

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

THAIS LIE ENOMOTO NAKASAWA

**A recuperação extrajudicial:
instituto jurídico adequado à recuperação da empresa**

Orientadora Profa. Dra. Emanuelle Urbano Maffioletti

Ribeirão Preto

2013

THAÍS LIE ENOMOTO NAKASAWA

**A recuperação extrajudicial:
instituto jurídico adequado à restauração da empresa**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Emanuelle Urbano Maffioletti.

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

NAKASAWA, Thaís Lie Enomoto.

A recuperação extrajudicial: instituto jurídico adequado à restauração da empresa. / Thaís Lie Enomoto Nakasawa – Ribeirão Preto, 2013.

117 p. ; 30 cm.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo, 2013.

Orientador: Profa. Dra. Emanuelle Urbano Maffioletti.

1. Direito concursal. 2. Empresas em crise. 3. Recuperação de empresas. 4. Recuperação extrajudicial.

Folha de aprovação

Nome: NAKASAWA, Thaís Lie Enomoto.

Título: A Recuperação Extrajudicial: Instituto adequado à restauração da empresa.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Emanuelle Urbano Maffioletti.

Aprovada em:

Banca examinadora

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

*Para minha mãe, meu pai e meu irmão,
que me apoiam em todos os meus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora pela paciência, atenção e dedicação acadêmica. Por todos os ensinamentos, desde as primeiras aulas na Faculdade até o final dessa empreitada. Que não termine por aqui.

À minha mãe, Marli, por me fazer uma pessoa melhor a cada dia. Pela mãe coruja, filha dedicada e profissional exemplar que você é. Por colocar meus pés no chão, e por me ensinar a acreditar e confiar em mim mesma.

Ao meu pai, Marcos, pelas grandes reflexões e ensinamentos. Por ser forte. Por me encorajar em todos os meus projetos de vida. Com você, as minhas comemorações se tornam mais grandiosas.

Ao meu irmão, Thiago, pelas risadas compartilhadas, pela cumplicidade, pela honestidade e, principalmente, por me fazer enxergar muito além de mim.

À minha avó, Luiza, por todo o amor e dedicação, e por ser esse exemplo de vida para mim. À você, minha admiração e gratidão eternas. Ao meu avô, Ituyu, que tem o sorriso e a risada mais doces que eu já vi. Aos meus avós paternos, Asae (*in memoriam*) e Yoshiyuki (*in memoriam*), que iluminam meus caminhos e me protegem mesmo de longe.

À minha madrinha, Regina Mari, pelas conversas e conselhos que só me fazem engrandecer. Por dividir experiências, e por me mostrar que “para ser grande, sê inteiro”. Ao meu padrinho, Flavio, pela disposição e carinho que nunca faltam.

Aos meus tios e primos, que me proporcionam momentos de alegria a cada encontro. Eu não poderia ter recebido família melhor.

Aos meus amigos de Ribeirão Preto, pela descontração e pelo companheirismo. Vocês se tornam a minha família por cinco anos inesquecíveis. Aos meus amigos de São Paulo, por não desistirem da nossa amizade, fazendo com que cada minuto juntos fosse especial para mim.

Agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração desse trabalho, para minha formação na Faculdade, ou para a realização dessa importante etapa da minha vida.

RESUMO

NAKASAWA, Thaís Lie Enomoto. **A recuperação extrajudicial: instituto jurídico adequado à restauração da empresa.** 2013. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

RESUMO: O presente trabalho analisou a disciplina jurídica da recuperação extrajudicial estabelecida pela Lei n. 11.101/2005 e refletiu sobre a adequação do instituto em face dos objetivos da legislação, dos princípios da preservação da empresa e do reconhecimento da função social da empresa. Assim, considerou a permissa de que a recuperação extrajudicial pode ser um instituto adequado para sanear a crise econômico-financeira do empresário brasileiro por permitir a participação ativa do empresário no seu procedimento, estabelecendo um procedimento simples, célere e de baixo custo. Tal análise considerou o contexto de reformas nas legislações concursais estrangeiras que passaram a estimular a utilização de meios informais de negociação com maior autonomia privada, tendo em vista a ideia da desjudicialização dos processos concursais. A pesquisa foi realizada com base na metodologia teórico descritiva, partindo-se dos fundamentos doutrinários e legislativos do direito de recuperação e falências, verificando-se o desenvolvimento de pressupostos teóricos da doutrina e de organismos internacionais sobre as recentes tendências do direito concursal aplicados à recuperação extrajudicial. O trabalho analisou, primeiramente, a evolução histórica do direito concursal geral e as principais reformas realizadas recentemente nas legislações estrangeiras, assim como os fundamentos do direito concursal atual e a tendência à harmonização da matéria. Em seguida, foi realizado estudo sobre o contexto do direito concursal brasileiro e a disciplina jurídica da recuperação extrajudicial, com a análise da evolução da matéria no Brasil e dos princípios e institutos apreciados pela Lei n. 11.101/2005. Por fim, o trabalho demonstrou os principais pontos controvertidos na legislação concursal brasileira sobre a recuperação extrajudicial, além de analisar o número de recuperações extrajudicial levadas à homologação judicial na prática, finalizando com a realização de sugestões sobre o instituto em estudo, a fim de colaborar com seu desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: direito concursal, empresas em crise, recuperação de empresas, recuperação extrajudicial.

