falência, seja permitindo uma negociação coletiva de condições relacionadas ao seu crédito, viabilizando o seu adimplemento, apurada após formalização da manifestação coletiva de vontade em assembleia geral de credores.

A disciplina da classificação dos créditos é, portanto, fundamental para estruturação dos dois procedimentos anteriormente mencionados.

A classificação legal dos créditos está prevista nos arts. 83 e 84 da LRF, que foram alterados pela Lei nº 14.112/2020, conforme passo a analisar.

1. Alterações da Lei nº 14.112/2020 aos arts. 83 e 84 da LRF

A Lei nº 14.112/2020 trouxe consideráveis alterações nos dispositivos que tratam da classificação de crédito.

A primeira alteração relevante a se destacar consiste em trazer maior clareza quanto à ordem legal de pagamentos que deve ser observada no procedimento falimentar.

Observo que não houve alteração ao disposto nos arts. 149 e 153 da LRF, que disciplinam que se deve seguir a seguinte ordem para pagamento

dos credores: inicialmente as restituições, após, os créditos extraconcursais mencionados no art. 84 da LRF, e, posteriormente, os créditos concursais, seguindo a ordem prevista no art. 83 do mesmo diploma legal. Somente após pagos todos esses credores é que os acionistas ou sócios teriam direito a perceber eventual quantia, como resultado da liquidação da sociedade, por conta de sua participação social (art. 153, LRF).

A nova redação do art. 84 da LRF incluiu, contudo, como crédito extraconcursal as restituições em dinheiro. Logo, restou aclarado que as restituições a que se refere o art. 149 são aquelas em bens, conforme previsto no art. 85 do mesmo diploma normativo. Justifica-se a exclusão dos bens pertencentes a terceiros da massa falida objetiva antes de se iniciar qualquer pagamento, para se assegurar que somente bens pertencentes ao falido respondam por suas obrigações.

A nova redação do art. 84 da LRF incluiu como crédito extraconcursal as restituições em dinheiro.

Necessário esclarecer que, muito embora seja princípio orientador do procedimento falimentar o tratamento paritário de credores,² essa paridade somente se verificará na mesma classe de credores. Em outras palavras, para se compatibilizar a necessidade de tratamento paritário de credores e a insuficiência de ativos, o legislador impôs como critério

2. "O tratamento paritário dos credores é o principal objetivo do processo falimentar. [...] Esse princípio paritário, ao mesmo tempo que assegura aos credores com título de mesma natureza, a igualdade, estabelece hierarquias em favor dos mais necessitados (os empregados) e, em parte, do interesse público (representado pelos créditos fiscais), relegando ao fim da fila a generalidade dos empresários. O tratamento privilegiado dispensado aos credores com garantia real – que são em sua maioria bancos (e, portanto, também empresários) – visa criar as condições para o barateamento do crédito bancário, visando atender, em última análise, ao interesse da economia nacional" (COELHO, 2021, p. 306).

que fossem pagas cada classe, em sua integralidade, e, somente se remanescessem ativos, seria paga a próxima classe. Justamente por esse motivo, a classificação dos créditos é tão importante.

Restituídos os bens pertencentes a terceiros, os pagamentos devem ser feitos inicialmente aos créditos denominados pelo legislador como extraconcursais, que estão relacionados no art. 84 da LRF.³ Trata-se de conceito que foi positivado de forma originária pela Lei nº 11.101/2005,⁴ muito embora a jurisprudência já admitisse anteriormente o pagamento de algumas despesas da massa de forma prioritária.

A doutrina critica o termo "extraconcursal", que continuou a ser empregado mesmo após a reforma em análise, visto que esses créditos podem, a depender das circunstâncias, ser submetidos também a regime concursal.⁵ Na verdade, os créditos

3. "A antecipação do pagamento dos credores trabalhistas deverá ser realizada após a restituição dos bens de terceiros que se encontrem em poder do devedor na data da decretação da falência. Tais bens deverão ser restituídos com absoluta prioridade (art. 85). Essa prioridade é exigida porque os bens de terceiros, arrecadados pelo administrador judicial, não deveriam compor a Massa Falida objetiva e ser liquidados pelo administrador judicial para a satisfação dos credores do falido e da Massa. Apenas o patrimônio do falido e dos sócios ilimitadamente responsáveis deverá ser utilizado para a satisfação das obrigações sociais, sob pena de se ferir o direito constitucional à propriedade" (SACRAMONE, 2020, p. 438).

4. "Esta figura de crédito extraconcursal inexistia na lei anterior, sem embargo de criação pretoriana que permitia o reembolso imediato das despesas necessárias à administração da massa falida. Lobato (p. 2010) diz que são créditos não sujeitos à regra do concurso, ante sua hierarquia primacial na categoria dos credores. Do exame de cada um dos incisos abaixo, verifica-se que a Lei preocupou-se em determinar o pagamento preferencial dos valores despendidos com a administração prestadas após o decreto de falência, por serviços prestados à massa ou por despesas decorrentes desses serviços" (BEZERRA FILHO, 2017, p. 259).

5. "Os créditos extraconcursais são aqueles a que o administrador judicial deve atender antes do pagamento dos credores da sociedade falida. São duas as espécies de créditos extraconcursais: os relacionados à administração da falência e as restituições em dinheiro. A primeira espécie tem preferência sobre a segunda, de modo que somente são atendidos os titulares de direitos às restituições em dinheiro depois do pagamento dos credores da massa caso sobre recursos. Note-se que a expressão escolhida pela lei para identificar essa categoria de beneficiários ('extraconcursais') não é por tudo apropriada porque pode eventualmente haver concurso entre alguns desses créditos. De fato, não há »

relacionados no art. 84 da LRF referem-se sobretudo a despesas incorridas pela massa falida ou apuradas após a falência ou durante a recuperação judicial, ao passo que os créditos relacionados no art. 83 do mesmo diploma normativo, denominados “concurais”, referem-se àqueles que foram contraídos pelo falido.

Se, porventura, for necessário proceder também os créditos relacionados no art. 84 da LRF a eventual rateio, deve-se observar a ordem escalonada pelo legislador, observando-se a ordem das despesas indicadas em seus incisos. Isso porque evidencia-se que o *caput* do referido dispositivo expressamente dispôs que esses créditos extraconcurais seriam pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 “na seguinte ordem”.^{6 e 7} Segundo a doutrina, essa expressão indica, claramente, classes prioritárias, as quais também devem ser observadas para organizar e classificar os créditos extraconcurais.

Incluíram-se nos incisos do art. 84 da LRF disposições que estavam esparsas na legislação

» falar em rateio entre os credores da massa, mas, se não houver recursos suficientes para atender às restituições em dinheiro, deve-se proceder à divisão das disponibilidades entre os titulares do direito, proporcionalmente ao crédito de cada um, e isso corresponde a um concurso” (COELHO, 2016, p. 334).

6. “Como são diversos os tipos de créditos extraconcurais, a Lei definiu uma hierarquia entre eles no intuito de determinar a ordem em que serão pagos, sendo tal divisão importante para os casos em que os ativos da massa sequer são suficientes para saldar todos os créditos extraconcurais. Nesses casos, quando os recursos não forem suficientes para satisfazer todos os créditos com iguais características, os valores deverão ser rateados entre todos os equivalentes, levando em consideração a proporcionalidade do valor dos créditos (COELHO, 2016, p. 116). A respeito da hierarquia entre classes para pagamento, deve-se respeitar a ordem crescente dos incisos estabelecidos pela reforma da Lei. Sendo assim, verifica-se que deverão ser satisfeitos, antes de todos os outros, os créditos extraconcurais aos quais se referem a Lei 11.101/2005, arts. 150 e 151 [...]” (COSTA; MELO, 2020, p. 222).

7. “Os credores da massa devem ser pagos pelo administrador judicial assim que vencerem seus respectivos créditos. Não há concurso entre eles, exceto se faltarem recursos para o pagamento integral dos titulares de créditos autorizados. Nesse caso, atendidos integralmente os demais credores da massa, divide-se o saldo de caixa remanescente entre os credores por crédito autorizado proporcionalmente ao valor de cada um” (COELHO, 2021, p. 326).

falimentar, ordenando-as, deixando clara ordem legal a ser observada pelos pagamentos.

Muito embora antes da Lei nº 11.101/2005 a doutrina já afirmasse que, antes de iniciar os pagamentos dos créditos extraconcurais, dever-se-ia pagar de forma prioritária os créditos estipulados nos arts. 150 e 151, e as restituições em dinheiro previstas no art. 86, o legislador optou por inserir esses créditos dentro da designação de “extraconcurais”, aclarando a ordem em que deveriam ser pagos e eliminando dúvidas.⁸ Desse modo, a Lei nº 14.112/2020 inseriu os incisos I-A a I-C antes do que era o antigo inciso I, transformando este em inciso I-D.

Outra alteração bastante relevante da Lei nº 14.112/2020 foi atribuir aos financiamentos concedidos durante a recuperação judicial tratamento prioritário dentre os créditos extraconcurais. Desse modo, o legislador assegurou prioridade no pagamento de créditos oriundos de valores efetivamente entregues ao devedor em recuperação judicial pelo financiador e que, por óbvio, não tiveram sido objeto de garantia de alienação fiduciária em garantia – uma vez que, do contrário, o bem dado em garantia será alvo de pedido de restituição. O objetivo do legislador foi o de, ao priorizar esse pagamento, estimular a concessão de crédito para empresa em crise.

Como consequência das alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020, passaram a ser considerados créditos extraconcurais os créditos a seguir relacionados, observando-se que, para seu pagamento, deve ser respeitada a ordem de prioridade estipulada pelo legislador, a seguir indicada, da maior para a menor prioridade:

Primeira classe de créditos extraconcurais: as quantias mencionadas nos arts. 150 e 151 da LRF (art. 84, inciso I-A). Refere-se a, respectivamente, despesas indispensáveis à administração da

8. “Essa ordem é, hoje, resultado da convergência de um conjunto variado de dispositivos legais, fonte constante de conflitos e incertezas” (COELHO, 2016, p. 306).

falência, incluindo as decorrentes da continuidade provisória da atividade do falido, além dos salários em atraso e vencidos nos três meses anteriores à falência, até o limite de cinco salários mínimos para cada trabalhador, referindo-se a verbas estritamente salariais que, apesar de terem natureza concursal, terão seu pagamento antecipado.

Segunda classe de créditos extraconcursais: valores efetivamente entregues pelo financiador ao devedor em recuperação judicial, nos termos do Capítulo III, Seção IV-A (art. 84, inciso I-B). Trata-se de inovação da Lei nº 14.112/2020, que reconheceu não apenas como extraconcursal, mas, sobretudo, como absolutamente prioritário o crédito proveniente de valores objeto de financiamento concedidos durante a recuperação judicial, com o claro intuito do legislador de estimular o crédito para empresas em crise.⁹

Terceira classe de créditos extraconcursais: créditos em dinheiro objeto de restituição, nos termos do art. 86 da LRF (art. 84, inciso I-C). A reforma legislativa em análise incluiu esses créditos entre os extraconcursais, reconhecendo que devem ser pagos com prioridade em face dos encargos da massa, apenas depois das despesas indispensáveis à sua administração e às verbas alimentares salariais de empregados e dos valores correspondentes a quantias entregues por financiamento.¹⁰

Quarta classe de créditos extraconcursais: as remunerações devidas ao administrador

9. "Caso frustrada a recuperação judicial, o credor que emprestara recursos para o financiamento da recuperanda ou da implantação do plano de recuperação (arts. 69-A a 69-F) deve ser pago como extraconcursal" (COELHO, 2021, p. 325).

10. "As restituições em dinheiro (Lei 11.101/2005, art. 86) são consideradas créditos extraconcursais, a serem pagos antes mesmo do administrador judicial e seus auxiliares. Foi a reforma legislativa que fez a inclusão desses créditos entre os extraconcursais. Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 323) já se manifestava no sentido de que esses credores deveriam ser satisfeitos antes do pagamento de qualquer dos credores da massa falida, na medida em que, segundo eles, se forem pagos primeiramente os credores da massa falida, poderá então ocorrer satisfação de crédito utilizando-se de ativo não integrante do patrimônio do devedor (Lei 11.101/2005, art. 84, I-C)" (COSTA; MELO, 2020, p. 222).

judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência (art. 84, inciso I-D). Essa subclasse não sofreu muita alteração em relação à redação anterior, originária da Lei nº 11.101/2005, em que vinha descrita, em seu inciso I, tendo sido incluída apenas a menção aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores.

Quinta classe de créditos extraconcursais: as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 da LRF, ou após a decretação da falência (art. 84, inciso I-E). Essa classe que, na redação originária do art. 84 da Lei nº 11.101/2005 encontrava-se no seu inciso V, foi priorizada pela Lei nº 14.112/2020 e certamente incentiva contratações realizadas durante a recuperação judicial, contribuindo para fomentar o objetivo de tornar mais efetiva a reestruturação de empresas.¹¹ Em relação à redação anterior, observa-se que, enquanto antes mencionava, nessa classe, apenas os tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a falência, a nova redação transforma em extraconcursal todas as obrigações resultantes de atos válidos praticados após a falência. Já com relação aos tributos cujos fatos geradores ocorreram após a decretação da falência, foram transformados em outra classe de crédito extraconcursal, conforme se verá a seguir, e seu pagamento foi despriorizado.

11. "Diante da crise econômica que o motivou a ingressar com a recuperação judicial, natural que os seus fornecedores e consumidores deixem de contratar com o recuperando se tiverem receio de que esse empresário em crise poderá não ter condições de cumprir suas obrigações e de que não serão satisfeitos por ocasião de eventual falência. A prioridade no tratamento conferido aos credores que continuarem a contratar com o empresário durante sua recuperação judicial é assegurada pela legislação de modo a se incentivar que não haja a interrupção do fornecimento de mercadorias ou serviços justamente no período em que o empresário devedor mais necessita" (SACRAMONE, 2020, p. 441).

A redação anterior da lei previa, ainda, que esses créditos seriam pagos em conformidade com as classes do art. 83 da LRF, o que foi suprimido na nova redação do dispositivo, trazido pela Lei nº 14.112/2020. Essa supressão poderia denotar que todos esses créditos devem ser pagos em igualdades de condições e, em caso de insuficiência de ativos, ser rateados de forma igual, desconsiderando-se a classificação do art. 83.

Sexta classe de créditos extraconcursais: quantias fornecidas à massa por credores (art. 84, inciso II). Essa classe vinha, na redação original da Lei nº 11.101/2005, também no inciso II do art. 84, mas imediatamente após os créditos que, agora, após a reforma legislativa, passaram a se encontrar na quarta classe de créditos extraconcursais. Essa classe foi deslocada pela Lei nº 14.112/2020, que priorizou, em seu desfavor, as obrigações contraídas durante a recuperação judicial.

Sétima classe de créditos extraconcursais: despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custos do processo de falência (art. 84, inciso III). Essa classe de crédito extraconcursal não sofreu alteração na composição dos créditos que a formam, tendo sido, apenas, reordenada diante da inclusão, como extraconcursais, de outros créditos cujo pagamento foi considerado pelo legislador como mais prioritário.

Oitava classe de créditos extraconcursais: custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida (art. 84, inciso IV). Essa subclasse não sofreu alteração na composição dos créditos que a formam, tendo sido apenas despriorizada pelo legislador, conforme mencionado anteriormente.

Nona classe de créditos extraconcursais: tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 da LRF (art. 84, inciso V). Conforme mencionado anteriormente, os tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência foram despriorizados,

passando a ocupar a última subclasse dos créditos extraconcursais.¹²

Muito embora não exista um conceito legal do que sejam créditos extraconcursais, o legislador, ao inserir novos incisos no art. 84, trouxe substancial alteração nas normas que disciplinam a classificação do crédito extraconcursal. Isso porque, em resumo, o legislador da reforma aclarou quais são os créditos que podem se enquadrar no conceito legal de "crédito extraconcursal", inserindo nesse dispositivo créditos que estavam previstos de forma esparsa na legislação falimentar e que, por esse motivo, geravam dúvida quanto à forma de seu tratamento, organizando a ordem de seu pagamento.

Também se observaram alterações na composição dos créditos concursais, assim definidos como aqueles elencados no art. 83 da LRF.

A **primeira classe dos créditos concursais**, prevista no art. 83, inciso I, continua se **referindo aos créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidente do trabalho**, estes sem limitação do valor.

A **segunda classe**, prevista no inciso II do art. 83, **continua sendo composta dos créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado**, ou seja, titulares de direitos decorrentes de hipoteca, penhor e anticrese.

A **terceira classe de créditos encontra-se no art. 83, inciso III, e se refere aos créditos tributários**, independentemente de sua natureza e do tempo de constituição, exceto os extraconcursais e as multas tributárias.¹³

12. "Sem maiores explicações quanto a esse dispositivo, a alteração da Lei de Falência excluiu da classe dos créditos extraconcursais referente aos demais créditos surgidos durante a falência o crédito tributário. O crédito tributário relativo a fato gerador posterior à decretação da falência será a última classe prioritária dentro dos créditos extraconcursais" (SACRAMONE, 2020, p. 443).

13. Sobre a amplitude do conceito de crédito tributário, destaco entendimentos distintos da doutrina. "O crédito tributário não se confunde como crédito fiscal. A Lei n. 4930/64 caracteriza, em seu art. 39, § 2º, os créditos fiscais como quaisquer créditos da Fazenda Pública, tanto tributários quanto não tributários. [...] »

Constata-se, portanto, que não houve qualquer alteração quanto à classificação dos créditos concursais nas três primeiras classes que o compõem.

Foram suprimidas, contudo, as antigas classes referentes aos créditos com privilégio especial (art. 83, inciso IV) e com privilégio geral (art. 83, inciso V), ambos revogados pela Lei nº 14.112/2020, os quais, por expressa previsão do art. 83, § 6º, passaram a ser considerados quirografários. Parte da doutrina questiona a alteração promovida pela reforma legislativa, afirmando que houve equiparação, no processo falimentar, de créditos titulares de privilégios com créditos que não são dotados de qualquer privilégio, de modo que tais privilégios apenas permanecem efetivos em processos de insolvência civil.¹⁴

» Embora espécie dos créditos fiscais, apenas os créditos tributários integram essa terceira classe preferencial de pagamento. Os demais créditos fiscais devem ser classificados conforme a natureza da obrigação." (SACRAMONE, 2020, p. 431). "A terceira classe dos credores da falida é a dos créditos públicos, isto é, os disciplinados pelo direito público. São créditos titularizados pelo Estado ou por ente ao qual a lei estende as garantias e prerrogativas deste. Engloba, assim, os créditos **fiscais** (do Estado e seus desmembramentos) e os **parafiscais** (dos entes aos quais foram estendidas as garantias e prerrogativas do Estado). Dividem-se os créditos fiscais em tributários e não tributários, isto é, os direitos creditícios titularizados pelo estado podem decorrer de inadimplemento pelo falido de obrigação relativa a tributo (impostos, taxas e contribuições) ou relacionada a qualquer outra causa (pex, indenização por acidente de trânsito, descumprimento de contratos de fornecimento de bens ou serviços, prejuízos derivados da má execução da obra etc.). [...] Definir a melhor forma de cobrar o devedor, nesse caso, é ato discricionário. Em relação a eles, portanto, o administrador judicial deve guiar-se por critério estritamente formal: quando inscrito na dívida ativa, o crédito não tributário do Estado tem a mesma classificação do tributário (Lei n. 6.380/80, art. 4º, § 4º) e deve ser pago igualmente após os trabalhistas e equiparados e os credores com garantia real, mas, quando não está inscrito, sua classificação correta é a dos quirografários, devendo o administrador judicial processar o pagamento junto com o dos demais credores dessa categoria" (COELHO, 2021, p. 316-317). "O CTN, art. 3º, conceitua como crédito tributário 'toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada'. O CTN, art. 5º, também estabelece como tributos 'os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria'" (COSTA; MELO, 2020, p. 219).

14. "Antes de 2020, essa categoria era dividida em duas classes: os titulares de garantia real e os de privilégio especial. Em comum entre eles existia a vinculação entre o produto da venda de determinado bem da falida e a satisfação do crédito garantido »

Em decorrência da alteração legislativa supra mencionada, **a quarta classe dos créditos concursais tornou-se a dos créditos quirografários** (art. 83, inciso VI), que são definidos, em lei, de forma residual, ou seja, correspondem a todos aqueles créditos que não estão expressamente previstos nos demais incisos, incluindo, também, os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento e os saldos dos créditos derivados da legislação trabalhista que excederem o limite de 150 salários mínimos.

Foram suprimidas as antigas classes referentes aos créditos com privilégio especial e com privilégio geral.

A quinta classe dos créditos concursais tornou-se a que se refere às multas contratuais e às penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativa, incluídas as multas tributárias (art. 83, inciso VII). Não houve alteração na redação dos créditos que compõem esse inciso pela reforma legislativa.

A essa classe, segue-se a **sexta classe dos créditos concursais, formada pelos créditos subordinados** (art. 83, inciso VIII), que é composta daqueles créditos que são assim previstos em lei ou em contrato, ou, ainda, os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

» ou privilegiado. Os credores não sujeitos a rateio têm o seu direito creditício atendido com o produto da venda de certos bens sobre os quais recai a garantia real ou o privilégio especial. A diferença entre os credores de cada subclasse diz respeito à origem da vinculação. Na hipótese de credor com garantia real, o produto da venda do bem onerado (hipotecado, empenhado, caucionado etc.) e destinado prioritariamente ao pagamento do crédito garantido em decorrência de ato de vontade das partes. [...] Já na hipótese de credor com privilégio especial, a vinculação é determinada pela lei, independentemente de ato de vontade das partes. A Reforma de 2020, a meu ver equivocadamente, eliminou a classe dos credores com privilégio especial. Agora, o único credor não sujeito a rateio é o titular de garantia real" (COELHO, 2021, p. 314-325).

Com relação ao crédito dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício, a reforma legislativa trouxe substancial modificação ao esclarecer que somente serão classificados como subordinados os créditos contraídos por essas pessoas que não tenham observado “as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado”.

A referida alteração é significativa, visto que, *a contrario sensu*, se a contratação efetuada por sócios e administradores sem vínculo empregatício tiver obedecido a condições comutativas e as práticas de mercado, o crédito deverá ser considerado por sua natureza, que, em regra, apontará para sua classificação como crédito quirografário.

O legislador esclareceu, portanto, que a classificação do crédito de contratações envolvendo sócios e administradores não deve obedecer a critério formal relativo à sua titularidade, mas sim observar as condições pactuadas.

Será preciso, ainda, que o sócio ou o administrador sem vínculo empregatício comprove que, apesar de não observar condições estritamente comutativas e as práticas de mercado, o seu crédito não decorre de negócio jurídico praticado com violação dos deveres legais que lhe são impostos pela legislação societária. Isso porque, conforme alerta a doutrina, negócios praticados em desconformidade com esses deveres são anuláveis, o que, evidentemente, impactaria na classificação desse crédito na falência, que, além de ser considerado subordinado, poderia ser habilitado apenas ao valor de mercado/correspondente à prática equitativa de mercado.¹⁵

15. “A legislação falimentar, nesse aspecto, parece tutelar a contratação pelos sócios e administradores em parâmetros não equitativos e que forneceriam a estes, inclusive, o direito de recebimento dos excedentes acima do valor de mercado como crédito subordinado. A interpretação não poderá ser assim tão simples. Nos termos do art. 156, § 2º, da Lei n. 6.404/76, Lei das S.A., o negócio contratado pelo administrador em condições não razoáveis e equitativas é considerado anulável, de modo que o administrador deveria transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido. De forma análoga, nas sociedades simples e »

Também não abrange essa classe os créditos que porventura os sócios possam deter por força de sua participação social, com encerramento da sociedade. Esses créditos somente serão pagos após o pagamento de todos os créditos, extraconcursais e concursais (incluídos os juros), se houver sobra de ativos, conforme previsto no art. 153 da LRF.

Interessante observar que a reforma legislativa, **inseriu como última classe dos créditos concursais a sétima, referente aos juros vencidos após decretação da falência**, conforme previsto no art. 124 da LRF.

Muito embora a redação originária da Lei nº 11.101/2005 já previsse que somente poderiam ser incluídos no crédito a ser habilitado aqueles juros vencidos até a data da decretação da quebra, ocasião após a qual seriam suspensos, e, ainda, que somente poderiam ser pagos se houvesse ativos suficientes para quitação prévia de todos os créditos habilitados, a Lei nº 14.112/2020 inovou ao os incluir como uma classe de crédito concursal.¹⁶

» regra geral para os demais tipos societários, no art. 1.010, o administrador deve aplicar o cuidado e a diligência para tutelar os interesses da sociedade, e não os próprios, de modo que deverá restituir, pelo art. 1.017 do Código Civil, o prejuízo do emprego de bens sociais em proveito próprio. Pela análise dos dispositivos, poder-se-ia sustentar que, enquanto o referido crédito não for anulado, ele seria devido pela massa falida integralmente e, por conta disso, deveria ser satisfeito como subordinado, da forma em que prevista pela lei. Contudo, o art. 5º da própria Lei n. 11.101/2005 determina que as obrigações a título gratuito não são exigíveis do devedor no procedimento falimentar, nem na recuperação judicial. O crédito contratado em condição não equitativa, nesses termos, enquanto não for anulado, não poderia ter seu excedente incluído pois referido valor foi contraído sem qualquer prestação pelo referido devedor. Nesse aspecto, contraído em condições não equitativas, o valor de mercado da remuneração deverá ser incluído como crédito subordinado, como opção legal por sancionar referida prática desconforme ao sistema jurídico, mas apenas em relação ao valor de mercado da contraprestação. Quanto ao excedente, que extrapola o valor de mercado da contraprestação efetivamente realizada pelo credor, deve ser considerado como obrigação a título gratuito e, portanto, não passível de ser exigido pelo devedor, nem na recuperação judicial, nem na falência” (SACRAMONE, 2020, p. 434-435).

16. “Esses créditos já eram listados os processos falimentares com base no art. 124 dessa Lei, mas agora estão normatizados junto aos demais créditos. Esses juros serão devidos somente »

A doutrina observa que essa previsão pode dificultar a elaboração de Quadro Geral de Credores, pois o valor imputável aos juros vencidos após a falência varia no tempo.¹⁷

Por fim, somente após o pagamento de todos os créditos, extraconcursais e concursais, incluindo juros, se houver saldo, ele será distribuído entre os sócios, conforme sua participação societária, nos termos do art. 153 da LRF.

Com relação à nova disciplina da classificação de crédito, trazida pelas alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020, destaca-se também a revogação do § 4º do art. 83, que previa que os créditos trabalhistas cedidos a terceiros seriam considerados quirografários. A reforma legislativa inseriu no art. 83 o § 5º, que mudou radicalmente esse entendimento, indicando que os créditos cedidos a qualquer título mantêm sua natureza e classificação.^{18 e 19}

» se a massa falida possuir saldo suficiente para o pagamento integral dos créditos subordinados e de seus superiores" (COSTA; MELO, 2020, p. 220).

17. "Referida inclusão somente traz complicações. Como o referido crédito não terá como marco temporal a decretação da falência, como todos os demais créditos, e sua majoração será feita ao longo do tempo, a lista de credores e o quadro-geral de credores precisará estar sempre em mutação até o momento do pagamento da referida classe, o que torna impossível o trabalho de todos. Por seu turno, nos termos do art. 41, os titulares dos referidos créditos não poderão votar na Assembleia Geral de Credores, por ali não estarem especificados e, como todos os credores teriam direito a juros, o voto de todos com ou sem esse referido acréscimo seria absolutamente idêntico. Desta forma, deve-se realizar uma interpretação sistemática dos dispositivos da Lei, de modo a se assegurar que os juros vencidos após a decretação da falência somente serão satisfeitos nos termos do art. 124 da Lei n. 11.101/2005. Os juros posteriores à decretação da falência, nesses tempos, não deverão integral o Quadro-Geral de Credores. Eles somente serão satisfeitos após satisfeitos todos os demais créditos principais. Caso isso ocorra, o pagamento dos juros deverá respeitar a ordem preferencial de pagamentos década uma das classes" (SACRAMONE, 2020, p. 435-436).

18. "A regra geral do Código Civil é a de que a cessão de crédito importa a transferência ao cessionário de todas as preferências do crédito cedido (CC, art. 287 e 349). Antes da Reforma de 2020, a LF excepcionava da regra geral os credores trabalhistas, num jeito torto de os proteger. Atualmente, a regra geral da transferência das preferências no caso de cessão tem plena aplicação ao processo falimentar" (COELHO, 2021, p. 324).

19. "Nesse ponto houve grande mudança no texto da Lei falimentar. Na regra anterior, descrita no revogado § 4º desse artigo, eventuais créditos trabalhistas que fossem cedidos deveriam »

2. Direito Intertemporal

Uma questão que pendente é a partir de que momento as alterações promovidas na classificação do crédito passam a ser vigentes.

O art. 5º da Lei nº 14.112/2020 afirma que essa lei terá vigência e a aplicação imediata aos processos pendentes, observado o disposto no art. 14 do CPC, o qual, por sua vez, esclarece que a legislação processual não retroagirá e será aplicada imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da legislação antiga.

Após o pagamento de todos os créditos, extraconcursais e concursais, se houver saldo, ele será distribuído entre os sócios.

O § 1º do referido art. 5º esclarece que as novas regras sobre classificação de crédito, trazidas pela Lei nº 14.112/2020, somente incidirão nas falências decretadas, inclusive as decorrentes de convalidação, e aos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados após o início de sua vigência.

Logo, razoável concluir que as novas regras de classificação do crédito não afetam as falências já decretadas nem os pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados antes do início da vigência da Lei nº 14.112/2020.

» ser reclassificados como quirografários. Agora, conforme disposto na Lei 11.101/2005, art. 83, § 5º, a cessão do crédito ocorrerá sem alteração da sua qualificação. Nesse sentido, o cessionário será titular do crédito com as mesmas características que possuía antes da ocorrência da cessão. Essa alteração na Lei tem por objetivo valorizar os créditos trabalhistas no mercado secundário de cessão de créditos" (COSTA; MELO, 2020, p. 220).

3. Conclusão

Conforme visto, neste artigo, foram realizadas consideráveis alterações nas regras que disciplinam a classificação de crédito na falência e nas recuperações judiciais e extrajudiciais. Muito embora algumas delas se limitem a organizar regras esparsas já

existentes na própria legislação falimentar, outras, por outro lado, pareceram querer fomentar e dar mais segurança jurídica aos financiamentos e contratações realizadas durante as recuperações judiciais. Necessário aguardar a sua aplicação para verificar como essas novas alterações irão contribuir para o atingimento desse objetivo. ●

BIBLIOGRAFIA

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências* – Lei nº 11.101/2005, comentada artigo por artigo. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas* – Lei 14.112/20, Nova Lei de Falências. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* – Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2006. Curitiba: Juruá, 2020.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.



**MÁRIO LUIZ OLIVEIRA
DA COSTA**

Advogado militante na área de Direito Tributário, com cursos de especialização em Direito Tributário (CEU) e Direito Empresarial (PUC-SP). Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Conselheiro e diretor da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

Regularidade fiscal na recuperação judicial.

Introduzido entre nós pela Lei nº 11.101/2005 (LRJF), o importante procedimento da recuperação judicial teve dentre seus entraves práticos, desde o início, a exigência de comprovação de regularidade fiscal como uma das condições para sua concessão judicial.¹

Como se sabe, a jurisprudência se consolidou no sentido de afastar a exigência de regularidade fiscal enquanto ausente o parcelamento de débitos fiscais de forma mais vantajosa, aos devedores em recuperação judicial (previsto no art. 68 da LRJF).

Assim se verificou, como consignou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o pressuposto de que

“O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação”.²

Afinal, como então bem asseverou o ministro Luis Felipe Salomão,

1. Já em sua redação original, determinava o art. 57 da LRJF que, “Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, ao passo que, nos termos do art. 58 da mesma lei, a concessão judicial da recuperação judicial dependia – e continua dependendo – do cumprimento das “exigências desta Lei”. O art. 191-A do Código Tributário Nacional (CTN), introduzido pela Lei Complementar nº 118, é ainda mais categórico ao estabelecer que “A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei” (“todos os tributos”, ou seja, de quaisquer espécie ou natureza, sejam eles federais, estaduais ou municipais).

2. Corte Especial, REsp nº 1.187.404-MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. em 19/6/2013.

“nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que – além de não fomentar – inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objeto de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores”.

A jurisprudência se consolidou no sentido de afastar a exigência de regularidade fiscal.

A controvérsia foi renovada com o advento da Lei nº 13.043/2014, autorizando as empresas em recuperação a parcelarem seus débitos fiscais federais³ em até 84 meses (superior ao parcelamento ordinário, de 60 meses), bem como possibilitando o pagamento de percentuais inferiores ao início (0,666% ao mês no primeiro ano e 1% ao mês no segundo ano) e de 1,333% ao mês a partir do terceiro ano, remanescendo 1,361% para a 84ª e última parcela. Não foi a nova sistemática, porém, suficiente para que os tribunais pátrios passassem a considerar legítima a exigência de comprovação de regularidade fiscal.

Prejudicado o fundamento de inexistência de parcelamento diferenciado às empresas em recuperação judicial (vez que sanada a mora legislativa a tal respeito), parcela respeitável da doutrina e mesmo da jurisprudência entendeu que ficaria legitimada a exigência de regularidade fiscal.⁴ Contudo, como pontua importante decisão da Terceira Turma do STJ, o afastamento da exigência de regularidade

3. Nas esferas estaduais e municipais, cabe a cada ente regular a matéria, estando aqueles autorizados a fazê-lo nos termos do Convênio ICMS nº 59, de 22/6/2012.

4. Veja-se, a respeito, dentre outros respeitáveis entendimentos, a doutrina de Coelho (2021, p. 237-240).

fiscal passou a se dar “à luz do postulado da proporcionalidade”, entendendo-se que

“os motivos que fundamentam a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor (assentados no privilégio do crédito tributário) não têm peso suficiente – sobretudo em função da relevância da função social da empresa e do princípio que objetiva sua preservação – para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira que o acomete”.⁵

Portanto, se é fato que a legislação desde sempre contempla a exigência de comprovação de regularidade fiscal como condição para a concessão judicial da recuperação judicial, não menos verdade é que, com maiores ou menores percalços, não viu ela subsistindo quando impugnada em juízo.⁶

As novas alterações, agora decorrentes da Lei nº 14.112/2020 (DOU de 24/12/2020), demandam o reexame do tema. A novel sistemática assegura ao empresário ou à sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial liquidar seus débitos para com a Fazenda Nacional, à sua opção, conforme as seguintes modalidades, em apertada síntese:⁷ (i) parcelamento em até 120 meses, com percentuais mensais de 0,5% no primeiro ano e 0,6% no segundo ano; (ii) liquidação de até 30% do total tão somente dos débitos administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, com prejuízos fiscais (IRPJ) e base negativa (CSLL) ou com outros créditos próprios relativos aos tributos administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do

Brasil, podendo parcelar o saldo em até 84 meses com os mesmos percentuais da hipótese anterior para os dois primeiros anos; e (iii) transação nos termos da Lei nº 13.988/2020, que, se aceita pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), poderá resultar na redução de até 70% do valor total de multas, juros de mora e encargos legais⁸ e no parcelamento do valor mantido em até 120 meses.

Além das condições para parcelamento e quitação de créditos tributários mais benéficas do que aquelas até então verificadas para os contribuintes em recuperação judicial, outros tratamentos fiscais diferenciados poderão, de fato e a depender das peculiaridades de cada caso, viabilizar, em situações excepcionais, a regularização fiscal sem relevante prejuízo ao procedimento de recuperação, isto é, sem afetar a probabilidade de ser ele bem-sucedido.

Relevantes, nesse sentir, dentre outras benesses legais, os afastamentos (i) do PIS e da Cofins sobre as reduções de dívidas, assim como (ii) da limitação à utilização de resultados negativos, para fins de IRPJ e CSLL, esta excluída não apenas em relação às reduções de dívidas obtidas na recuperação judicial, como também ao lucro decorrente de ganho de capital auferido em alienações judiciais de bens ou direitos pelas pessoas jurídicas em recuperação judicial ou com falência decretada.⁹ Ainda que não digam respeito a créditos tributários anteriores à recuperação judicial, tais medidas desoneram em parte os resultados verificados no decorrer do procedimento e, assim, auxiliam a empresa em recuperação judicial a destinar recursos para a quitação de outras dívidas (fiscais ou não) e/ou honrar o parcelamento que possa ter firmado.

5. 3ª T., REsp nº 1.864.625-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. em 23/6/2020.

6. A esse respeito, dentre outros precedentes além daquele suprarreferido, as decisões encampadas pelo ministro Moura Ribeiro, aos 24/11/2020, nos autos do AgInt no AREsp nº 1.593.832-SP.

7. Conforme redação dada aos arts. 10-A e 10-C da Lei nº 10.522/2002. O art. 10-B, não mencionado em razão de sua especificidade, passou a permitir o parcelamento em até 24 meses de tributos passíveis de retenção na fonte e de IOF retido e não recolhido.

8. Nos termos do art. 11, inciso I, da Lei nº 13.988/2020, e na ausência de expressa previsão, na nova lei, de aplicação do referido percentual também ao montante principal.

9. Conforme, respectivamente, novas redações dadas aos arts. 50-A, inciso I; 50-A, inciso II; e 6º-B, *caput*, todos da LRJF, face às rejeições dos respectivos vetos presidenciais atinentes ao PL nº 4.458/2020 – Lei nº 14.112/2020, ocorridas em 17/3/2021.