ABSTRACT

NAKASAWA, Thaís Lie Enomoto. **A recuperação extrajudicial: instituto jurídico adequado à restauração da empresa.** 2013. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

ABSTRACT: This study examined the legal discipline of out-of-court reorganization established by Law n. 11.101/2005 and also considered the appropriateness of the institute in the face of the objectives of the legislation, the principles of preservation of the company and recognition of the social function of the company. Thus, the study considered the premise that the out-of-court reorganization can be a suitable institute for reorganizing economic and financial crisis of Brazilian entrepreneur by allowing the active participation of the entrepreneur in its procedure, establishing a simple, quick and less expensive procedure. This analysis considered the context of reforms in bankruptcy foreign laws that started to encourage the use of informal means of negotiation with more private autonomy, considering the idea of reducing the participation of courts in reorganization processes. The research was based on descriptive theoretical methodology, starting from the doctrinal and legislative fundamentals about bankruptcy law, verifying the theoretical assumption development of the doctrine and of the international organizations on recent trends of the bankruptcy law, applied to out-of-court reorganization. The study examined, at first, the historical evolution of bankruptcy law in general, and the main recent reforms in foreign bankruptcy legislation, as well as the fundamentals of current bankruptcy law and a trend towards harmonization of the subject. Then, this study was focused on the Brazilian bankruptcy law context and on the legal discipline of out-of-court reorganization, with the analysis of its evolution in Brazil and of the principles and institutes appreciated by Law n. 11.101/2005. Finally, the study showed the main controversial points in Brazilian legislation on out-of-court reorganization, and also analyzed the number of out-of-court reorganizations taken to court approval in practice, concluding with suggestions about the institute, in order to cooperate with its development.

KEYWORDS: bankruptcy law, companies in crisis, recovery procedures, out-of-court reorganization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2 CENÁRIO GERAL DO DIREITO CONCURSAL, HARMONIZAÇÃO NOS FUNDAMENTOS E A EVOLUÇÃO DAS BASES DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....	19
2.1 Apontamentos sobre a evolução histórica do da legislação concursal	20
2.2 As recentes reformas nas legislações de países estrangeiros	24
2.3 Os fundamentos do direito concursal hodierno e tendência à harmonização	36
3 O DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO E A DISCIPLINA JURÍDICA DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL	45
3.1 Evolução do direito concursal no Brasil	45
3.2 Os Princípios da LRF.....	61
3.2.1 O princípio da preservação da empresa.....	64
3.3 Os institutos da LRF	69
3.3.1 A falência e a recuperação judicial	70
3.3.2 A recuperação extrajudicial.....	76
3.3.3 Outros tipos de acordo entre o devedor e seus credores	83
4 A DISCIPLINA JURÍDICA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO E A ADEQUAÇÃO AOS PARADIGMAS ESTABELECIDOS NO DIREITO CONCURSAL HODIERNO	87
4.1 Aspectos pontuais e controvertidos da LRF sobre a recuperação extrajudicial.....	88
4.1.1 Requisitos legais da recuperação extrajudicial.....	88
4.1.2 O plano de recuperação extrajudicial	91
4.1.3 Procedimento de homologação judicial	94
4.2 O número de recuperações extrajudiciais levadas à homologação judicial.....	98
4.3 Uma análise conclusiva acerca da adequação da recuperação extrajudicial brasileira.	101
5 CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

1 INTRODUÇÃO

O cenário internacional do direito concursal sofreu diversas modificações ao longo do tempo, sendo que, nas últimas décadas, isso ocorreu de forma acentuada. Uma das razões para isso foi a onda de reformas nas legislações estrangeiras, que se atualizaram e inseriram novos princípios e mecanismos de combate à crise financeira e econômica do empresário, dentre os quais, adotaram e incentivaram meios de composição extrajudiciais, ou com pouca intervenção do órgão judicial, entre o devedor e seus credores. Tais reformas se ampararam em diretrizes e recomendações de organismos internacionais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) e a *International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals* (INSOL International), o que gerou, no âmbito do direito concursal, uma relativa harmonização entre os princípios e orientações das legislações concursais de países como Estados Unidos, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, entre outros.

Nesse sentido, percebe-se identidade nas disciplinas dos direitos concursais, não só princípios e objetivos, mas também em seus institutos, embora naturalmente sejam respeitadas as particularidades de cada país. Nesse contexto, atualmente existe uma prioridade nas legislações concursais que é priorizar a manutenção da atividade empresarial, de evitar a insolvência definitiva do devedor e de, quando a falência for inevitável, que seja feita de modo menos oneroso à atividade econômica e à coletividade.

O Brasil seguiu essa tendência e reformou a legislação concursal, com a promulgação da Lei n. 11.101/2005, conhecida como a nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Esta Lei trouxe para o direito concursal brasileiro um texto distinto do diploma falimentar anterior (Decreto-lei n. 7.661/1945), regulando não só a falência dos empresários que se encontram em uma situação de insolvência, mas também traz institutos que tratam sobre a recuperação desses empresários que estiverem em crise financeira.

Essas mudanças promovidas pela Lei n. 11.101/2005 (LRF) foram necessárias para atualizar o tratamento destinado aos devedores empresários e se adequar às tendências no direito concursal estabelecido no cenário internacional. Internamente, a orientação que se estabeleceu se coadunou com as orientações da Constituição Federal de 1988, pois entre os princípios introduzidos pela LRF está a função social da empresa.

No direito empresarial, o princípio da função social da empresa relaciona-se, sobretudo, ao papel imprescindível que a empresa exerce para a sociedade, uma vez que ao exercer a atividade econômica, acaba por produzir externalidades positivas, como a geração de empregos, arrecadação de tributos e produção de riquezas. Sensível a tal valor, o legislador estabeleceu como orientação principiológica base da LRF o princípio da função social da empresa, e esse norteamento passa a ser presente em todos os seus institutos, a saber: de recuperação judicial e extrajudicial e falência.

A LRF trouxe várias modificações importantes. Uma delas foi a previsão de um instituto de falência com princípios e regras que privilegiam a otimização do uso de recursos produtivos da empresa. Outra trata da criação da recuperação judicial, um instituto novo no direito concursal brasileiro. Extinguiu-se, assim, a concordata, a qual nos últimos tempos vinha apresentando sinais de desgaste e de ineficácia, não sendo, portanto, abrangida pela LRF. Finalmente, a última importante mudança apresentada pela LRF foi a introdução da recuperação extrajudicial no direito concursal brasileiro. É um instituto que recebe uma nova disciplina jurídica e que privilegia os acordos celebrados de modo extrajudicial. Vale dizer que além de pôr em prática a função social da empresa, a recuperação extrajudicial foi criada a fim de inserir o Brasil na tendência mundial de valorização de meios extrajudiciais de composição de credores, tendo em vista legislações dos mais diversos países e diretrizes emanadas de alguns organismos internacionais.

Assim, a previsão da recuperação extrajudicial na LRF buscou dar respaldo legal aos devedores que tentavam negociar diretamente com seus credores sem a necessidade, ou ao menos em menor grau, de intervenção do Poder Judiciário quanto ao teor dessa negociação. Isso significa que a ideia a ser implementada pela criação desse instituto é a de incentivo às soluções de mercado e de participação da autonomia privada na tentativa de reerguimento de uma empresa que se encontra em crise econômico-financeira. É certo que a recuperação judicial, que conta com uma intervenção ativa do Poder Judiciário, parece oferecer maior controle e segurança jurídica ao devedor e aos credores que participam da recuperação de um devedor em crise, especialmente quando se diz respeito a um plano de reestruturação complexo e colossal. Entretanto, como já é sabido, o sistema judicial brasileiro atualmente passou a ser ineficaz e ineficiente em decorrência de diversos problemas, entre eles, a burocracia e a morosidade. Por essa e outras razões, o procedimento de recuperação judicial torna-se mais demorado, complexo e custoso, e muitas vezes traz um grande tumulto para a empresa, o que pode comprometer a sua reputação. Ademais, não existe preparação suficiente do magistrado para lidar com problemas que envolvam outras áreas que não a jurídica.

Nesse sentido, surge a recuperação extrajudicial, que se propõe a ser um instrumento mais célere e de procedimento mais simplificado do que a recuperação judicial, o que, em tese, seria mais benéfico para o devedor e os seus credores, em razão da dinâmica e agilidade inerentes à matéria empresarial. Contudo, ainda não é um instituto de amplo reconhecimento e utilização prática pelo empresariado brasileiro e são poucos os casos em que foi escolhida a recuperação extrajudicial para o reerguimento de um devedor em crise econômico-financeira. Dado que a empresa tem um papel fundamental na sociedade, que as crises econômico-financeiras podem ocorrer a qualquer momento, e que a atividade empresarial deve ser mantida sempre que viável, é essencial a existência de instrumentos jurídicos eficazes que possibilitem a preservação da empresa no mercado.

Tendo em vista a relevância de ter um instrumento jurídico de recuperação extrajudicial no direito brasileiro que seja adequado para tratar a crise financeira dos empresários, e ainda a pouca prioridade que se tem dado a tal instituto, seja na academia seja na utilização prática de tal instituto, o presente estudo se justifica para provocar a reflexão sobre os fundamentos jurídicos da recuperação extrajudicial e as principais questões que se apresentam em face do disciplinamento existente no direito concursal brasileiro.