Inegáveis os avanços ocorridos desde o ano de 2005 (mais precisamente com as Leis nº 13.043/2014 e nº 14.112/2020), ainda que tenham se dado com grande lentidão e de forma insuficiente a resolver, cabal e definitivamente, o problema de que ora se cuida. Com efeito, a despeito de tais avanços, continua ilegítima a exigência de regularidade fiscal, em especial nos casos em que se comprove inviabilizar ou dificultar sobremaneira a própria recuperação pretendida.

Andou bem o STJ ao decidir que, mesmo havendo parcelamento com condições mais benéficas às empresas em recuperação judicial, não seria razoável ou proporcional dar tamanha abrangência ao privilégio do crédito tributário a ponto de sobrepor-se à relevância da função social da empresa ou ao princípio que objetiva sua preservação e seu soerguimento. É o que se justifica e se legitima, inclusive, em prol dos interesses públicos, tanto gerais quanto específicos. Afinal, apenas com o soerguimento da empresa será possível manter e gerar renda e empregos, assegurar incremento na arrecadação fiscal presente e futura, assim como viabilizar, no devido tempo, a quitação de débitos fiscais pretéritos que se mostrem efetivamente procedentes.

Não há, neste proceder, descumprimento da preferência dos créditos tributários de que cuida o art. 186 do CTN, mesmo porque continua autorizado aos Fiscos (federal, estaduais e municipais) exigir o que repute devido, ainda que com algumas limitações¹⁰ igualmente consentâneas, sob a ótica da proporcionalidade, com o fim maior que se almeja e com o interesse final tanto da sociedade civil quanto dos próprios entes públicos envolvidos.

Considerando o quadro normativo vigente, trata-se, em verdade, da melhor solução possível para

a discrepância ou aparente antinomia verificada entre o disposto nos arts. 47 (fixando como objetivo da recuperação judicial “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”)¹¹ e 57 (que impede ou, ao menos, dificulta sobremaneira o atingimento daquele objetivo, ao exigir que o devedor comprove regularidade fiscal) da LRJF.

Continua ilegítima a exigência de regularidade fiscal, em especial nos casos em que se comprove inviabilizar a própria recuperação pretendida.

Assim é que novas condições ainda mais benéficas àqueles contribuintes pouco ou em nada alteram a realidade de empresas com dificuldades financeiras tão graves (a ponto de precisarem se valer da recuperação judicial) via de regra possuem débitos fiscais ou mesmo exigências fiscais sob discussão administrativa ou judicial cujos pagamentos ou apresentação de garantias integrais são simplesmente impossíveis, ao menos enquanto não restabelecida sua saúde financeira, sua solvabilidade.

Nesse sentir, não há dúvida de que o passivo fiscal da empresa em recuperação judicial, no mais das vezes, é relevante e deve ser honrado (sempre, desde que efetivamente procedentes as exigências fiscais envolvidas), mas a condição de, antes da própria tentativa de recuperação, ser “regularizada”

10. Como aquelas atinentes a bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial, cuja constrição pode ser suspensa ou substituída por determinação do juízo da recuperação judicial (conforme arts. 7º-A e 7º-B da LRJF, na redação da Lei nº 14.112/2020).

11. De forma consentânea com os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (fundamentos da República Federativa do Brasil e da ordem econômica – CF, arts. 1º, inciso IV, e 170, *caput*), e com a busca do pleno emprego (princípio da atividade econômica – CF, art. 170, inciso VIII).

sua situação fiscal é absolutamente alheia à realidade dos fatos. Caracteriza condição impossível (não admitida no sistema jurídico pátrio) ou, ao menos, inviabiliza ou dificulta sobremaneira a recuperação pretendida e, por consequência, a própria quitação dos débitos fiscais. A existência de passivo fiscal relevante, somada à total liberdade para os Fiscos manterem sua cobrança inclusive com atos executórios, é o fiel da balança suficiente, de um lado, para os credores e o juízo avaliarem a efetiva probabilidade da recuperação em si¹² e, de outro, para a própria recuperanda a eles indicar o que seria efetivamente necessário parcelar ou garantir.

Isso, contudo, não legitima a exigência de regularidade fiscal ampla e irrestrita, relativamente a todos os créditos tributários que, se exigíveis (ou seja, sem suspensão da exigibilidade), entendam os Fiscos devam ser parcelados ou garantidos.

Continua atual e aplicável a orientação jurisprudencial no sentido de que a opção entre prévia regularidade fiscal e plausível¹³ tentativa de soerguimento da pessoa jurídica deverá sempre recair nesta última.

A exigência de regularidade fiscal, com parcelamento ou mesmo garantia de créditos tributários para fins de deferimento do pedido de recuperação judicial, ao menos quando dela resulte tamanho ônus a ponto de dificultar sobremaneira (quando não inviabilizar) a própria recuperação, é excessiva, irrazoável e desproporcional. Distancia-se do “mínimo aceitável”, não atendendo a critérios de adequação e necessidade, tampouco verificada na extensão e intensidade proporcionais ao que seria cabível para o atendimento do interesse público envolvido. Como ressaltam Ives Gandra Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues,

“se a recuperação judicial teve por objetivo amparar as empresas em dificuldades, para que

12. O que foi fortalecido e facilitado com a nova determinação de apresentação de relatório detalhado do passivo fiscal, conforme art. 51, inciso X, da LRJF, na redação da Lei nº 14.112/2020.

13. Ou seja, com efetiva possibilidade de vir a ser bem-sucedida.

continuassem produtivas, assegurando empregos e recolhimento de tributos, tal exigência de certidões negativas é incompatível com a finalidade da norma legal” (MARTINS; RODRIGUES, 2007, p. 431).

Se tanto não bastasse, a Lei nº 14.112/2020 provoca perplexidade ao autorizar (i) exigência de garantias atinentes a créditos tributários objeto de discussão judicial sem suspensão de exigibilidade como condição para não serem parcelados; (ii) “execução regular” das garantias, “inclusive por meio da expropriação”, na ausência de suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários; e, (iii) à Fazenda Nacional, requerer a “convolação da recuperação judicial em falência” nos casos de exclusão do parcelamento.¹⁴

Ora, além de subsistirem todos os vícios antes referidos, exigir a apresentação de garantia em relação a créditos tributários não suspensos e admitir sua “execução regular”, inclusive com “expropriação”,¹⁵ justamente por não estarem suspensos é no mínimo contraditório. Trata-se de exigência não razoável ou proporcional, atentatória aos princípios de confiança e boa-fé que devem nortear as relações entre Fisco e contribuintes.

Recuperação judicial é uma tentativa de conciliação da empresa com seus credores privados. O Fisco não participa do acordo, que não lhe diz respeito. Não tem seus créditos a ele subordinados, podendo proceder à sua regular cobrança (SALAMACHA, 2005, p. 123).¹⁶ Afinal, “o passivo

14. Lei nº 10.522/2002, art. 10-A, §§ 1º-C, incisos I e II, e 4º-A, inciso IV, na redação da Lei nº 14.112/2020.

15. Sem previsão de suspensão da execução fiscal nem sequer ressalva expressa de que a expropriação apenas se verifique na hipótese de decisão final transitada em julgado considerando efetivamente devido o tributo, tampouco de novo parcelamento nessa situação, caso o contribuinte então ainda se encontre em recuperação judicial.

16. De fato, nos termos do art. 187 do CTN, “A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”. Não se ignora, contudo, que as questões atinentes aos atos constitutivos e ao prosseguimento de execução fiscal em face de empresa em recuperação judicial subsistem indefinidas na jurisprudência (sendo objeto, por exemplo, do Tema »

fiscal deve ser cobrado e tratado à margem e desvinculadamente do plano de recuperação”; não podendo o parcelamento ser tido como “um ônus ou obrigação a que se condicione o próprio desfecho do processo recuperacional” (CAMILO JUNIOR, 2012, p. 303).

Exigir regularidade fiscal – inclusive com apresentação de novas garantias, cujas dificuldades e custos são muitas vezes insuportáveis – para que possa ser o acordo entre particulares celebrado e homologado em juízo subverte a ordem e não guarda relação de pertinência com o objeto da norma. Cabe aos credores particulares, como já referido, avaliar se o passivo fiscal da empresa que pediu recuperação judicial inviabiliza ou não o acerto proposto em relação às demais dívidas, o que não se confunde com condicionar tal avaliação à prévia regularização daquele passivo.

Permitir que ente estranho ao acordo possa prejudicá-lo também com expropriação ou excussão de garantias antes mesmo de configurada a coisa julgada no sentido da procedência da exigência fiscal, bem como requerendo a falência da empresa em recuperação, é ainda mais desarrazoado.

Não é demais lembrar que nem todos os créditos tributários não pagos, não suspensos e não garantidos são necessariamente devidos, em especial quando objeto de discussão judicial¹⁷ cujo julgamento final poderá extingui-los.¹⁸ Inaceitável e excessiva, portanto, ao menos a exigência de parcelamento de créditos tributários na referida situação, ou seja, que estejam *sub judice*, ainda que não suspensos nem garantidos, com efetiva possibilidade de virem a ser afastados, ao final, pelo

» Repetitivo nº 987, pendente de julgamento no STJ), merecendo nova análise também em razão das alterações decorrentes da Lei nº 14.112/2020.

17. A discussão administrativa, como se sabe, via de regra, assegura, por si só, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até sua final definição. Razoável, portanto, que o mesmo se verifique em relação aos pleitos judiciais plausíveis, formulados ao menos pelas pessoas jurídicas em recuperação judicial.

18. Conforme art. 156, inciso X, do CTN.

Poder Judiciário.¹⁹ A exigência de pagamento ou mesmo garantia, nessa situação, contraria ainda mais os objetivos de preservação e fortalecimento da empresa, impondo-lhe gasto que então ainda não se pode considerar definitivamente devido ou necessário, além de restringir o próprio acesso ao Judiciário.

Nem se diga que a ausência de garantia em relação a créditos tributários *sub judice*, sem suspensão da exigibilidade, poderia incentivar a litigiosidade fiscal. Bem se sabe que a litigiosidade fiscal no Brasil não precisa de incentivo (muito ao contrário), sendo inequívoco que, de qualquer modo, eventuais pleitos abusivos ou contrários à jurisprudência consolidada não de receber o devido tratamento, sujeitando o demandante às necessárias consequências. O que não se pode é ter a exceção como regra.

Ademais, ressaltando não ser a falência objeto de exame nessa oportunidade, a tão só possibilidade de ser ela requerida pelo simples inadimplemento do parcelamento inviabiliza a própria regularização fiscal sob tal forma, por torná-la por demais arriscada. Caracteriza, a rigor, nova antinomia na lei, ao exigir que a empresa em recuperação judicial adote procedimento que implica novo e ainda mais grave risco ao seu soerguimento, além de não ser sequer razoável admitir tamanho poder a quem nem sequer participou do plano de recuperação judicial.

Registre-se serem muito bem-vindas as disposições constantes da Portaria PGFN/ME nº 2.382/2021 (DO 1º/3/2021), possibilitando que, no âmbito das negociações entre o contribuinte em recuperação judicial e a PGFN,²⁰ sejam acordadas ou flexibilizadas a substituição, liberação ou

19. Vale dizer, enquanto ausente, ao menos, jurisprudência consolidada do tribunal superior competente para o exame dos temas em debate em cada caso específico.

20. O que abrange não apenas os parcelamentos, mas também transação e celebração de Negócio Jurídico Processual, conforme art. 4º da referida portaria.

manutenção de garantias (arts. 4º, inciso IV; 7º, inciso II; 8º, incisos IV e V; e 24, inciso II).

Ocorre que, em especial em um país continental como o nosso, não pode o contribuinte depender do subjetivismo (ou mesmo da boa vontade) do procurador da Fazenda Nacional (quando não das fazendas estaduais e/ou municipais) com quem vier a tratar, em cada caso específico, dos interesses claramente conflitantes. Não há segurança jurídica na autorização, e ainda por mera portaria regulamentar, ao agente público para flexibilizar, a seu talante, parte das rigorosas exigências fixadas em lei.

A exigência de regularidade fiscal como condição para o deferimento da recuperação judicial caracteriza coerção para pagamento de tributo.

A par do quanto exposto, o Supremo Tribunal Federal (STF) já declarou a inconstitucionalidade da exigência de certidões negativas como condição para a prática de vários atos empresariais e da vida civil, considerando-a ilegítima e contrária à Constituição Federal (CF) quando posta como condição, por exemplo, para fins de inscrição no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ),²¹ registro de contrato social ou contratação de empréstimos junto a instituições financeiras²² e impressão de notas fiscais.²³

É exatamente do que se cuida na situação presente. A exigência de regularidade fiscal como condição para o deferimento da recuperação judicial – que, repita-se, não abrange créditos tributários – caracteriza coerção para pagamento²⁴ dos

21. AgReg no RE nº 576.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17/12/2013.

22. ADI nº 173-IDF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 25/9/2008.

23. AgReg no RE nº 556.038 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º/4/2008.

24. Ou, ao menos, depósito, cujos efeitos para fins de arrecadação são os mesmos, relativamente aos créditos tributários administrados pela Receita Federal do Brasil.

tributos que não se encontrem garantidos ou com exigibilidade suspensa, para que o contribuinte possa manter o exercício de sua atividade econômica. Contraria o princípio da livre-iniciativa (CF, art. 170, parágrafo único) e restringe o direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, inciso XXXV), mais especificamente o direito do contribuinte de obter a competente prestação jurisdicional acerca da validade de determinada exigência fiscal que repute ilegítima.

Sendo a recuperação judicial necessária para a empresa manter suas atividades (derradeira tentativa de evitar a quebra), a referida exigência implica claro óbice a tanto, como se vê, muito mais grave e intransponível do que o verificado em algumas das hipóteses em que o STF concluiu haver inconstitucionalidade.

Conclusão

Continuam atuais e relevantes, inexistindo razão para não serem observadas, as premissas fixadas pelo STJ de (i) ser o parcelamento tributário “direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal”;²⁵ (ii) que “nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que – além de não fomentar – inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objeto de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho”;²⁶ (iii) dever ser o tema examinado “à luz do postulado da proporcionalidade”;²⁷ e (iv) não terem, “os motivos que fundamentam a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor (assentados no privilégio do crédito tributário)”, “peso suficiente – sobretudo em função da relevância da função social da empresa e do princípio que objetiva sua

25. REsp nº 1.187.404-MT, já referido.

26. Mesmo precedente.

27. REsp nº 1.864.625-SP, já referido.

preservação – para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira que o acomete”.²⁸

São inegáveis e sempre desejáveis os avanços no sentido de facilitar a quitação de débitos fiscais pelas empresas em geral, em especial por aquelas que se encontrem em recuperação judicial e, inclusive, aprimorando mecanismos de negociação entre Fiscos e contribuintes, como se tem verificado e se espera ocorra mais e mais, em todos as esferas (federal, estaduais e municipais). Não obstante, subsiste a ilegitimidade de qualquer forma de coerção para pagamento de tributo e assim se caracteriza a exigência de regularidade fiscal em questão. Subsiste, igualmente, a discrepância (ou aparente antinomia) entre o disposto nos arts. 47 e 57 da LRJF, já reconhecida e solucionada pelo STJ, ainda que as louváveis providências objetivando viabilizar a pretendida regularização fiscal possam

minimizar ou mesmo neutralizar, em determinadas situações, suas deletérias consequências.

Nada há a alterar, portanto, na consolidada jurisprudência determinando o afastamento dessa exigência, ao menos não em se tratando de casos específicos em que se comprove que a impossibilidade de seu atendimento, quer que tal inviabilizaria a recuperação pretendida, ou, ainda, aumentaria de forma relevante o risco de não ser ela bem-sucedida.

Por fim, em nenhuma hipótese será admissível exigir, como condição para o deferimento do pedido de recuperação judicial, o pagamento, o parcelamento ou mesmo a apresentação de garantia atinentes a créditos tributários objeto de discussão judicial, menos ainda a excussão de garantia antes do trânsito em julgado de decisão final considerando efetivamente devido o respectivo tributo. Igualmente ilegítima e inadmissível a autorização para a Fazenda Nacional requerer a “convolação da recuperação judicial em falência” nos casos de exclusão de parcelamento fiscal. ●

28. Mesmo precedente.

BIBLIOGRAFIA

- CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Empresa em crise e tributação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 14. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Certidões negativas e direitos fundamentais do contribuinte. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Certidões negativas e direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007.
- SALAMACHA, José Eli. Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, n. 140, out./dez. 2005.



Foto: Divulgação

**OSANA MARIA DA
ROCHA MENDONÇA**

Advogada e contadora técnica, responsável técnica como administradora judicial. Membro da Insol. Membro do International Institution of Insolvency. Membro do Conselho de Administração do TMA, com registros na OAB e CRC.

Novas atividades do administrador judicial.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Novas atividades do administrador judicial previstas no art. 22 da Lei nº 11.101/2005
3. Novas atividades do administrador judicial na assembleia de credores
4. Atividades do administrador judicial na insolvência transnacional
5. Considerações finais

Bibliografia

1. Introdução

A Lei nº 11.101/2005, nos seus 15 anos de existência, sofreu alterações pontuais em seu texto, as quais não observaram a evolução prática adotada no dia a dia dos casos de insolvência.

A evolução prática implementada pela doutrina e jurisprudência proporcionou um desenvolvimento na aplicação da Lei nº 11.101/2005, seja pelo aumento da experiência dos aplicadores da lei, seja pelo surgimento da crise de sociedades empresárias com estruturas complexas. Essa evolução na aplicação da Lei nº 11.101/2005 acabou por introduzir novas atividades ao administrador judicial.

Nesse sentido, a Lei nº 14.112/2020 buscou abarcar as novas atividades desenvolvidas pelo administrador judicial nos 15 anos de vigência da Lei nº 11.101/2005, de modo a positivá-las, porém, além das atividades já desenvolvidas no dia a dia e não previstas em lei, o legislador inovou em incluir outras atividades ainda não testadas nos anos de vigência da Lei nº 11.101/2005, como, por exemplo, de “assegurar” procedimentos.

Antes da alteração da Lei nº 11.101/2005, o art. 22, que trata das funções do administrador judicial, possuía 27 atividades positivadas. Com as alterações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020, houve a inclusão de 13 novas atividades, totalizando 40 atividades a serem desenvolvidas pelo administrador judicial. Portanto, **o administrador judicial teve um aumento de 48% nas suas atividades**, isso levando em consideração apenas o art. 22.

Ocorre que, em outros dispositivos da Lei nº 11.101/2005, há outras atividades a serem desenvolvidas pelo administrador, além de outras não positivadas e desenvolvidas no dia a dia.

Apesar do aumento das atividades, o legislador não buscou fornecer meios de proteger a atividade desenvolvida pelo administrador judicial, entre as quais, o acompanhamento do pagamento de sua remuneração em dia, de modo a lhe garantir recursos para que possa realizar seu trabalho sem prejuízo

financeiro, bem como meios de assumir com segurança a guarda de bens na falência. Nesses pontos, os administradores judiciais terão que continuar contando com o auxílio da doutrina e da jurisprudência para aperfeiçoamento.

2. Novas atividades do administrador judicial previstas no art. 22 da Lei nº 11.101/2005

A primeira alteração nas atividades identificada no art. 22 é a prevista no inciso I, alínea *j*, que positivou a função do administrador judicial em estimular a conciliação e mediação.

A positivação de o administrador judicial estimular a conciliação e mediação encontra respaldo na importância dada aos métodos alternativos de resolução de conflitos, tais como no Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e Enunciado nº 45 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, que prevê que

“a mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”.

Outrossim, com a Pandemia da Covid-19, os Tribunais de Justiça de São Paulo (Provimento CG nº 19/2020), Rio de Janeiro (Regime Especial de Tratamento de Conflitos Relativos à Recuperação Judicial e Falência – RER), Paraná (Cejusc da Recuperação Judicial) e Pernambuco (Programa Especial e Negociação Empresarial – Covid-19) implementaram procedimentos para incentivar meios alternativos de resolução de conflitos.

Ocorre que, como bem pontuado pela professora Sheila Cerezetti e Gustavo Lacerda,

“o amplo emprego de mediação nos processos concursais gera desafios complexos. É natural que a adequada intersecção entre dois campos jurídicos os quais, até então, pouco se relacionavam na prática, demande alguma compatibilização. Por

isso mesmo, afigura-se adequado traçar os limites da mediação aplicada ao Direito das Empresas em Crise [...] Como se sabe, a diferença entre o remédio e o veneno, frequentemente, encontra-se na dose” (CEREZETTI; LACERDA FRANCO, 2020, p. 244).

A mediação é regulada pela Lei nº 13.140/2015, que deve contar com a participação de mediador profissional a ser escolhido pelas partes ou pelo juiz e possui caráter sigiloso. Esse é um procedimento que pode ser custoso e demorado, em especial quando aplicado em um procedimento de insolvência com a participação de diversos credores, o que pode inviabilizar sua aplicação, quer seja pelos custos de implementação, quer seja pelos prazos rígidos da Lei nº 11.101/2005 que devem ser seguidos.

Identificada a oportunidade de sua aplicação, deve o administrador judicial estimular a utilização da conciliação.

Portanto, com base em sua experiência, resguardadas as peculiaridades de cada caso, compete ao administrador identificar as oportunidades em que a mediação poderá ser aplicada e estimular sua utilização por meio da conscientização das partes.

Na mesma linha segue a conciliação, ou seja, identificada a oportunidade de sua aplicação, deve o administrador judicial estimular a utilização da conciliação, por meio de pedido de instalação de audiências de conciliação que podem ser conduzidas pelo juiz ou pelos conciliadores cadastrados no tribunal.

Nesse sentido, deve haver uma separação clara da função de administrador judicial, mediador e conciliador, cabendo, como expressamente diz a Lei nº 11.101/2005, ao administrador judicial, apenas estimular a prática de métodos de solução de conflitos alternativos.

As alíneas *k* e *l* do inciso I do art. 22 positivaram o dever de o administrador judicial manter plataforma *on-line* (*site*) para divulgar as principais informações dos processos de recuperação judicial e falência em que atua, bem como que esse *site* disponha de uma interface para comunicação com os credores e demais interessados, bem como permita o recebimento de documentos e informações.

Na falência, em linhas gerais, compete ao administrador judicial auxiliar o juízo na condução do processo, realizar os ativos, pagar os passivos na ordem prevista nos arts. 83 e 84 da Lei nº 11.101/2005 e representar a massa falida nos processos judiciais e extrajudiciais.

O art. 22, inciso I, alínea *m*, por sua vez, positivou prática que iniciou com as varas especializadas em recuperação judicial e falência e que foi amplamente adotada por outros juízos em determinar que o administrador judicial responda diretamente os pedidos de informações oriundos de outros juízos e órgãos oficiais.

No que tange às questões específicas à recuperação judicial, a Lei nº 14.112/2020 trouxe alterações relevantes sobre a atuação do administrador judicial, conferindo a esse obrigações de fiscalizar e assegurar uma determinada marcha ao processo de recuperação judicial.

A alínea *c* do inciso II do art. 22 determina que o administrador judicial deverá apresentar relatório mensal das atividades do devedor, fiscalizando a veracidade e a conformidade das informações prestadas pelo devedor.

Não é factível que o legislador, ao redigir o texto da alínea *c*, pretendesse que caberia ao administrador judicial proceder à checagem pormenorizada de cada documento que baseia o lançamento contábil, se fosse essa a sua pretensão, melhor seria passar a contabilização da recuperanda para ser realizada pelo administrador judicial.

Nítido que se tal análise fosse de fato determinada pela alteração da lei, essa seria totalmente inviável, isto porque não seria operável em virtude

da quantidade de documentos que comportam os lançamentos das sociedades que circulam mensalmente.

O comparativo entre essa nova função do administrador judicial com as auditorias externas demonstra a inviabilidade da análise pormenorizada de cada evidência lançada na contabilidade. Como se sabe, as auditorias externas são realizadas trimestralmente ou anualmente, e não mensalmente, como ocorre nas obrigações do administrador judicial na recuperação judicial, ademais as sociedades auditadas fazem uso de avaliações dos controles internos e consideram aspectos de relevância e risco, e, conseqüentemente, não há verificação individual de todo lançamento contábil, visto que as auditorias são feitas com base em amostragem e materialidade.

Não se pode deixar de mencionar que nas auditorias as evidências não são necessariamente obtidas através de documentação, mas também por meio de informações prestadas pelos administradores das sociedades, as quais são atestadas através da Carta de Responsabilidade da Administração ou Carta de Representação, assinada pelos representantes da sociedade empresarial para confirmar a veracidade das informações e dados prestados ao auditor.

Mesmo porque, encerrado o trabalho do auditor, esse não atesta a veracidade das informações contábeis, isto porque a sua opinião é fundamentada nas adequações das informações contábeis.

O professor Marcelo Barbosa Sacramone dispõe que o administrador judicial deverá analisar as inconsistências, e não o todo,

“Pela melhor interpretação da Lei, o administrador judicial deverá analisar a informação apresentada pelo devedor para identificar eventuais inconsistências. Sua responsabilidade não é de resultado, mas de culpa ou dolo caso informações manifestamente incorretas ou contraditórias sejam apresentadas. Identificadas eventuais inconsistências, tem o administrador judicial a obrigação de

diligenciar para conferir a atuação do devedor e investigar se os números estariam efetivamente corretos” (SACRAMONE, 2021, p. 167).

Nesse contexto, cabe ao administrador judicial aplicar as melhores práticas determinadas pelo Instituto Brasileiro de Contadores (Ibracon) e pelo Conselho Federal de Contabilidade, e solicitar Carta de Representação da Recuperanda juntamente com as informações e documentos apresentados para elaboração de todos os relatórios apresentados durante o processo de recuperação judicial.

Outro aspecto relevante das alterações da Lei nº 11.101/2005 no tocante às funções do administrador judicial está na necessidade de apresentar relatório sobre o plano de recuperação judicial para fiscalizar a veracidade e a conformidade das informações prestadas pelo devedor, além de informar eventual ocorrência das condutas que possam afastar os administradores da sociedade recuperanda, disposições essas inseridas no art. 22, inciso II, alínea *h*. Assim como na hipótese da alínea *c* do mesmo inciso e artigo, compete ao administrador judicial analisar a conformidade das informações prestadas pela devedora.

No que se refere à análise do plano de recuperação judicial, o administrador judicial deve evidenciar eventuais ilegalidades contidas no referido documento e demonstrar eventuais inconsistências de informações prestadas no documento. Por exemplo, na hipótese de a recuperanda informar a necessidade da venda de determinado ativo para o pagamento dos credores, deve a administradora judicial proceder à análise do balanço da devedora e evidenciar a existência dos valores contábeis x avaliação.

Contudo, é importante ressaltar que não cabe ao administrador judicial a análise da viabilidade econômica do plano de recuperação judicial, isto porque tal julgamento é de competência exclusiva dos credores, que têm a obrigação e o direito de avaliar o plano e suas condições para formar o seu entendimento sobre a aprovação do mesmo.

Por fim, a alteração da lei conferiu ao administrador judicial a obrigação de fiscal das negociações realizadas por devedor e credores, as alíneas e, f e g dispõem que compete ao administrador judicial (i) fiscalizar o decurso das tratativas e a regularidade das negociações entre devedor e credores; (ii) assegurar que devedor e credores não adotem expedientes dilatórios, inúteis ou, em geral, prejudiciais ao regular andamento das negociações; (iii) assegurar que as negociações realizadas entre devedor e credores sejam regidas pelos termos convencionados entre os interessados ou, na falta de acordo, pelas regras propostas pelo administrador judicial e homologadas pelo juiz, observado o princípio da boa-fé para solução construtiva de consensos, que acarretem maior efetividade econômico-financeira e proveito social para os agentes econômicos envolvidos.

O primeiro item do parágrafo anterior destaca ao administrador judicial a necessidade de fiscalizar a integralidade das tratativas entre credores e a recuperanda, razão pela qual deverá o administrador judicial acompanhar as reuniões realizadas pelas partes, pessoalmente ou por meio de atas, e, como exposto no terceiro item, intervir, caso necessário, para auxiliar nas negociações e até mesmo propor regras homologadas pelo juiz.

Trata-se de questão delicada conceder ao administrador judicial essa espécie de papel de mediador, isto porque, conforme mencionado anteriormente, a mediação é uma atividade regulada por lei específica e destinada a pessoas capacitadas para exercer tal prática, a Lei nº 13.104/2015 regula a mediação e dispõe, em seu art. 11, que a mediação judicial deve ser realizada por pessoas capacitadas, ou seja, “graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) ou pelos tribunais, observados

os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça” e, por vezes, pode o administrador judicial não deter capacidade técnica para tal função.

Ademais, o principal fator contra o desempenho desse papel pelo administrador judicial está nos eventuais conflitos de funções entre as atividades desenvolvidas pelo administrador judicial e a de mediador, tais como a confidencialidade da mediação *versus* o dever de transparência do administrador judicial.

A mediação é uma atividade destinada a pessoas capacitadas para exercer tal prática.

O segundo item é familiar aos administradores judiciais que se encontram em campo há algum tempo, haja vista que, mesmo que não determinado por lei, garantir certa celeridade aos autos da recuperação judicial, sobretudo no que tange às negociações, trata de boa prática aplicada pelos administradores judiciais, e mesmo uma tarefa corriqueira.

Na verdade, o que muda com essa normativa é possibilitar maior assertividade nas ações do administrador judicial para manter a velocidade adequada quanto ao andamento da recuperação judicial, ou seja, credores e devedores ficaram mais atentos e respeitaram com maior clareza os apontamentos do administrador judicial, sobretudo quanto às inúmeras suspensões de assembleias de credores que correm repetidamente, atrasando cada vez mais o deslinde das questões entre a recuperanda e seus credores.

A primeira alteração na função da administradora judicial na falência buscou reforçar a importância de que seja regularizada a representação da massa falida em procedimentos arbitrais. Diz-se que se trata de um reforço, pois, sendo a arbitragem um

procedimento extrajudicial, não seria necessária sua menção expressa na alínea c do inciso III do art. 22 da Lei nº 11.101/2005, já que na primeira parte do dispositivo legal *supra* são mencionados expressamente processos extrajudiciais.

Parece que o legislador, ao reforçar a importância da regularização em procedimentos arbitrais, visa trazer relevância à arbitragem e facilitar o acesso do administrador judicial, enquanto representante da massa falida, aos tribunais arbitrais, os quais possuem regras próprias e por vezes impõem exigências e procedimentos que impedem ou limitam o cumprimento do previsto na alínea c do inciso III do art. 22 da Lei nº 11.101/2005.

A alínea j do inciso III do art. 22 da Lei nº 11.101/2005 impõe a pena capital de destituição ao administrador judicial caso não proceda à venda dos bens em 180 dias, contados da juntada do auto de arrecadação. Esse artigo busca aumentar a responsabilidade do administrador judicial na celeridade e maximização dos ativos da massa falida com a venda rápida, visando afastar a depreciação dos bens.

Apesar de louvável a iniciativa, a previsão de destituição é exagerada, pois o maior interessado na venda rápida dos bens da massa falida é o administrador judicial, que, via de regra, fica responsável pelos bens, sem que tenha valor algum no caixa da falida para fazer frente aos custos de manutenção dos bens.

Decretada a falência, o sócio devedor se livra de toda responsabilidade dos bens, mesmo nos casos em que a sociedade falida é deixada totalmente descapitalizada para fazer frente aos custos e despesas mínimas – entenda-se por manutenção dos bens e segurança na guarda dos bens – na falência.

Essa responsabilidade é transferida ao administrador judicial sem qualquer estruturação e proteção da Lei nº 11.101/2005, restando ao administrador judicial a responsabilidade de cuidar dos bens sem nem sequer saber se o valor de venda fará frente aos custos de guarda e manutenção dos bens.

Nesse ponto, o sócio falido que usufruiu de todos os benefícios econômicos gerados pelos ativos da falida se livra da sua responsabilidade, a qual é transferida, sem qualquer estrutura, a um terceiro que, agora, está ameaçado de ser destituído caso não efetue a venda em 180 dias. Que ficará por cinco anos sem direito a trabalhar na mesma função, enquanto o falido teve suas responsabilidades dimensionadas em três anos.

Portanto, em vez de impor a pena capital ao administrador judicial, deveria o legislador ter buscado meios de conferir estrutura para o administrador judicial assumir a responsabilidade dos bens de forma segura, pois a simplificação da venda dos bens foi abordada na alteração da Lei nº 11.101/2005.

Enfim, a depender do administrador judicial, o prazo de 180 dias será cumprido, resta saber se o excesso de litigiosidade e trâmites burocráticos permitirá o cumprimento desse prazo.

Visando demonstrar sua atuação para cumprimento do prazo de venda dos bens, deve o administrador judicial fazer constar em seus relatórios o andamento periódico e detalhado da situação dos bens e as medidas implementadas para a efetivação da venda, destacando os eventuais percalços e tempo transcorrido, passo a passo.

Por fim, vale a menção dos casos de falências deficitárias, situação em que deve o administrador judicial proceder à venda dos bens móveis em 30 dias e bens imóveis em 60 dias, visando ao rápido encerramento da falência (art. 144-A da Lei nº 11.101/2005). Acertadamente, para as vendas em casos de falências deficitárias, o legislador não previu a pena capital de destituição do administrador judicial.

O art. 22, inciso III, alínea s, trouxe duas importantes inclusões: i) a previsão expressa de que os valores depositados em outras ações, com exceção de valores que envolvam dívidas fiscais, sejam transferidos para conta judicial vinculada a falência para que seja utilizada para pagamento dos credores na ordem prevista nos arts. 83 e 84 da Lei

nº 11.101/2005; ii) *a contrario sensu*, positivou a possibilidade de o administrador judicial transigir visando trazer valores para a massa falida que sejam de difícil recuperação, desde que obtenha autorização judicial para tanto.

A previsão expressa de que os valores depositados em contas judiciais vinculadas a outros processos devem ser transferidos para conta judicial vinculada à falência põe fim às discussões acerca da destinação dessas quantias, conferindo importante ferramenta para que o administrador judicial obtenha êxito em arrecadar valores depositados em contas judiciais vinculadas a processos em que a massa falida figure como parte e faça jus a essa quantia.

A previsão legal de que o administrador judicial pode transigir, mediante autorização judicial, para receber quantias menores que a devida em casos de difícil recuperação (feita a leitura *a contrario sensu*, como mencionado), proporcionará um importante meio de recuperação de valores em prol da massa falida.

3. Novas atividades do administrador judicial na assembleia de credores

A alteração da Lei nº 11.101/2005 atribuiu como função do administrador judicial a de fiscalizar e emitir parecer sobre a regularidade do termo de adesão e votação por sistema eletrônico que pode ser utilizado para substituir a participação do credor na assembleia de credores para prolatar seu voto.

Infelizmente não definiu o legislador os elementos e requisitos mínimos de validade do termo de adesão, portanto, deve o administrador judicial definir em cada caso em que atua quais informações devem constar do termo de adesão para que seja levado à homologação do juízo.

Entre as informações mínimas que devem constar no termo de adesão vale destacar: as folhas dos autos do processo em que a versão do plano de recuperação objeto do termo está juntado, termos

aos quais o credor anuiu, documentos de representação de quem assina e prazo para entrega para conferência do administrador judicial.

Vale mencionar que o termo de adesão pode se tornar sem efeito caso não atingido o quórum de aprovação do plano de recuperação, ou, caso realizada a assembleia de credores, ocorra modificações no plano de recuperação judicial, o que acarretará em grande perda de horas de todos os envolvidos.

Deve o administrador judicial definir em cada caso em que atua quais informações devem constar do termo de adesão.

Já para a apuração do voto via sistema eletrônico, deve o administrador judicial utilizar plataforma própria ou plataforma de fornecedor de serviços que tenha sido testada pelo administrador judicial e que confira a devida segurança para que seja conferida a validade da manifestação de vontade dos credores. Essa solução, com o surgimento da pandemia de Covid-19, foi implantada mesmo antes da sanção presidencial das alterações da Lei nº 11.101/2005, haja vista a necessidade de realização das assembleias de credores por meio virtual em respeito ao distanciamento social.

Portanto, a solução de apuração de manifestação de vontade via sistema eletrônico se mostra mais factível de aplicação prática, vez que fornece mais segurança e economia de recursos.

4. Atividades do administrador judicial na insolvência transnacional

A alteração da Lei nº 11.101/2005, ao introduzir o “Capítulo VI-A – Da Insolvência Transnacional”, adotou o modelo misto da Lei da United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral)

para regular em nosso ordenamento jurídico mecanismos de cooperação com outras jurisdições para condução de processos de insolvências transnacionais e, com essa inovação, colocou o administrador judicial em posição de destaque, na medida em que conferiu ao auxiliar do juízo funções de interlocução com os órgãos de diferentes jurisdições.

O art. 167-P da Lei nº 11.101/2005 dispõe que o “juiz deverá cooperar diretamente ou por meio do administrador judicial, na máxima extensão possível, com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros”.

Portanto, o legislador, ao prever a comunicação direta com a autoridade ou representante estrangeiro, conferiu posição de interlocutor ao administrador judicial no procedimento de insolvência transnacional, que, em conjunto com o juízo nacional, terão de definir os procedimentos a serem adotados, notadamente, idioma de comunicação, forma (*e-mail*, por exemplo) e informações a serem comunicadas, entre outros.

Além da autoridade estrangeira e representante estrangeiro, o art. 167-G, §§ 3º e 4º, tratou da comunicação com os credores estrangeiros, conferindo ao juiz definir qual o meio de comunicação que deverá ser adotado.