Nesse sentido, o objetivo desse estudo é aprofundar o estudo da disciplina jurídica da recuperação extrajudicial, investigando a utilização do instituto no Brasil e adequação da disciplina jurídica estabelecida para sanear a crise financeira do empresário brasileiro. Neste trabalho, pretende-se ainda localizar as razões que motivam a pouca utilização da recuperação extrajudicial pelo devedor em crise, partindo do pressuposto que este é um instituto que traz benefícios ao devedor em crise financeira; e, nos limites de um trabalho de monografia de conclusão de curso, apresentar sugestões para que a recuperação extrajudicial possa ser aperfeiçoada e, conseqüentemente, traga mais segurança jurídica ao empresário que necessite recorrer a esse instrumento.

Para tanto, a metodologia envolvida será, principalmente, a teórico descritiva, partindo dos fundamentos doutrinários e legislativos do direito comercial brasileiro, especificamente do direito de recuperação e falências estabelecido pela LRF. Também serão fundamentos teóricos da pesquisa o Decreto-lei n. 7.661/1945 e a legislação estrangeira mais avançada na matéria, esta última especificamente no tocante ao movimento internacional de harmonização dos princípios e conceitos do direito concursal, da reforma do direito concursal brasileiro e das bases de comparação dos institutos de acordo extrajudicial.

O resultado da pesquisa será demonstrado em três capítulos centrais. No primeiro, será feito uma análise evolutiva do desenvolvimento do direito concursal, com enfoque ao instituto

que estabelece a base da recuperação extrajudicial. Esse capítulo será organizado com uma abordagem geral do direito concursal, que compreende a sua evolução histórica, a referência à legislação de países que a matéria é considerada como referência, a exemplo dos Estados Unidos, e às diretrizes emanadas de organismos internacionais e que influenciaram as reformas legislativas de diversos países, inclusive a do Brasil.

Observa-se que neste primeiro capítulo, embora com abordagem geral para situar a problemática, haverá o direcionamento aos meios extrajudiciais de recuperação de empresas a fim de encontrar as motivações, os ideais e as bases que levaram à inserção desse instituto no sistema concursal pátrio, bem como um estudo quanto à experiência do direito estrangeiro em relação a institutos análogos. Dessa forma, será possível verificar como se formaram as tendências internacionais atuais e se a recuperação extrajudicial vai de acordo com elas e com os costumes que já fazem parte da lógica do direito concursal nacional.

Na sequência, o segundo capítulo será formatado para a análise específica do direito concursal brasileiro com ênfase ao instituto da recuperação e falência. Neste espaço, será demonstrada a evolução histórica do direito concursal brasileiro, delineado a estrutura atual do direito concursal brasileiro estabelecida pela LRF, incluindo os institutos e princípios vigentes, apresentado a disciplina jurídica da recuperação extrajudicial e de outros tipos de acordos previstos na LRF.

Por fim, no último capítulo, e já a caminho da conclusão, voltar-se-á, com mais profundidade, ao estudo da recuperação extrajudicial, com o objetivo de analisar criticamente a disciplina jurídica existente sobre a matéria. A expectativa é que neste capítulo possamos colaborar com o destaque às lacunas legislativas que vêm a prejudicar a prática da recuperação extrajudicial, bem como aos pontos positivos, que devem ser mantidos e vistos como incentivo ao uso desse instituto.

A partir disto, esperamos poder contribuir, dentro das limitações desta oportunidade acadêmica, para a reflexão sobre o estudo e eventual aperfeiçoamento da recuperação extrajudicial no direito brasileiro, de modo a orientar operadores do direito a aplicarem o instituto adequadamente ao contexto nacional, conciliando com os princípios constitucionais e norteadores da LRF, especialmente em relação à preservação da empresa. Mais, dar bases para a inserção do direito concursal brasileiro dentro da tendência mundial de utilização de meios extrajudiciais de composição de devedores e credores.

2 CENÁRIO GERAL DO DIREITO CONCURSAL, HARMONIZAÇÃO NOS FUNDAMENTOS E A EVOLUÇÃO DAS BASES DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Para estudar o instituto jurídico da recuperação extrajudicial de empresas à luz da LRF é fundamental recordar preliminarmente a trajetória histórica do direito concursal e da influência de outros países com tratamento mais avançado na matéria, e que se refletiram no atual sistema concursal brasileiro. Isso porque com a análise do desenvolvimento dos institutos que a antecederam, assim como das legislações e diretrizes que serviram de apoio à construção da LRF, é possível verificar os fundamentos e as bases que fundamentaram sua inserção na LRF.

Com tal objetivo, neste capítulo, será apresentada uma evolução histórica do direito concursal, com evolução histórica em geral do direito concursal com ênfase aos mecanismos de recuperação e composição entre credores e devedores com o desiderato de preservar a confiança e o crédito. Como se verá, os mecanismos de composição para garantir a responsabilidade patrimonial do devedor passaram por uma evolução natural e institucional no decorrer da história, de modo a superar as penas pessoais para implementar mecanismos jurídicos específicos para auxiliar o devedor na condução do pagamento de suas dívidas e se reerguer.

Neste capítulo, ainda, serão apontadas as principais influências advindas de legislações estrangeiras e as recentes recomendações de organismos internacionais sobre o assunto, seguindo a linha evolutiva do direito concursal. Essa análise é importante para o presente estudo uma vez que existe uma tendência nas reformas das leis de recuperação de empresas e falência, e a LRF insere-se nesse contexto.