Tendo em vista que o art. 22, inciso I, alínea *m*, prevê que compete ao administrador judicial providenciar a comunicação com outros juízos e órgãos públicos em âmbito nacional, certamente as atividades de interlocução com autoridades, representantes e credores estrangeiros serão atribuídas ao administrador judicial, que deverá possuir equipe multidisciplinar e com conhecimentos da língua inglesa, idioma mais utilizado em negócios que envolvem sociedades empresárias de países diferentes.

Importante destacar que a comunicação não se confunde com o direito de petição, esse último, se necessário, deverá observar a necessária contratação de serviços de especialistas no país estrangeiro que possuam *jus postulandi* naquela

jurisdição. Essa ressalva é importante, pois o administrador judicial, em casos de falências transnacionais, é considerado o “representante do processo brasileiro” (art. 167-E), e nessa função, para adotar medidas jurídicas fora do Brasil, precisará contratar especialistas para fins de representação judicial.

5. Considerações finais

A Lei nº 14.112/2020 procedeu à inclusão de 13 novas atividades ao administrador judicial no art. 22 da Lei nº 11.101/2005, o qual dispõe sobre as funções do administrador judicial, assim, com as alterações introduzidas, o artigo passou a determinar 40 atividades a serem desenvolvidas pelo administrador judicial. Portanto, **o administrador judicial teve um aumento de 48% nas suas atividades**, isso levando em consideração apenas o art. 22.

Conforme exposto neste artigo, as novas funções trazem ao administrador judicial novas responsabilidades, que vão desde atestar a conformidade das informações prestadas pelas recuperandas e fiscalizar e emitir parecer sobre a regularidade do termo de adesão e votação por sistema eletrônico que podem ser utilizados para substituir a participação do credor na assembleia de credores para prolatar seu voto, na recuperação judicial, e, na falência, garantir a venda dos ativos da massa falida no prazo de 180 dias, sob pena de sua destituição, a auxiliar o juízo nas funções de interlocução com os órgãos de diferentes jurisdições, inclusive estrangeira.

Por certo que as alterações exigem cada vez mais um administrador judicial com capacidade técnica impecável e que detenha uma equipe multidisciplinar apta a exercer com diligência e competências as atividades que a lei atribui ao administrador judicial.

A Carta de Representação da Recuperanda, juntamente com informações e documentos apresentados para elaboração de todos os relatórios apresentados durante o processo de recuperação judicial, será certamente um dos

procedimentos adotados pelo administrador judicial para demonstrar a conformidade de informações analisadas para compor o relatório mensal de atividades da recuperanda.

E nos termos aqui levantados, o administrador judicial também deverá, por meio da transparência das informações prestadas em seus relatórios, evidenciar suas atividades desenvolvidas para demonstrar que vem cumprindo suas obrigações legais e evidenciar fatos impeditivos do estrito atendimento de determinados dispositivos.

Por sua vez, apesar de ausência de dispositivo legal nesse sentido, a prática das decisões judiciais de primeira instância, em um primeiro momento, e da jurisprudência, em médio prazo, deverá refletir na adequada remuneração do administrador judicial, conforme a especificidade de cada caso concreto, e as práticas para garantia do recebimento tempestivo de tal remuneração, visto que os meios financeiros para promover a estrutura exigida para o cumprimento das determinações legais são fundamentais. ●

BIBLIOGRAFIA

- AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- CEREZETTI, Sheila C. Neder; LACERDA FRANCO, Gustavo. A recuperação extrajudicial e a mediação em tempos pós-Covid-19. *Revista do Advogado*, Impactos da Covid-19 no Direito, n. 148, dez./2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- COPPI, Juliana. A aplicação da mediação e da conciliação na recuperação judicial de empresas. Disponível em: <https://julianacoppi.jusbrasil.com.br/artigos/783779096/a-aplicacao-da-mediacao-e-da-conciliacao-na-recuperacao-judicial-de-empresas?ref=feed>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no novo CPC (PLS 166/2010). In: WALD, Arnaldo (org.). *Coleção doutrinas essenciais: Arbitragem e mediação: Mediação e outros institutos*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. *Lei de Recuperação e Falência: Pontos Relevantes e Controversos da Reforma pela Lei 14.112/20*. São Paulo: Editora Foco, 2021.
- SACRAMOME, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de Recuperação de empresas e falências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.



Foto: Divulgação

PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO

Juiz de Direito titular da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo.

Mediação antecedente e mediação na recuperação judicial.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. A mediação no processo de recuperação judicial
 3. Mediação antecedente à recuperação judicial
 4. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

A Seção II-A, introduzida na Lei nº 11.101/2005 e composta pelos arts. 20-A a 20-D, disciplina alguns aspectos do emprego da mediação antes ou durante o processo da recuperação judicial. Apresentaremos neste artigo algumas informações a respeito de mediações realizadas em recuperações judiciais, especialmente como instrumento de apoio à negociação do plano de recuperação, tema não tratado expressamente na nova legislação. Também serão expostas as normas que tratam da mediação antecedente, introduzida pela Lei nº 14.112/2020 sem o devido cuidado.

2. A mediação no processo de recuperação judicial

Nos processos de recuperação judicial há uma situação de crise econômica e financeira de um devedor com impacto em múltiplos interesses, como o dos acionistas, dos empregados, das instituições financeiras, dos fornecedores e do Fisco.

De acordo com a moldura legal, o devedor apresenta um plano e tenta viabilizar a sua aprovação junto aos credores, que, agrupados em classes, decidem por maioria.¹ Caso aprovado o plano, o juiz concede a recuperação e as novas condições de

¹ Segundo o professor Francisco Satiro (SOUZA JUNIOR, 2013, p. 103), “a realidade mostra que, especialmente diante da complexidade estrutural das atividades empresariais atuais e da multiplicidade de credores com interesses e objetivos no mais das vezes incompatíveis, a tarefa de negociação e composição de débitos, ou mesmo de reestruturação de negócios, tende a ser inefetiva, quando não impossível. Identificou-se assim a necessidade de, ao lado do imprescindível procedimento de liquidação dos agentes financeira ou economicamente inviáveis (representado pela falência), oferecer-se ao empresário em dificuldades ferramentas que reduzissem os custos de transação, desestimulassem comportamentos oportunistas e organizassem de uma forma minimamente racional as ações dos seus credores, do modo a possibilitar um coordenado processo de negociação e decisão. Esse procedimento negociado de reorganização, no Brasil toma a forma de recuperação judicial e recuperação extrajudicial”.

pagamento passam a valer perante todos os credores, mesmo os que votaram pela rejeição.

A Lei nº 13.140/2015, em seu art. 3º, estabelece que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Em regra, na recuperação judicial estão em jogo direitos disponíveis, decorrentes de relações de natureza patrimonial mantidas entre o devedor e os credores, que serão modificadas a partir da negociação entre eles.

Se o modelo adotado na legislação brasileira é o de superação da crise por meio de negociação coletiva, entre devedor e os credores, e o resultado dessa negociação é formalizado em um plano de recuperação que trata de direitos disponíveis, é de se estranhar que o art. 20-B da Lei nº 11.101/2005 não se refira à utilização da mediação como instrumento adequado para que se construa a várias mãos o plano de recuperação.

Na recuperação judicial estão em jogo direitos disponíveis, decorrentes de relações de natureza patrimonial.

A propósito, Ronaldo Vasconcelos observa que “o plano de recuperação representa a verdadeira ‘alma’ do processo de recuperação. Portanto, impõe-se que a sua discussão (com vistas à elaboração de acordo com o regime de comunhão de interesses) seja realizada com maior maturidade possível e, principalmente, propiciando meios para a extração da mais objetiva análise da viabilidade econômica do plano de recuperação e da empresa em si. Para tanto, deve-se fomentar a instituição de medidas de reequilíbrio na análise do plano de recuperação, de modo que os sujeitos do processo sejam colocados em contato com os detalhes e fundamentos fáticos e econômicos do plano de recuperação muito antes de sua apresentação em juízo no exíguo prazo legal estipulado pelo art. 53 da Lei

de Recuperações e Falências ('60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial')" (VASCONCELOS, 2015, p. 458).

No mesmo sentido é a opinião de Alessandra Fachada Bonilha, ao se referir à fase deliberativa do processo:

"[...] é nesta fase que se apresenta e discute o Plano de Recuperação, instrumento-chave do processo. [...] É justamente nessa etapa que se compreende o período entre o despacho que defere o processamento da recuperação judicial até a aprovação do Plano que a mediação encontra o melhor momento para se desenvolver, isso porque a Lei de Recuperação Judicial permitiu que os Credores participem na elaboração do Plano de Recuperação. Ora, o Mediador na qualidade de um terceiro não conflitado vislumbra todas as condições de catalisar os interesses dos credores para que juntos com a devedora consigam desenvolver um Plano que de fato proporcione ganhos mútuos, isto é, atenda a função social da empresa e continue viabilizando sua permanência no mercado, pagando os credores. Criada a oportunidade, é possível se formar um ambiente de confiança capaz de minimizar as assimetrias existentes, oferecer oportunidades ainda desconhecidas e proporcionar um espaço de negociação diferenciado, que poderá imprimir a velocidade necessária ao processo. A mediação nada mais é do que um processo de negociação assistida, realizada por um terceiro imparcial, isto é, que não possui conflito de interesses com as partes e em termos de resultado, traz eficiência, sobretudo, no que tange à satisfação das partes" (BONILHA, 2018, p. 395).

Confirmando as ideias anteriormente expostas, a mediação realizada em dois processos de recuperação judicial, que tramitaram na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, proporcionou a redução de assimetria de informações e a melhor consideração dos interesses dos credores, com a formulação de um plano mais adequado do que o inicialmente apresentado pela devedora.

No Processo de Recuperação Judicial nº 1108161-88.2017, de menor porte, e para evitar despesas excessivas, as sessões de mediação foram conduzidas pelos mediadores em salas do Fórum João Mendes Júnior, de forma reservada, em três horários distintos, ouvindo-se separadamente os credores trabalhistas, os credores microempresários (MEs) e empresários de pequeno porte (EPPs), e os credores quirografários.

O plano inicialmente apresentado continha uma proposta, em favor dos credores trabalhistas, de pagamento dos créditos de até 150 salários mínimos com deságio de 35%; após as sessões de mediação, ouvidos os credores trabalhistas, nova proposta foi realizada pela devedora, sem qualquer deságio. Para os credores MEs/EPPs, inicialmente, a proposta de pagamento continha deságio de 35%, para os créditos de até 150 salários mínimos; após as sessões de mediação, o deságio foi reduzido para 10%. Evidentes os resultados positivos decorrentes da mediação, com melhores condições de pagamento previstas no plano de recuperação judicial.

No Processo de Recuperação Judicial nº 1119642-14.2018.8.26.0100, de maior complexidade, na primeira fase de mediação, inscreveram-se 248 credores e 200 compareceram. Foram envolvidos sete profissionais para a mediação.² Os credores foram divididos em seis subgrupos para facilitar a comunicação. Foram feitas perguntas amplas que conduziram os credores a discutir suas expectativas e pretensões. Os mediadores apresentaram relatório à devedora, com informação sobre as premissas gerais dos interesses dos credores, que se desdobraram em 37 pontos que mereceriam atenção.³ O relatório não foi juntado aos autos devido ao

2. De acordo com o art. 15 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, "a requerimento das partes ou do mediador, e com a anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito".

3. Nos termos do art. 19 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, "no desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar >>

princípio da confidencialidade que rege as sessões de mediação.

A nomeação do profissional pelo juiz é compatível com o princípio da autonomia das partes na escolha do mediador.

Ao final, o plano foi aprovado com vários dispositivos que introduziram mecanismos de aperfeiçoamento na administração da companhia, com a eleição de membros do Conselho de Administração entre profissionais selecionados pelos credores,⁴ além da criação de comitês internos de auditoria e de operação de lojas e atendimento⁵ e a previsão de substituição do diretor-presidente, a ser eleito pelos novos integrantes do Conselho.

Além disso, se ao Poder Judiciário impõe-se o dever de incentivar a mediação, nos termos do

» das partes as informações que entender necessárias para a facilitar o entendimento entre aquelas”.

4. A cláusula 4.1. do plano assim dispunha a respeito de medidas de governança corporativa: “**Indicação do Diretor-Presidente e Membros do Conselho.** A fim de aperfeiçoar a gestão da Saraiva, as Recuperandas deverão contratar, no prazo de até 20 (vinte) dias corridos contados da Homologação do Plano e às suas expensas, empresa especializada em recrutamento e seleção (*‘Headhunter’*), dentre a lista de empresas indicadas no **Anexo 4.1.** O *Headhunter* será responsável por, em até 40 (quarenta) dias corridos contados da sua contratação, (i) elaborar lista tríplice de profissionais indicados para o cargo de Diretor-Presidente da Holding (**‘Profissionais Indicados para Diretor-Presidente’**); e (ii) selecionar e indicar 9 (nove) profissionais para o preenchimento de pelo menos 2 (duas) vagas de membro independente e profissional do Conselho de Administração da Holding (**‘Profissionais Indicados para o Conselho de Administração’**) e, em conjunto com os ‘Profissionais Indicados para Diretor-Presidente’, os **‘Profissionais Indicados’**), de um total de 5 (cinco) membros do Conselho de Administração, observado o disposto na Cláusula 4.2”.

5. A cláusula 4.4, por sua vez, tinha o seguinte teor: “**4.4. Comitês – Fiscalização e Apoio.** O Conselho de Administração deverá, por ocasião da primeira reunião de seus membros eleitos conforme a cláusula 4.3, criar (a) um comitê de auditoria; e (b) um comitê de operação de lojas e atendimento (**‘Comitês Obrigatórios’**), sem prejuízo de outros comitês que o Conselho de Administração julgue pertinente, os quais terão função de fiscalizar e dar suporte ao Conselho de Administração, conforme o caso, dentro de suas respectivas áreas de competência [...]”.

art. 20-A da Lei nº 11.101/2005, deveria já ter sido enunciado pelo legislador que o incentivo deve ser dado no início do processo, antes da apresentação do plano de recuperação, pois em torno dele é que devem ser concentrados os esforços dos mediadores, a fim de obter uma solução melhor para a coletividade de credores.

Bem por isso, em dois casos em trâmite na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo – Processos nº 1050778-50.2020.8.26.0100 e nº 1057089-57.2020.8.26.0100 –, tivemos a oportunidade de decidir pelo início da mediação desde o início do processo, com os seguintes fundamentos:

a) havendo interesses múltiplos em um processo de recuperação judicial, como o dos empregados, dos fornecedores, dos bancos, do Fisco, do Poder Público, é importante introduzir a mediação desde logo no processo, a fim de que seja capaz de oferecer soluções adequadas a todos os interessados, com rapidez e economia de custos;

b) compete ao mediador realizar sessões de pré-mediação, e, caso não haja oposição dos interessados, prosseguir no exercício da função; e

c) a nomeação do profissional pelo juiz é compatível com o princípio da autonomia das partes na escolha do mediador, e ela se deve a uma razão de ordem prática. Na fase inicial do processo de recuperação judicial, é absolutamente impossível aguardar a atuação coordenada dos credores na indicação de um mediador.

A nomeação do mediador pelo juiz no início do processo⁶ não impede que a escolha pela devedora

6. Assim tem sido realizada a nomeação do mediador, na decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial: “A Lei 11.101/2005 confere aos diretamente afetados pela crise o papel de decidir acerca da melhor forma de superá-la, após uma negociação, que poderá resultar na aprovação ou rejeição do plano de recuperação. Deve o Poder Judiciário, que supervisiona este processo de negociação, criar incentivos para que ele seja mais rápido, barato e eficiente do que a experiência tem demonstrado. Não se pode mais conviver com processos com sucessivas revisões de plano, inúmeras convocações de AGCs, prorrogações de ‘stay period’ e litigiosidade excessiva, além dos planos de »

e credores recaia sobre outro profissional, após as sessões de pré-mediação.

Portanto, cabe ao juízo da recuperação judicial incentivar prioritariamente a mediação na negociação acerca do plano de recuperação judicial, compreendendo-se as hipóteses previstas nos incisos I, II e III do art. 20-B como parte integrante da negociação multilateral para a superação da crise.

3. Mediação antecedente à recuperação judicial

O § 1º do art. 20-B instituiu um sistema de solução da crise empresarial de natureza pré-processual que se revela ineficiente, por várias razões: a) não define o que é uma “empresa em dificuldade”, autorizada a iniciar uma negociação antecedente; b) estabelece a negociação antecedente que exige a atuação de dois órgãos, um deles integrante do Poder Judiciário, sem nenhuma razão jurídica; c) impõe requisitos para o “*stay period*” que tornam a sua concessão passível de impugnação pelos credores, sobrecarregando o Poder Judiciário; d) não prevê qualquer mecanismo de imposição da decisão da maioria dos credores à minoria; e e) não estabelece

» empresas inviáveis. Diante de tal quadro, a utilização da mediação deve ser estimulada como método adequado à facilitação da negociação (art. 3º, par. 3º, do CPC) e à consecução dos objetivos de um processo recuperação judicial. Esse método já foi adotado nas recuperações da Saraiva e EBD, e foi positivo ao facilitar a comunicação do devedor com os credores, reduzindo assimetrias de informação e aumentando a transparência no processo, de modo a permitir a descoberta de pontos de convergência. Assim, como a mediação pode contribuir para a obtenção de uma solução mais adequada a todos os interessados no processo, com rapidez e economia de custos, nomeio como **mediador**, desde logo, [nome do mediador], competindo ao mediador realizar sessões de pré-mediação, e, caso não haja oposição dos interessados, prosseguir no exercício da função. A nomeação judicial não vulnera a autonomia da devedora e dos credores no processo de escolha do mediador, mas se deve a uma razão de ordem prática. Nesta fase do processo é absolutamente impossível aguardar a atuação coordenada dos credores na indicação de um mediador. Portanto, a medida mais adequada, como estímulo à adoção da mediação, é a nomeação judicial, sem prejuízo de que a escolha recaia sobre outro profissional, após as sessões de pré-mediação”. (O nome do mediador foi propositalmente omitido.)

que a renegociação de dívida, com as formas de pagamento estabelecidas pelo devedor e os credores durante a negociação, estará a salvo de declaração de ineficácia; f) não permite a alienação de ativos sem sucessão, do arrematante, nas obrigações do devedor; g) não dá segurança ao financiamento do devedor em situação de dificuldade.

Em primeiro lugar, não cuidou o legislador de definir “empresa em dificuldade”. O devedor que não esteja sendo executado pode se valer da negociação antecedente ou a dificuldade supõe que o seu patrimônio esteja sob ataque? Qualquer dívida não paga no vencimento torna o devedor em dificuldade ou apenas nas situações em que presentes os requisitos legais para decretação da quebra, nos termos do art. 94, inciso I, da Lei nº 11.101/2005? A dificuldade financeira, se não comprovada, desautoriza a utilização do instrumento legal? Como se percebe, a ausência de elementos objetivos caracterizadores da situação de dificuldade causam insegurança jurídica porque não faltarão interpretações divergentes quanto ao destinatário da norma.

Também não definiu o legislador os documentos que o devedor deverá apresentar para iniciar o procedimento de mediação no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos (Cejus) ou em uma câmara especializada,⁷ mas certamente será necessária a apresentação da relação de todos os credores que serão convocados para a tentativa de composição.

7. Câmara especializada é uma entidade sem definição na Lei nº 11.101/2005. A interpretação mais adequada ao propósito legislativo é que a especialização da câmara seja na matéria empresarial, de recuperação judicial e falência, além da própria capacidade de atuação em resolução de conflitos multilaterais. As câmaras privadas devem estar inscritas em “cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça”, e os mediadores devem ter “capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”. Os Tribunais de Justiça determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverá ser suportado pelas câmaras privadas, nos casos de gratuidade de justiça, “como contrapartida de seu credenciamento” (Código de Processo Civil (CPC), arts. 167 e 168).

Ainda quanto aos documentos que devem instruir o requerimento do devedor, a divulgação de protestos e ações, bem como da real situação patrimonial e financeira, decorre não só da necessária prova da dificuldade financeira de pagar os credores, mas também do dever de boa-fé na negociação, merecendo ser incentivada pelos Cejuscs e câmaras especializadas.⁸

Após o início da mediação, o devedor poderá dirigir-se ao Poder Judiciário e requerer uma tutela de urgência cautelar, para obter uma proteção contra os credores pelo prazo de 60 dias, a fim de que, durante a tentativa de negociação, não tenha seus bens penhorados e expropriados. Essa ordem judicial deverá se dirigir a todos os credores sujeitos à negociação, sob pena de alguns serem prejudicados com a suspensão, enquanto outros prosseguem nas execuções e recebem seus créditos.⁹

A tutela de urgência será concedida se o devedor, na petição inicial,¹⁰ demonstrar a presença dos requisitos legais para o pedido de recuperação

judicial¹¹ e para a obtenção da tutela cautelar de urgência.¹² Claro, portanto, que o juiz pode negar a tutela de urgência se o devedor não puder requerer recuperação judicial ou se ausente o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao devedor.

Admitindo seja concedida a tutela de urgência por decisão judicial, ao devedor caberá retomar a negociação extrajudicial, no Cejusc ou na câmara especializada, porém nada impede que qualquer credor se dirija ao juízo competente para impugnar a concessão da tutela de urgência, em razão da ausência dos requisitos legais.¹³ A tutela de urgência também poderá ser impugnada pelos credores por falta de boa-fé do devedor na negociação extrajudicial.

Após o início da mediação, o devedor poderá dirigir-se ao Poder Judiciário e requerer tutela de urgência cautelar.

Na sessão de mediação inicial, o Cejusc ou a câmara especializada já poderiam colher a manifestação de vontade dos credores quanto a uma renúncia ao direito de tomar medidas executivas contra o devedor por 60 dias, desde que ele se comprometa a não agir em detrimento dos credores. Essa manifestação dos credores evitaria o ajuizamento da tutela de urgência cautelar e a sobrecarga do Poder Judiciário.

8. Pode ser adotado, como modelo para o início das negociações, o rol de documentos previstos no art. 51 da Lei nº 11.101/2005.

9. A comunicação deve ser dirigida a todos os credores do devedor sujeitos à negociação coletiva, conforme as classes previstas em lei, incluindo os titulares de créditos ainda não exigíveis. Do contrário, a negociação tenderá a ser realizada de forma parcelada e prolongada no tempo. Suponha-se que o devedor tenha duas execuções propostas por credores quirografários contra si e pretenda negociar com os dois credores uma moratória. Propõe a negociação antecedente, obtém o *stay* por 60 dias e inicia a negociação. No 15º dia de negociação, surgem mais cinco execuções, o devedor propõe outra negociação antecedente e outra tutela de urgência, com o *stay* por mais 60 dias. No 30º dia dessa segunda negociação, iniciam-se mais dez execuções, adotando o devedor o mesmo expediente anterior. Evidente que a propositura de sucessivas medidas de negociação antecedente é contrária ao propósito de solução da crise empresarial e presta-se apenas a "pedaladas", que prejudicam a paridade dos credores e sobrecarregam o Poder Judiciário.

10. O devedor não pode deixar de cumprir todos os requisitos da petição inicial (arts. 319 e 320 do CPC) e, ainda, deverá recolher as despesas processuais e a taxa judiciária. No Estado de São Paulo, a taxa judiciária é de 1% do valor da causa. O valor da causa deve corresponder ao benefício econômico da demanda. Como a negociação antecedente tem natureza coletiva, o valor da causa deve corresponder ao total dos créditos sujeitos à negociação. Trata-se de aplicação analógica do disposto no art. 51, § 5º.

11. Os arts. 1º, 2º e 48 da Lei nº 11.101/2005 estabelecem os requisitos subjetivo e objetivo da Lei nº 11.101/2005. A modificação introduzida na legislação de insolvência não estendeu a sua incidência aos agentes econômicos não empresários.

12. Art. 300 do CPC: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo".

13. Por força do art. 306 do CPC, todos os credores devem ser citados, para, no prazo de cinco dias, apresentar contestação. Portanto, não basta requerer a tutela de urgência e pretender a continuidade da negociação, sem citação. Se o modelo adotado pelo legislador, embora sem sentido, foi o da judicialização da negociação antecedente, deve ser completada a relação processual com a citação dos credores.

Ainda que seja obtida esta trégua negociada, ou deferida a tutela de urgência, os arts. 20-B e 20-C não contêm qualquer norma que imponha a decisão da maioria dos credores à minoria resistente, mesmo após a homologação judicial.¹⁴ Caso um de dez credores se negue a aceitar a proposta feita extrajudicialmente pelo devedor, e a aceitação por parte deste credor resistente seja essencial à solução da crise financeira, todos os esforços de negociação terão sido perdidos.

O financiamento do devedor, na fase da negociação antecedente, está cercado de riscos, em decorrência da disciplina legal, que não oferece segurança para os negócios jurídicos celebrados que forem sucedidos por um pedido de recuperação no prazo de 360 dias (cf. art. 20-C, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005).

Caso seja celebrado um acordo com a concessão de garantia real a determinado credor, e homologado em juízo, não estará a salvo de declaração de ineficácia em caso de decretação de falência, pois a proteção só pode ser obtida nos processos de recuperação judicial ou extrajudicial, em razão do disposto no art. 131 da Lei nº 11.101/2005.

Se a situação de dificuldade do devedor puder ser solucionada pela venda de um de seus

14. Embora o art. 20-C enuncie um dever de homologação ao juiz, esta norma merece interpretação restritiva. Somente devem ser homologados acordos que não violem normas de ordem pública e que não beneficiem determinados credores em detrimento dos demais, como, por exemplo: a) a concessão de garantia real em favor de credor quirografário sem que restem bens suficientes para pagamento aos demais (art. 94, inciso III, alínea e); b) a dação em pagamento de um imóvel a determinado credor, sendo o imóvel de valor superior ao crédito, com proveito para um credor em detrimento dos demais (art. 129, inciso II); c) o pagamento em prazo menor ou com menor deságio somente em favor dos credores aderentes, prejudicando os credores não aderentes.

estabelecimentos, o risco de sucessão por parte do adquirente levará ao uso da recuperação judicial, pois a proteção decorre do disposto no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, não aplicável à negociação antecedente.

Finalmente, o art. 20-C impõe um dever de sujeitar o acordo à homologação pelo juiz da recuperação judicial que conflita com as disposições previstas na Lei nº 13.140/2015, que não obrigam as partes a submeter o acordo à homologação judicial (cf. arts. 20, parágrafo único, e 28, parágrafo único), pois elas podem preferir o sigilo à publicidade.

Diante de todos os fatores anteriormente mencionados, conclui-se que o sistema de negociação antecedente é ineficiente e não dispensará o devedor de ajuizar uma recuperação judicial ou extrajudicial futuramente, a fim de tentar impor um plano aceito pela maioria dos credores à minoria resistente, e por meio do qual possa alienar ativos e obter recursos com maior segurança, sem se limitar a propostas de desconto de dívida e alongamento de prazo.

4. Conclusão

A mediação, no curso da recuperação judicial, deve ser incentivada desde o início do processo, de modo a propiciar aos credores e ao devedor ambiente mais favorável à negociação do plano de recuperação.

Já a mediação antecedente, nos termos dos arts. 20-B e 20-C da Lei nº 11.101/2005, terá alcance muito limitado como mecanismo para evitar pedidos de recuperação judicial e extrajudicial, devido à ausência de disciplina legislativa adequada. ●

BIBLIOGRAFIA

- BONILHA, Alessandra Fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado da recuperação judicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57, ano 15, p. 385-410, abr./jun. 2018.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.). *Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- VASCONCELOS, Ronaldo. A Mediação na Recuperação Judicial: compatibilidade entre as Leis nº 11.101/05, 13.015/15 e 13.140/15. In: CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da lei nº 11.101/2005 – Estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015.



Foto: Divulgação

PAULO PENALVA SANTOS

Professor de Direito Empresarial do curso de pós-graduação da FGV-RJ. Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Membro do grupo de trabalho do CNJ para contribuir para a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência.

Plano alternativo apresentado pelos credores.

SUMÁRIO

- 1.** Introdução
 - 2.** Edição da Lei nº 14.112/2020: possibilidade de plano alternativo apresentado pelos credores
 - 3.** Necessidade de concordância do devedor
 - 4.** Requisitos para a apresentação do plano pelos credores
 - 5.** Aumento de capital – capitalização de créditos
 - 6.** Direito de retirada
 - 7.** Homologação do plano e controle da legalidade
 - 8.** Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

O plano de recuperação judicial representa o núcleo do processo de recuperação, pois é o instrumento que demonstra a viabilidade econômica e financeira da sociedade em recuperação. Nele devem constar todas as informações sobre os meios pelos quais a sociedade em recuperação pretende superar a sua crise, a fim de preservar a empresa, com a manutenção da sua função social.

Quanto à legitimidade para elaborar e apresentar o plano, o legislador deixava claro que seria de competência exclusiva do devedor, sendo certo que eventuais alterações propostas na assembleia geral seriam possíveis, desde que houvesse expressa concordância do devedor e não implicasse diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes (art. 56, § 3º).

Com o advento da Lei nº 14.112/2020, que alterou a Lei nº 11.101/2005, o sistema sofre uma modificação substancial, pois o legislador passa a permitir que os credores também possam apresentar um plano alternativo de recuperação.

Examinaremos as condições e requisitos para apresentação do plano pelos credores, destacando as dificuldades a serem superadas para que esse novo sistema possa funcionar.

2. Edição da Lei nº 14.112/2020: possibilidade de plano alternativo apresentado pelos credores

A Lei nº 14.112/2020 dispõe sobre a possibilidade de os credores apresentarem um plano alternativo em dois dispositivos: no art. 6º, § 4º-A, e no art. 56, §§ 4º ao 8º.

Na primeira hipótese (art. 6º, § 4º-A), decorrido o prazo do *stay period*, sem que o plano de recuperação apresentado pelo devedor tenha sido deliberado em assembleia geral, os credores teriam a faculdade de propor um plano alternativo.

Note-se que o *stay period* é concedido pelo prazo de 180 dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, o qual pode ser prorrogado, uma única vez, por igual período. No caso de prorrogação do *stay period*, é razoável concluir que somente após o encerramento do prazo estendido é que os credores teriam direito à apresentação do plano. Note-se que a extensão do prazo só é permitida quando o devedor não tenha concorrido com a superação do lapso temporal, ou seja, quando ele não tenha dado causa à prorrogação.

Com o advento da Lei nº 14.112/2020, o sistema sofre uma modificação substancial.

A outra previsão está no art. 56, § 4º, o qual dispõe que

“rejeitado o plano de recuperação judicial, o administrador judicial submeterá, no ato, à votação da assembleia geral de credores a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado plano de recuperação judicial pelos credores”.

São, portanto, duas hipóteses distintas para a apresentação do plano pelos credores: a primeira, no caso de encerramento do prazo do *stay period*, sem a deliberação a respeito do plano de recuperação proposto pelo devedor, e a segunda no caso de rejeição do plano elaborado pelo devedor. Nas duas hipóteses, o plano alternativo deve ser apresentado pelos credores no prazo de 30 dias, contado do final do prazo referido no § 4º do art. 6º, ou do § 4º do art. 56. Ainda, como veremos a seguir, a concessão do prazo de 30 dias para a apresentação do plano alternativo deve ser aprovada na mesma assembleia geral, pelo *quorum* de mais da metade dos créditos presentes ao conclave.

Ainda, na hipótese do decurso do prazo do *stay period*, a apresentação de um plano alternativo pelos credores não significa que o devedor tenha

perdido o direito de ter o seu plano votado em assembleia geral.

3. Necessidade de concordância do devedor

Note-se que foi mantida a regra do § 3º do art. 56, a qual prevê a possibilidade de o plano ser alterado na assembleia geral, desde que haja **expressa** concordância do devedor. Com efeito, o plano dos credores só pode ser votado se o devedor concordar expressamente com a alteração, ou se o seu plano for rejeitado na mesma assembleia geral. Ainda assim, o plano alternativo deve preencher os requisitos do § 6º do art. 56, dentre os quais está o não preenchimento dos requisitos previstos no § 1º do art. 58 (*cram down*).

Assim, o plano apresentado no prazo do § 4º, art. 6º, é de pouca valia, pois não pode ser votado sem a concordância expressa do devedor. Percebe-se que esse mecanismo serve mais como pressão para o devedor concordar com modificações sugeridas no conclave.

O fato de os credores não terem apresentado plano alternativo no prazo mencionado no § 4º do art. 6º não significa que perderam a oportunidade de fazê-lo, pois terão ainda essa faculdade, se rejeitado o plano inicialmente posto pelo devedor (art. 56, § 4º).

Na prática, a possibilidade de apresentação de plano alternativo pelos credores representa um incentivo para o devedor buscar a melhor solução possível, pois, caso contrário, ficará exposto ao risco de ser votado um meio de recuperação elaborado pelos credores.

O art. 50 contém uma relação exemplificativa de hipóteses que constituem meios de recuperação judicial e que podem ser adotadas em planos de recuperação.

São, na sua maioria, planos que interferem no patrimônio do devedor, ou na administração da sociedade, como é o caso de cisão, incorporação, alteração do controle, aumento de capital, venda de

bens, emissão de valores mobiliários, substituição de administradores, etc.

A questão é que essas hipóteses interferem na esfera jurídica da sociedade devedora e de seus sócios e administradores, o que só seria possível com a concordância expressa do devedor.

Esse é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2021, p. 230), ao afirmar que

“o devedor é titular do direito constitucional de propriedade da empresa. A maioria dos credores não pode lhe impor decisões empresariais, com as quais não concorde. Isso significa negar ao devedor um direito fundamental (CF art. 5º, XXII)”.

O curioso é que nesse caso inverte-se a lógica da negociação, pois não é o devedor que busca o apoio de seus credores para aprovar o plano. São os credores que necessitam convencer o devedor a aceitar as modificações do plano alternativo. Mas é evidente que o devedor tem uma margem muito reduzida de negociação, pois rejeitar a proposta de plano alternativo significaria a quebra da sociedade.

4. Requisitos para a apresentação do plano pelos credores

Rejeitado o plano apresentado pelo devedor, ou decorrido o prazo do *stay period*, o administrador judicial submeterá à votação a concessão de prazo de 30 dias para que os credores possam apresentar um plano alternativo.

Na hipótese do art. 6º, § 4º-A, o prazo de 30 dias inicia-se após o término do *stay period*, e no caso do art. 56, § 4º, conta-se da assembleia geral que rejeitou o plano do devedor e permitiu a apresentação do plano alternativo.

A concessão do prazo para a apresentação do plano alternativo deve ser aprovada por credores que representem mais da metade dos créditos presentes à assembleia geral (art. 56, § 5º). O § 6º do art. 56 afirma que o plano proposto pelos credores “**somente será posto em votação caso satisfeitas**, cumulativamente [...]”, dando a impressão

de que seriam outras condições para a apresentação do plano, quando na realidade são requisitos para a sua aprovação. Isso porque a condição para a apresentação do plano alternativo já foi atendida, com a aprovação de mais da metade dos credores presentes à assembleia geral, conforme disposto no § 5º.

Apresentado o novo plano, a sua aprovação depende do apoio por escrito de credores que representem mais de 25% dos créditos totais sujeitos à recuperação judicial, ou mais de 35% dos créditos dos credores presentes à assembleia geral referida no § 4º do art. 56.

Além disso, para o plano apresentado pelos credores ser submetido ao conclave, deve atender às seguintes condições: **a)** não preenchimento dos requisitos para a aplicação do *cram down*; **b)** o plano apresentado pelos credores deve ser instruído com a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação, com a demonstração de sua viabilidade econômica e com o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor; **c)** não imputação de obrigações novas, não previstas em lei ou em contratos anteriormente celebrados, aos sócios do devedor; **d)** de isenção de garantias pessoais prestadas por pessoas naturais em relação aos créditos a serem novados e que seja de titularidade dos credores que apoiarem por escrito a apresentação do plano alternativo (inciso III, § 6º, art. 56) ou daqueles que votaram favoravelmente ao plano alternativo; **e)** não imposição ao devedor ou aos seus sócios de sacrifício maior do que aquele que decorreria da liquidação na quebra.

Em relação ao não preenchimento dos requisitos do *cram down*, Fábio Ulhoa Coelho (2021, p. 231) lembra que o legislador presume que o juiz concederá a recuperação judicial se atendidos esses requisitos, o que não ocorre. A concessão da recuperação com fundamento no *cram down* é uma faculdade que a lei concede ao juiz, o qual não está obrigado a conceder a recuperação judicial com base nesse motivo.

Outro ponto relevante diz respeito à obrigação de demonstrar a viabilidade econômica do novo plano, bem como de apresentar o laudo econômico-financeiro. A elaboração desses documentos pressupõe acesso a informações que os credores dificilmente terão, ainda mais considerando o prazo de 30 dias para a apresentação do plano.

O laudo deve conter informações sobre a estruturação das operações sugeridas pelos credores e consequentes impactos tributários, regulatórios, necessidade de eventual obtenção de financiamentos adicionais, novos recursos, etc., que devem ser fornecidas pelo devedor.

A concessão da recuperação com fundamento no *cram down* é uma faculdade que a lei concede ao juiz.

Quanto à necessidade de apresentação do laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor, a sua exigência é desnecessária, pois já consta essa informação prestada quando da apresentação do plano original (neste sentido, leia-se Marcelo Sacramone, 2021, p. 326).

Além disso, não se justifica a obrigação de elaborar o laudo de viabilidade econômico-financeiro, pois é um documento que o devedor precisa apresentar para convencimento dos credores. Quando os próprios credores elaboram o plano, presume-se que tal fato já esteja implícito. Mas ocorre que a lei exige tal documento, sem o qual o plano alternativo não poderá ser votado.

Conforme já dito anteriormente, também é necessário o apoio, por escrito, dos credores que representem, alternativamente, mais de 25% dos créditos totais sujeitos à recuperação, ou mais de 35% dos créditos dos credores presentes à assembleia geral.

De enorme importância é o fato de a lei vedar expressamente a imputação de novas obrigações ao devedor, não previstas em lei ou em contratos

anteriormente celebrados, aos sócios do devedor. Da mesma forma, a lei não permite impor ao devedor ou a seus sócios um sacrifício maior do que ocorreria na falência.

Questão polêmica diz respeito à regra do art. 56, § 6º, inciso V, que exige a previsão de isenção das garantias pessoais referentes aos créditos a serem novados e que seja de titularidades dos credores que apoiaram por escrito o novo plano, ou daqueles que votaram favoravelmente à sua aprovação.

Essa previsão de liberação das garantias seria uma exceção à regra do § 1º do art. 49, segundo o qual “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”, e também do § 1º do art. 50, que condiciona a supressão ou a substituição de garantia real à aprovação expressa do credor titular da garantia.

Criticando o novo dispositivo, Marcelo Sacramone (2021, p. 327) afirma que

“consagrado pela sistemática da Lei que o crédito do devedor, novado, não afeta as garantias fornecidas por terceiros em relação a esse crédito, a menos que haja a renúncia expressa e individual de cada credor, e que o direito subjetivo conferido aos credores não poderia ser invalidado na prática pela própria legislação, a previsão de isenção das garantias pessoais não poderá ser considerada um requisito obrigatório ao plano alternativo, nem implicará a renúncia, a menos que expressa e voluntariamente aceita pelos credores votantes”.

No caso do art. 56, § 4º, não apresentado plano alternativo no prazo de 30 dias, ou, em ambas as hipóteses, rejeitado o plano dos credores, o juiz convalidará a recuperação judicial em falência.

5. Aumento de capital – capitalização de créditos

O legislador prevê (art. 56, § 7º) a possibilidade de o plano apresentado pelos credores admitir o aumento de capital, mediante a capitalização de

créditos, inclusive com a alteração do controle da sociedade devedora, caso em que os sócios ou acionistas terão direito de retirada.

O aumento de capital deve ser minuciosamente previsto no plano, definindo valor limite de emissão de novas ações, mediante a capitalização, e indicando quais credores podem exercer esse direito.

Com o aumento do capital, pela capitalização de créditos, é possível que ocorra a diluição dos acionistas, o que poderia impactar o grupo de controle.

6. Direito de retirada

Ocorrendo o aumento de capital com a capitalização de créditos, a lei permite o exercício do direito de retirada pelos sócios do devedor.

Trata-se de direito potestativo que o acionista tem, nos casos do art. 137 da Lei nº 6.404/1976, de sair da sociedade através do reembolso, alienando suas ações à companhia.

No caso em exame, o direito de retirada não está previsto na Lei nº 6.404/1976, mas na Lei nº 11.101/2005, com as alterações da Lei nº 14.112/2020.

Desde que a causa esteja prevista em lei, não há necessidade de o acionista demonstrar ter tido prejuízo. Ainda que a matéria prevista no plano seja de interesse da devedora, não se pode impedir o exercício desse direito potestativo por parte do acionista. Também não é necessário demonstrar que o acionista teve interesse atingido para se retirar da sociedade. Basta a ocorrência da causa prevista em lei.

Na companhia fechada haverá um grande estímulo para que os acionistas exerçam o direito de retirada, pois teriam uma hipótese excepcional, fora da relação taxativa prevista na lei societária, para exercer esse direito.

Além disso, como a obrigação de reembolsar os acionistas que exerceram o direito de retirada surgiu após o ajuizamento da recuperação judicial, tal crédito não se sujeita aos efeitos da recuperação, razão pela qual esses acionistas receberiam antes dos credores sujeitos à recuperação judicial.

É possível que o exercício do direito de retirada, em grande escala, numa sociedade em recuperação judicial, já bastante fragilizada financeira e economicamente, possa comprometer a sua sobrevivência, a qual talvez não tenha capacidade de pagar o valor de reembolso aos acionistas dissidentes.

É evidente que o exercício do direito de retirada representa um risco à estabilidade financeira da sociedade, razão pela qual a Lei de S.A. permite (art. 137, § 4º) que a assembleia geral reconsidere a deliberação que aprovou a matéria e que deu ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia.

O principal objetivo da recuperação judicial é a implementação do acordo entre credores e devedor.

Essa hipótese de reconsiderar a deliberação que deu origem ao recesso não se aplica ao presente caso, salvo se o plano for alterado para suprimir a previsão de aumento de capital pela capitalização de créditos, que dava origem ao exercício desse direito.

Cumprir frisar que, no caso de falência, deverá o administrador judicial ajuizar ação revocatória, para obter a restituição do reembolso pago com redução do capital, conforme disposto no art. 45, § 8º, da Lei nº 6.404/1976.

Tratando-se de sociedade limitada, o direito de retirada está previsto no art. 1.077, cujo reembolso, salvo disposição prevista no contrato social, será feito na forma do art. 1.031, hipótese em que o capital social sofrerá a correspondente redução, exceto se os demais sócios suprirem o valor da quota.

7. Homologação do plano e controle da legalidade

Embora o legislador tenha silenciado a respeito, na aprovação do plano alternativo também há

necessidade de homologação, para que possa produzir seus efeitos jurídicos como título executivo judicial (art. 59, § 1º).

A exigibilidade das obrigações previstas no plano decorre da decisão judicial que concedeu recuperação judicial, a qual vincula todos os credores, inclusive os dissidentes, que se sujeitarão à deliberação aprovada pela maioria em assembleia geral.

Conforme já pacificado na doutrina e na jurisprudência, ao homologar o plano, compete ao juiz exercer antes o controle de legalidade, conforme previsto no Enunciado nº 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF)/ Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao dispor que “a homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle da legalidade”.

Proferida a decisão que concede a recuperação judicial, deve a recuperação permanecer sob a supervisão judicial pelo prazo de dois anos, conforme dispõe o art. 61?

O principal objetivo da recuperação judicial é a implementação do acordo entre credores e devedor, para permitir a superação da crise econômico-financeira da empresa, o que é alcançado quando o juiz homologa a deliberação tomada em assembleia geral.

A permanência da devedora em recuperação judicial, pelo prazo de dois anos, foi concebida para manter o devedor sob supervisão judicial, com a finalidade de fiscalizar o cumprimento das obrigações previstas no plano. Mas essa regra do art. 61 não foi prevista para o caso de plano alternativo elaborado pelos credores, e sim para fiscalizar se o devedor está cumprindo as obrigações que ele propôs aos credores. Quando o plano aprovado tiver sido elaborado pelos credores, parece-nos que o juiz, ao homologar o plano, possa também declarar encerrada a recuperação judicial.

Aliás, como ensinam Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo (2021, p. 178), a reforma da lei falimentar flexibilizou a aplicação do prazo de dois anos para a fiscalização, permitindo ao juiz que

reduza esse lapso temporal, caso entenda necessária no caso concreto. Essa possibilidade de reduzir ou suprimir o período de supervisão faz todo sentido, na hipótese de aprovação de plano alternativo elaborado exclusivamente pelos credores.

8. Conclusão

A faculdade concedida aos credores para apresentar um plano alternativo de recuperação representa uma alteração relevante, que sempre foi adotada em vários sistemas de insolvência. Mas os requisitos exigidos pela Lei nº 14.112/2020, para que os credores possam exercer essa faculdade, representam um enorme desafio, conforme se demonstrou anteriormente.

Mas, na prática, essa nova regra traz dois recaudos para o devedor. No primeiro caso – término do prazo do *stay period* –, Fábio Ulhoa Coelho (2021, p. 71) ensina que:

“o legislador aparentemente quis dizer ao devedor que se apresse visando obter a aprovação do próprio plano no prazo do § 4º, para não ficar exposto ao risco de um plano alternativo”.

Na segunda hipótese – rejeição do plano apresentado pelo devedor – Marcelo Sacramone (2021, p. 327) afirma, com razão, que essa sistemática foi conferida

“como forma de se incentivar o próprio devedor para que apresentasse a melhor solução possível, e não apenas aquela que seria menos ruim do que a falência, diante de um risco real de os credores a apresentarem, caso ele não o fizesse”.

Em síntese, mesmo sendo improvável que os credores consigam apresentar um plano alternativo, a nova lei alcança a sua finalidade de incentivar uma negociação mais célere entre as partes, permitindo a preservação da atividade econômica e o cumprimento da sua função social. ●

BIBLIOGRAFIA

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- COSTA, Daniel Carnio; MELLO, Alessandro Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Curitiba: Juruá, 2020.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



Foto: Divulgação

RENATA MARTINS DE OLIVEIRA AMADO

Advogada. Formada em Direito pela PUC-SP.



Foto: Divulgação

RENATO G. R. MAGGIO

Advogado. Formado em Direito pela USP.

A insolvência transnacional no ordenamento jurídico brasileiro.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. A jurisprudência sobre insolvência transnacional
 3. Implementação da Lei Modelo
 4. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

Dentre as novidades advindas da atualização da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falências – LRF), um ponto de consenso era a necessidade de o Brasil regular a insolvência transnacional, seguindo a Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional (Lei Modelo) da United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral).

Com a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, passamos a adotar um universalismo moderado.

Em linhas gerais, as regras de insolvência transnacional são necessárias quando os ativos do devedor e/ou seus credores estão localizados em diversas jurisdições. Na tentativa de dirimir eventuais conflitos entre jurisdições, desenvolveram-se duas teorias: territorialismo e universalismo. Para a primeira, a justiça de cada Estado tem competência exclusiva para tratar dos bens do devedor nele localizados, incluindo arrecadação e distribuição.¹ Para o universalismo, a jurisdição do centro de interesses principais (*center of main interest* – Comi) é competente para administrar a insolvência.

Ambas as teorias trazem seus aspectos negativos e muitas das vezes não estão adequadas à realidade do desenvolvimento global das atividades empresariais. Assim, verificou-se a necessidade de adotar um processo principal no Comi e processos secundários para auxiliar o primeiro, devendo haver cooperação entre juízos e representantes. Surgiu, assim, a teoria do pós-universalismo² abarcada pela

Lei Modelo,³ baseada no reconhecimento de cada jurisdição nacional, com previsão de cooperação internacional entre os juízos, delineando-se, então, a harmonização das teorias.

O Brasil adotou, no art. 3º da LRF, a teoria territorialista ao prever que a justiça brasileira é exclusiva quando o devedor possuir no país o seu principal estabelecimento ou filial de empresa com sede fora do Brasil. Contudo, com a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, que veio alterar a LRF, passamos a adotar um **universalismo moderado**.

Neste artigo, além de demonstrar como a Lei Modelo foi incorporada no Brasil, pretendemos explorar como até então nossas cortes vinham lidando com questões atreladas à crise transfronteiriça, o que pode ser um guia – do que fazer e do que deixar de fazer – para futuros casos.

3. Em que pese tratados anteriores terem cuidado do tema, o Direito de Insolvência Internacional teve sua raiz efetiva no *United States of America Bankruptcy Reform Act* de 1978, mais especificamente sua Seção 304, que cuidava dos casos auxiliares a processos estrangeiros. Na Europa, os trabalhos também avançaram, tendo sido promulgada uma proposta da Comunidade Europeia na década de 1980 e, posteriormente, a Convenção de Istambul. Contudo, tais modelos adotam o sistema de falências secundárias, ou seja, um processo principal e diversos processos satélites, com propósito de facilitar a liquidação do patrimônio. Foi graças aos esforços de especialistas e de juízes que a organização e efetividade de processos de insolvência em diferentes jurisdições se desenvolveu, mediante a celebração de protocolos de cooperação e harmonização dos processos para maximização de valor e redução de despesas e conflitos. Este proceder encontrou nos países de *common law* um palco de desenvolvimento e na maioria dos países de *civil law* uma barreira. Na década de 1990, com a intensificação do desenvolvimento de atividades além das fronteiras, o tema chamou atenção da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo sido criados grupos de estudos na Uncitral. Assim, em 1997, aprovou-se a Lei Modelo, a fim de implementar mecanismos de cooperação internacional. Tal lei visa a solucionar questões relativas a foro competente, cooperação entre juízos estrangeiros, processamento adequado e célere da recuperação de empresas com filiais/ativos em mais de um país, dentre outros. Como toda *soft law*, a Lei Modelo não possui efeito vinculante, de modo que os países possuem liberdade para incorporar ou não a Lei Modelo em seus respectivos sistemas jurídicos, fazendo as adequações necessárias. Desde então, diversos países incorporaram preceitos de insolvência transfronteiriça em seu ordenamento jurídico, tendo o Brasil sido o 49º país a tanto.

1. É decorrência da soberania estatal e acaba por não permitir o *forum shopping* (conduta do devedor de escolher o país que apresenta a legislação mais favorável, o que é vedado pelo art. 167-J, § 2º, da LRF).

2. Também chamada universalismo moderado ou universalismo mitigado ou universalismo modificado.

2. A jurisprudência sobre insolvência transnacional

O caso Varig foi o primeiro caso de recuperação judicial sob a égide da LRF a demandar cooperação internacional entre o Judiciário brasileiro e o norte-americano (estando, neste último país, em vigor a *Section 304*). Arrendadores de aeronaves e motores, entendendo que os seus respectivos contratos não deveriam se sujeitar ao processo brasileiro, começaram na corte de Nova Iorque demanda visando à apreensão de tais bens. Reconhecendo a extensão da decisão da justiça brasileira contrária à possibilidade de tal apreensão, o juízo norte-americano, responsável pelo processo auxiliar, não permitiu a retomada dos bens e assim houve a continuidade das atividades da companhia. Este caso é conhecido pela cooperação que de fato se verificou entre o juízo carioca e o juízo estrangeiro, marcado inclusive por reuniões presenciais.⁴

Após a vigência do *Chapter 15* nos Estados Unidos, que adota quase integralmente a Lei Modelo,⁵ tornou-se usual empresas brasileiras em recuperação com credores estrangeiros ou ativos no exterior se valerem de tais procedimentos, a fim

4. Além do caso Varig, também foi emblemática a falência da Parmalat do Brasil S.A., em 2003. O procedimento foi iniciado na Itália, mas o processo também correu no Brasil de forma autônoma. No caso, a LRF foi utilizada para tentativa de soerguimento da empresa por meio de recuperação judicial, sendo que a reorganização dos ativos globais foi realizada por cooperação entre as cortes brasileira e italiana. Contudo, vale notar que em nenhum dos casos foram criados procedimentos principais ou secundários formais e as decisões proferidas nos respectivos procedimentos estrangeiros não foram reconhecidas internamente; foi uma espécie de “cooperação silenciosa” (Cf. BASSANI, 2018, p. 295-322).

5. Os Estados Unidos, mais uma vez, destacaram-se na questão, através da inclusão do *Chapter 15* em seu *Bankruptcy Code*, que acabou por adotar quase que integralmente a Lei Modelo e positivar as práticas que já eram usadas desde os protocolos anteriormente referidos e a positivar a Lei Modelo. O *Chapter 15* estabelece regras de reconhecimento de processos de insolvência estrangeiros e de cooperação entre cortes, tendo ainda por objetivo trazer maior segurança jurídica para comércio e investimentos, promover uma administração justa e eficiente das insolvências, proteger os credores e demais *stakeholders*, maximizar o valor dos ativos e facilitar a recuperação de empresas.

de dar efetividade ao plano de recuperação judicial ou extrajudicial aprovado e homologado em nosso país.

Ademais, não obstante a insolvência transnacional não ser até então regulada pela LRF, as cortes nacionais vinham permitindo que determinadas sociedades estrangeiras integrassem o polo ativo do pedido de recuperação judicial ou extrajudicial⁶ do mesmo grupo econômico de sociedades brasileiras e cujo Comi fosse o Brasil, tal como no caso de veículos *offshore* utilizados para captação de dívida.⁷ A jurisprudência, baseada no art. 3º da LRF, vinha adotando uma visão eminentemente territorialista.

Na recuperação judicial do Grupo OAS, que teve como requerentes em litisconsórcio ativo três subsidiárias estrangeiras, duas delas emissoras de *bonds* e constituídas nas Ilhas Virgens Britânicas, discutiu-se, pela primeira vez, a possibilidade de tais empresas estrangeiras participarem no processo de recuperação brasileiro. Em conflito de decisões entre a justiça brasileira e a corte das Ilhas

6. Para recuperação extrajudicial, *vide* acórdão do processo do grupo OOG: TJRJ, Apl. nº 0121854-60.2017.8.26.0001, Rel. Des. Myriam Medeiros da Fonseca Costa, j. em 13/6/2018. Importante mencionar que, também nesse caso, ajuizou-se um processo de *Chapter 15*, tendo a corte norte-americana determinado a suspensão de quaisquer demandas em curso e o não ajuizamento de novas ações inconsistentes com plano de recuperação extrajudicial.

7. No caso OGX, o pedido de recuperação judicial foi apresentado em conjunto por duas sociedades com sede no Rio de Janeiro e por duas controladas, sendo duas destas sociedades austríacas. Após a distribuição do pedido, a decisão de processamento admitiu apenas o pedido das sociedades brasileiras, com fundamento no parecer do Ministério Público, que defendia ser inadmissível a inclusão das sociedades estrangeiras. No TJRJ a decisão foi reformada nos seguintes termos: “[N]ão se está erigindo o Estado Juiz à condição de legislador positivo. A ausência de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais, se não o autoriza, por outro lado não o veda. A hipótese desafia a decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de aplicação cauta e excepcional, em situações que, a seu turno, demandem cautela e sejam, por igual, excepcionais. Até porque são os princípios gerais os responsáveis pela atuação do Ordenamento Jurídico à feição de um todo, integrando-lhe setores comunicantes, de outra forma tornados estanques” (14ª CC, AI nº 0064658-77.2013.8.19.0000, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, j. em 19/2/2014, DJe 19/2/2014).

Virgens Britânicas, um credor obteve a declaração de falência das subsidiárias na corte estrangeira e a nomeação de liquidantes judiciais, os quais comunicaram no Brasil acerca da falência decretada. Também existiu um *Chapter 15* iniciado nos Estados Unidos por credores estrangeiros visando à declaração da corte das Ilhas Virgens Britânicas como o local do processo principal. A justiça norte-americana acabou reconhecendo o processo brasileiro como o principal, o que, ao final, garantiu a efetividade das decisões brasileiras perante os credores estrangeiros.^{8 e 9}

Ademais, em alguns casos de falência, o administrador judicial brasileiro tem buscado no *Chapter 15* a eficácia do procedimento brasileiro nos Estados Unidos. Usualmente, mediante aprovação judicial brasileira indicando o respectivo administrador judicial como *foreign representative* e às vezes se valendo do mero adiantamento de honorários a um escritório de advocacia americano para evidenciar a existência de ativos sujeitos à jurisdição americana,¹⁰ tal administrador judicial brasileiro vem

obtendo das cortes norte-americanas as proteções necessárias à falida e seus bens, bem como a obtenção de informações (*discovery*).

Por sua vez, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem prevalecido o entendimento de que compete somente à justiça brasileira tratar dos processos de insolvência de empresas brasileiras ou de sociedades relacionadas a elas, visto estar-se diante de norma de competência internacional. De fato, na Sentença Estrangeira Contestada nº 11.277, entendeu-se que a sentença estrangeira que declarou a falência de acionista de empresa em recuperação judicial no Brasil violaria a soberania nacional e prejudicaria o processo de recuperação brasileiro, não podendo, portanto, ser homologada.

Compete somente à justiça brasileira tratar dos processos de insolvência de empresas brasileiras.

Em meados do ano de 2020, notadamente em decorrência da crise ocasionada pela Covid-19, testemunhamos o inédito pedido da Latam Brasil de proteção judicial, por uma sociedade brasileira, no âmbito do *Chapter 11* do *U.S. Bankruptcy Code* diretamente ao *Southern District of New York*, juntando-se às suas demais afiliadas, incluindo sua controladora, que haviam ingressado com tal medida dias antes. Muito se especulou, na ocasião, sobre as reais motivações da aérea por ter optado pela jurisdição americana em detrimento do processo de recuperação local.¹¹ Nesse processo decisório,

» depósito na conta do escritório americano. Neste caso, foi escolhido Miami, usando argumento de que é onde usualmente brasileiros investem nos Estados Unidos da América e onde 17 casos de *Chapter 15* envolvendo empresas brasileiras falidas, naquele momento, haviam sido iniciados.

11. Sobre ponto, Almeida (2021, p. 69) consignou “a previsibilidade e eficiência que o procedimento de reorganização de dívidas previsto no *Chapter 11* do *US Bankruptcy Code* proporciona às empresas para superar a crise e prosseguir com sua atividade econômica atraiu o interesse de companhias aéreas »

8. Cf. Carpenter e Andrade (2020, p. 237): “as decisões proferidas no *Chapter 15* desempenharam um papel fundamental no processo de recuperação judicial brasileiro, influenciando, de forma decisiva, a atuação dos credores. É claro que as decisões proferidas no processo norte-americano não têm o condão de revogar as decisões proferidas no processo de liquidação iniciado perante a Corte de Insolvência das Ilhas Virgens Britânicas, que é autônomo e independente em relação àquele. Porém, na medida em que as decisões tomadas no processo das Ilhas Virgens Britânicas não reverberaram nos Estados Unidos, reduziu-se, de forma importante, a capacidade desses credores de interferir no processo como um todo, fazendo com que diminuísse a sua agressividade no litígio. Além disso, muitos desses credores, por serem fundos de investimento especializados em investir em processos de insolvência nos Estados Unidos, não queriam se indispor nem contrariar as decisões proferidas pela corte de falências de Nova York, onde constantemente litigavam”.

9. O cenário visto no caso OAS, de certo modo, replicou-se na recuperação judicial do Grupo Oi. Fato relevante publicado em 5 de dezembro de 2017. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/6aebbd40-9373-4b5a-8461-9839bd41cbbb/file_manager/329dcf58-5e70-4fa1-b6e8-2060ec8b60a9/fato_relevante_decisao_da_corte_americana_referente_ao_capitulo_15_do_codigo_de_falencias_dos_estados_unidos.pdf. Acesso em: 18 maio 2021.

10. No caso da falência da Vasp, por exemplo, foi declarada a inexistência de operação ou ativo nos Estados Unidos, exceto o »

certamente ponderou-se que a eficiência, a celeridade, a tradição e a segurança jurídica do sistema americano, juntamente com a incomparável oferta de crédito (na modalidade de *DIP financing*) para empresas nessas condições e as possibilidades de céleres vendas de ativos, suplantariam os elevados custos do procedimento americano e o rigor com que a jurisdição americana lida com os devedores e seus sócios, em especial as companhias aéreas americanas certificadas, impedidas de frearem as ações dos arrendadores de aeronaves.¹² Outro fundamento jurídico possivelmente considerado pode muito bem ter sido a prerrogativa que as companhias aéreas possuem no âmbito do *Chapter 11* de simplesmente rescindir unilateralmente os contratos de arrendamento.

Considerando-se que tal ajuizamento foi anterior às alterações da LRF, muito também se discutiu como tal companhia faria ou se faria valer tal proteção contra credores brasileiros não sujeitos à jurisdição americana, o que não aconteceu até o momento, sendo que o fato de recentemente a companhia ter conseguido autorização para iniciar processo de *ADR* (meios alternativos de solução de disputas) com credores chilenos e colombianos

» latino-americanas cuja operação foi fortemente afetada em razão da pandemia no primeiro semestre de 2020, como Latam Airlines, Avianca Holdings e Aeromexico, que optaram por reestruturar suas dívidas nos EUA em detrimento da utilização dos processos de insolvência existentes no ordenamento jurídico de seus países”.

12. Em linha com a Convenção da Cidade do Cabo, arrendadores de aeronaves credoras de companhias aéreas americanas certificadas gozam de proteções especiais previstas no *US Bankruptcy Code*, sobretudo nos termos da *Section 1110*, que prevê que o devedor precisa, em até 60 dias do ajuizamento, quitar integralmente suas dívidas perante tais credores e acordar sobre o adimplemento de suas obrigações durante o procedimento do *Chapter 11* ou permitir a reintegração de posse da aeronave objeto de financiamento. Contrabalanceando, tais aéreas, no âmbito do *Chapter 11*, teriam o mencionado direito de resilição unilateral dos contratos de arrendamento (ROSENZWEIG; VAZQUEZ, 2020). No caso do Brasil, o princípio do *stay period* da Convenção da Cidade do Cabo também existe, porém é de apenas 30 dias, conforme as declarações feitas pelo Brasil quando da ratificação da Convenção – porém a efetiva aplicação de tais direitos em proteção aos arrendadores ainda tem menos tradição nas cortes brasileiras que a prática americana.

(cujos países já reconheceram o *Chapter 11* como processo principal) e não ter solicitado o mesmo em relação aos credores brasileiros nem ter iniciado qualquer processo de cooperação aqui trouxe especulações de que a companhia entende que as regras brasileiras de insolvência transnacional ainda precisam ser analisadas e testadas.

Acerca da jurisprudência sobre insolvência transnacional que se criou em nosso país, a ausência de regulação específica exigiu esforços dos tribunais para lidar com tais processos, o que foi feito de forma louvável, mas não se pode negar que há muita insegurança jurídica e um cenário de incertezas, especialmente porque foram “soluções casuísticas, embasadas em diferentes fundamentos e muitas das vezes contraditórias entre si” (ALMEIDA, 2021, p. 67).¹³

3. Implementação da Lei Modelo

As discussões para regulação da insolvência transnacional no Brasil já têm mais de uma década e o instituto veio a ser incluído somente em 2020, através da Lei nº 14.112/2020, propulsionada pela necessária resposta à crise causada pela Covid-19,

13. Becue (2018, p. 39-40), na sua dissertação de doutorado *Insolvência Transnacional: as contribuições que a Lei Modelo da Uncitral pode proporcionar ao Brasil*, foi além e consignou: “a assimilação pelo Poder Judiciário brasileiro de processos com efeitos transnacionais não pode ser feita de forma unilateral, fracionada ou condicionado ao fato de a sociedade estrangeira ser mero veículo financeiro (desprovida de atividade operacional) do grupo empresarial sediado no Brasil. A defesa de soluções casuísticas, moldadas às necessidades de cada estrutura empresarial, não se confunde com paroquialismo e não pode ocasionar insegurança jurídica, ou seja, invocar conceitos da Lei Modelo da Uncitral para sujeitar sociedades estrangeiras aos efeitos do processo iniciado aqui, ignorando o dinamismo do mercado e que em outras circunstâncias – tal como verificamos nos processos dos Lehman Brothers e Nortel – a acentuada integração econômica dos grupos empresariais reivindica cooperação entre os ordenamentos jurídicos. Desta feita, a exposição a partir das dificuldades suscitadas pelos casos concretos não visa a desconsiderar as vantagens de regras calcadas na Lei Modelo da Uncitral ou em outros padrões aceitos globalmente; ao contrário, não resta dúvida de que a adoção do regime de insolvência transnacional traz ganhos à segurança jurídica”.

a qual agregou certas propostas do grupo de trabalho designado pelo Ministério da Economia e outros projetos em trâmite até então.

O extenso Capítulo VI-A da LRF tem por inspiração a Lei Modelo, com algumas adaptações.¹⁴ Os objetivos e princípios visados estão dispostos em seu art. 167-A, a saber: (i) cooperação entre juízes e autoridades brasileiros e estrangeiros, (ii) aumento da segurança jurídica, (iii) administração justa e eficiente de processos transnacionais, (iv) proteção e maximização do valor dos ativos, (v) promoção da recuperação com proteção de investimentos e preservação de empregos, (vi) promoção da liquidação de ativos, com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive intangíveis, (vii) em relação à interpretação, sempre deverá ser adotada aquela que prestigie a cooperação internacional, a uniformidade de sua aplicação¹⁵ e a boa-fé e (viii) as medidas indicadas no Capítulo são meramente exemplificativas, dando lugar a tratados e convenções internacionais que prevalecem sobre a LRF e devem ser desconsideradas em caso de manifesta ofensa à ordem pública.^{16 e 17}

14. A previsão de que créditos tributários estrangeiros e créditos estrangeiros sem qualificação específica na lei brasileira serão considerados créditos quirografários (art. 167-G, § 1º, inciso I) e a exigência de que o Ministério Público participe do respectivo processo (art. 167-A, § 5º), o que é criticado por Becue.

15. Para cooperação, é importante que os guias emitidos pela Uncitral acerca do tema sejam consultados pelos participantes dos processos e pelos magistrados. A Uncitral também possui um sistema que tem por finalidade indicar os textos legais feitos pela comissão e facilitar a interpretação e aplicação uniforme das regras (https://uncitral.un.org/en/case_law).

16. Sacramone (2021, p. 628) afirma que “ainda que o conceito de ordem pública não tenha sido definido, a própria lei modelo exige que sua interpretação seja restritiva e aplicada apenas excepcionalmente, em circunstâncias limitadas, a ponto de não comprometer a cooperação internacional. [...] Outrossim, como indicado pelo próprio Guia da Lei Modelo, a ordem pública não poderia ser estendida a todas as normas cogentes, não dispositivas pelas partes interessadas, mas deve se restringir a princípios fundamentais da lei, particularmente garantias constitucionais”.

17. O princípio da celeridade está também presente na Lei Modelo, especificamente em seu art. 17, que trata que os pedidos de reconhecimento de processos estrangeiros devem ser »

Tal artigo também fez questão de salientar que deve ser respeitada a competência do STJ prevista na alínea *i*, inciso I, do *caput* do art. 105 da Constituição Federal (CF), o que pode trazer o risco de juízos não afetos ao sistema de cooperação entenderem que solicitações a eles dirigidas devem necessariamente passar pelo crivo do STJ^{18 e 19} (o que deveria estar restrito à homologação de sentenças

» analisados e decididos com a maior brevidade possível. Não há disposição semelhante no art. 167-J da lei brasileira.

18. A Seção IV do Capítulo VI-A trata da cooperação com autoridades e representantes estrangeiros. Apesar de os dispositivos inseridos na LRF não interferirem no sistema de homologação de sentenças estrangeiras, há uma inequívoca flexibilização dos meios de cooperação, sendo dispensados os meios tradicionais via carta rogatória, podendo ser usados acordos ou protocolos de cooperação (art. 167-Q).

19. No citado caso da Latam Brasil, vale mencionar o pedido do Ministério Público, em requisição de instauração de “Procedimento de Jurisdição Voluntária no Âmbito da Insolvência Transnacional” para que o juízo brasileiro, entre outros pontos, solicitasse cooperação internacional ao juízo norte-americano responsável pelo *Chapter 11* para proteger os credores brasileiros e informasse a corte americana acerca da invalidade da notificação recebida pelo requerente por esta carecer da formalidade de homologação por parte do STJ de que trata a alínea *i*, inciso I, do *caput* do art. 105 da CF. O juiz Marcelo Sacramone, em 30/3/2021, proferiu decisão indeferindo, de forma acertada, a inicial, sob o fundamento de que existiam inúmeras irregularidades no processo, a saber: “O art. 167-A da Lei 11.101 reproduz o preâmbulo da Lei Modelo da Uncitral e determina que, dentre os objetivos de um sistema de insolvência transnacional, figura a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes para a consecução dos demais objetivos da Lei. A cooperação poderá ser solicitada pela autoridade ou representante estrangeiro para o processo estrangeiro, mesmo sem que haja processo de insolvência concorrente no Brasil. Nos termos do art. 167-P, a cooperação entre as cortes, um dos quatro pilares em que estruturado o capítulo da insolvência transnacional, independe de qualquer formalidade ou burocracia. Não foi requerida qualquer cooperação pelo Juízo estrangeiro ao Juízo local. [...] Sem que haja o pedido de reconhecimento do processo estrangeiro, a contrário sensu do art. 167-M, §§ 2º e 3º, os credores não são afetados no Brasil pelo processo de recuperação judicial e poderão prosseguir com suas execuções normalmente para a satisfação dos referidos créditos. Logo, como não há efeitos a serem produzidos no Brasil perante os credores aqui presentes, não há interesse de agir ou utilidade no pedido de cooperação com o Juízo de fora. Outrossim, nos termos do art. 167-H, o representante estrangeiro pode ajuizar pedido de reconhecimento do processo estrangeiro no Brasil para que aqui efeitos sejam produzidos, mesmo antes do reconhecimento propriamente dito. Não há legitimidade para outros interessados realizarem o referido pedido, pelo que o Ministério Público é considerado, ainda, parte ilegítima [...]” (2ª Vara de Falências da Comarca de São Paulo, Processo nº 1028368-61.2021.8.26.0100).

e *exequatur* a carta rogatórias – o que não deveria ser tão utilizado e apenas em caráter excepcional).²⁰ Ou seja, esta previsão pode trazer sérias consequências aos fins visados pelas regras de insolvência transnacional que tem por pilar a reciprocidade.²¹

Decisões proferidas pela justiça norte-americana em processos de insolvência devem produzir efeitos no Brasil.

A reciprocidade é princípio caro para a falência transnacional. Neste ponto, Fábio Ulhoa Coelho exemplifica que decisões proferidas pela justiça norte-americana em processos de insolvência devem produzir efeitos no Brasil, devendo todos os juízes, de qualquer especialidade, garantirem essa efetividade, em atenção ao princípio da reciprocidade, que é fundamental à cooperação judiciária

20. Sacramone (2021, p. 630) afirma que “tais providências exigidas de cooperação tornam seu cumprimento por cartas rogatórias ou mesmo sentenças estrangeiras com necessário reconhecimento pelo tribunal superior como incompatíveis com o procedimento e, por sua própria redação, aplicáveis apenas excepcionalmente, sob pena de os ativos serem dissipados e a crise econômico-financeira não poder ser superada, em detrimento de todos. Outrossim, sua desnecessidade decorre de a autoridade local não ficar adstrita ao cumprimento das decisões ou um juízo de mera deliberação. A lei assegura a cooperação entre diversos agentes do processo e o poder à autoridade local para recusar-se a cumprir as decisões estrangeiras caso violem a ordem pública ou não protejam os interesses dos credores locais”.

21. Almeida (2021, p. 71-72) defende: “que as regras e procedimentos previstos no Capítulo VI-A da LRE não se referem às hipóteses de homologação de sentenças estrangeiras ou concessão de *exequatur* a cartas rogatórias, e que a inclusão desse dispositivo na LRE pode dar ensejo a indesejados conflitos de jurisdição. Como por exemplo, cabe destacar a recuperação judicial do Grupo Oi, na qual o juiz negou eficácia às decisões do Poder Judiciário holandês que decretaram a falência de duas subsidiárias do grupo constituídas naquele país, sob o argumento de que as empresas estrangeiras deveriam ser homologadas pelo STJ para produzir efeitos no Brasil, sob pena de não gerarem nenhuma repercussão jurídica, fática ou prática antes disto. Espera-se que situações como essa não mais ocorram após a reforma da LRE, mas a previsão do artigo 167-A, parágrafo 6, pode resultar em insegurança jurídica e disputas semelhantes a que ocorreu naquele processo”.

internacional. Caso contrário, existe o risco de os juízes norte-americanos deixarem de cooperar com as determinações oriundas da justiça brasileira (COELHO, 2021, p. 501-505).

Tal como sugere a Lei Modelo, há definição, no art. 167-B da LRF, acerca dos principais institutos da insolvência transnacional: o que se considera processo estrangeiro,²² processo principal,²³ processo estrangeiro não principal,²⁴ estabelecimento,²⁵ representante estrangeiro, dentre outros. Ainda seguindo os ditames da *soft law*, o art. 167-C da LRF indica os casos de aplicação da insolvência transfronteiriça, quais sejam: (i) autoridade estrangeira que precise de assistência²⁶ no Brasil para processo estrangeiro; (ii) assistência relacionada a processo disciplinado pela LRF pleiteada em país estrangeiro; (iii) processo estrangeiro e processo disciplinado pela LRF relativos ao mesmo devedor em curso simultaneamente; e (iv) credores ou interessados com o objetivo de requerer a abertura de processo disciplinado na LRF.

É fixada a competência do local do principal estabelecimento²⁷ do devedor no Brasil para reconhecimento de processo estrangeiro e para cooperação com autoridade estrangeira, havendo prevenção do juízo com processos de insolvência já em curso no Brasil relativo ao devedor ou do juízo brasileiro que primeiro tiver o pedido de reconhecimento do

22. Qualquer processo coletivo de insolvência judicial, administrativo e até mesmo cautelar aberto em outro país conforme as normas aplicáveis.

23. Local onde está o Comi.

24. Local em que tem bens ou desenvolve atividades. A inclusão do item bens é uma novidade da lei nacional quando comparada à previsão da Lei Modelo.

25. Qualquer local de operações em que o devedor desenvolva uma atividade econômica não transitória com o emprego de recursos humanos e de bens ou serviços.

26. As hipóteses exemplificativas de assistência estão nos arts. 167-M e 167-N da LRF.

27. Aqui aplicam-se as regras da LRF, especificamente do art. 3º, que não deixa claro se principal estabelecimento é a sede estatutária, local da tomada das principais decisões administrativas ou local onde a atividade econômica é desenvolvida. O art. 167-I, inciso III, cria uma presunção *juris tantum* que seria a sede estatutária, o que está em sintonia com a Lei Modelo.

processo estrangeiro do devedor, evitando-se, assim, decisões contraditórias (art. 167-D).

Facilitando o desenvolvimento das atribuições dos administradores judiciais, que antes, como visto, precisavam de autorização judicial da corte brasileira para atuar em jurisdições estrangeiras, o art. 167-E confere permissão expressa e imediata para este assim proceder e vai além ao conferir também ao devedor²⁸ em recuperação judicial ou recuperação extrajudicial o mesmo poder, desde que, em ambas as situações, a providência seja admitida no país do procedimento estrangeiro.²⁹

Seguindo a reciprocidade necessária, o representante estrangeiro também poderá postular diretamente ao juiz brasileiro^{30, 31 e 32} (art. 167-F),³³ e asseguram-se aos credores estrangeiros os mesmos direitos conferidos aos credores nacionais (art. 167-G), entre eles o de receber informações acerca dos processos de forma ágil, completa e adequada, sendo desnecessário uso de rogatória.