Enfim, o presente capítulo resgatará argumentos jurídicos importantes que antecederam a inserção de mecanismos de acordos extrajudiciais nas legislações concursais, para ressaltar a importância da adoção do princípio da preservação de empresa, da previsão de mecanismos de recuperação na legislação concursal e diminuição da ênfase aos processos liquidatários nas legislações falimentares. Assim, este capítulo não tem a intenção de analisar exaustivamente o histórico do direito concursal, mas sim situar o tema e a evolução dos principais institutos de forma cronológica, a fim de se destacar as alterações legislativas mais relevantes e momentos

em que vigeram os principais institutos que levaram à adoção da recuperação extrajudicial pelo Brasil¹.

Por fim, cumpre ressaltar que este capítulo não tem a intenção de analisar exaustivamente o histórico do direito concursal, mas sim situar o tema e a evolução dos principais institutos de forma cronológica, a fim de se destacar as alterações legislativas mais relevantes e momentos em que vigeram os principais institutos que levaram à adoção da recuperação extrajudicial pelo Brasil².

2.1 Apontamentos sobre a evolução histórica do da legislação concursal

Atualmente, quando um devedor deixa de cumprir sua obrigação para com o credor, a responsabilidade é, em regra, patrimonial. Entretanto, nem sempre foi assim. Nas civilizações antigas, a regra era dar ao credor o poder de coagir fisicamente o devedor, à margem da prestação jurisdicional do Estado. Se não pagasse sua dívida, o devedor podia ser escravizado e até mesmo morto pelo credor. Isso porque a pessoa falida era considerada criminosa, sendo marcada pela coletividade com o sentimento de repulsa, visto que causava prejuízo aos credores e más repercussões sociais em razão de sua ruína³. Na civilização grega o devedor tornava-se servo pessoal do credor caso não pagasse sua dívida, “o que ocorria quando o devedor vendia a própria pessoa ao credor ou quando não atendia a condenação judicial impondo-lhe pagar. Neste caso, o credor podia alienar o devedor e, até mata-lo”⁴.

Ainda no mesmo pensamento de vínculo pessoal, o Direito romano antigo pregava que o devedor deveria responder pela dívida com seu corpo. Por sua vez, no segundo período da história do processo romano, desenvolveu-se a execução patrimonial, concomitantemente à

¹Importante destacar desde já que, no que diz respeito a recuperação de empresas, a simples promulgação de uma nova lei não implica necessariamente em reformulação da sua tutela. Em concordância ao posicionamento de Sica, “muitas vezes há de se esperar a consolidação do movimento jurisprudencial, a prática dos institutos, escritos doutrinários e casos que, juntos, traçam os parâmetros interpretativos dos novos dispositivos do texto legal” (SICA, Lígia Paula Pires Pinto. **Recuperação extrajudicial de empresas: Desenvolvimento do Direito de recuperação de empresas brasileiro**. 2009. 395 f. Dissertação (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.p.212). Por isso, não se faz fundamental a análise minuciosa de cada diploma legal formulado ao longo do tempo.

²Importante destacar desde já que, no que diz respeito a recuperação de empresas, a simples promulgação de uma nova lei não implica necessariamente em reformulação da sua tutela. Em concordância ao posicionamento de Sica (SICA, op. cit., p. 212), “muitas vezes há de se esperar a consolidação do movimento jurisprudencial, a prática dos institutos, escritos doutrinários e casos que, juntos, traçam os parâmetros interpretativos dos novos dispositivos do texto legal”. Por isso, não se faz fundamental a análise minuciosa de cada diploma legal formulado ao longo do tempo.

³REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 2º Volume. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.p.07.

⁴PICOLO, Angelo Antonio. **Natureza e limites do plano de recuperação de empresas (aspectos jurídicos e econômicos)**. 2012. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.14.

pessoal. De acordo com a doutrina majoritária, foi a partir da *Lex Poetelia Papiria* que a execução das dívidas passou a recair sobre o patrimônio do devedor. Requião⁵ observa que, nesta fase, os juristas romanos passaram a diferenciar o devedor insolvente honesto do devedor insolvente de má fé. De acordo com este autor, “foi introduzida a *distractio bonorum*, que não acarretava a nódoa da infâmia do devedor, tão temida e pelas desprezíveis consequências, que lhe marcava e à sua família”. E conforme Sica⁶, criou-se um meio de coação sobre a vontade do devedor que se escondesse, permitindo que este fosse desonerado diante da detenção da posse dos bens. Tal desoneração estendeu-se a outros casos, gerando, finalmente, a transição do processo de execução do processo pessoal, de prisão e escravidão por dívidas, para o patrimonial⁷.

Já nesta fase de responsabilidade patrimonial, em primeiro lugar, destaca-se que existe divergência doutrinária quanto à consideração do Direito Romano como precedente histórico da concordata, instituto que evitava a falência e existente até pouco tempo na legislação pátria, e da recuperação de empresas. Parte da doutrina brasileira, como Eduardo Marchi⁸, entende estar no Direito Romano as raízes desses institutos, considerando o *pactum ut minus solvatur*⁹,

⁵REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.08.