28. Esta previsão mencionando o devedor não tem correspondência no art. 5º da Lei Modelo.

29. Coelho (2021, p. 506) defende que, caso o administrador judicial se omita a tomar medidas que deveria no juízo estrangeiro, poderia o juiz brasileiro nomear outra pessoa para não retardar a medida necessária, já que a destituição do administrador acaba envolvendo procedimento próprio que demanda tempo.

30. Poderá intervir na recuperação judicial, na recuperação extrajudicial ou na falência e em outros processos em que o devedor seja parte.

31. Coelho (2021, p. 507) defende que pode se pedir falência transnacional, mas, para tanto, devem estar presentes os elementos da falência nacional (imponibilidade injustificada, execução frustrada ou ato de falência).

32. Carnio e Melo (2021, p. 317) explicam que "o legislador autorizou, de forma abrangente, que o representante estrangeiro atue em todas as fases processuais no Brasil, manifestando e requerendo o que for de direito e do seu interesse, bastando que o faça, em cada situação, conforme os requisitos aplicáveis e procedimentos previstos na legislação brasileira, mormente no CPC/2015 e na Lei 11.101/2005". Afirmam ainda que o juiz nacional pode exigir, sempre que entender necessário, certificação da condição de representante.

33. Importante registrar que o § 1º deste artigo, seguindo os preceitos da Lei Modelo, afirma que o pedido feito ao juiz brasileiro não sujeita o representante estrangeiro nem o devedor e respectivos bens e atividades à jurisdição brasileira.

Acerca da classificação de créditos estrangeiros, o art. 167-G³⁴ traz algumas regras específicas, a saber: (i) créditos tributários, previdenciários e penas pecuniárias por infração penal e administrativa não participarão dos processos de recuperação e terão natureza subordinada em um cenário de falência, (ii) crédito do representante estrangeiro que não seja o próprio devedor será equiparado ao do administrador judicial brasileiro e (iii) os créditos que não tiverem correspondência com os previstos na LRF serão considerados quirografários.³⁵

A Seção III do Capítulo VI-A trata do reconhecimento dos procedimentos estrangeiros, simplificando em muito o processo respectivo. Com a adoção da Lei Modelo, exige-se apenas a apresentação de documentos legalizados e traduzidos,³⁶ que atestem a existência do procedimento estrangeiro e nomeação do respectivo representante estrangeiro. Deverá ainda ser apresentada a lista de todos os processos estrangeiros relativos ao devedor que sejam de ciência do representante estrangeiro,³⁷ sendo que o art. 167-I admite algumas presunções.³⁸

No art. 167-J, são estabelecidas regras para a decisão de reconhecimento³⁹ do processo

34. Dispõe ainda que os juízes nacionais devem oficiar o Banco Central para permitir a remessa de valores devidos aos credores estrangeiros.

35. A LRF, seguindo a Lei Modelo, dispõe ainda que "sem prejuízo dos direitos sobre bens ou decorrentes de garantias reais, o credor que tiver recebido pagamento de seu crédito em processo de insolvência no exterior não poderá ser pago pelo mesmo crédito em processo no Brasil referente ao mesmo devedor enquanto os pagamentos aos credores da mesma classe forem proporcionalmente inferiores ao valor já recebido no exterior" (art. 167-Y). Ou seja, prestigia-se o *par conditio creditorum*.

36. Ou seja, legalizados para a produção de efeitos em outros países, nos termos da Convenção da Apostila de Haia. Caso sejam provenientes de país não signatário, o documento deverá ser consularizado. Poderá ser admitida a tradução simples desde que o advogado garanta a autenticidade, sob pena de responsabilidade.

37. Esta obrigação também inclui processos futuros, nos termos do art. 167-K, inciso II.

38. São presunções semelhantes às previstas no art. 16 da Lei Modelo.

39. A decisão em questão não admite juízo de valor pelo juiz brasileiro acerca do ponto se o representante deveria ou não ter requerido o reconhecimento. O reconhecimento somente deve >>

estrangeiro e para definição de quando o processo estrangeiro será reconhecido como **principal** ou **não principal**, sendo que também será reconhecido como não principal se o Comi do devedor tiver sido transferido ou manipulado com o objetivo de transferir para outro Estado a competência jurisdicional (§ 2º) (este último ponto também é novidade da lei brasileira quando comparada à Lei Modelo). A decisão de reconhecimento pode ser recorrida⁴⁰ e revista a qualquer momento se comprovado que os requisitos para tanto não existiam ou deixaram de existir (§ 3º).

O art. 167-T da LRF cuida da coordenação de diversos processos estrangeiros.

Reconhecido que o processo estrangeiro é o **principal**, de forma automática, os processos de execução e outras medidas individualmente tomadas por credores relativas ao patrimônio do devedor serão suspensas⁴¹ (excetuando-se os créditos extraconcursais – não sujeitos ao processo, portanto – definidos em lei⁴²), podendo ainda o juiz brasileiro determinar a ineficácia de transferência e oneração de bens do ativo não circulante do devedor realizadas sem prévia autorização judicial (art. 167-M). Não obstante, o juiz poderá, nos casos

em que presentes os requisitos e para proteção da massa falida ou para eficiência da administração, conceder tutela provisória antes mesmo da decisão acerca do reconhecimento (art. 167-L), sendo que tal liminar perdurará até a decisão acerca do reconhecimento.

A partir da decisão do reconhecimento, o representante estrangeiro de processos principais ou processos não principais pode requerer outras medidas ao juiz brasileiro, como oitiva de testemunhas, colheita de provas, informações sobre bens, determinar destinação a bens,⁴³ entre outras, e ajuizar ações revocatórias (art. 167-N).⁴⁴

No tocante a processos concorrentes, somente se iniciará no Brasil um processo de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência em que um processo principal estrangeiro já tiver sido reconhecido se o devedor possuir bens ou estabelecimento no país⁴⁵ (art. 167-R). E, também nesses casos, o juiz deverá buscar a cooperação e a coordenação entre tais processos, conforme as regras estabelecidas no art. 167-S, que dão prevalência ao processo brasileiro. Ainda, o art. 167-T da LRF cuida da coordenação de diversos processos estrangeiros, devendo haver prevalência em relação ao processo principal nas medidas de assistência.

Por fim, a lei brasileira inova quando comparada à Lei Modelo ao prever quais são as informações que devem ser prestadas ao juízo responsável pelo

» ser negado se os requisitos não estiverem preenchidos ou se houver violação à ordem pública.

40. Cabe agravo da decisão de reconhecimento e apelação da decisão de improcedência (§ 4º).

41. Nos termos do art. 167-M, com reconhecimento do processo estrangeiro principal, de forma automática, há a concessão de um *stay period*, sendo que as demandas ordinárias e arbitragens continuam a ter curso até apuração do *quantum* devido, podendo ainda novas ações e arbitragens “que visem à condenação do devedor ou ao reconhecimento ou liquidação de créditos” ser iniciadas.

42. Sacramone (2021, p. 643) entende que os créditos que tiverem como garantia bem de capital essencial, em que pese serem extraconcursais, não poderão ter medidas constritivas sobre eles.

43. Neste ponto, o § 1º condiciona que o deferimento de medidas de destinação do ativo no todo ou em parte localizados no Brasil pode acontecer desde que os interesses dos credores domiciliados ou estabelecidos no Brasil estejam adequados.

44. Trata-se de rol exemplificativo de medidas e que não são automáticas, devendo o representante pleiteá-las e justificá-las, ficando a critério do magistrado deferi-las ou não, devendo levar em conta se “o interesse dos credores, do devedor e de terceiros interessados será adequadamente protegido” (art. 167-O).

45. Segundo Sacramone (2021, p. 648), “desnecessário que haja a demonstração de atividade econômica no Brasil para que esses processos possam ocorrer. Contudo, a mera circunstância de existirem credores locais, sem que haja ativo, não permitirá a distribuição do pedido de insolvência se já tiver ocorrido o reconhecimento do processo estrangeiro como principal, haja vista que o referido pretende ser universal, com a satisfação de todos os credores”.

processo principal (a saber: valor do passivo, valor dos ativos, classificação dos créditos/credores estrangeiros segundo a lei nacional, relação das ações envolvendo ou de interesse da devedora e término de eventual liquidação e resultado do saldo e de eventual ativo remanescente, cf. art. 167-V). Cria ainda novidades em relação à *soft law* quando prevê que

(i) “no processo falimentar transaccional, principal ou não principal, nenhum ativo, bem ou recurso remanescente da liquidação será entregue ao falido se ainda houver passivo não satisfeito em qualquer outro processo falimentar transaccional” (art. 167-W) e

(ii) “o processo de falência transaccional principal somente poderá ser finalizado após o encerramento dos processos não principais ou após a constatação de que, nesses últimos, não haja ativo líquido remanescente” (art. 167-X).

Importante registrar que, em 18/5/2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na 331ª Sessão Ordinária, aprovou, por unanimidade, resolução relativa ao Ato Normativo nº 0001834-33.2021.2.00.0000, que internaliza o “Judicial Insolvency Network” (JIN),⁴⁶ um acordo internacional com regras de cooperação e de comunicação direta com juízos estrangeiros de insolvência.⁴⁷

A resolução, que traz as diretrizes do JIN como anexo, tem o espírito e os objetivos do Capítulo VI-A anteriormente tratado, visando a promover a coordenação, o reconhecimento e a administração justa, eficiente e tempestiva dos processos concorrentes, respeitando os interesses dos envolvidos e preservando e maximizando o valor dos ativos.

⁴⁶. Disponível em: <http://www.jin-global.org/jin-guidelines.html>.

⁴⁷. Quando da redação deste artigo, a resolução ainda não havia sido publicada. Segundo informações constantes do *website* do CNJ, “as comunicações devem ser gravadas e todas as partes envolvidas devem ter ciência delas. [...] Outra novidade que o acordo permitirá é que um juízo autorize uma parte ou interessado a apresentar seu caso e ser ouvido por um juízo estrangeiro, desde que a decisão seja referendada pelo juízo indicado. Além disso, o juiz poderá autorizar a parte ou interessado em processo que corra em outro país a se apresentar e ser ouvido, sem que haja alteração na jurisdição do caso”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-internaliza-tratado-de-comunicacao-em-insolvencia-internacional/>. Acesso em: 19 maio 2021.

Para tanto, é prevista a assinatura de protocolos de insolvência pelo juízo estrangeiro e pelo juízo brasileiro, o qual disporá sobre a comunicação direta entre juízos, a coordenação de atos e a realização de audiências de instrução conjuntas, se assim os juízos entenderem pertinente.

Ou seja, serão criadas as regras de compartilhamento de informações entre os juízos, visando não apenas ao reconhecimento, à assistência e à compreensão mútua sobre os processos de insolvência, mas também à redução de custos e à diminuição de litigância entre as partes nos processos concorrentes.

A resolução toma cuidado em dispor que o protocolo deve tratar das regras procedimentais e não pode alterar normas de Direito Material ou qualquer poder jurisdiccional dos tribunais e juízos.

Dispõe ainda que as comunicações entre juízos para coordenação e para as decisões de questões processuais ou materiais poderão ser realizadas por qualquer meio que possibilite a participação das partes como ouvintes (devendo a competente gravação ser realizada e a ela ser dado o livre acesso às partes), salvo as situações excepcionais previstas no protocolo em que os juízos entenderem que as partes não deverão participar.

Nos casos de participação das partes, estas devem ser cientificadas com cinco dias de antecedência, salvo em caso de urgência declarada pelos juízos.

Prevê-se também que os juízes podem realizar audiências de instrução conjuntas, se entenderem cabíveis e pertinentes, respeitando os direitos processuais das partes e a confidencialidade das informações, sendo certo que cada um dos juízes mantém sua jurisdição, conforme as regras do país respectivo. Ademais, dispõe que os juízos podem previamente a uma audiência manter contatos, sem a presença das partes, para organização da audiência, como definição da sequência de atos, forma de participação do juízo estrangeiro e/ou seus representantes e o modo de as partes apresentarem suas pretensões.

4. Conclusão

Ainda que a incorporação da Lei Modelo não resolva todas as questões que possam surgir na tentativa de coordenação de procedimentos, não se pode negar que a adoção desta lei significa um avanço legislativo e permitirá o desenvolvimento da jurisprudência nacional quanto à insolvência transnacional, reforçando a tão necessária segurança jurídica.

Como visto, a jurisprudência que existia até então em nosso país foi importante para solucionar os conflitos existentes envolvendo a crise de empresas com atuação em mais de um país. Contudo, trata-se de julgados direcionados a casos específicos, sem, muitas das vezes, uma preocupação com os efeitos gerais e com a segurança jurídica e a previsibilidade necessárias aos investidores.

Agora, deverá haver “a preparação e devida preocupação do Poder Judiciário para o fenômeno transfronteiriço em sua inteireza” (BECUE, 2018, p. 117), com a adoção de medidas de cooperação jurídica internacional, sem excesso de burocracia e sem retrocessos.

É um desafio ao nosso Judiciário, que não conta, na grande maioria das comarcas, com varas especializadas, as quais não estão acostumadas a processos com efeitos transfronteiriços, sendo certo que uma atuação negativa dos juízes brasileiros aos preceitos da Lei Modelo poderá colocar em jogo a tão necessária reciprocidade. É preciso então que os magistrados e os demais atores do Direito de Insolvência estudem os guias de interpretação e de integração emitidos pela Uncitral, bem como as decisões por ela selecionadas, que certamente serão um bom norte para a tarefa de lidar com a insolvência transnacional. ●

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Arthur Cassemiro Moura de. Da Insolvência Transnacional. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de (coord.). *Lei de Recuperação e Falência – Pontos Relevantes e Controversos da Reforma pela Lei 14.112/20*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 65-76.
- BASSANI, Matheus Linck. A necessária e aguardada cooperação na hipótese de insolvência internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 108, p. 295-322, jul./ago. 2018.
- BECUE, Sabrina Maria Fadel. *Insolvência Transnacional: as contribuições que a Lei Modelo da Uncitral pode proporcionar ao Brasil*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. O desenvolvimento dos modelos teóricos da insolvência internacional. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. v. 6, out./dez. 2017.
- CARNIO, Daniel; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, atualizado até o dia 25.12.2020 de acordo com a Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Curitiba: Juruá, 2021.
- CARPENTER, Marcelo Lamego; ANDRADE, Luis Tomás Alves de. Chapter 15 e os desafios do cross-border reorganization. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (coord.). *Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 225-242.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- ROSENZWEIG, David A.; VAZQUEZ, Francisco. Airline Restructurings: Section 1110 of the US Bankruptcy Code, the Cape Town Convention, and Recent Developments in US Chapter 11 Cases. *INSOL International's Latin America Newsletter*, dez. 2020.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A Insolvência Transnacional: Para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação. In: SATIRO, Francisco; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 121-139.



Foto: Divulgação

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES

Advogado. Especialista, mestre e doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Professor dos programas de mestrado e doutorado da Fadis. Professor da pós-graduação da PUC-SP (Cogeae). Conselheiro da AASP. Titular da cadeira 81 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.



Foto: Divulgação

MARCO AURÉLIO FERNANDEZ GALDURÓZ FILHO

Advogado. Professor, especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio. Mestre em Cultura e Segurança Jurídica pela Universidade de Girona, Espanha, e Gênova, Itália. Doutorando em Direito do Trabalho na Universidade de Buenos Aires.

Reflexões
trabalhistas
das alterações
oriundas da
Lei nº 14.112, de
24 de dezembro
de 2020.

De chofre, importante dizer que todo esforço legislativo deve ser reconhecido pela sociedade civil nesse momento de crise sanitária de extensão e profundidade jamais vividas, que acabam por inviabilizar as mais singelas atitudes humanas como o simples ir e vir. Nesse triste cenário, não podemos negar o caos instalado na maioria dos setores privados empresariais e de trabalhadores, com efeitos nefastos para a nossa economia, tanto nos aspectos materiais quanto nas condições psicossomáticas.

No centro desse desenho assustador, tentamos manter as empresas abertas e operando e, de outro lado, identifica-se a significativa tentativa de preservação de empregos e do cumprimento das obrigações empresariais com esses empregados, prestadores de serviços, recolhimento de impostos, respeito ao consumidor, apenas para citar situações mais próximas, conforme atualização legislativa já praticada por outros países como Itália (denominada por doutrinadores como lei do saneamento da empresa), Portugal e França, como alguns exemplos.

Nossa ideia aqui, até pela publicação muito recente da lei, e sabendo do risco que corremos, é apresentar uma modesta tentativa de apontar, através de um texto livre, sem citações, impressões sobre eventuais pontos da relação empregado x empregador e obrigações que emanam de dita vinculação, capazes de serem atingidas pela edição da Lei nº 14.112 de 2020.

É interessante observar que a primeira codificação genuinamente nacional do instituto falimentar deu-se com o advento do Código Comercial Brasileiro (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850).

Com o intuito protetivo dos créditos trabalhistas, por sua vez, estes já eram considerados privilegiados, conforme se observa do art. 876, incisos III e IV, do referido diploma legal.

Entretanto, o aludido *codex* não se coadunava com a realidade mercantil brasileira da época.

Nesse sentido, o que disciplinou efetivamente o sistema de falências e concordatas no espectro

nacional foi a promulgação do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, do primeiro período de Getúlio Vargas como presidente.

O prólogo histórico é de fundamental relevância para a necessária interpretação histórico-genealógica das alterações legais, uma vez que o período da legislação mencionada se perfaz do momento de origem da Consolidação das Leis do Trabalho (1943).

Não há coincidência histórica, mas sim o preceito de legislações, com a finalidade de proteção e legitimação de um “corporativismo à brasileira”.

Nesse contexto histórico, o *caput* do art. 102 do Decreto-Lei nº 7.661/1945 trouxe a consolidação do crédito trabalhista com tratamento especial, preferindo a todos os demais encargos da massa falida objetiva.

Assim, tanto o Código Comercial como o decreto-lei falimentar tinham como coluna vertebral a já ultrapassada teoria dos atos de comércio. Os citados atos, de natureza mercantil, não foram elencados no Código Comercial, mas sim no Regulamento nº 737/1850.

Com o salto histórico necessário, aos 9 de fevereiro de 2005, houve a promulgação da Lei nº 11.101 (Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária), tendo entrado em vigor em 9 de junho de 2005.

A lei em testilha teve como um de seus princípios básicos a teoria da empresa, positivada já desde os idos de 1942 no Código Civil (CC) italiano (*Codice Civile*), assim como disposta no art. 966 do CC brasileiro de 2002.

O momento histórico também se revela de importante guarida, uma vez que se estava no auge das *commodities* e o país percebia um aumento significativo do Produto Interno Bruto, o que, por si só, se transmuta pela necessidade de atualização legislativa quando se fala da preservação da empresa, assim como do sistema capitalista em si.

A Lei nº 14.112 de 2020 inseriu no ordenamento jurídico alterações significativas em inúmeros

textos normativos, a exemplificar, Lei nº 11.101 de 2005 (regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária), Lei nº 10.522 de 2002 (dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências) e a Lei nº 8.929, de 1994 (institui a Cédula de Produto Rural (CPR) e dá outras providências).

Duas teorias subsistem na doutrina, definidas como “teoria menor” e “teoria maior”.

Importante destacar que os objetivos das alterações, no nosso sentir, dizem respeito a eventual modernização da legislação, tentando, em certa medida, torná-la mais eficaz, célere e até mesmo mais atrativa, mantendo-se o princípio da preservação da empresa. Isso se observa com inserção das possibilidades de concessão de tutelas de urgência, autocomposição antecedente e incidental, ampliação dos poderes do administrador judicial, permissão da aprovação de plano sem assembleia presencial dos credores, entre outros.

Sob o aspecto exclusivamente do crédito laboral, parece-nos que houve a mitigação da sua preservação, com a flexibilização de medidas que gerem o elastecimento, assim como a redução do citado crédito.

Nesse sentido, adentrando no tema positivado das inovações, na seara trabalhista, não é incomum, mesmo na existência de um juízo universal atrativo, seja ele de recuperação judicial, seja de falência, que existam outros responsáveis diretos ou indiretos sobre o crédito objeto de discussão no âmbito laboral, e a intensidade da busca do crédito também se revela até mesmo exaustiva, tendo em vista a própria natureza alimentar do crédito.

Empresas indicadas como responsáveis solidárias ou subsidiárias (que em regra não estão vinculadas ao juízo universal da falência ou recuperação judicial), sócios da empresa (de igual forma não vinculados ao juízo universal em determinadas hipóteses agora) e outras situações *lato sensu* de coobrigados são temas já bastante discutidos no universo da justiça especializada do trabalho.

Aqui, como é de conhecimento de todos, duas teorias subsistem na doutrina, definidas como “teoria menor” e “teoria maior”. A primeira se alberga em critério dinâmico objetivo, ou seja, basta a simples insuficiência de bens da pessoa jurídica para que eventual patrimônio do sócio seja acionado e utilizado como sustentação do crédito buscado, enquanto na “teoria maior”, adotada ainda – apesar de textos legislativos que a mitigam na espécie – pelo ordenamento jurídico brasileiro, há a soma de elementos objetivos e subjetivos, a saber: o uso ilícito da personalidade jurídica existente, o abuso de direito e a fraude contra terceiros, com o arcabouço legal previsto no art. 50 do CC e art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

A interpretação é importante, uma vez que o novo art. 82-A trouxe uma delimitação da responsabilidade, através da despersonalização apenas com a aplicação da teoria maior.

“Art. 82-A - É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica.

Parágrafo único - A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que

trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)“.

É mister suscitar que tal dispositivo já havia sido inserido no ordenamento jurídico através da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Verifica-se que, com a conversão da medida provisória na Lei nº 13.874/2019, não houve a manutenção do citado artigo, ganhando nova vida, menos de dois anos depois, a limitação da responsabilidade decorrente da despersonalização.

O nobre leitor, atento, percebe que, além da adoção expressa de teoria que não era aplicada pela jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho (TST), com o entendimento anterior da possibilidade de direcionar a execução aos sócios pelo mero inadimplemento da obrigação, também gera a interpretação de que o juízo competente para tal incidente é o falimentar, afastando, também, o majoritário entendimento, até então vigente, de que a questão deveria se resolver no âmbito trabalhista, por não se tratar diretamente de bens da pessoa jurídica, e sim dos sócios.

Lado outro, a discussão ainda se mantém ativa diante da previsão do art. 76 da legislação aqui trabalhada.

Seguindo com os apontamentos, em certa medida, apresentava-se um temor quanto ao veto ou não do art. 6º, § 10, da novel legislação, que previa a suspensão da execução trabalhista contra responsáveis subsidiários ou solidários até eventual homologação do plano de recuperação judicial ou ainda sua convolação em falência. Contudo, o temor foi afastado com o veto presidencial com fulcro no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, sob o fundamento, portanto, da razoável duração do processo e celeridade, e demais dispositivos que tratam do mesmo tema encontrados nos arts. 4º, 6º e 8º, estes do Código de Processo Civil.

Permanece, pois, em regra, da análise isolada do artigo vetado, a firme jurisprudência do TST quanto à possibilidade de continuidade da execução em face de terceiros que possuam, pela cadeia

lógica, normativa e jurisprudencial, responsabilidade pelo crédito.

Mesmo nesse cenário, possível pela legislação que o bem do sócio seja dado em garantia para que se estabeleça a recuperação judicial ou se cumpra o próprio plano. Nesse sentido, aparentemente, teremos discussões renovadas sobre o momento em que eventuais processos trabalhistas se encontrem em comparação a possível alienação de referido bem junto ao plano de recuperação, passíveis da discussão acerca de fraudes contra credores ou fraudes executórias, eventual nulidade e paralisação do processo recuperatório ou falimentar.

Não poderíamos deixar de alertar o leitor que o texto constante no art. 6º, inciso I, que apresenta destaque sobre “a suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime dessa lei”, não se aplica à prescrição bienal para o ingresso da ação trabalhista prevista no art. 7º, inciso XXIX, tendo em vista que 1º) negaria acesso à justiça; 2º) negaria a celeridade processual; 3º) é um direito fundamental e, por consequência, não se apresentaria no escopo de uma interpretação conforme; 4º) referido artigo constitucional contempla uma busca de reconhecimento de implementação de uma obrigação em face do empregador, e não uma obrigação já existente na forma da novel legislação; 5º) apesar do sincretismo processual, vincularia a fase constitutiva ao resultado útil processual executório, violando-se a máxima efetividade de cada fase do processo e sua separação lógico-normativa.

A medida aposta estaria, também, sujeita ao controle de convencionalidade, por afronta direta ao art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992).

Avançando na análise, a leitura do inciso II do art. 6º deve ser realizada em conjunto com o art. 6º-C. Nesse sentido:

“II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos

ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência”.

“É vedada atribuição de responsabilidade a terceiros em decorrência do mero inadimplemento de obrigações do devedor falido ou em recuperação judicial, ressalvadas as garantias reais e fidejussórias, bem como as demais hipóteses reguladas por esta Lei”.

O art. 6º insere a regra. Contudo, a própria legislação abre uma porta específica para demais casos, contemplados pela existência de garantias reais e fidejussórias.

Apenas para rememorar as principais características ou os elementos das garantias reais, destacamos o aval (títulos de crédito) e a fiança (contratos), e as suas possibilidades são: acessoriedade (bem é dado em garantia a fim de satisfazer a obrigação); sequela (o direito real acompanha o bem); indivisibilidade (só o pagamento total do débito da obrigação principal exime o bem do direito real de garantia); excussão (hipótese em que o penhor e o credor hipotecário poderão exigir a venda judicial do bem; e, por fim, preferência, referente ao direito de preferência na satisfação).

Aqui, certamente, teremos acaloradas discussões a depender do momento processual em que se encontra a execução trabalhista, a garantia dada por um bem e sua vinculação ou não ao juízo da recuperação judicial.

Uma leitura atenta do art. 7º-B e seus parágrafos acaba por gerar certo desconforto quanto aos créditos trabalhistas, que, como já de conhecimento público, revestem-se de natureza alimentar. Isso se dá tendo em vista que o Estado mais uma vez acaba por priorizar a não suspensão dos créditos fiscais e previdenciários, esses inclusive acessórios ao crédito trabalhista, permitindo, contudo, a suspensão por 180 dias prorrogáveis por igual período, desde que o devedor não tenha dado causa ao plano de recuperação dos créditos trabalhistas.

A interpretação histórica apontada nas legislações anteriores é de fundamental relevância,

porquanto se demonstra o momento, fruto da reinvenção do neoliberalismo e do avanço de um escopo jurídico-normativo, constatando-se, mais uma vez, em certa medida, o desprezo ao trabalhador, que acaba sendo percebido como um retrocesso de dimensões nos direitos sociais.

Uma leitura atenta do art. 7º-B e seus parágrafos acaba por gerar certo desconforto quanto aos créditos trabalhistas.

Houve, ainda, significativa alteração possibilitando o alargamento temporal do prazo para o pagamento dos créditos trabalhistas vinculados com a recuperação judicial, como se observa no art. 54, que estampa o prazo de um ano. Contudo, o § 2º do mesmo artigo assim dispõe:

“§ 2º - O prazo estabelecido no *caput* deste artigo poderá ser estendido em até 2 (dois) anos, se o plano de recuperação judicial atender aos seguintes requisitos, cumulativamente:”

Tal artigo detém, em uma primeira ótica, um problema gramatical, que gerará discussão interpretativa, uma vez que a expressão disposta no parágrafo supracitado pode ser vista como limitativa por si só ou extensiva (cumulada) com o prazo disposto no *caput*.

Assim, abre-se a possibilidade de se entender que o prazo máximo a ser limitado é de dois anos ou, caso se interprete de maneira lógico-sistemática, o prazo se daria pelo período de três anos, com a cumulação exposta.

Outrossim, subsistem requisitos a serem preenchidos, conforme disposição dos incisos I, II e III do mesmo artigo e parágrafo:

“I - apresentação de garantias julgadas suficientes pelo juiz;

II - aprovação pelos credores titulares de créditos derivados da legislação trabalhista ou

decorrentes de acidentes de trabalho, na forma do § 2º do art. 45 desta Lei; e

III - garantia da integralidade do pagamento dos créditos trabalhistas”.

De imediato, a pergunta que se faz é: qual seria a garantia suficiente a ser apresentada ao juízo?

O questionamento encontra guarida, talvez, na previsão de uma eventual falência e com uma leitura lógico-sistemática, aproveitando-se o art. 158 da própria Lei nº 11.101, com os critérios passíveis de satisfação da eventual *ultima ratio*.

Outro questionamento importante que deverá passar pelo crivo da jurisprudência, referente às citadas garantias, é se poderá haver “deságio”, este hoje aceito amplamente pela jurisprudência, ou que a garantia deve incluir o total a ser pago, eventualmente, já com o deságio aceito em assembleia de credores.

Relevante, ainda, sobre o tema, arguir quanto à possibilidade de prorrogação de prazo para pagamento, ausência de previsão acerca da forma de correção monetária do crédito neste período de elastecimento temporal, uma vez que, indubitavelmente, a previsão afronta a intenção de que o pagamento se dê no período regular de um ano e corrói o crédito, situação natural pelo decurso do tempo.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, sob o viés da previsão anterior de não possibilidade de postergação temporal, possui decisões estabilizadas no sentido de que a atualização do crédito habilitado no plano de soerguimento mediante incidência de juros de mora e correção monetária limita-se à data do pedido de recuperação judicial, respeitando a sua novação legal imposta naquele momento.

Nesse novo enquadramento de propensão de três anos para a percepção do valor, tal situação deverá ser discutida, seguindo-se o entendimento exposto no art. 7º da Convenção nº 173, aprovada na 79ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1992), devidamente ratificada pelo Brasil, principalmente porque a aplicação de

qualquer recomposição decorrente da mora detém o caráter sancionador imposto justamente pela morosidade no cumprimento da referida obrigação e possui um caráter dúplice ou bipartido. Caracteriza-se como punitivo por ser uma forma de indenizar o credor pela demora, como também incentivador/prospectivo, no sentido de instigar no devedor o desejo de proceder imediatamente o cumprimento da obrigação.

E avançando no debate, a corrosão ou desvalorização do crédito laboral também se percebe diante do novo inciso III do art. 51, quando trouxe a previsão na recuperação judicial da aplicação, a princípio, das disposições dos arts. 83 e 84, ou seja, uma limitação do crédito do obreiro no montante de 150 salários mínimos.

Isso gerará, *de plano*, a aplicação da mesma regra da falência à recuperação judicial, impactando-se diretamente em uma divisão do crédito do obreiro em classe especial até o citado limite, e o remanescente, como quirografário, ou seja, aquele sem direito real, desvirtuando-se o caráter especial da recuperação que detinha como preceito fundante a preservação integral do crédito trabalhista.

Aliás, constata-se também que a nova previsão do inciso II do art. 158 trouxe uma redução de montante para extinção da falência, quando quitados mais de 25% dos créditos quirografários, ante 50% da previsão na legislação anterior.

Esses apontamentos, não obstante, acabam por gerar a percepção de o trabalhador estar, em certa medida, ao final da fila, o que, se repita, não se relaciona em tempo e modo com a natureza alimentar do crédito trabalhista, sua evolução legislativa e o efetivo tratamento prioritário do crédito.

Outro ponto de percepção de efeitos reflexos no âmbito laboral e de pouco aceite até o presente momento, mas passível de mudança de concepção com as reduções apontadas anteriormente, é a utilização da convenção de arbitragem e a resolução do crédito trabalhista na respectiva seara, uma vez que o administrador judicial está impedido, diante

do novo § 9º do art. 6º, de recusar ou suspender o correspondente procedimento arbitral.

Nesse sentido, destaca-se, por fim, o incentivo que a lei apresenta no art. 20-A e ss., relacionado à possibilidade de conciliação e mediação, tanto na espécie antecedente como incidental. Aqui dois pontos muito interessantes: por primeiro, averiguar o cabimento estreito do modelo da mediação relacionada aos créditos trabalhistas, principalmente numa discussão antecedente e, de outro lado, o tema da competência para homologação, que está sinalizado na legislação através dos arts. 20-C e 3º, que assim estão redigidos:

“Art. 20-C - O acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente conforme o disposto no art. 3º desta Lei”.

“Art. 3º - É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.

Aliás, a sistemática de composição é tão valorada que trouxe a possibilidade da não sujeição do

crédito trabalhista na recuperação extrajudicial, caso haja negociação coletiva com o sindicato da categoria, conforme disposição do art. 161, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

Desta feita, sem nenhuma pretensão de colocar termo a qualquer discussão acerca da amplificação normativa trazida pela reforma decorrente da Lei nº 14.112, apresentamos pontos de inflexão, assim como de repercussão na seara laboral, condicionadas a uma melhor perspectiva normativa e máximo aproveitamento da legislação, ressaltando o seu caráter de eficiência na busca da proteção empresarial, valorizando-se, ainda, a busca pela pacificação do conflito com meios de composição.

Outrossim, suscitamos ou tentamos suscitar pontos críticos de afronta e possível retrocesso dimensional da efetivação da tutela jurisdicional e percepção do crédito trabalhista pelo trabalhador, visto que houve a mitigação da preferência, limitação de quantidade, critérios mais dificultosos na busca de patrimônio, assim como adoção de teoria maior na despersonalização jurídica. ●



Foto: Divulgação

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça desde 2011. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School (EUA). Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, na Alemanha. Foi advogado militante, procurador do Estado de São Paulo, procurador da Fazenda Nacional e conselheiro do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (Cade).



Foto: Divulgação

ÉRICA RAMOS VENOSA MAZZOLA

Servidora do Superior Tribunal de Justiça desde 2004. Assessora do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Foi advogada militante e conciliadora do Juizado Especial Cível Central de São Paulo.

Consolidação processual e consolidação substancial.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. A consolidação processual na jurisprudência
 3. A consolidação substancial na jurisprudência
 4. Inovações introduzidas na Lei nº 14.112/2020
 5. Considerações finais
- Bibliografia

1. Introdução

O legislador, ao reformar radicalmente a lei falimentar em 2005 (Lei nº 11.101/2005 ou Lei de Recuperação Judicial – LRJ), não anteviu que grupos de sociedades, e não somente empresas singulares, poderiam valer-se do mecanismo da recuperação judicial e, por esse motivo, não disciplinou, em sua redação inicial, essa forma coletiva de soerguimento. Tal omissão legislativa, a despeito da existência de inúmeros agrupamentos plurissocietários de fato e de direito e do tratamento que lhes é dispensado na Lei das Sociedades Anônimas, revelou-se, com o tempo, prejudicial aos interesses dos credores e às possibilidades de sucesso da reestruturação empresarial.

Daí por que, com amparo na doutrina e na experiência de outros países, nossa jurisprudência não demorou a traçar as balizas da consolidação processual e da consolidação substancial, que depois seriam utilizadas pelo legislador para suprir essa omissão com a edição da Lei nº 14.112/2020.

2. A consolidação processual na jurisprudência

Os primeiros pedidos conjuntos de recuperação eram decididos com base nas normas processuais que tratam do litisconsórcio ativo facultativo, de aplicação subsidiária aos procedimentos previstos na lei de regência (art. 189 da Lei nº 11.101/2005). Esses pedidos foram sendo aceitos sem maiores indagações pelos juízes e tribunais, especialmente quando não havia clara indicação da pretensão de reunir os patrimônios das empresas nem sequer os credores sob o mesmo plano de soerguimento.

As recuperações conjuntas buscavam facilitar a estruturação do procedimento e diminuir os custos, reunindo as empresas em um só processo, sob a direção de um único administrador judicial, o que se convencionou chamar de consolidação processual ou procedimental. Essa forma de soerguimento não

afeta os direitos e as responsabilidades de devedores e credores, pois são apresentados planos específicos para cada empresa, com votação pelos credores próprios, estando atualmente regulada pelo art. 69-G da Lei nº 11.101/2005, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 14.112/2020.

É necessário demonstrar a existência do grupo como justificção para o litisconsórcio, ainda que algumas devedoras possam alcançar a recuperação judicial, enquanto outras acabem por ter sua falência decretada.

Mesmo nessa situação em que não se constata a interferência direta nos direitos dos credores, algumas dúvidas começaram a surgir, indicando a necessidade de regulamentação específica. Foi o caso da definição da competência para o ajuizamento da recuperação judicial do grupo, decisão que pode ter forte impacto na participação dos credores na recuperação. Essa questão foi objeto do Conflito de Competência nº 146.579-MG, de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decidido pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

É necessário demonstrar a existência do grupo como justificção para o litisconsórcio.

O caso concreto envolvia o pedido de recuperação judicial de quatro sociedades empresárias, cada uma delas explorando atividades econômicas diferentes, com sedes nos Estados de Minas Gerais, Goiás e Espírito Santo. A questão foi decidida com a aplicação analógica do art. 3º da Lei nº 11.101/2005, concluindo-se que o juízo competente seria aquele em que situada a empresa de maior importância, isto é, onde era realizado o maior número de negócios com o maior volume de ativos. Esse entendimento hoje está expresso no art. 69-G, § 2º, da Lei nº 11.101/2005.

Também foi objeto de análise pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.665.042-RS, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a indagação acerca da necessidade de todas as sociedades do grupo cumprirem o requisito temporal de dois anos de atividade para o pedido de recuperação judicial conjunto (art. 48, *caput*, da Lei nº 11.101/2005).

No referido julgado, além de se fixar a tese de que, “em se tratando de grupo econômico, cada sociedade empresária deve demonstrar o requisito temporal de 2 (dois) anos”, ressaltou-se a importância da admissão do litisconsórcio ativo na recuperação judicial. A conclusão adotada está espelhada no art. 69-H da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela Lei nº 14.112/2020. Vale mencionar também julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso: Agravo de Instrumento nº 1000939-19.2019.8.11.0000 (Rel. Des. Rubens de Oliveira Santos Filho, j. em 14/6/2019).

Um fenômeno, porém, começou a ocorrer: os pedidos de recuperação judicial conjuntos, baseados na consolidação processual, passavam a tramitar “silenciosamente” como se de consolidação substancial se tratasse, com a unificação de ativos e passivos, sem que isso fosse questionado pelos juízes, credores ou administradores judiciais, identificando-se uma espécie de inércia no andamento processual, apesar da grande repercussão que essa mudança implicava (CEREZETTI; SATIRO, 2016, p. 216-223).

3. A consolidação substancial na jurisprudência

Com o agravamento da crise econômica nos anos de 2008 e 2009, começaram a aportar ao Judiciário pedidos de recuperação judicial de grandes grupos econômicos, envolvendo uma infinidade de credores e de grande repercussão no mercado. Esses pedidos passaram a merecer maior atenção no que diz respeito ao litisconsórcio,

especialmente se esse se desenvolvia no sentido de reunir o patrimônio e as estruturas empresariais para o pagamento do corpo de credores, com o afastamento, ainda que temporário, da autonomia societária, o que viria a ser denominado consolidação substancial.

Diante da completa ausência de normas na LRJ e da insuficiência do regimento do litisconsórcio para solucionar as indagações, que envolviam desde o próprio reconhecimento da existência de grupo de sociedades para fins concursais até a possível lesão aos direitos dos credores com a união de ativos e passivos dos integrantes do grupo, o papel da doutrina e da jurisprudência foi preponderante.

Sem que se possa precisar uma ordem cronológica exata, a resolução de uma questão inicial – definir quem iria autorizar a consolidação substancial: o Judiciário ou os credores – acabou por desenhar as linhas gerais do instituto pela jurisprudência.

Com efeito, na busca de uma solução a esse impasse, a partir da irresignação dos credores e das sociedades em recuperação manifestada nos diversos recursos direcionados aos tribunais, chegou-se à percepção de que havia diferentes situações que se apresentavam a julgamento, com diversos desdobramentos, e que mereciam tratamento próprio.

No caso de o pedido de recuperação ser apresentado por um grupo econômico em que as relações societárias estavam interconectadas, mas não havia abuso da personalidade jurídica, nem patente confusão patrimonial, a jurisprudência dos tribunais se formou, com fundamento no art. 35, inciso I, alínea *a*, da Lei nº 11.101/2005, no sentido de que caberia aos credores decidir se aceitavam a consolidação substancial, denominada, nessa hipótese, de voluntária.

Assim, inicialmente, as devedoras deveriam apresentar listas individualizadas de credores, com a identificação do passivo de cada uma, dos ativos e propostas de soerguimento próprias, para somente depois, em assembleias específicas, com votação

destacada, decidir se a consolidação substancial era a que traria maiores chances de soerguimento.

Nessa linha, vale destacar os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Agravo de Instrumento nº 0043183-31.2014.8.19.0000 (Rel. Des. Gilberto Guarino, j. em 8/10/2014), Agravo de Instrumento nº 0056247-74.2015.8.19.0000 (Rel. Des. José Carlos Paes, j. em 25/11/2015) e Agravo de Instrumento nº 0030135-29.2019.8.19.0000 (Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, j. em 27/8/2019), sendo que este último dá especial atenção ao quórum de votação.

Se o pedido de recuperação fosse feito por um grupo econômico em que identificada a disfunção societária, a explícita confusão patrimonial, inexistindo clara separação entre ativos e passivos, com especial dificuldade em divisar as responsabilidades de cada sociedade, firmou-se o entendimento de que a consolidação substancial poderia ser imposta pelo juiz, com o tratamento unificado de ativos e passivos das sociedades do grupo. Veja que essa hipótese retrata a existência de ilegalidades na condução da atividade empresarial, daí a obrigatoriedade da consolidação. São exemplos dessa jurisprudência os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP): Agravo de Instrumento nº 2151632-78.2019.8.26.0000 (Rel. Des. Grava Brazil, j. em 10/3/2020) e o Agravo de Instrumento nº 2050662-70.2019.8.26.0000 (Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. em 7/8/2019).

Os critérios para identificar a hipótese de consolidação substancial não alcançaram uniformidade, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Os mais comumente citados são: a gestão disfuncional, a confusão patrimonial, a existência de garantias cruzadas, o caixa único, a relação de dependência ou controle entre as sociedades, identidade parcial ou total do quadro societário, o controle da atividade pela mesma unidade gerencial, o vínculo entre as atividades e a atuação conjunta no mercado. Essa situação talvez justifique a opção do legislador por

se utilizar de enumeração e cumulação de requisitos no art. 69-J da Lei nº 11.101/2005, introduzido pela reforma.

É possível identificar, ainda, uma terceira situação. No caso de a consolidação substancial se mostrar indispensável para o soerguimento do grupo de sociedades, que mantém relações internas e garantias cruzadas, em que os negócios são desenvolvidos de forma entrelaçada, motivo pelo qual a união de ativos e passivos seria a forma mais eficaz, se não a única, de alcançar a recuperação, a decisão também poderia ser tomada pelo Judiciário, ainda que não fosse constatada a existência de ilicitude na condução dos negócios. Apresentado plano unificado, os credores poderiam recusar esse entendimento, afastando a consolidação ou apenas algumas devedoras do polo ativo. Essa situação não foi tratada pela Lei nº 14.112/2020.

Os critérios para identificar a hipótese de consolidação substancial não alcançaram uniformidade.

Vale transcrever, a título de exemplo, trecho do acórdão proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP no julgamento de agravo de instrumento impugnando decisão proferida na recuperação judicial do Grupo OAS, dada a sua repercussão:

“Tendo sido reconhecida a integração das agravadas em parte do grupo empresarial que enfrenta crise econômico-financeira (incluindo suas causas) e reconhecida a interligação entre as empresas, configurando verdadeiro e intransponível entrelaçamento negocial, é inviável a apresentação de planos separados ante a impossibilidade de se delimitar as responsabilidades individuais de cada devedora diante da pleora de credores. [...]”

Portanto, em que pese a admissibilidade do litisconsórcio ativo e a possibilidade de apresentação

do plano único que envolva as massas das dez empresas envolvidas no polo ativo do pedido, a proposta das recuperandas será levada ao crivo da Assembleia Geral de Credores, na qual tanto o pedido inicial com seus desdobramentos como a proposta de recuperação serão analisadas, podendo os credores deliberar livremente, observados os preceitos cogentes de legalidade”.¹

Na mesma linha, o Agravo de Instrumento nº 2021976-34.2020.8.26.0000 (TJSP, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. em 30/7/2020).

É importante mencionar, ainda, julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) que admitiram a consolidação processual, mas não a substancial, diante da ausência de autorização legislativa e da possibilidade de lesar credores: Agravo de Instrumento nº 1.0000.17.078177-7/005 (Rel. Des. Côrrea Junior, j. em 1º/8/2018) e Agravo de Instrumento nº 1.0000.17.009711-7/002, Rel. Des. Audebert Delage, j. em 10/7/2018).

Muitas dessas questões, diante da necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, não foram analisadas pelo STJ (AgInt no REsp nº 1.524.342-PR, da relatoria do desembargador convocado Lázaro Guimarães).

4. Inovações introduzidas na Lei nº 14.112/2020

Como se viu, a consolidação processual pressupõe pluralidade de devedores que, além de atender aos requisitos da lei de recuperação judicial, integre “grupo sob controle societário comum”, nos termos do art. 69-G, o qual também fixa, nessa hipótese, a competência do juízo do principal estabelecimento entre os devedores.

Cada um dos devedores deverá apresentar individualmente a documentação exigida no art. 51 da LRJ. Se cada um deles se desincumbir desse dever,

¹ TJSP, Agravo de Instrumento nº 2084379-15.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 31/8/2015.

será nomeado um único administrador judicial (art. 69-H), cuja remuneração deverá, por óbvio, corresponder ao volume e à complexidade do trabalho (COSTA; MELO, 2021, comentário ao art. 69-H).

Na consolidação processual, os devedores, seus ativos e passivos permanecem independentes, mas é possível ao juízo da recuperação coordenar atos processuais. Desse modo, segundo o art. 69-I: a) os devedores devem propor meios específicos de recuperação, admitida apresentação em plano único; b) os credores de cada devedor deliberarão em assembleias gerais de credores independentes, com quóruns de instalação e deliberação, bem como atas, específicos para cada devedor; e c) é possível que alguns devedores obtenham a recuperação judicial e outros tenham a falência decretada.

O litisconsórcio ativo dos devedores é facultativo. Além de não haver previsão legal para requerimento dos credores, nada há na relação jurídica controvertida que exija a litigância simultânea (ÁVILA, 2020, p. 131). O objetivo é a redução de tempo de tramitação do processo e dos custos envolvidos. Há cumulação subjetiva com efeitos processuais, que não afeta o direito material (GUIMARÃES, 2020, p. 81).

Excepcionalmente poderá o juízo da recuperação judicial que esteja em regime de consolidação processual permitir a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores.² Para tanto, consoante o art. 69-J, deverá identificar a interconexão e a confusão entre ativos e passivos dos devedores e, cumulativamente, a ocorrência de, ao menos, duas das seguintes hipóteses: a) garantias cruzadas; b) relação de controle ou dependência; c) identidade total ou parcial do quadro societário ou d) atuação conjunta no mercado entre os postulantes.

² V. o Enunciado nº 98 da II Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF): “A admissão pelo juízo competente do processamento da recuperação judicial em consolidação processual (litisconsórcio ativo) não acarreta automática aceitação da consolidação substancial”.

Há acesa controvérsia na doutrina quanto à escolha dessas hipóteses pelo legislador. Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, critica a redação do art. 69-J, que revelaria

“completo desconhecimento do legislador de 2020 acerca da realidade dos grupos. Ninguém constitui um grupo de sociedades, de fato ou de direito, senão para desfrutar dos ganhos de sinergia. Sempre haverá, no grupo, as garantias cruzadas, relação de controle ou dependência e a identidade, ainda que parcial, de sócios referidas nos incisos I a III. A única característica que pode, ou não, se verificar num determinado grupo é a atuação conjunta no mercado, a que se refere o inciso IV”.

Para ele, a única solução para a antinomia com o art. 69-I é interpretar o dispositivo sistematicamente com o art. 50 do Código Civil (CC), de modo que

“se garantias cruzadas, vínculos societários de dependência ou controle, identidade de sócios e atuação conjunta não configurarem nenhum abuso de direito, mas simplesmente o regular, racional e lícito aproveitamento de sinergias entre as sociedades de um mesmo grupo, não há nenhum fundamento para a aplicação do **art. 69-J da LF**”³

De fato, a consolidação substancial só pode ser entendida em conjunto com o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica. Como essa forma de consolidação não era disciplinada em lei, mas já vinha sendo utilizada pelos tribunais, havia grande dispersão de critérios, em detrimento da previsibilidade das decisões e da segurança jurídica. Por isso, o legislador, tendo em vista a necessidade de criar requisitos objetivos, que reduzem a discricionariedade judicial, acabou por escolher requisitos objetivos para a consolidação substancial. A busca pela objetivação desses critérios é particularmente importante em nosso contexto, no qual é o magistrado que decide, em caráter excepcional e presentes certas circunstâncias, adotar a consolidação substancial, em contraste

3. Cf. Coelho (2021).

com os Estados Unidos, onde tal decisão cabe aos credores.

A escolha do legislador, apesar das abalizadas críticas, parece atender aos reclamos por critérios objetivos que permitam circunscrever a discricionariedade judicial, limitando-a às disfunções societárias que efetivamente exijam consolidação obrigatória. Nunca é demais lembrar que o plano de recuperação unitário extingue, como de rigor, as garantias fidejussórias e os créditos mutuamente estabelecidos entre os credores, mas acertadamente preserva as garantias reais dos credores (ÁVILA, 2020, p. 133).

A consolidação substancial comporta plano unitário de recuperação judicial (art. 69-L).

Na consolidação substancial, reza o art. 69-K, os ativos e passivos dos devedores são tratados com se pertencessem a um único devedor, o que leva à extinção das garantias fidejussórias e de créditos detidos por um devedor em face de outro. Nem por isso são afetadas as garantias reais dos credores, que somente podem ser extintas mediante sua expressa anuência.

A consolidação substancial comporta plano unitário de recuperação judicial, cuja rejeição pela assembleia geral de credores implicará a convocação da recuperação judicial em falência dos devedores sob consolidação substancial (art. 69-L).

A consolidação substancial pode também ser voluntária e previamente ajustada entre as partes por meio de convenção processual (art. 190 do Código de Processo Civil) (MITIDIERO; FARO; DEORIO; LEITE, 2017).

5. Considerações finais

A consolidação processual foi uma solução encontrada na jurisprudência para a necessária

coordenação de esforços indispensável à recuperação judicial de múltiplos devedores que integrem grupo sob controle societário comum. Do mesmo modo, a consolidação substancial foi uma resposta da casuística judiciária a situações em que a consolidação processual não se demonstrava suficiente para resolver problemas relacionados à interconexão e à confusão entre ativos ou passivos dos devedores.

Reconhecendo a evolução jurisprudencial do tema, o legislador acrescentou novos dispositivos à LRJ para disciplinar a consolidação processual e a consolidação substancial. Novos questionamentos

por certo virão, seja em razão das inovações legislativas, especialmente aquelas referentes à consolidação substancial, seja porque o Direito Empresarial reflete o dinamismo da atividade econômica, sempre na busca de novos caminhos, em particular nos momentos de grave crise.

Não há negar, contudo, que a Lei nº 14.112/2020, além de reafirmar muitas das iniciativas da jurisprudência na tentativa de resolver as indagações trazidas com a recuperação judicial dos grupos econômicos, trouxe novas perspectivas para a empresa em crise, como os mecanismos de pré-insolvência, o *dip financing* e a cooperação transnacional. ●

BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Henrique. Recuperação judicial de grupos de empresas e o substitutivo de plenário ao PL 6.229/05 da Câmara dos Deputados. In: SALOMÃO, Luis Felipe; GALDINO, Flávio (coord.). *Análise de impacto legislativo na recuperação e na falência*. Rio de Janeiro: J & C, 2020.
- CEREZETTI, Sheila Neder; SATIRO, Francisco. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 36, n. 131, p. 216-223, 2016.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Curitiba: Juruá, 2021.
- GUIMARÃES, Flávia Fernandes. Recuperação judicial de grupos econômicos: um estudo sobre a consolidação substancial e processual. In: WALD, Arnoldo; LONGO, Samantha Mendes (coord.). *Desafios e soluções da recuperação empresarial antes, durante e depois da Covid-19*. Porto Alegre: Paixão Editores, 2020.
- MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação substancial e convenções processuais na recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 78, ano 20, p. 219-228, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2017.



Aspectos societários introduzidos na Lei nº 11.101 pela Lei nº 14.112.



Foto: Divulgação

RODRIGO R. MONTEIRO DE CASTRO

Advogado. Doutor em Direito Comercial pela PUC-SP. Autor dos livros Controle Gerencial e Regime Jurídico das Reorganizações. Conselheiro da AASP.

SUMÁRIO

1. Breves considerações sobre a motivação da Lei nº 11.101/2005
 2. Os meios de recuperação judicial
 3. Alguns dados e algumas conclusões
 4. A Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020
 5. Art. 82-A
 6. Comentários finais
- Bibliografia

1. Breves considerações sobre a motivação da Lei nº 11.101/2005

A Lei nº 11.101, editada em 2005 (LRF), inaugurou um novo capítulo no tratamento da empresa em crise no âmbito do Direito brasileiro. Instituiu a recuperação judicial, em substituição à concordata, a recuperação extrajudicial e ainda regulamentou o regime da falência do empresário e da sociedade empresária.

Um dos grandes avanços da LRF, apesar das críticas (válidas ou não) que lhe foram ou ainda são feitas – valendo o destaque, inclusive, para os movimentos de alteração dessa lei, como o que deu origem à Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020 (**Lei nº 14.112/2020**) –, está mesmo na criação da figura da recuperação judicial em lugar da concordata.

Isto porque, no contexto de conferir meios e estabelecer procedimentos realmente voltados a permitir o soerguimento da empresa em crise, a concordata não se demonstrou instituto eficaz.

Tratava-se de uma espécie de **favor legal**, concessível pelo Judiciário àqueles que a solicitassem, e que somente oferecia, do ponto de vista prático, uma forma de se tentar, de modo preventivo, o salvamento: deságio de dívidas. Veja-se, a propósito, o disposto no art. 156 do Decreto-Lei nº 7.661 (revogado pela LRF):

“Art. 156 - O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva.

§ 1º - O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de:

I - 40%, se for à vista;

II - 60%, se for a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano.

I - 50%, se for à vista;

II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24

(vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses”.

Como anota, a propósito, Marcelo Sacramone, juiz de Direito em exercício na 2ª Vara de Falência e Recuperação Judicial de São Paulo, a forma por meio da qual a concordata era estruturada não propiciava a criação de ambiente favorável à recuperação de entes viáveis:

“Muitas concordatas, desse modo, foram concedidas para empresários sem condições efetivas de se reestruturarem e em detrimento da vontade da maioria dos credores, o que permitiu apenas uma maior dilação de prazo para a liquidação dos ativos e um maior risco de desvio de bens. [...] A restrição dos meios de reestruturação, sua limitação aos créditos quirografários e a independência de sua concessão em relação à viabilidade econômica da atividade não permitiram que o instituto desempenhasse sua função de efetivamente permitir a superação da crise econômico-financeira pelo empresário” (SACRAMONE, 2018, p. 222).

O relatório do senador Ramez Tebet, produzido à época da emissão do Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o projeto de lei que deu origem à LRF, coloca-se no mesmo sentido:

“Em lugar da atual concordata – um regime ao qual poucas empresas conseguem sobreviver e que tem como desfecho mais frequente a decretação da falência – criam-se as opções da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial. No primeiro caso, propomos um modelo em que não seja compulsória a participação de todos os credores e em que apenas os mais relevantes sejam chamados a renegociar seus créditos, de forma a permitir a reestruturação da empresa sem comprometimento das características, prazos e valores dos créditos pertencentes aos demais credores. Na recuperação judicial, um processo mais formal e realizado sob controle da Justiça, os credores devem formar maioria em torno de um plano de recuperação. Se o plano não for aprovado ou não atingir suas

metas de recuperação, aí sim caberá ao juiz decretar a falência. [...]

Extinguindo a ineficiente concordata – que se limita a uma moratória das dívidas do concordatário, incapaz de soerguer devedores em dificuldade – o projeto abre um amplo leque de possibilidades de reorganização e aumenta, assim, as chances de recuperação efetiva das empresas. O Projeto também acerta ao apontar os credores – que participam do mercado em que está inserido o devedor e são, afinal, os maiores interessados no êxito do processo – como as pessoas mais indicadas para decidir acerca da viabilidade do plano de recuperação preparado pelo devedor”.

Este é critério essencial para o funcionamento do Direito Recuperacional: a viabilidade.

Promove-se, assim, a troca daquele regime pelo da recuperação judicial: uma grande negociação coletiva, iniciada pelo devedor e sob a supervisão e o controle do Poder Judiciário, mediante apresentação dos fatores e justificativas geradores da crise vivenciada pela empresa e a submissão de um plano que demonstre os meios e mecanismos projetados para a recuperação aos credores, aos quais competirão a análise e a decisão a respeito da adequação e, principalmente, **viabilidade** de referido plano.

Este, aliás, é critério essencial para o funcionamento do Direito Recuperacional: a viabilidade – como se verá mais adiante.

Deve-se antes, porém, ressaltar que a LRF definiu como premissa fundamental a preservação da empresa (desde que viável); o que se tenta atingir tanto pela recuperação judicial quanto pela falência, mas por formas diversas.

Enquanto a recuperação judicial tem o objetivo declarado de permitir o soerguimento da atividade empresarial que está em crise (em qualquer uma de

suas facetas: financeira, patrimonial, econômica ou de governação), propiciando que o empresário ou a sociedade empresária que a desenvolva também se recupere, na falência os elementos que compõem a atividade empresarial se tornam objeto de proteção, de modo que se almeja a realocação eficiente desses elementos, para que possam ser empregados na mesma ou em outras atividades, mesmo que por outros agentes.

Os arts. 47 e 75 da LRF confirmam o exposto anteriormente.

De acordo com o primeiro,

“a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

A falência, por sua vez, de acordo com o art. 75 da LRF (conforme já alterada pela Lei nº 14.112/2020), diante de empresas inviáveis, para fins recuperacionais, promove o afastamento do devedor de suas atividades, para

“preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica”.

Considera-se ainda, nesse contexto, que a falência “é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia”.

Essa distinção de objetivos já estava presente desde antes do advento da Lei nº 14.112/2020, mas o novo art. 75 da LRF apresenta maior ênfase na preocupação com a realocação, de maneira

eficiente na economia, dos ativos que compõem a atividade do empresário inviável, no âmbito de sua liquidação; o que deixa ainda mais claro o benefício social visado pelo regime falimentar: preservação do valor dos recursos que outrora fizeram parte da empresa em crise que não conseguiu ou não mereceu se recuperar.

Aliás, a própria exposição de motivos da LRF reforça o exposto, no contexto de justificativa da substituição do regime de concordata pelo da recuperação judicial:

“Adota-se a recuperação da empresa em substituição à concordata suspensiva, com a finalidade de proteger o interesse da economia nacional, e aos trabalhadores na manutenção dos seus empregos. No caso da recuperação da empresa, deverão ser feitos o plano de saneamento e de solução do passivo, bem como ser elaborada a demonstração da viabilidade da execução do primeiro”.

Veja-se, portanto, que nem toda empresa deve ser recuperada (e essa escolha não deve ser permeada de subjetividade, como parecia ser no critério do regime da concordata): somente aquelas que se revelem viáveis ou potencialmente viáveis merecem a tutela de um regime voltado à sua recuperação.

Não se trata, portanto, da recuperação a todo custo, aplicada irrestrita e indistintamente, pois isso não se afiguraria razoável.

Afinal, insistir na preservação ou soerguimento de atividades ou entes inviáveis pode gerar repercussões negativas no mercado – e na sociedade como um todo –, além de um privilegiamento em detrimento de empresários que, com as dificuldades inerentes à atuação empresarial, superam, com menor ou maior dificuldades, seus obstáculos – e, até mesmo, uma escolha ruim quanto à alocação ou realocação de ativos e recursos na economia.

2. Os meios de recuperação judicial

Nesse sentido, o art. 50 da LRF apresenta uma lista – que não é taxativa, mas meramente

exemplificativa – de meios de recuperação disponíveis aos devedores; isto é, mecanismos que podem ser, de forma isolada ou conjugada, utilizados pelas recuperandas nas construções de seus planos recuperacionais.

Os “meios de recuperação judicial”, como denominados pela LRF, partem de origens diversas, assim como se prestam a solucionar situações distintas, mas sempre com único propósito: a preservação da empresa, ou do empresário, que demonstre viabilidade.

Apenas para exemplificar, existem alternativas voltadas aos aspectos financeiros (como a do inciso I: “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas”); outras referentes a preocupações imediatamente patrimoniais (inciso XI: “venda parcial dos bens”); bem como algumas relativas a elementos de governança corporativa (tal qual a constante do inciso IV: “substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos”).

Dentre os 16 mecanismos originalmente indicados pela LRF – de maneira exemplificativa, e não taxativa, ressalte-se –, verifica-se também a presença de alternativas que consistem em técnicas tipicamente de Direito Societário (ou de mercado de capitais), como: (i) “cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente” (inciso II); (ii) “alteração do controle societário” (inciso III); (iii) “constituição de sociedade de credores” (inciso X); (iv) “emissão de valores mobiliários” (inciso XV); e (v) “constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor” (inciso XVI).

Isto além de meios como a já comentada substituição da administração (inciso IV), a administração compartilhada (inciso XIV), “a concessão aos credores de direito de eleição em separado

de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar” (inciso V), o aumento de capital social (inciso VI) e a capitalização da dívida (inciso XVII), que, apesar de partirem de preocupações de governança corporativa, nos três primeiros casos, e financeiras, nos dois últimos, implementam-se mediante expedientes societários.

Note-se que há importante relação do Direito Societário com as possibilidades indicadas, pela LRF, como mecanismos recuperacionais, adotáveis nos planos dos devedores.

Entretanto, como indicado antes, a utilização desses e/ou de outros meios de recuperação só faz sentido – ou somente deveria ser admitida como estrutura válida – se tiver por finalidade atingir o soerguimento de empresas que, apesar das crises experimentadas, ainda se mostrem viáveis. Caso contrário, a solução deveria, pelo menos sob as premissas calcadas pela LRF, ser liquidatória, no âmbito do regime falimentar.

Isto significa que o Direito Societário – ou as estruturas e técnicas societárias –, assim como expedientes de outras ordens, previstos ou não no art. 50 da LRF, não podem ser elásticos ou impostos, de forma irrestrita e não criteriosa, pelos devedores, de maneira dissociada de um intento legitimamente recuperador.

Os meios de recuperação, pelo Direito Societário, são válidos. Aliás, mais do que isso: tendem a oferecer caminhos sofisticados, atrativos a investidores igualmente sofisticados (mesmo que sejam oportunistas), e contribuem para formação de um mercado ativo e qualificado.

Mas não podem ser deturpados, para forçar recuperações inviáveis, porque isso, além de contrariar o propósito da LRF, não interessa à sociedade – que acaba pagando pela preservação forçada.

De fato, o sistema previu a presença dos credores como o conjunto de interessados aptos a realizar esse controle de viabilidade no âmbito dos planos; e, idealmente, esses credores rechaçariam aqueles projetos inviáveis ou incompatíveis com

seus propósitos declarados. Mas isso não conduz, necessariamente, ao objetivo que talvez tenha sido desejado pela legislação; ou seja, de que os credores gozariam dos incentivos adequados para tão somente aprovar planos de recuperação judicial quando se constatasse viabilidade econômica da empresa.

3. Alguns dados e algumas conclusões

Os números encontrados pela 2ª fase do Observatório da Insolvência (iniciativa do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (Nepi) da PUC-SP e da Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ)¹ talvez possam ajudar a ilustrar a discussão anterior.

Os meios de recuperação, pelo Direito Societário, são válidos e contribuem para formação de um mercado ativo e qualificado.

Referido estudo teve como objeto a análise de todos os processos de recuperação judicial distribuídos perante o Tribunal de Justiça de São Paulo no período entre janeiro de 2010 e julho de 2017, totalizando 1.194 processos de recuperação judicial.

De todas as recuperações judiciais analisadas, em 88,4% os planos de recuperação judicial foram aprovados. Mesmo assim, no que toca aos planos com duração superior ao período de dois anos de acompanhamento judicial previsto na LRF (correspondente a 332 recuperações), somente 24,4% deles (ou 81) foram encerrados sem decretação de falência. Mais da metade (55,1%) dos planos que estavam em curso há mais de dois anos se encontra

¹. Disponível em: https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/obs_recuperacoes_abj.pdf.

ainda em curso, enquanto 20,5% tiveram a falência decretada.

Ou seja, no que toca aos processos de recuperação judicial cujos planos vigoram por período superior ao previsto na LRF, para fins da fiscalização judicial, o percentual daqueles que resultaram em falência é bem próximo do relativo àqueles que foram encerrados sem decretação de falência (isto é, marcando, em tese, a recuperação da recuperanda).

Tais resultados podem advir de diversos fatores; um deles – que precisa, claro, ser investigado e avaliado –, a inviabilidade econômica da recuperanda, inobstante a aprovação do seu plano pelos credores.

Uma possível explicação para o fenômeno – caso se confirmem as suspeitas a partir dos dados necessários – é o receio de todo o sistema (devedores, credores e Judiciário) acerca do regime falimentar. Isto é, a dificuldade de compreender ou aceitar a falência, tal qual idealizada pela LRF, como a alternativa adequada para empresas em crise que se revelem inviáveis ou irrecuperáveis.

Ao invés, assim, de se tentar a formulação de planos que, no fim das contas, não trarão resultados úteis, admitir a implementação da falência, mediante sua solução liquidatória, que visa à “realocação útil de ativos na economia” ou “realocação eficiente de recursos na economia”, preservando-se e otimizando-se “a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos”, com a “liquidação célere das empresas inviáveis”.

Novamente, os números talvez possam auxiliar na confirmação dessa percepção. Conforme apontaram Marcelo Sacramone e Alfredo Cabrini, em artigo sobre governança corporativa como meio de recuperação judicial (SACRAMONE; SILVA, no prelo, p. 16), a liquidação forçada se revela alternativa economicamente pouco racional.

Os autores apresentam dados de pesquisa jurimétrica, realizada por Jupetipe e outros, para sustentar a alegação, os quais indicam que

“a média do procedimento falimentar é de 9,2 anos, com custos indiretos de 46,84% e satisfação de

apenas 12,4% do valor dos créditos” (SACRAMONE; SILVA, no prelo, p. 16).

É possível, por conseguinte, que os credores, diante dos resultados que se confirmaram nas pesquisas e de uma percepção que, em maior ou menor grau, surge do dia a dia empresarial, acreditem que terão mais chances de satisfazer os seus créditos em recuperações judiciais, ainda que lastreadas em planos não tão sólidos e/ou relativas a empresas economicamente inviáveis, do que no regime da falência.

Essa constatação também poderia indicar que o instituto da recuperação judicial, no que toca, ao menos, à construção dos planos, e à luz do objetivo de viabilizar o real soerguimento de empresas, não vem sendo utilizado da forma como foi idealizado – tampouco teria se afastado, totalmente, das bases fundantes da antiga concordata.

A partir dos dados encontrados pela 2ª fase do Observatório, outras análises foram feitas, no intuito de confirmar (ou rechaçar) suspeitas oriundas de problemas identificados na praxe do Direito Recuperacional ou Falimentar.

Cite-se, por exemplo, estudo promovido por Marcelo Sacramone e Max Magno Ferreira Mendes, a respeito dos meios de soerguimento da empresa em crise na recuperação judicial (SACRAMONE; MENDES, 2021, no prelo).

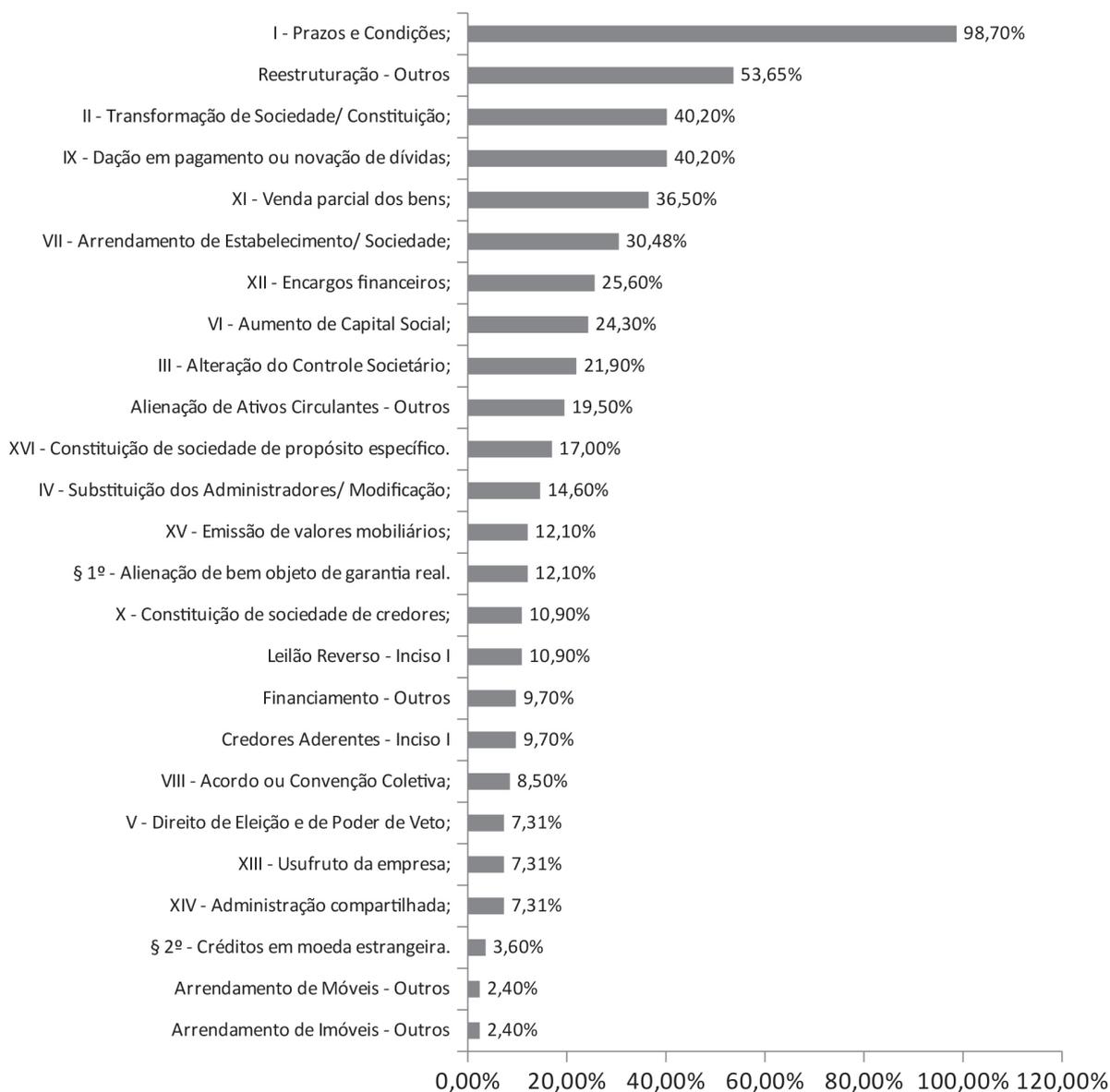
Os autores apontaram que em 98,70% dos planos de recuperação judicial o meio previsto no inciso I (concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas) esteve presente; ou seja, praticamente todos esses planos foram construídos considerando (ou a partir das) mesmas premissas da concordata: deságio e alongamento de dívidas.

Ainda que referido mecanismo recuperacional tenha sido apresentado, de maneira isolada, em 14,63% dos casos analisados, isso não anula a preponderância da concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações

vencidas ou vincendas sobre os demais meios de recuperação.

Até mesmo porque: (i) em 53% dos processos, o deságio e a repactuação de condições de dívidas foram conjugados com “medidas de gestão administrativa” (redução de despesas financeiras, gestão de processos e pessoas, diminuição de horas

extras etc.) e em 36,58% a conjugação foi com a alienação de ativos; e (ii) os segundo e terceiro colocados (reestruturação e transformação ou substituição de sociedade, respectivamente) foram verificados em percentuais bem inferiores: 53,65% e 40,20%, conforme tabela adiante, elaborada por Marcelo Sacramone e Max Magno:



Apesar das possibilidades sugeridas pela LRF (para além, até, das 16 hipóteses originais previstas no art. 50), pode-se identificar, a partir da tabela acima, que meios mais sofisticados de recuperação não são tão utilizados quanto, talvez, esperar-se-ia que fossem.

Medidas com enfoque na mudança da governação da empresa em crise, como administração compartilhada (7,31%), substituição da administração (14,60%) e concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto (7,31%), não parecem gozar de tanta aderência.

Aliás, percebe-se que, dos sete primeiros mecanismos mais utilizados nos planos estudados pelos autores, exceto quanto à transformação/constituição de sociedade (que, por sinal, pode ser meramente instrumental), todos consistem em hipóteses relativas a aspectos financeiros (deságios, novação de dívidas, equalização de encargos) ou para fins de alienação/realocação de ativos (venda parcial e arrendamentos).

Nesse sentido, chegou-se a se questionar se as recuperações judiciais estariam servindo como meios disfarçados de liquidação de bens.

Chegou-se a se questionar se as recuperações judiciais estariam servindo como meios disfarçados de liquidação de bens.

Leonardo Barros C. de Araújo e Thiago Nunes, em artigo sobre o tema (ARAÚJO; NUNES, 2020), investigaram a hipótese, a partir dos resultados da 2ª fase do Observatório. Concluíram que, dos processos analisados, somente em 21,4% fora detectada alguma liquidação de ativo e apenas em 5,7% (do universo investigado) as liquidações tiveram alguma relevância frente ao valor total da dívida. A conclusão, como anotado pelos autores, não permitiu afirmar que as recuperações judiciais têm servido como hipóteses liquidatórias disfarçadas, reforçando a relevância do deságio e da repactuação de condições nos planos processados como meios recuperacionais efetivamente implementados.

Ainda no que se refere aos meios de recuperação utilizados, João Leandro Chaves e Gustavo Brollo, em artigo sobre a governança corporativa na sociedade em recuperação judicial (BROLLO; CHAVES, 2020), identificaram que apenas em 20% dos planos analisados, nos quais constavam medidas de governança, essas medidas chegaram a ser implementadas.

Os autores apuraram nos arquivamentos de atos societários na Junta Comercial do Estado de São Paulo que as providências relativas à governação efetivadas foram: (i) a criação de conselho de administração e a eleição de novos administradores; (ii) a transformação do tipo societário e eleição de novos administradores; (iii) a alteração na composição acionária e a eleição de novos administradores; e (iv) a mudança nas regras de administração da recuperanda.