⁶SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.28.

⁷Tal transição foi completada por meio da *venditio bonorum*, que “consistia em uma simulação da morte do devedor, a qual gerava a consequência da sucessão universal a um terceiro pelo preço de um percentual dos créditos – *venditio bonorum*. Este terceiro tornava-se o devedor substituto e, diante da autorização do pretor para a emissão na posse dos bens: 1.º) convocava os credores por uma espécie de edital; 2.º) redigia o quadro de credores e a listagem do patrimônio; 3.º) realizava o ativo e, por último, o entregava ao *magister bonorum* para rateio entre os credores na proporção de seus créditos” (SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p. 29).

⁸MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. **Concurso de credores e *pactum ut minus solvatur***. Lecce: Ed. del Grifo, 1997.p.41-43.

⁹“Quando da ocorrência de uma herança ruínosa, abriam-se duas alternativas ao herdeiro: (i) ou ele aceitava a herança, procedendo à *aditio*, quando passava a responder pelos débitos da herança, inclusive com seu patrimônio pessoal, posto que a responsabilidade ilimitada do herdeiro era consequência obrigatória do evento sucessório; (ii) ou, sabendo ruínosa, a ela renunciava, mas o fazendo, dava início à *bonorum vendita* (atos de execução patrimonial do espólio), acarretando, por consequência, a pena de infâmia à memória do *de cuius*.

O *pactum ut minus solvatur* surgiu como uma terceira alternativa ao herdeiro. (...)

Como a moral de uma pessoa era cara à consciência social dos romanos, a jurisprudência adotou esse remédio como socorro ao herdeiro de uma herança gravada de dívidas, segundo o qual não precisava ele nem proceder à *aditio*, nem à renúncia, negociando com os credores hereditários o pagamento parcial das dívidas, o que salvava o defunto de pena da infâmia e evitava o comprometimento pessoal do herdeiro.

(...) A vantagem (para os credores hereditários) residia, na verdade, no afastamento dos incômodos da demora e da incerteza do processo de execução da herança, pois além de os herdeiros demorarem a receber, poderiam nada receber ou receber menos do que o herdeiro ofertara e estava disposto a pagar. Desta forma, o *pactum ut minus solvatur* representava, de fato, uma exceção àquela regra geral, posto que os herdeiros, ao aderirem ao pacto, aceitavam receber apenas parte dos seus créditos.” (DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da concordata à recuperação: investigando a recuperação extrajudicial. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). **Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 66-67).

o *pacta de non petendo*, de acordo com Domingues¹⁰, e também o *inducice quinquennales*¹¹, conforme Picolo¹². Por outro lado, a grande maioria dos doutrinadores, como Nelson Abrão¹³ e Luiz Tzirulnik¹⁴, que consideram a Idade Média como marco, defendendo o surgimento dos verdadeiros precedentes a partir dos costumes e estatutos de cidades italianas, que legislaram o tema pela primeira vez.

Longe de se entrar no mérito dessa discussão, entendemos que existiram no Direito Romano dois institutos bastante interessantes à recuperação de empresas – o *pacta de non petendo* e o *pactum ut minoris solvatur*. O *pacta de non petendo* foi concebido por Gaio e consistia numa espécie de acordo, por intermédio do qual o devedor (exceto os hereditários, para os quais recaia o instituto do *pactum ut minoris solvatur*) negociava sua dívida com todos os credores após declarar a impossibilidade de pagar integralmente suas dívidas, fosse pagamento parcial ou dilação do prazo¹⁵. Assim, dependendo do que tivesse sido acordado, o credor era impedido de cobrar a parte perdoadada da dívida ou então cobrá-la no tempo de dilação do prazo. Era, portanto, uma maneira de extinção da dívida originária. De acordo com Domingues¹⁶, o *pacta de non petendo* é muito próximo da concordata amigável ou extrajudicial, pois permitia que o devedor firmasse um acordo extrajudicial entre o devedor e seus credores, podendo ser oposto pelo devedor em ação judicial movida pelo credor cujo objeto seja a obrigação pactuada. Consequentemente, o *pacta de non petendo* também se assemelha à atual recuperação extrajudicial, entretanto, com ele não se livrava da pena de infâmia, o que atingia a moral social do indivíduo, causando o desuso do instituto no direito romano.

Por sua vez, há autores que entendem ser o *pactum ut minoris solvatur* a raiz da concordata ou, ao menos, de suma importância para o desenvolvimento da concordata, como opina Domingues¹⁷. Requião¹⁸, apesar de entender que raiz da concordata está na Idade Média, explica que o *pactum ut minoris solvatur* veio afastar grandes inconvenientes gerados pela

¹⁰DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.66.

¹¹(...) formulou-se no Direito Romano o *pactum ut minus solvatur* e o *inducice quinquennales*, na qual o devedor de boa-fé obtinha do Imperador um prazo não superior de cinco anos para honrar com suas dívidas.