Em resumo, dos planos de recuperação aprovados e avaliados pelos autores, apenas 31,6% apresentavam a adoção de medidas de governança como meios recuperacionais e, desse percentual, somente em 20% (conseqüentemente, 6,6% da população de recuperações analisadas) alguma das medidas chegou a ser implementada.

As considerações expostas anteriormente, bem como os números encontrados, com base nas pesquisas desenvolvidas que foram referenciadas nos parágrafos antecedentes, permitem uma constatação: na prática, a recuperação judicial acaba por revelar a mesma essência da antiga concordata quanto ao meio (ou ao menos ao principal meio) de viabilizar o soerguimento da empresa em crise que é efetivamente utilizado pelos devedores.

De maneira geral, como se pôde também atestar pelas investigações promovidas e citadas, as recuperações judiciais podem até levar em consideração estruturas mais complexas, a exemplo de reorganizações societárias ou medidas voltadas à governança corporativa. O grande elemento, contudo, presente em quase todas elas, parte de lógica idêntica à da concordata: deságio (ou *haircut*), reduções de obrigações, revisão e renegociação de dívidas, alongamento de prazos, repactuações de encargos etc.; atribuir às dívidas arroladas na recuperação condições de pagamento mais beneficiadas do que aquelas estabelecidas para os créditos extraconcursais.

Mecanismos, aliás, que não necessariamente atacam o motivo da crise – o que deveria ser o

objetivo principal para viabilizar o soerguimento de empresas ainda economicamente viáveis, inobstante qualquer situação mais crítica legitimadora do expediente da recuperação judicial.

Afinal, exceto em situações como aquelas marcadas por crises puramente financeiras, decorrentes de problemas de liquidez, por exemplo, a simples repactuação de condições não permitirá a recuperação de empresa que se encontra em crise por força de problemas de modelo de gestão ou de governança, *v.g.*

E é essa falta de adequação das soluções propostas às verdadeiras causas dos problemas, visualizada (ou deduzida, ao menos) das pesquisas empíricas e da realidade das recuperações judiciais experimentadas, que reforça uma tendência de manutenção da lógica das concordatas, mesmo no âmbito de um regime diferenciado (o da LRF), apesar de todas as inovações e mudanças propostas.

4. A Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020

Na esteira das discussões lançadas anteriormente, e após não pouca expectativa e não pouca controvérsia, operou-se a reforma da LRF, pela Lei nº 14.112/2020, com o propósito de

“atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária”.

São abordadas, a seguir, algumas mudanças que tenham intersecção com o Direito Societário (e que, talvez, tenham sido idealizadas para alçar o instituto da recuperação a outro patamar de sofisticação e operacionalização).

Parte-se do art. 50, indicador de meios que podem ser utilizados para recuperar a empresa viável. A natureza exemplificativa da listagem protege, de algum modo, o legislador de críticas pela inserção de técnicas ineficazes ou, por outro lado, pela ausência de outras que poderiam estimular a formação de um ambiente mais sofisticado e

menos dependente de prazos e renegociação de condições como formas recuperacionais absolutas; afinal, não se fecham os caminhos, apenas são indicadas possibilidades. De toda forma, os devedores – e, a partir da reforma da LRF, também os credores, observados certa ordem e certo procedimento prévio –, têm liberdade propositiva absoluta (dentro, obviamente, da legalidade).

Introduziram-se, com a reforma, dois novos incisos, comentados a seguir.

4.1. O inciso XVII

A inclusão do inciso XVII, que prevê a “conversão de dívida em capital social”, serve para consagrar uma prática cujo emprego era inquestionável do ponto de vista jurídico – sujeito às técnicas de controle e de aprovação previstas na LRF.

Essa afirmação não significa contrariedade à técnica em si; ao contrário, pois, em tese, a passagem da condição de credor à de acionista pode implicar mudanças não apenas no plano societário, mas da governança, a depender do poder político acumulado por conta da mudança de posição – que eventualmente se perderia em caso de subscrição, pelo credor, de ações preferenciais sem direito a voto. E, assim, aposta-se em uma nova linha orientativa, capaz de implementar as ações necessárias ao soerguimento empresarial. Ademais, o ato de converter (ou capitalizar) uma dívida não deixa de indicar ao menos alguma confiança na recuperabilidade da empresa, bem como expectativa de realinhamento de interesses.

A preocupação com a permissibilidade da técnica da conversão não se expressa, aliás, apenas no art. 50. Ela é reafirmada no art. 56, em seu novo § 4º, também introduzido pela reforma, que inova ao estabelecer que

“rejeitado o plano de recuperação judicial, o administrador judicial submeterá, no ato, à votação da assembleia geral de credores a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado plano de recuperação judicial pelos credores”.

Esse novo plano, cuja prerrogativa de elaboração é invertida – passando, pois, à esfera do credor –, também poderá, de acordo com o § 7º,

“prever a capitalização dos créditos, inclusive com a consequente alteração do controle da sociedade devedora, permitido o exercício do direito de retirada pelo sócio do devedor”.

Ressalta-se que, na hipótese do art. 50, a conversão e eventual alteração de controle partem de proposta do devedor, que visualiza, no encaminhamento, uma possibilidade de reverter a situação de crise por meio de uma reformulação da base acionária e, em consequência, da orientação geral dos negócios.

Por outro lado, na hipótese do art. 56, a alteração advém de proposição **externa**, de modo que o abalo estrutural, decorrente da consumação do incremento da base de sócios, projetar-se-á independentemente da opção do devedor e de seus sócios.

Aqui, sim, apresenta-se verdadeira novidade, com impactos societários relevantes: primeiro, a configuração da alteração do núcleo de poder, com o surgimento de eventual novo controlador ou bloco de controle, unido por acordo, ou não, na forma do art. 118 da Lei nº 6.404/1976. Segundo, e não menos relevante, a atribuição ao sócio da sociedade em recuperação do direito de se retirar.

Em relação à alteração forçada de controle, pois decorrente da vontade de credores, e não do controlador ao tempo do pedido de recuperação, em princípio não se configurará um negócio que possa ser enquadrado como alienação, porque decorrerá de aumento de capital, subscrito por credor e integralizado com os respectivos créditos detidos contra o devedor (conversão de dívida). Trata-se de aquisição **originária** de participação societária.

Daí o afastamento da incidência das normas contidas no art. 254-A da Lei nº 6.404/1976, segundo o qual

“a alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o

adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle”.

Na hipótese do art. 50, a conversão e eventual alteração de controle partem de proposta do devedor.

Mas não se pode assumir como absoluta tal afirmação, pois, se a conversão estiver conjugada com a alienação de participação, aí, eventualmente, a hipótese descrita no mencionado artigo se configurará, disparando a obrigatoriedade de formalização de oferta pública. Isso tudo, é bom realçar, se se tratar de companhia aberta.

De todo modo, o § 7º concede ao sócio dissidente – portanto, ao preterido em sua vontade – o direito de se retirar, mediante o reembolso do valor de suas ações (Lei nº 6.404/1976, art. 137). O reembolso, conforme indica o art. 45 da mesma lei,

“é a operação pela qual, nos casos previstos em lei, a companhia paga aos acionistas dissidentes de deliberação da assembleia geral o valor de suas ações”.

Os critérios de valorização e, conseqüentemente, de cálculo do reembolso podem ser previstos no próprio estatuto da companhia; mas somente se admitirá que seja inferior

“ao valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia geral [...] se estipulado com base no valor econômico da companhia, a ser apurado em avaliação”.

Importante: ao se referir a sócio, a quem se confere o direito de retirada, não se faz distinção entre sócio controlador e não controlador. Assim, apesar de, em uma leitura apressada, aparentar que somente ao controlador se confere o direito – pelo fato da perda do controle –, aos demais sócios

também se deve estender tal direito, visto que, se a lei não os excluiu, não cabe ao intérprete – ou ao Judiciário – fazê-lo.

A opção legislativa faz sentido, haja vista que o novo controlador, isoladamente ou reunido em bloco, inevitavelmente subverterá a orientação geral dos negócios, alinhando-a às suas perspectivas para o devedor – afinal, essa é uma das principais prerrogativas inerentes ao controle societário: “usa[r] efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (Lei nº 6.404/1976, art. 116). Logo, na avaliação da operação como um todo, não se deve descartar o custo proveniente do reembolso a todos os sócios do devedor.

Para concluir, talvez se encontre, na relação de conversão, o principal desafio ao alinhamento de interesses de sócios e credores – não apenas para que se atinja o objetivo aprovativo do plano, como para que se evitem disputas por conta da retirada e da apuração do reembolso. A complexidade se amplifica na empresa em crise, em função do critério que se pretenda adotar para formulação do valor justo, tanto sob a ótica dos sócios existentes quanto sob a dos que passarão a compor a base, pela conversão.

4.1.1. A responsabilidade na hipótese do inciso XVII

Tema central da criação de um mercado eficiente de recuperação consiste no apetite, de credores ou investidores, pelo risco. Correr risco é contraparte inerente à oportunidade de recuperação de investimento ou de obtenção de lucros, pelo ingresso salvador em empresa em crise. O problema surge quando, além do risco do próprio negócio, trafega-se por incertezas jurídicas, cujas consequências seriam, no extremo, a ausência de limitação de responsabilidade.

Não se atingirá o propósito recuperacional sem a alocação (ou assunção) de perdas. A distribuição é inevitável – até porque essa realocação faz parte

da precificação negociada. Credores não sairão da forma como entraram; sócios também não. O encontro do ponto de equilíbrio, satisfatório aos agentes envolvidos em um caso concreto, é o propósito a se perseguir.

A Lei nº 14.112/2020, ao que parece, teve como objetivo, em alguns dispositivos, considerada a experiência (e as inseguranças) de mais de 15 anos desde o advento da LRF, solidificar entendimentos e, assim, permitir a uniformização doutrinária e jurisprudencial (se é que isso seja possível).

Nesse sentido, o novo § 3º do art. 50 estabelece que

“não haverá sucessão ou responsabilidade por dívidas de qualquer natureza a terceiro credor, investidor ou novo administrador em decorrência, respectivamente, da mera conversão de dívida em capital, de aporte de novos recursos na devedora ou de substituição dos administradores desta”.

Pretende-se, pois, estimular o envolvimento positivo de agentes no processo recuperacional, mesmo que visem à obtenção de algum ganho (ou a diminuição de uma perda); mas, em qualquer hipótese, assumindo-se a premissa de que colaborarão com a recuperação empresarial. São os casos descritos no mencionado parágrafo, dando-se, no presente texto, atenção à conversão.

Afirmou-se, com isso, em conjunto com os demais dispositivos que tratam de tal técnica, que, ao admitir a mudança de **estado**, o credor que se torna sócio pela via da conversão não incrementará seu risco pela contaminação do hoje (ou do amanhã) pelo passado. Estimula-se, ao que parece, a introdução, em planos futuros, desse meio recuperacional.

4.2. O inciso XVIII

A Lei nº 14.112/2020 catalogou mais uma técnica voltada à recuperação empresarial. Inserida no inciso XVIII, trata da

“venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que

teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada”.

A venda integral da vendedora indica, em princípio, a disposição da própria sociedade empresária endividada, que se realiza mediante ato dos seus sócios, que cedem ou transferem quotas ou ações, conforme o tipo societário, em troca de algo. Com a adoção do verbo vender, pressupõe-se o sinagoga, que pode corresponder, como exemplos, à entrega do preço ou à assunção, pelo adquirente, de obrigações.

Uma preocupação que eventualmente poderia se revelar, já adiantada no comentário ao inciso XVII, refere-se à incidência das normas do art. 254-A da Lei nº 6.404/1976, em se tratando de companhia aberta, que ensejaria a formulação de oferta pública de aquisição, pelo adquirente. Porém, como se prevê no texto a venda integral (ou seja, total) do devedor, todos os sócios estariam contemplados no negócio, dispondo de suas ações, e assim não haveria interesse de minoritários a tutelar.

A parte final do inciso merece destaque: para todos os fins, considera-se a sociedade adquirida (ou seja, o devedor) uma unidade produtiva isolada (UPI). Uma questão se coloca, imediatamente: seria, assim, uma sociedade com objeto limitado ao investimento em outras sociedades (*holding*), e que de fato (e de direito) detenha participações em outras sociedades, dedicadas a diversos setores de atividade, uma UPI? A análise isolada do texto não discrimina ou repudia essa situação, contemplando-a (ou afastando-a) expressamente.

A solução (de considerar a venda integral como UPI), ademais, confere segurança ao adquirente, pela possibilidade de precificação do risco de aquisição do ativo e de suas implicações (ou ausência delas) imediatas e mediatas. Isto porque, conforme se prevê no art. 60, “se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado

o disposto no artigo 142² desta lei”; e seu parágrafo único, reformado pela Lei nº 14.112/2020, delimita a extensão da responsabilidade, da seguinte maneira:

“o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor de qualquer natureza, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista, observado o disposto no § 1º do artigo 141 desta Lei”.

A solução (de considerar a venda integral como UPI) confere segurança ao adquirente.

A determinação da extensão da responsabilidade, em casos que envolvam quotas ou ações de emissão do devedor, como norma de Direito Recuperacional, é confirmada em mais um artigo, proveniente da mesma reforma, porém, para abranger arranjos mais sofisticados (e que, eventualmente, não englobem a venda integral). É o que se depreende do art. 60-A:

“A unidade produtiva isolada de que trata o artigo 60 desta Lei poderá abranger bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis, isolados ou em conjunto, **incluídas participações dos sócios**” (grifo nosso).

Note-se que, aqui, não se qualifica o sócio, que pode ser controlador ou não. E, mais relevante, não se indica que a participação deva ser total – como indicado no art. 50, inciso XVIII –, admitindo-se, pois,

2. “Art. 142 - A alienação de bens dar-se-á por uma das seguintes modalidades: I - leilão eletrônico, presencial ou híbrido; II - (revogado); III - (revogado); IV - processo competitivo organizado promovido por agente especializado e de reputação ilibada, cujo procedimento deverá ser detalhado em relatório anexo ao plano de realização do ativo ou ao plano de recuperação judicial, conforme o caso; V - qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos desta Lei.”

qualquer espécie de estrutura, mesmo de parcela das quotas ou ações detidas por um ou mais sócios.

De todo modo, a solução arquitetada não afasta, conforme previsto no parágrafo único do art. 60-A, a incidência do inciso VI do *caput* e do § 2º³ do art. 73, que determinam ao juiz a obrigação de decretação da falência, durante o processo de recuperação judicial,

“quando identificado o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas”.

5. Art. 82-A

O tema da limitação de responsabilidade de sócio é muito mal direcionado no Brasil. Normas de Direito Empresarial e de Direito Societário são ignoradas em favor de normas de outras naturezas, indicando um desprezo, injustificado – e às vezes preconceituoso –, por um dos principais estímulos ao exercício da empresa.

Empresariar indica uma opção pelo risco: risco de aceitação mercadológica do produto ou serviço; risco de ser superado (ou aniquilado) pela concorrência; risco de tomar decisões erradas; risco de se deparar com o surgimento de novas e superiores tecnologias às empregadas pelo empresário; risco de inacessibilidade a meios adequados de financiamento da atividade empresarial (inclusive para pesquisa, desenvolvimento ou aquisição de novas tecnologias); e riscos de perdimento dos recursos transferidos à sociedade, para formação do capital.

É este, aliás, o pressuposto de quem se presta a subscrever ações de emissão de companhia ou adquirir quotas do capital social de sociedade limitada: o destaque de parcela – apenas de parcela – de seu patrimônio, e sua versão para uma atividade

3. “§ 2º - A hipótese prevista no inciso VI do *caput* deste artigo não implicará a invalidade ou a ineficácia dos atos, e o juiz determinará o bloqueio do produto de eventuais alienações e a devolução ao devedor dos valores já distribuídos, os quais ficarão à disposição do juízo.”

de risco, preservando-se, no entanto, o patrimônio restante, que deveria persistir sem vinculação ou comprometimento com o sucesso empresarial daquela atividade para a qual a parcela patrimonial foi conferida em troca de participação societária.

A ausência de preservação patrimonial quanto ao acervo que não foi aportado na empresa, ou, sob outro ângulo, a exposição integral de patrimônio de cada potencial investidor, não ofereceria – como de fato não oferece – incentivos para participação, via societária, em sociedade ou outra entidade empresária. E aí se tornariam mais escassos e, ao mesmo tempo, mais caros, os meios de obtenção de recursos e financiamento da atividade produtiva.

A pragmática atesta essa afirmação: apesar de o Código Civil (CC) tipificar, no art. 1.039, a sociedade em nome coletivo, ela caiu em desuso e se tornou, do ponto de vista legislativo, um instituto moribundo.⁴ Explica-se o motivo facilmente: todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Além da solidariedade, que aumenta a exposição individual, a ausência de limitação de responsabilidade coloca à disposição dos credores a integralidade do patrimônio do sócio. Essa solução não se revela proporcional ao risco (exceto se – e mesmo assim momentaneamente – todo o patrimônio do sócio for empregado na subscrição ou aquisição de participação em sociedade).

Daí as alternativas societárias e a possibilidade de os sócios que quisessem oferecer garantia complementar aos agentes que viessem a contratar com a sociedade optarem pela constituição do tipo que carrega a característica da responsabilidade ilimitada.

Mas a manutenção da sociedade em nome coletivo, que poderia ter sido evitada por ocasião do

4. Como também caiu em desuso a sociedade em comandita simples, tipificada a partir do art. 1.045 do CC, segundo o qual nela “tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota”.

advento da codificação civil de 2002, também se justifica para reforçar a própria opção legislativa pela existência de tipos em que a responsabilidade do sócio é distinta: limitada, nos casos de companhia e de sociedade limitada; e ilimitada, na sociedade em nome coletivo.⁵

Quem contrata com uma sociedade limitada sabe, portanto, que, nos termos do art. 1.052 do CC, “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”. E, se a relação se der com sociedade anônima, “a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas” (Lei nº 6.404/1976, art. 1º).

Daí a importância da introdução do art. 82-A na LRF, segundo o qual “é vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica”, e de seu parágrafo único, cuja redação é a seguinte:

“a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”.

A rigor, essas normas confirmatórias do que já está assentado no sistema seriam desnecessárias; todavia, diante do esgarçamento e da **confusão** conceitual – inclusive ideológica –, a serviço da imputação de responsabilidade a todo custo, sem previsão legal, travestida de **desconsideração de personalidade jurídica**, ou vice-versa, o art. 82-A da LRF serve não apenas no Direito Concursal,

mas em todo o sistema, como uma referência para indicar ao operador que, esgotado o patrimônio da sociedade com quem se contrata, a afetação patrimonial de sócio somente poderá ocorrer se provada a ocorrência de patologias inaceitáveis, como desvio de finalidade ou confusão patrimonial – exceto se a responsabilidade for ilimitada, conforme o tipo societário utilizado para exercício da empresa.

Essas patologias representam, aliás, individual ou agregadamente, os requisitos essenciais e necessários para caracterização do abuso de personalidade, autorizadores da desconsideração da própria personalidade, para que, na forma do art. 50 do CC,

“os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.

6. Comentários finais

Os dispositivos comentados não encerram todas as intersecções entre o Direito Societário e o Direito Concursal, introduzidas pela Lei nº 14.112/2020. Há outros – e muito relevantes – como o conjunto que trata, na Seção IV-B, da consolidação processual e da consolidação substancial, que vai exigir uma revisão doutrinária dos conceitos de grupo (sobretudo o de fato), a fim de oferecer mais segurança aos pedidos de recuperação judicial, cujas petições iniciais deverão ser instruídas, na forma do art. 51 da LRF, com “descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito”.

De todo modo, a reforma em geral, com os acentos ao Direito Societário e ao mercado de capitais, deveria permitir o ensaio constitutivo de um mercado, necessário e salutar, que supere as amarras (limitadoras) da tradição da concordata e se firme pela criatividade com intuito de recuperar e soerguer empresas em crise que apresentem sinais de viabilidade e potencial vitalidade. ●

5. E híbrida, na sociedade em comandita simples.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Leonardo Barros Corrêa de; NUNES, Thiago Silva de Souza. A Recuperação Judicial é um meio de liquidação disfarçada de ativos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, n. 9, 15 dez. 2020.
- BROLLO, Gustavo Deucher; CHAVES, João Leandro Pereira. A governança na sociedade em recuperação judicial: uma análise empírica da implementação de rearranjos como meio de recuperação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, n. 9, 15 dez. 2020.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa; MENDES, Max Magno Ferreira. Meios de Soerguimento da Empresa em Crise na Recuperação Judicial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (org.). *Processo Societário IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. No prelo.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa; SILVA, Alfredo Cabrini Souza e. *Governança corporativa como meio de recuperação judicial*. No prelo.



A proibição de extensão da falência e a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos feitos falimentares.



Foto: Divulgação

RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR

Professor doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e doutor em Direito Comercial pela mesma Universidade. Pós-graduado em Análise Econômica pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), com extensão na Universidade de Grenoble II.

SUMÁRIO

- 1.** Introdução
- 2.** A aplicação polivalente da extensão falimentar e os problemas dela decorrentes
- 3.** O sentido da vedação da extensão
- 4.** A controversa relação entre extensão e desconsideração
- 5.** A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos processos falimentares

Bibliografia

1. Introdução

O instituto da extensão de falência é um fóssil jurídico, um resquício dos tempos em que a atividade empresarial se servia de tipos societários nos quais os sócios respondiam solidária e ilimitadamente pelas dívidas sociais. Tal regime implicava, já na Idade Média, a extensão automática da quebra a todos eles, independentemente de sua própria insolvência, tal como hoje determina o art. 81 da Lei nº 11.101.

No começo do século XXI, ainda sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945 (que, num preciosismo, falava em extensão dos **efeitos** da falência, por alcançar também não comerciantes), a extensão vulgarizou-se e passou a ser aplicada, de modo automático, e por vezes sem prévia citação ou mera intimação, a sócios, controladores ou administradores de responsabilidade limitada, bem como a empresas integrantes de grupo de fato, sob o pretexto de abuso da personalidade jurídica e confusão patrimonial. Veio, em geral, a cavalo da desconsideração da personalidade jurídica, confundindo-se os conceitos, tão diversos em suas origens, pressupostos e efeitos. Fez-se uma utilização polivalente da extensão, como verdadeiro sucedâneo da ação de responsabilidade prevista no art. 82 da Lei de Recuperação e Falências (LRF) e mesmo das ações revocatórias. Tratava de situação similar ao que os médicos chamam de uso *off-label* de um medicamento – ou seja, sua utilização para outros fins do que aqueles constantes de sua bula –, mas que gerou efeitos colaterais indesejados: o aumento da insegurança jurídica, não apenas em desfavor dos alcançados pela extensão, mas principalmente de seus credores, pois contrataram com uma pessoa considerando sua situação patrimonial específica, para se verem atropelados quando se lança sobre seu devedor todo o passivo de uma outra sociedade falida.

A Medida Provisória nº 881, de 2019, tentou regravar a situação condicionando a extensão da quebra

nas sociedades com limitação de responsabilidade à presença dos pressupostos da desconsideração elencados no art. 50 do Código Civil (CC), mas tal iniciativa fracassou, não sendo aprovada pelo Congresso quando da conversão da referida medida provisória no Estatuto da Liberdade Econômica.

Enquanto a Medida Provisória nº 881 identificava extensão e desconsideração, a Lei nº 14.112 apartou-as de modo absoluto.

A Lei nº 14.112, de 2020, foi pelo caminho oposto, ao incluir o art. 82-A na Lei nº 11.101. Proibiu expressamente a extensão de falência nas sociedades com limitação de responsabilidade, embora admitisse a possibilidade da extensão da personalidade jurídica, nas hipóteses e para os fins do art. 50 do CC, a ser feita pelo próprio juízo falimentar, com a instauração do incidente previsto no art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC).

Em outras palavras, paradoxalmente, enquanto a Medida Provisória nº 881 identificava extensão e desconsideração, a Lei nº 14.112 apartou-as de modo absoluto, proibindo a primeira e admitindo a segunda. Isso revela as oscilações e controvérsias existentes na doutrina a respeito da relação entre os dois institutos.

O intérprete da norma deve buscar realizar a finalidade perseguida pelo legislador, que foi a proibição da extensão de quebra fora das hipóteses expressas do art. 81 da Lei nº 11.101. É plausível, no entanto, ainda se aplicar a extensão quando presentes os elementos caracterizadores de uma sociedade em comum, como no contexto de um grupo de fato cujos integrantes na prática persigam atividade unitária, com base em patrimônio único e plenamente confundido, e comando centralizado. Nesses casos, não se incorrerá na proibição da extensão, pois se estará ao amparo do mencionado art. 81, com a utilização

própria e adequada do instituto, já que os sócios em comum responderão ilimitada e solidariamente, por força do art. 990 do CC. Por outro lado, meras transferências patrimoniais lesivas entre empresas de um grupo de fato que mantenham suas respectivas autonomias patrimoniais autorizarão apenas a desconsideração da personalidade jurídica para a reversão desses atos ou reposição desses valores, sem que se possa realizar a extensão falimentar, já que ausentes os pressupostos caracterizadores de uma sociedade em comum.

No mais, é necessário compreender de modo claro o sentido que possa ter a desconsideração na personalidade jurídica no processo falimentar, para evitar que haja apenas uma troca de nomes, continuando os magistrados a realizar a extensão, apenas com uma nova veste, chamando-a de desconsideração. Se isso ocorrer, frustrar-se-á um dos pilares da reforma falimentar, e, conforme a saborosa expressão lusitana, continuará “tudo como dan-tes no quartel de Abrantes”.

Para tanto, é preciso enfatizar que a desconsideração da personalidade jurídica da falida deve se limitar, em regra, a relações obrigacionais certas e determinadas (art. 50 do CC), não implicando necessariamente a responsabilização de terceiros por todo o passivo concursal. Na medida do possível, a confusão patrimonial deve ser desfeita mediante a determinação da repetição dos valores líquidos desviados da massa, ou pela arrecadação de bens específicos que eram de sua titularidade para que venham a compor a massa, e não pela derrubada absoluta das fronteiras entre os acervos da falida e da pessoa colhida pela desconsideração.

Ademais, a desconsideração da responsabilidade da falida tem efeitos exclusivamente patrimoniais, sendo ilegal imputar ao terceiro efeitos pessoais da quebra. Aquele atingido pelo levantamento da personalidade jurídica da falida continua no exercício de sua atividade empresarial e seus contratos seguem eficazes. Não há nenhuma interferência do

administrador judicial em seus negócios, tampouco se sujeita aos deveres do art. 104 da LRF. Não se suspendem suas ações, nem vencem antecipadamente suas dívidas. Não há de se cogitar de sua responsabilidade penal pela forma como conduziu sua atividade ou desbaratou seu próprio patrimônio (embora possa responder penalmente por atos seus relacionados aos ativos da sociedade falida). Tampouco sujeitam-se suas alienações pretéritas às ações revocatórias, pois não é falido nem sujeito aos efeitos pessoais da falência.

Se sua responsabilização patrimonial levá-lo à insolvência, estará sujeito a um eventual pedido de falência autônomo, como qualquer empresário. Mesmo neste caso, entendo que o foro competente será o de seu principal estabelecimento, e não o do juízo falimentar que decretou a desconsideração. Por fim, pode-se cogitar da possibilidade de vir ele a pedir recuperação judicial, hipótese complexa, mas na qual a massa falida, representada pelo administrador, defenderá seu crédito quirografário no montante da responsabilidade imposta pelo juízo falimentar, na recuperação judicial do terceiro alcançado pela desconsideração.

2. A aplicação polivalente da extensão falimentar e os problemas dela decorrentes

A extensão da falência surge no Direito Estatutário medieval italiano. As *societas mercatorum* não tinham personalidade jurídica, constituindo mero vínculo obrigacional entre os sócios. Quebrando um deles em decorrência da *negociatio* comum, deveriam ser individualizados todos os sócios solidários, apanhados imediata e necessariamente por essa falência. A eles se impunham, em geral, os efeitos patrimoniais e pessoais da quebra (o que incluía as sanções e interdições impostas ao falido).¹ Após

¹ A esse respeito, v. Lattes (1884), Santarelli (1964) e Gozalo López (2001).

as codificações do século XIX, nos países latinos atribui-se personalidade jurídica às sociedades de pessoas, que passam a ser os sujeitos passivos da quebra. A extensão aos sócios solidários e ilimitadamente responsáveis volta-se a ampliar a massa para além do mero patrimônio social, em benefício dos credores concursais. A extensão ocorre não pela insolvência do sócio – que é dispensável, como também o é sua condição de empresário: funda-se a extensão no vínculo societário que impõe a ele essa responsabilidade.² A quebra, embora estendida, é única, e também unitário é o seu termo legal, embora autores respeitados como Garrigues, Sraffa e Bonelli defendam termos distintos para a sociedade e os sócios ilimitadamente responsáveis, já que até a extensão não estavam eles insolventes, devendo ser preservados os interesses dos terceiros de boa-fé que com eles negociaram.

Dada sua natureza concursal, a falência deve reunir a universalidade dos bens do devedor, encontrem-se onde se encontrarem.

A extensão, com esses contornos, foi adotada pela Lei nº 11.101, em seu art. 81. O desuso dos tipos societários com sócios solidária e ilimitadamente responsáveis deveria ter lançado tal instituto em um profundo sono. Mas não foi isso o que ocorreu.

A extensão da quebra passou a ser aplicada de modo generalizado nas sociedades limitadas e por vezes também nas companhias fechadas com poucos sócios. Instrumentalizou-se o instituto para declarar a quebra de administradores, sócios e ex-sócios de falidas. Estendeu-se a falência

2. Bem destaca Tullio Ascarelli (1962, p. 154) que o sócio solidário “não é sujeito à falência em razão de sua própria insolvência, bem como não é sujeito passivo das várias obrigações e responsabilidades do empresário”.

para controladas, controladoras ou até coligadas da falida, ou para empresas que, mesmo integrando grupos diferentes, receberam ativos da massa falida.³

Compreendem-se os princípios e objetivos de política judiciária que pautam esta ampliação do uso da extensão falimentar. Dada sua natureza concursal, a falência deve reunir a universalidade dos bens do devedor, encontrem-se onde se encontrarem. Aqueles que os desviassem seriam chamados a integrar a massa passiva. De igual modo, buscava-se o realismo das formas societárias, tratando da empresa em sua realidade econômica, para além das estruturas jurídicas que a organizassem. Se havia uma única atividade, com caixa único e gestão centralizada, uma seria a quebra, ignorando a forma grupal. Se havia sócio oculto, empresário indireto que se servisse de testa de ferro – tão bem descritos por Walter Bigiavi (1954) –, devia-se adotar critério econômico substancial, e não jurídico substancial, para imputar-lhe a atividade empresária e, por conseguinte, a quebra. Há de se zelar pela manutenção da correlação entre poder e risco. Quem efetivamente comanda a empresa há de suportar o impacto de sua insolvência.

Além do mais, alcançavam-se tais objetivos com extrema agilidade, sem a delonga de processos judiciais de responsabilidades, de novos pedidos de falência ou de ações revocatórias. Nos seus primórdios, bastava uma decisão interlocutória nos autos falimentares, sem nem sequer se instaurar um incidente com defesa prévia do atingido pela extensão. De modo imediato era ele declarado falido por extensão, suas contas, bloqueadas, seus bens, arrecadados, sua atividade, paralisada. Instantânea a decretação, longuíssimo o trâmite posterior da falência: devia ele aguardar a conclusão do concurso, pois a quebra é una.

3. 3ª T., REsp nº 1.266.666-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25/8/2011. É necessário o *disclaimer* de que o autor do presente artigo atuou neste recurso especial paradigmático.

A extensão não era uma panaceia. Havia uma série de problemas no seu emprego generalizado contra pessoas com responsabilidade limitada:

a) Faltava base legal na Lei nº 11.101 para a extensão fora das hipóteses do art. 81. De outra parte, sendo esta norma de natureza excepcional, jamais poderia ser invocada por analogia ou por interpretação ampliada.

b) A ausência de normatização implicava pouca clareza quanto às hipóteses em que era ela possível. A casuística ia se construindo sem critérios norteadores seguros.

c) Não havia tampouco previsão de rito para a extensão, de modo a garantir não só o direito de defesa prévio, mediante citação ou intimação, mas também a efetividade do direito de produzir provas, mediante regular instrução processual. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em princípio, contentava-se com a mera possibilidade da interposição *a posteriori* de agravo de instrumento, adotando-se a técnica do contraditório diferido, também aceito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), ao menos nos grupos de fato.⁴

d) Gerava-se intensa insegurança jurídica diante da retroação do termo de falência da extensão ao mesmo momento da quebra da sociedade, por vezes com anterioridade de anos. Isso submete às revocatórias negócios celebrados pela empresa alcançada pela extensão quando elas gozavam de situação de solvência.

e) A facilidade e rapidez da extensão das quebras – por vezes, com motivação singela – geram

cadeias de extensão falimentar. Estende-se a falência a uma empresa sob alegação de grupo, e depois a seus sócios, e até a empresas integradas por esses sócios. Enfim, ocorre o fenômeno da extensão da extensão...

3. O sentido da vedação da extensão

São esses problemas que justificam a expressa proibição pela Lei nº 14.112, da “extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida”, conforme a redação dada ao art. 82-A.

O caráter peremptório da proibição impõe uma necessária revisão da jurisprudência permissiva da extensão, mas uma ressalva deve ser feita em relação aos grupos empresariais de fato cujos integrantes abdicaram de suas autonomias patrimoniais.

Marcelo Barbosa Sacramone, juiz de Direito da 2ª Vara da Falência e Recuperação de São Paulo e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), defende em seus profundos comentários à Lei nº 11.101 que deve ser caracterizado como sociedade em comum o grupo empresarial de fato, no qual haja integrantes que operem “com confusão patrimonial e que exerçam perante terceiros atividade sob unidade gerencial, laboral e patrimonial” (SACRAMONE, 2021, p. 319-320). Tal raciocínio permite-lhe invocar como fundamento da extensão de falência o art. 81, pois a sociedade em comum implica a responsabilidade solidária e ilimitada de seus integrantes.

Concordamos com tal entendimento: quando sob a pluralidade de estruturas societárias esconder-se uma empresa única sob o prisma econômico, incindível pelo recurso da desconsideração, deve ser considerado que o patrimônio social é integrado pelo acervo de todas as sociedades que, sob comando centralizado e operação conjunta, perseguem o escopo comum.

4. “Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos” (3ª T., RMS nº 12.872-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 24/6/2002, DJ 16/12/2002). O TJSP, em data recente, reiterou a admissibilidade da técnica do contraditório diferido (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2197491-83.2020.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. em 2/3/2021).

Neste caso, não se estará descumprindo a proibição do art. 82-A, mas se aplicando o art. 81. Por outro lado, quando no grupo de fato existir ainda, mesmo que fragilizada ou relativizada, a autonomia patrimonial das suas integrantes, e for possível afastar-se a confusão patrimonial com a reversão de atos ou a arrecadação de ativos específicos, não terá cabimento a extensão sob pretexto de sociedade em comum. A hipótese demandará apenas a aplicação da desconsideração, abrangendo relações de obrigações específicas, tal como determina o art. 50, em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 82-A.

4. A controversa relação entre extensão e desconsideração

Curiosamente, existem duas distintas linhas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema da relação entre os institutos da extensão e da desconsideração.

Predomina o entendimento de que a extensão, fora das hipóteses de tipos societários com sócios de responsabilidade limitada, funda-se precisamente na noção de desconsideração, como uma aplicação específica e um desdobramento seu no campo falimentar.

Tome-se por exemplo precedente do STJ no sentido de que

“a desconsideração da personalidade jurídica para fins de extensão dos efeitos da quebra objetiva ampliar a responsabilização civil dos sócios e empresas de um mesmo grupo empresarial, incluindo no procedimento falimentar o patrimônio existente no momento do decreto de falência e impondo a eles a suspeição decorrente da fixação judicial do termo legal de falência”.⁵

Percebe-se a identidade dos conceitos, como se eles se confundissem, sendo a extensão mera

5. 3ª T., REsp nº 1455636-GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 19/6/2018, DJe 29/6/2018.

manifestação da desconsideração no campo da insolvência. Isso não há de surpreender, pois o desenvolvimento da teoria do *Durchgriff* na doutrina alemã, a partir da obra de Rolf Serick, focava casos de insolvência, já que é em tal contexto que mais relevante se mostra a busca de ativos para acrescer à massa.

Existem duas distintas linhas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema da relação entre os institutos da extensão e da desconsideração.

A linha defensora da identidade entre os conceitos de extensão e desconsideração manifestou-se na redação que a Medida Provisória nº 881 conferiu ao art. 82-A, altamente criticado por aqueles que diferenciavam as ideias, e que terminou por não se converter em lei.⁶

A outra vertente doutrinária é a que distingue absolutamente os institutos, por seus pressupostos, propósitos e efeitos, apartando-os. Por todos, refira-se à severa crítica de Jorge Lobo (2009, p. 84):

“É claro que se o sócio ou acionista controlador for pessoa jurídica, não se deve decretar a sua falência ou a extensão dos efeitos da falência da controlada à controladora, nem lacrar os estabelecimentos da controladora, nem encerrar suas atividades, nem ‘torrar’ em público leilão os bens integrantes do seu ativo, porquanto **não** é este o escopo da teoria da desconsideração, nem a finalidade do art. 50 do Código Civil, mas pura e simplesmente co-obrigá-la à completa e total reparação dos danos provocados ao patrimônio de terceiros”.

6. “Art. 82-A - A extensão dos efeitos da falência somente será admitida quando estiverem presentes os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica de que trata o art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.”

Portanto, o foco da desconsideração seria mais limitado, voltado à fixação de uma responsabilidade por danos determinados, e não por todo o passivo universal do falido. Além disso, a desconsideração teria efeitos meramente patrimoniais, sem impor sancionar ou restringir, no âmbito pessoal, os direitos daquele por ela alcançado.

Quanto aos propósitos dos dois institutos, há quem enfatize a divergência de objetivos, pois a desconsideração deveria ser aplicada antes da insolvência, para imputar responsabilidades a terceiros, evitando a crise da empresa. Nesse sentido, ensina Calixto Salomão Filho (2019, p. 361) que “a desconsideração e falência são conceitos antinômicos. A desconsideração [...] é um método para permitir exatamente a continuação da atividade social”.

A Lei nº 14.112 claramente tomou o lado dos que pregam a dicotomia entre os dois institutos, vedando a extensão, enquanto autoriza a desconsideração.

5. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos processos falimentares

O parágrafo único do art. 82-A autoriza o juízo falimentar a realizar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador, desde que siga o procedimento do art. 133 e ss. do CPC, e observe o art. 50 do CC.

A norma, em primeiro lugar, resolve o problema procedimental, pois exige a instauração de incidente específico, com contraditório prévio e pleno.⁷

7. Registre a controvérsia entre os processualistas a respeito da natureza e dos efeitos desses incidentes. Para alguns, trata-se de verdadeira ação incidental, geradora de coisa julgada; para outros, como a decisão que a encerre é atacada por agravo, haveria mera preclusão, podendo a questão ser rediscutida, à luz de novos elementos e provas.

A determinação de observância ao art. 50 do CC tem por efeito a necessária especificação e individualização das relações obrigacionais da falida cuja responsabilidade está sendo imputada a terceiros. Se se comprova que determinado sócio recebeu indevidamente determinados valores relevantes da falida, a desconsideração implicará a imposição a ele da responsabilidade pela restituição desses valores. Se a causa de confusão patrimonial foi o desvio de determinado bem da massa para um controlador, sócio, administrador, ou outra empresa do grupo, o juiz falimentar determinará a arrecadação desses ativos específicos.

Quanto àqueles que serão alcançados pela desconsideração, registre-se que o STJ, no acórdão do REsp nº 1.250.582-MG, afirmou a tese da indistinção entre sócios, quando decretada a desconsideração. Na ementa daquele aresto, relatado pelo ministro Luis Felipe Salomão, afirmou-se que

“para os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, não há fazer distinção entre os sócios da sociedade limitada. Sejam eles gerentes, administradores ou quotistas minoritários, todos serão alcançados pela referida desconsideração”.

Tal posição jurisprudencial, aqui devidamente anotada, merece, no entanto, contundente crítica, pois há de se exigir, para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica, que aquele por ela alcançado tenha praticado ato culposo ou doloso em detrimento da falida, ou sido beneficiado de modo direto ou indireto por ele, como, aliás, exige de modo expresse o art. 50 do CC.

Registre-se, igualmente, que a doutrina e a jurisprudência admitem a desconsideração ampliada da personalidade jurídica, para alcançar pessoas externas à própria empresa, em especial outras sociedades do grupo de fato, ou ex-sócios.

Com relação aos ex-sócios, a jurisprudência do STJ afasta o limite temporal de dois anos da retirada para a desconsideração, pois sua invocação seria direito potestativo, e, ausente prazo decadencial para se pleitear a responsabilidade

do terceiro, seria ele possível perpetuamente.⁸ No entanto, há de se considerar, no caso de desconsideração para fins falimentares, se a sociedade estava em risco de insolvência quando da saída do sócio, pois atos abusivos ou de confusão patrimonial que não impactassem sua saúde financeira seriam facilmente remediados ou superados, dada a pujança da situação empresarial da época. Além disso, de qualquer

modo, a desconsideração não poderia ser feita aos ex-sócios se os passivos existentes são posteriores à sua saída.

Finalmente, reitere-se que em nenhuma hipótese a desconsideração da personalidade jurídica pelo juízo falimentar poderá imputar ao terceiro, sócio, controlador, administrador, ex-sócio ou empresa do grupo de fato com autonomia patrimonial preservada quaisquer efeitos pessoais da falência ou restringir sua atividade empresarial. A liberdade empresarial é a regra, e não a exceção. ●

8. STJ, 4ª T., REsp nº 1312591-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11/6/2013.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1962.

BIGIAMI, Walter. *L'Imprenditore Oscuro*. Padua: Cedam, 1954.

GOZALO LÓPEZ, Vicente. *La Quiebra por Extensión*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2001.

LATTES, Alessandro. *Il Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria*. Milano: Hoepli, 1884.

LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. Eficácia e Sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTARELLI, Umberto. *Per la Storia del Fallimento nelle Legislazioni Italiane dell' Età Intermedia*. Padova: Cedam, 1964.



Foto: Divulgação

SHEILA C. NEDER CEREZETTI

Professora doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente da Comissão Especial de Direito Empresarial da OAB-SP.



Foto: Divulgação

GUSTAVO LACERDA FRANCO

Doutorando e mestre em Direito Comercial. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.



Foto: Divulgação

TATIANA FLORES GASPAR SERAFIM

Mestra em Direito Comercial. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

Breves notas sobre a realização do ativo na reforma da LRF: a busca por uma falência mais célere e efetiva.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. Os novos objetivos da falência: foco na celeridade
 3. As novas regras concernentes à alienação de ativos da massa falida: finalidades atendidas?
 4. Considerações finais
- Bibliografia

1. Introdução

Após 15 anos de vigência da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência ou, simplesmente, LRF), promoveu-se recentemente uma reforma substancial no seu texto, com a alteração de aspectos importantes da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência por meio da Lei nº 14.112/2020. Embora os apelos por mudanças no sistema concursal brasileiro fossem constantes, os críticos da redação original da LRF apresentavam perspectivas bastante diversas sobre o que deveria ser modificado no diploma.^{1 e 2} Havia um instituto da LRF, contudo, que era alvo de insatisfação praticamente consensual na comunidade concursal: a falência.

De fato, tornou-se lugar-comum afirmar a “ineficiência” do processo falimentar no Brasil, refletindo uma impressão geral sobre sua morosidade, seu custo elevado e os diminutos valores ao final entregues aos credores. Os dados existentes a esse respeito confirmam a má fama do instituto: ainda estão em tramitação falências iniciadas há mais de 20 anos, como a massa falida do Mappin e da Petroforte.³ Além disso, segundo o Banco Mundial, a taxa de recuperação de créditos brasileira, que se relaciona ao desempenho dos feitos falimentares, é de apenas 18,2 centavos de dólar a cada dólar,

1. O que se pode verificar mediante mera comparação, por exemplo, da proposta de alteração da LRF formulada pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Ministério da Fazenda em 2016 para tanto com aquela que acabou se convertendo, ao final, na Lei nº 14.112/2020 (e que, ao longo de seu andamento no Congresso, também teve versões distintas em pontos relevantes). Para maiores informações sobre o caminho legislativo até a reforma da LRF, *vide* a ficha de tramitação do Projeto de Lei nº 6.229/2005 (disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>. Acesso em: 1º abr. 2021).

2. Aliás, a tentativa do legislador de, a um só tempo, atender a tão diferentes visões e ofertar uma resposta política para a grave crise econômica decorrente da pandemia de Covid-19 talvez explique a inconsistência da reforma alcançada em alguns aspectos.

3. *Vide*, nesse sentido, “Ações antigas de falência terão juiz especializado”, *Valor Econômico* (2017).

classificando o Brasil abaixo de inúmeros países com perfil similar (BANCO MUNDIAL, 2020, p. 104).

A reforma da LRF abarcou aspectos fundamentais da disciplina falimentar, como os seus objetivos e as suas regras de realização do ativo e de extinção das obrigações do falido. Desse modo, mostra-se imprescindível avaliar se as modificações denotam, efetivamente, um aprimoramento do mecanismo. Essa análise deve passar pelas finalidades atribuídas pelo legislador à falência, bem como pela adequação do seu regramento legal para atingi-las.⁴ Dedicar-se o presente estudo a esse esforço. Todavia, diante da amplitude das modificações aplicadas ao regime falimentar e das limitações inerentes a um artigo, ora serão abordadas, especialmente, as novas disposições relativas à realização do ativo, que devem ter notável importância na prática, lembrando-se que a disciplina jurídica sobre a venda de ativos na falência também norteará a venda de ativos nas recuperações judicial e extrajudicial. Em síntese, pretende-se examinar se elas podem verdadeiramente contribuir para que a falência se torne um processo mais célere e efetivo.

2. Os novos objetivos da falência: foco na celeridade

Na moldura original da LRF, a finalidade da falência era declarada, de forma sucinta, em seu art. 75, a dispor que ela

“[...] ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

No parágrafo único do dispositivo, enunciava-se, ainda, a necessidade de atendimento aos princípios da celeridade e da economia processual nos processos de quebra.

4. Sabendo-se ser crucial, ao examinar criticamente um sistema concursal, atentar-se aos seus objetivos políticos, sob pena de ser equivocado o resultado da análise promovida (WARREN, 1993, p. 336).

Com a reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020, o art. 75 ganhou uma nova e detalhada redação. Enquanto o novo inciso I do art. 75 repete o que já era dito na redação anterior do seu *caput*, assegurando a preservação da empresa mesmo na falência (PUGLIESI, 2013), os incisos II e III se destinam a orientar o processo falimentar em prol de outros objetivos também relevantes.

Em primeiro lugar, aponta-se que a liquidação dos ativos da falida deve ser célere, de modo a possibilitar a “realocação eficiente de recursos na economia”, o que, aparentemente, pode dizer respeito tanto aos bens provenientes da massa quanto ao resultado de sua venda, dirigido à satisfação dos credores. Trata-se de indicação positiva, sabendo-se que a demora na realização do ativo pode fazer com que os bens arrecadados percam valor e, conseqüentemente, agravar os prejuízos dos credores.⁵ Importante notar, igualmente, a referência às “empresas inviáveis”, o que denota, a *contrario sensu*, que as empresas cuja atividade persista viável não devem ser liquidadas em sede falimentar, mas ter sua crise econômico-financeira remediada mediante o emprego, por exemplo, de outros instrumentos jurídicos, como a recuperação judicial ou extrajudicial. Esse fato, *per se*, evidencia ser açodada qualquer sugestão no sentido de que o sistema concursal brasileiro estaria se curvando a um viés liquidatário.

Em segundo lugar, a falência passa a apresentar, como propósito, o fomento ao empreendedorismo, destacando-se a viabilização do rápido retorno do “empreendedor falido” à atividade econômica. De início, o dispositivo chama atenção pelo emprego das expressões “empreendedor” e “empreendedorismo”, as quais não foram adotadas pelo legislador em outros pontos da LRF e, assim, carecem de sentido técnico-jurídico já assentado.

5. Não à toa, Rachel Sztajn (2009, p. 432) sustenta que “[...] quanto mais eficiente e rápida for a liquidação, menores serão as perdas imputadas a cada classe de credores e a cada um deles em especial”.

Isso não ocorre sem razão. Como em ordenamentos estrangeiros, a busca de substitutos mais palatáveis para “devedor” ou “falido” na elaboração de textos legais modernos é uma estratégia para lhes conferir maior apelo político e econômico (MCBRYDE; FLESSNER, 2003, p. 19-20). Traduzir aqueles termos para a linguagem usualmente utilizada no Direito Empresarial, porém, é simples: trata-se do empresário individual (devedor) e do titular de participação no capital de sociedade empresária (geralmente implicado na crise desta, devedora), bem como da sua iniciativa para exercer – ou participar de ente que exerça – atividade empresarial. Se a lei falimentar permite uma rápida solução para a crise de empresa inviável, em tese se estimula que os agentes nela envolvidos efetivamente retornem ao mercado em pouco tempo. Pode até ser que o desempenho de atividade empresária pela primeira vez se torne mais atrativo, sabendo-se que, em caso de falência, não se assumirá um duradouro “casamento” com o juízo concursal.

Resta claro, nesse tocante, o caráter de política pública que reveste o Direito das empresas em crise, ora usado como instrumento para incentivar a atividade econômica no Brasil e obter os ganhos daí oriundos. O § 2º inserido no art. 75 da LRF reforça essa compreensão, reputando a falência como mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, tendo em vista a ágil realocação dos ativos arrecadados na economia após a “liquidação imediata” do devedor – muito embora sua redação soe repetitiva, considerando-se os incisos da norma. Enfim, a referência expressa do § 1º ao contraditório e à ampla defesa nada faz além de reiterar o que já se extrai da Constituição Federal (art. 5º, inciso LV). A remissão genérica a princípios do Código de Processo Civil (CPC), todavia, é demasiado imprecisa e pode causar insegurança ao intérprete, em especial diante do art. 189 da LRF.

A reformulação do art. 75 da LRF demonstra a enorme importância conferida pelo legislador

à celeridade da falência. Por meio dela, almeja-se não somente reduzir a morosidade dos processos falimentares, mas também minorar as perdas que costumam caracterizá-los, seja por meio da rápida venda dos ativos arrecadados (que evita sua desvalorização ou perecimento, atribuindo-lhes destinação verdadeiramente útil), seja mediante o pagamento dos credores e a liberação do “empreendedor” em pouco tempo. Celeridade, aliás, que não deve dizer respeito apenas à tramitação do feito, alcançando ainda o seu início, porquanto a prolongada manutenção de empresa inviável no mercado não corresponderia a uma utilização produtiva dos seus recursos.

A preocupação com a rapidez da falência não surgiu repentinamente, notando-se que esteve fortemente presente ao longo das discussões sobre a reforma da LRF. Já no parecer oferecido pelo deputado Hugo Leal, relator do Projeto de Lei nº 6.229/2005, de que se originaram as modificações ao final aprovadas, mencionava-se como princípio norteador das alterações propostas, ainda que com grave erro de tradução de relevante conceito do Direito Concursal norte-americano, “[o] incentivo à aplicação produtiva dos recursos econômicos, ao empreendedorismo e ao rápido recomeço (‘fresh start’), destacando-se a busca pela “célere liquidação dos ativos da empresa que for verdadeiramente ineficiente, permitindo em decorrência a aplicação mais produtiva dos recursos”.⁶ No trecho dedicado especificamente à falência, narravam-se “inovações importantes” acerca da realização do ativo, sustentando-se, por exemplo, que a alienação dos bens independeria da consolidação do quadro geral de credores e teria prazo máximo para ocorrer, a fim de dar “maior celeridade e credibilidade” ao processo de quebra. Nesse sentido, defendeu-se que

6. Parecer do deputado Hugo Leal sobre o Projeto de Lei nº 6.229/2005, p. 12. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1854070&filena me=PPP+1+PL622905+%3D%3E+PL+6229/2005. Acesso em: 1º abr. 2021.

“[a] falência célere permite que os ativos produtivos da empresa sejam reutilizados com mínima depreciação e perda de valor, favorecendo a produtividade e o crescimento econômico”.⁷

A reformulação do art. 75 da LRF demonstra a enorme importância conferida pelo legislador à celeridade da falência.

Por sua vez, o parecer exarado pelo senador Rodrigo Pacheco acerca do Projeto de Lei nº 4.458/2020 (que tramitara na Câmara de Deputados sob o nº 6.229/2005), de sua relatoria, também se referia à imposição de prazo máximo para a venda dos ativos na falência e à criação de

“[...] princípios jurídicos para permitir que o processo de falência seja encerrado rapidamente, com a veloz venda dos ativos da massa falida e célere reabilitação do falido, para que volte a empresariar”.

Nas palavras do senador,

“[a]o prever prazo máximo de 180 dias para a venda dos ativos da massa falida e consequente encerramento da falência, o projeto resolve um dos grandes gargalos jurídicos do Brasil, pois visa a reduzir o tempo de conclusão dos processos de falência no Brasil, fomentando assim o reempreendedorismo”.⁸

Em matéria principiológica, portanto, a reforma da disciplina falimentar foi pródiga e até repetitiva. Sem dúvida, a celeridade estava na ordem do dia. Resta saber se as novas regras introduzidas na LRF acerca da falência, sobretudo aquelas que dizem respeito à realização do ativo, atendem ao desiderato do legislador, contribuindo verdadeiramente

7. Parecer do deputado Hugo Leal (*cit.*, p. 17-18).

8. Parecer do senador Rodrigo Pacheco sobre o Projeto de Lei nº 4.458/2020, p. 4, 7 e 23. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908589&ts=1617128835496&disposition=inline>. Acesso em: 1º abr. 2021.

para um processo de liquidação mais rápido e menos dispendioso.

3. As novas regras concernentes à alienação de ativos da massa falida: finalidades atendidas?

As mudanças trazidas pela Lei nº 14.112/2020 no que diz respeito à realização do ativo são expressivas e refletem, em grande medida, propostas que já constavam do projeto elaborado pelo referido Grupo de Trabalho instituído pelo Ministério da Fazenda em 2016 para se debruçar sobre a reforma do sistema concursal brasileiro. Isso fica claro logo na leitura do rol atualizado de atribuições do administrador judicial na falência, em que se estabeleceu competir ao auxiliar do juízo

“proceder à venda de todos os bens da massa falida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da juntada do auto de arrecadação, sob pena de destituição, salvo por impossibilidade fundamentada, reconhecida por decisão judicial” (art. 22, inciso III, alínea *j*, da LRF).

Essa redação da alínea *j* substituiu a anterior, que abordava a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa (ainda que se tenham mantido intactos o art. 113 da LRF e, por extensão, o instituto da venda antecipada).

No novo dispositivo, em vez de simples referência à disposição rápida de bens que demandem tal agilidade, impõe-se prazo máximo de 180 dias para a venda de todos os bens da massa falida, contado da juntada do auto de arrecadação. Essa limitação temporal é reafirmada, ainda, no art. 142, § 2º-A, inciso IV, da LRF. Assim, a realização do ativo, que tinha termo apenas para iniciar, conforme o art. 139 da LRF, ganha também termo para sua finalização. E, para evitar que esse se torne mais um prazo reiteradamente desobedecido na prática, fixa-se uma pena bastante severa para o seu descumprimento

injustificado: a destituição do administrador judicial, que o impediria de exercer a mesma função por cinco anos (art. 30 da LRF). A pena é grave e não se sabe muito bem se, na prática, essa celeridade se concretizará, notadamente para as sociedades que possuem ativos espalhados pelo país.

Ademais, estabeleceu-se um procedimento a ser seguido pelo administrador judicial para que o período assinalado seja observado, afirmando o art. 99, § 3º, da LRF que

“[a]pós decretada a quebra ou convolada a recuperação judicial em falência, o administrador deverá, no prazo de até 60 (sessenta) dias, contado do termo de nomeação, apresentar, para apreciação do juiz, plano detalhado de realização dos ativos, inclusive com a estimativa de tempo não superior a 180 (cento e oitenta) dias a partir da juntada de cada auto de arrecadação, na forma do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei”.

Será exigido da administração judicial, portanto, o cumprimento do prazo e, antes disso, a demonstração do seu planejamento para tanto.

Apesar de algumas aparentes inconsistências na disciplina descrita,⁹ é inegável o esforço empreendido pelo legislador para dotar a realização de ativos na falência de maior celeridade. A fixação de prazos é importante, pois cria parâmetros para a atuação dos profissionais envolvidos no feito falimentar e para a avaliação do seu trabalho. A previsão de consequência grave para a sua inobservância também é positiva. Ao mesmo tempo,

⁹ Vide, por exemplo, a fixação da “data da juntada do auto de arrecadação” como termo inicial do prazo para venda dos ativos no art. 22, inciso III, alínea *j*, enquanto no art. 142, § 2º-A, inciso IV, se fala da “data da lavratura do auto de arrecadação”; assim como a menção à venda de todos os bens da massa falida no prazo máximo de 180 dias, contado da juntada do auto de arrecadação, no referido art. 22, inciso III, alínea *j*, enquanto, no art. 99, § 3º, aponta-se a contagem desse prazo a partir da juntada de “cada auto de arrecadação”, a denotar que nem sempre será possível alienar a totalidade dos bens da massa falida em 180 dias contados da apresentação do primeiro auto de arrecadação. Logo, somente a prática dirá quanto tempo efetivamente demorará a venda de diversos ativos, em especial caso estejam espalhados por diversas comarcas e, inclusive, por diferentes Estados.

sabe-se que não se trata de panaceia, existindo inúmeros termos estabelecidos em sede legal que são rotineiramente desobedecidos. No âmbito do Direito Concursal brasileiro, o mais ilustre deles tem sido o período de suspensão das ações e execuções movidas contra a recuperanda por 180 dias, o qual, segundo a redação original do art. 6º, § 4º, da LRF, seria “improrrogável”. Na prática, tornou-se regra a sua prorrogação.¹⁰

Desse modo, pode-se antever que eventual precariedade da estrutura do Poder Judiciário em determinada localidade ou mesmo a elevada complexidade de certo caso possa dificultar a observância do prazo máximo de 180 dias para a venda dos bens arrecadados. Adequadamente, a pena da destituição pode ser afastada mediante decisão do juízo concursal, que conhecerá melhor os fatos e poderá avaliá-los, caso se convença da “impossibilidade fundamentada” alegada pelo administrador judicial.

Tem-se, nesse ponto, uma ressalva relevante à efetividade dos remédios propostos pelo legislador: muitas vezes, a morosidade do processo falimentar (e também de outros processos concursais, a exemplo da recuperação judicial) não decorre de problemas no texto legal. Notoriamente, o gargalo que obsta o célere desenrolar dos feitos falimentares está, com frequência, na falta de estrutura das varas responsáveis pelo seu processamento e até na ausência de recursos da massa falida, a inviabilizar que o administrador judicial nomeado desempenhe suas funções com a presteza desejada. Se não houvesse essas falhas extralegais, algumas falências poderiam tramitar rapidamente mesmo sem a imposição de qualquer prazo máximo a esse respeito. E, com elas, pode ser que o mero estabelecimento dos prazos não resolva a demora de que tanto se reclama.

Felizmente, ao menos a situação das falências desprovidas de ativos significativos não foi esquecida na reforma. Pelo contrário, o novo art. 114-A da LRF contém interessante regramento para o caso de não serem encontrados bens para arrecadação ou de serem eles insuficientes para cobrir as despesas processuais. Ao identificar a concretização dessa hipótese, o administrador judicial deverá informar imediatamente ao juízo concursal sobre ela. O juízo, então, depois de ouvir o Ministério Público, ordenará a expedição de edital fixando o prazo de dez dias para manifestação dos interessados. Um ou mais credores poderão pleitear o prosseguimento do feito, desde que o custeiem. Por outro lado, sobrevindo o decurso do prazo de dez dias *in albis*, competirá ao administrador judicial promover a venda dos bens arrecadados em 30 dias, quanto aos móveis, ou em 60 dias, quanto aos imóveis, apresentando em seguida o seu relatório. Ao juízo, enfim, caberá encerrar a falência.

Essa disposição aumenta substancialmente as chances de que o intuito do legislador de conferir agilidade às falências seja bem-sucedido. Além de evitar que se prolonguem desnecessariamente e sem qualquer perspectiva de ganho para os envolvidos, ela pode aliviar a pressão sobre o Judiciário e os administradores judiciais (os quais, sabidamente, ocupam-se de casos com esse perfil para colaborar com a Justiça, sem obter contrapartida direta). Ainda assim, a estrutura do Poder Judiciário permanece como um elemento a gerar preocupação e, potencialmente, atrapalhar que os propósitos da reforma sejam alcançados.¹¹

Na reforma da LRF, almejando-se conferir maior efetividade à fase de realização do ativo, foram reguladas outras medidas relevantes. Em termos de redução de despesas, passa-se a permitir expressamente que duas ou mais falidas compartilhem os

¹⁰. Agora, literalmente, diante da nova redação do art. 6º, § 4º, da LRF.

¹¹. A especialização das varas destinadas a lidar com procedimentos concursais poderia contribuir positivamente para que o intuito do legislador encontre reflexo na prática.

custos operacionais da alienação dos seus ativos (art. 141, § 3º, da LRF). A aprovação da assembleia geral de credores sobre o uso de forma alternativa de realização do ativo na falência poderá ocorrer por meio da apresentação de documento comprovando a adesão de titulares de dois terços dos créditos (art. 45-A, § 3º, da LRF), o que pode agilizar o procedimento de alienação e, ainda, gerar economia de recursos, já que não será necessário publicar editais de convocação nem eventualmente alugar espaço ou plataforma virtual para a concretização da assembleia de credores.

Sobrevieram, outrossim, mudanças expressivas no art. 142 da LRF, que aborda as modalidades de alienação de bens. Em seu § 2º-A, incisos I, II e V, estabelece-se que a venda prevista no dispositivo deverá ocorrer “[...] independentemente de a conjuntura do mercado no momento da venda ser favorável ou desfavorável, dado o caráter forçado da venda”, e independentemente da consolidação do quadro geral de credores (ao que parece, reiterando a disposição do art. 140, § 2º, da LRF),¹² bem como que ela “não estará sujeita à aplicação do conceito de preço vil”.

A reforma da LRF foi além de afastar a incidência do conceito de preço vil: explicitou-se que os bens podem até mesmo ser considerados sem valor de mercado e encaminhados à doação, caso a tentativa de vendê-los reste frustrada e os credores não queiram assumi-los (art. 144-A da LRF). O parágrafo único do dispositivo ordena ainda a devolução dos bens em questão ao falido,¹³ caso não se encontrem interessados na doação.

Evidentemente, pretendeu-se retirar obstáculos que, por vezes, inviabilizam uma rápida alienação de ativos na falência (ou mesmo qualquer alienação

desses bens). Ao se perseguir o objetivo de atribuir celeridade ao processo falimentar, deixa-se claro que argumentos relacionados à conjuntura negativa do mercado, a ainda não ter sido consolidado o quadro geral de credores e ao preço vil praticado na venda dos ativos da massa falida não mais poderão servir para atravancar a alienação ordenada. E que a presença de bens indesejados não mais poderá onerar a massa com gastos desnecessários para sua conservação e obstar o fim da falência.

Pretendeu-se retirar obstáculos que, por vezes, inviabilizam uma rápida alienação de ativos na falência.

Ao mesmo tempo, nada impede que o juízo falimentar, auxiliado pelo administrador judicial e considerando as características do caso concreto, postergue a alienação do ativo para um melhor momento de mercado, desde que os prazos legais não sejam prejudicados e o ganho para a massa compense a espera. Aliás, o administrador judicial, ao elaborar seu plano de realização de ativos (art. 99, § 3º, da LRF), deve levar tais fatores em consideração. Igualmente, o fato de não se aplicar o conceito de preço vil não significa que, a princípio, não se buscará vender os bens da massa pelo valor de avaliação. Pelo contrário, essa imposição permanece em vigor (conforme as regras da alienação via leilão eletrônico dispostas no art. 142, § 3º-A, notando-se que essa passa a ser a principal e ordinária modalidade de venda de ativos).

Eventual arrematação por valor inadequado poderá também ser impugnada. Contudo, para assegurar que não se trate de mera irresignação injustificada, estabelece-se que a impugnação baseada no valor da venda do bem somente será recebida se acompanhada de oferta firme para a sua aquisição, que vinculará o impugnante e o terceiro ofertante, como se fossem arrematantes (art. 143, §§ 1º e 2º,

12. Providência que a doutrina, desde o início da vigência da LRF, já considerava “[...] de grande valia para a celeridade do andamento da falência” (BEZERRA FILHO, 2005, p. 316).

13. Aqui, mais uma vez, denota-se confusão do legislador entre a figura da massa falida e do sócio controlador da sociedade que foi decretada falida. Talvez a melhor interpretação para esse dispositivo seja autorizar a devolução dos referidos bens aos sócios da sociedade cuja falência foi decretada.

da LRF). A lógica da disposição é clara: se o bem foi arrematado por quantia tão irrisória, que se apresente alguém disposto a pagar mais por ele.

Para obstar, de modo geral, alegações infundadas sobre vícios na alienação ou mesmo comportamento oportunista de terceiros, o legislador incluiu o § 4º no art. 143, a dispor que isso será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, submetendo-se o impugnante em questão à responsabilização pelos prejuízos causados e às penas previstas para conduta similar no CPC. Tem-se, aí, um mecanismo de desestímulo à apresentação de impugnações protelatórias que pode ser exitoso.

Ficou explícita, ademais, a possibilidade de que a alienação conte com a prestação de serviços de terceiros, a exemplo de consultores, corretores e leiloeiros (art. 142, § 2º-A, inciso III, da LRF), algo que também deve colaborar para uma maior presteza do procedimento.

A análise de todas as disposições mencionadas, incluídas na LRF pela Lei nº 14.112/2020, não deixa margem para dúvidas quanto ao seu alinhamento com os princípios colocados no art. 75 do diploma concursal. Certamente, medidas como a fixação de prazo máximo para a venda dos ativos, o encurtamento de processos falimentares inviáveis e a restrição de atos protelatórios dirigidos contra a alienação dos ativos estão de acordo com a proposta de trazer maior celeridade e efetividade à falência.

É cedo, no entanto, para comemorar. Como visto anteriormente, nem sempre modificações do texto legal conseguem superar uma realidade complexa. A apreensão com a estrutura do Poder Judiciário, para que as novas disposições tenham tempestiva aplicação, deve ser uma constante, assim como a preocupação quanto à manutenção de práticas e preconceitos pretéritos com o procedimento falimentar.

Será essencial acompanhar como a jurisprudência receberá e caminhará na aplicação das novas determinações legais. Um emprego equilibrado (e não mitigado) da lei ditará o eventual sucesso ou

insucesso do processo falimentar ágil. O rigor dessas normas pode levar os magistrados e magistradas, no caso concreto, a uma interpretação que as atenuie.¹⁴ Excepcionalmente, isso pode fazer sentido. No geral, todavia, tem-se que a nova moldura legal é adequada e oferece os instrumentos para uma realização do ativo rápida e efetiva, sem prejuízo da segurança jurídica. Fugir dela seria ignorar um dos poucos acertos da recente reforma da LRF.

Deve-se frisar, enfim, que o aprimoramento do procedimento de realização do ativo foi iluminado pelo objetivo maior: um processo falimentar mais célere e efetivo, que gere valor em vez de destruí-lo. Contudo, isso não basta para que os processos de quebra terminem a contento. Assegurados a venda rápida dos bens da massa falida e os ganhos dela decorrentes, seria preciso pensar também nos próximos passos e, neste desiderato, ressalte-se que o legislador, embora bem-intencionado, deixou de disciplinar adequadamente alguns aspectos importantíssimos do processo falimentar.

A disciplina do pagamento aos credores (arts. 149 a 153 da LRF), por exemplo, não sofreu alteração substancial.¹⁵ Isso porque, embora o novo art. 16 autorize que haja o rateio na falência ainda que pendam habilitações retardatárias em curso, manteve-se a mesma lógica para o início do pagamento

14. Já havendo, por exemplo, julgado muito recente a afirmar que o art. 142, § 2º-A, inciso V, da LRF, acerca da não limitação do preço vil, deverá ser aplicado “[...] sob a ótica dos fins sociais da lei, das exigências do bem comum, da proporcionalidade, da razoabilidade, da publicidade e da eficiência”, assim como reverenciando “a dignidade e o prestígio da Justiça”, de modo que as circunstâncias do caso concreto serão sempre levadas em conta, “em que pese a literalidade do novel § 2º-A”. Com base nesse raciocínio, indicou-se que a arrematação de bem imóvel por preço “vilíssimo” não seria admissível (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 2063230-50.2021.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, decisão monocrática de 29/3/2021).

15. E não foi por falta de críticas. Ao abordar o art. 149, por exemplo, Francisco Satiro afirma: “[a] redação, entretanto, vaga e imprecisa, gera mais dúvidas que certezas no que se refere à ordem em que devem ser realizados os pagamentos. Daí a dificuldade que se vem enfrentando para estabelecer uma ordem definitiva de pagamentos a ser implementada na falência” (2007, p. 503).

dos credores, condicionado à formação do quadro geral de credores. Portanto, a necessidade de espera pela consolidação do quadro geral de credores para que se possa destinar as importâncias recebidas com a realização do ativo ao adimplemento dos detentores de créditos permanece intacta (art. 149 da LRF). A verificação acerca do pagamento de mais de 25% dos créditos quirografários, uma das novas hipóteses de extinção das obrigações do falido (art. 158, inciso II, da LRF), também deve depender da consolidação do quadro geral.

As inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 com relação à realização do ativo na falência merecem elogios.

A questão ganha contornos ainda mais dramáticos quando se constata que é justamente a classe dos créditos tributários que acaba por gerar controvérsias e que atrasa, e muito, a fase de verificação de crédito. Para além da atuação firme do Poder Judiciário na aplicação do novo regramento, também é imprescindível que os credores tributários, em todas as esferas de competência, participem adequadamente do incidente de classificação de crédito público (art. 7º-A da LRF), que será instaurado de ofício pelo juízo falimentar.

É verdade que algumas mudanças no regramento da fase de verificação e habilitação de créditos podem afetar a leitura dessas disposições, como aquelas atinentes ao art. 10, § 7º (a estabelecer que o quadro geral de credores será formado com o julgamento das impugnações tempestivas e com os incidentes retardatários decididos até o momento em questão, ou seja, de modo menos criterioso do que exigiria o art. 18),¹⁶ e ao art. 16, § 2º (com redação deficiente, mas que autoriza o rateio de pagamentos

na falência conquanto não formado o quadro geral de credores, desde que a classe de credores a ser satisfeita já tenha tido todas as suas impugnações tempestivas apreciadas). No mínimo, porém, teria sido mais benéfico sistematizar adequadamente a matéria, propiciando ao intérprete da lei uma melhor compreensão sobre as possibilidades de um rápido pagamento dos credores, não tão dependente do quadro geral de credores, como usualmente previsto na legislação falimentar brasileira.

Os privilégios concedidos às Fazendas Públicas ao longo de toda a LRF pela Lei nº 14.112/2020¹⁷ também podem atrapalhar o atendimento ao objetivo da celeridade, notadamente porque terão que ser intimadas previamente, sob pena de nulidade, do procedimento de alienação de ativos. É fácil perceber, dessa maneira, que houve avanços na falência a partir da reforma, mas que nem tudo são flores e a prática ditará quais rumos serão efetivamente adotados.

4. Considerações finais

A recente reforma da LRF pode ser alvo de críticas justificadas quanto a inúmeros aspectos, inclusive a distorção do modelo escolhido pelo legislador de 2005 para a recuperação judicial e a utilização da pandemia de Covid-19 como pretexto para sua implementação. Surpreendentemente, porém, as inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 com relação à realização do ativo na falência merecem elogios.

Norteadas pelo objetivo de conferir maior celeridade e efetividade ao processo falimentar, afirmado e reiterado na redação ora atribuída ao art. 75 da LRF, as novas regras relativas à alienação de ativos da massa falida, abrangendo a imposição de prazo máximo para a venda de todos os bens arrecadados, a fixação de prazo ainda menor quando identificado

¹⁶. O que se buscava fazer, antes da reforma da LRF, a partir da formação de um quadro geral de credores provisório (SACRAMONE, 2021, p. 134).

¹⁷. Vide nesse sentido, por exemplo, os arts. 7º-A; 99, inciso XIII; 142, § 7º; e 156 da LRF.

que os ativos são insuficientes para arcar com o processo e a limitação de atos ou argumentos protelatórios usualmente dirigidos à alienação podem gerar bons resultados, embora sua redação apresente algumas falhas.

Ainda é cedo, todavia, para comemorar. O aprimoramento das normas atinentes à realização do ativo pode não ser o bastante para que a falência se torne o processo rápido e efetivo que tanto se almeja.

Em primeiro lugar, sabe-se que nem sempre alterações legislativas adequadas conseguem se sobrepor à realidade. Nesse sentido, a jurisprudência terá um papel fundamental em interpretar o renovado regramento legal da realização do ativo à luz dos mesmos propósitos que inspiraram o legislador. Além disso, é importante destacar que a agilização

dos processos de quebra não depende apenas de modificações do texto legal ou de sua interpretação. Sem que se garanta uma estrutura de trabalho adequada ao Poder Judiciário, é pouco provável que a morosidade das falências seja resolvida.

Por fim, cabe apontar que o legislador poderia ter sido mais cuidadoso com a disciplina do pagamento aos credores e controlado a sede das Fazendas Públicas por privilégios ao longo do procedimento. Tais fatores podem consistir em entraves às finalidades elencadas no art. 75 da LRF.

Tem-se, aqui, uma dessas ironias da vida: no processo legislativo, diferentemente do que ocorre no processo falimentar, a pressa é inimiga da perfeição. Que essa lembrança seja resgatada antes da próxima reforma concursal brasileira. ●

BIBLIOGRAFIA

- BANCO MUNDIAL. Economy Profile Brazil. Doing Business 2020. 2020. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/b/brazil/BRA.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2021.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falência comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MCBRYDE, William W.; FLESSNER, Axel. Principles of european insolvency law and general commentary. In: MCBRYDE, William W.; FLESSNER, Axel; KORTMANN, Sebastianus Constantinus Johannes Josephus (coord.). *Principles of european insolvency law*. Deventer: Kluwer Legal Publishers, 2003. p. 15-89.
- PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito falimentar e preservação da empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SATIRO, Francisco. Comentários ao art. 149. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 503-514.
- SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 139. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 430-491.
- VALOR ECONÔMICO. Ações antigas de falência terão juiz especializado. 2017. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2017/01/27/acoes-antigas-de-falencia-terao-juiz-especializado.ghtml>. Acesso em: 1º abr. 2021.
- WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. *Mich. L. Rev.*, n. 92, p. 336-387, 1993.



Rua Álvares Penteado, 151
Centro | Cep 01012 905 | São Paulo | SP
(11) 3291 9200

www.aasp.org.br