O instituto dava ao devedor o direito de repelir a ação dos credores por uma *praescriptio* ou *exceptio moratoria*. Posteriormente, uma decisão de Justiniano a fez depender da deliberação dos credores, tomada por maioria de votos” (PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.15).

¹²PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.15.

¹³ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1997.p.301.

¹⁴TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 5ª Edição rev. e atual., com súmulas dos tribunais superiores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.p.233.

¹⁵DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.89.

¹⁶DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.69,91.

¹⁷DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.74.

¹⁸REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.09.

herança deixada com dívidas. Antes deste instituto, o herdeiro deveria optar por: 1) assumir pessoalmente as dívidas e se obrigar solvê-las, ou 2) renunciar à herança, mas somado à infâmia do falecido, o que era constrangedor e vergonhoso para sua família. Mas com o *pactum ut minoris solvatur*, os credores do falecido poderiam concordar na redução dos seus créditos até a força da herança.

Já de acordo com a corrente que vincula o embrião da concordata à Idade Média, sua origem não está no Direito romano porque os institutos como o *pactum ut minus solvatur* e o *quinquennales induciae*, concedidos pelo príncipe, eram análogos à concordata em sua estrutura externa, mas a concordata nasce e se desenvolve dos costumes e dos estatutos municipais das cidades italianas, tendo sido disciplinada legislativamente pela primeira vez, conforme defende Rubens Requião¹⁹, concordando com Alfredo Rocco. Todavia, conforme afirma Nelson Abrão²⁰, a divergência ocorre em relação à época exata do aparecimento da concordata, sendo majoritária a opinião de que foi a partir da legislação florentina que esse instituto veio a se consolidar.

Assim, ao longo da Idade Média, delineou-se o instituto da concordata a partir de usos e costumes das corporações de mercadores e dos estatutos das cidades italianas²¹. A própria insolvabilidade de um mercador nos estatutos corporativos medievais era um crime e, decretada a quebra, o falido era automaticamente encarcerado, situação que persistiu até fins do Séc. XVIII²². Em geral, negociando de forma coletiva com o devedor, os credores poderiam receber em tempo razoável seus créditos, ainda que somente uma parte da quantia originária ou com a dilação do tempo original. Normalmente, as legislações estatutárias relativas à concordata consideravam-na como solução negocial entre falido e credores, na qual a vontade de uma maioria qualificada da massa passiva prevalecia sobre a da minoria, conforme leciona Nelson Abrão²³. Havia, além um caráter judicial desse procedimento, a necessidade de homologação judicial do pacto. Caso não se chegasse a um acordo, o devedor deixava seus bens aos síndicos nomeados pelos credores e se considerava falido desde o dia em que se apresentou para concordata judicial.

De acordo com Nelson Abrão²⁴, das cidades medievais italianas, a disciplina da concordata passa a ser incorporada por outros países da Europa, sendo regulamentada pela

¹⁹REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.08.

²⁰ABRÃO, Nelson. Op. cit., p.301-302.

²¹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.72.

²²COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.p.95.

²³ABRÃO, Nelson. Op. cit., p.302.

²⁴ABRÃO, Nelson. Op. cit., p.32,303.

França por meio da Ordenação de 1673 e no Código Comercial de 1807, passando então para outros Códigos que se utilizaram desse como inspiração, ressaltando o autor que a legislação francesa serviu de modelo para as legislações falimentares de grande parte dos países europeus e dos latino-americanos. Com as leis inglesas de 1705 e 1711, o devedor honesto podia abandonar aos credores os bens que possuía, libertando-se de qualquer execução futura por débitos anteriores. Em Portugal, o devedor livrava-se dos efeitos pessoais da insolvabilidade com a cessão de seus bens, independentemente da vontade dos credores²⁵.

Posteriormente à Primeira Guerra Mundial, em razão das crises da indústria, inicia-se um interesse de continuação da empresa e de sua não total liquidação, mas sempre em mãos dos particulares, de modo que cabia ao devedor não solicitar e aos credores não conceder, qualquer que fosse o interesse da coletividade. Nessa época, portanto, surgem diversas leis que concedem dilatações ao devedor e alternativas para a liquidação²⁶. Após a Segunda Guerra Mundial, os procedimentos continuam semelhantes aos anteriormente descritos (à base da falência e concordata), levando bastante tempo até que a disciplina da crise empresarial passasse a ser tratada de uma forma diferente. Ocorreu, neste período, o apogeu da importância dada ao direito econômico, especialmente em relação ao direito comercial em geral e para o direito concursal, de modo a se valorizar o aspecto econômico da crise, conforme leciona Nelson Abrão²⁷.

Com o passar dos anos, vem crescendo a necessidade de revisão dos mecanismos legislativos que cuidam da crise do devedor, bem como de revisão do padrão estabelecido em grande parte das legislações que estabeleciam um instituto com a finalidade solutória, o processo de execução coletiva disciplinado com rigor procedimental como era a falência, e outro instituto concursal destinado à moratória e à dilatação de pagamento, tratado como concordata. Nesse mesmo raciocínio evolutivo, chega-se até a década de noventa, quando se verificou o início da série de reformas havidas, conforme será analisado no próximo sub-capítulo.

2.2 As recentes reformas nas legislações de países estrangeiros

²⁵COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p.96.

²⁶ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coordenadores). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.p.32.

²⁷ABRÃO, Nelson. Op. cit., p.34.

A partir desse desenvolvimento histórico geral, conclui-se que para que a crise do devedor seja regulada de forma adequada às necessidades dos agentes econômicos, é fundamental que se realize uma atualização dos mecanismos de recuperação e liquidação. Nesse sentido, nas últimas décadas, sentiu-se a necessidade de revisão dos institutos e princípios dos direitos concursais até então utilizados em diversos países, ocorrendo, assim, uma verdadeira onda de reformas das legislações concursais. No direito estrangeiro verificou-se alterações nos institutos bases, a introdução de mecanismos que priorizam a informalidade e a negociação extrajudicial, a diminuição da judicialização dos processos concursais, a busca por normas e institutos concursais que buscam compor os interesses dos credores e devedores e a preservação da empresa.

Primeiramente, os Estados Unidos foram o primeiro país a implantar mecanismos de reorganização de empresas e atualmente ostenta um sistema concursal bem desenvolvido, resultante de um longo tempo de experiências na matéria. O diploma atual sobre direito concursal é o *Bankruptcy Code*, promulgado em 1978, e que traz como característica marcante a busca de preservação dos empreendedores. Além disso, a disciplina é complementada pelas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*, normas procedimentais elaboradas pela Suprema Corte norte-americana²⁸.

O *Bankruptcy Code* traz como principal instituto a *reorganization*, disciplinada pelo *Chapter 11*. Segundo Martins²⁹, a *reorganization* é um “procedimento que se destina a devedores em dificuldade econômica que pretendem manter a sua atividade, conservar-se à frente da administração dos seus negócios e pagar seus credores nos termos de um plano de reorganização a ser aprovados em juízo pelos credores”. Já para aquelas situações em que a atividade econômica já é considerada irremediável, existe o procedimento de liquidação chamado *liquidation*, previsto pelo *Chapter 7* do *Bankruptcy Code* e que traz uma similaridade com o instituto brasileiro de falência disposto na LRF. Em resumo, é um mecanismo de avaliação e venda de ativos do devedor para possibilitar o pagamento de seus credores, e que conta com a participação de um administrador, o chamado *trustee*. Tanto a *reorganization* como a *liquidation* têm caráter judicial, razão pela qual não serão analisadas neste estudo. Paralelamente a esses dois institutos, o concursal dos Estados Unidos prevê os *workout agreements*, também denominados de *out-of-court restructuring*, os quais se desenvolvem sem

²⁸MARTINS, Glauco Alves. **A recuperação extrajudicial na Lei nº 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos extrajudiciais**. 2009. 286 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.p.192.

²⁹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.193.

qualquer nível de participação judicial³⁰. Conforme ensina Martins³¹, os *workout agreements* são acordos celebrados entre um devedor e seus credores para a composição das dívidas, a fim de se alcançar a superação de uma crise enfrentada pelo devedor. Além disso, são considerados os instrumentos norte-americanos mais informais e livres de reestruturação e recuperação empresarial do direito concursal norte-americano, não sendo necessária nem mesmo a homologação do acordo realizado. O conteúdo dos *workout agreements* são, em princípio, bastante livres, não sendo limitados apenas às possibilidades de dilação do prazo para pagamento da dívida, mas também a redução do valor devido, bem como constituição de novas garantias aos credores³².

Fazendo-se uma comparação, os *workout agreements* apresentam diversas vantagens frente à *reorganization*. Primeiramente, os *workout agreements* envolvem custo muito menores, como aqueles gastos com advogados e profissionais especializados, razão pela qual esse instituto tornou-se popular nos Estados Unidos, uma vez que isso beneficia não só os devedores, mas também os credores, que podem ser pagos com os valores economizados no procedimento. Além disso, os *workout agreements* evitam a demora de um procedimento que tramita judicialmente, a incerteza de sua duração e a ocorrência de um litígio, pois o próprio devedor é que dita o ritmo do processo de recuperação³³. Por outro lado, os pontos negativos dos *workout agreements* são que eles afetam somente os credores que aderiram a ele (aquele que não aderiu tem a possibilidade de mover uma ação judicial contra o devedor)³⁴, e que esse mecanismo não apresenta a proteção do *automatic stay*³⁵, oferecida pela *reorganization*³⁶.

Por fim, existe no direito norte-americano o *prepackaged bankruptcy*, também chamado de *prepackaged Chapter 11*. De acordo com Martins³⁷, é um instrumento que mistura o *workout agreement* com a *reorganization*, de forma que apenas parte do procedimento

³⁰Quanto aos *workout agreements* Martins (2009, pp. 194-195) afirma que “A informalidade e a liberdade admitidas por esse mecanismo de recuperação são tão reconhecidas que, em algumas hipóteses, as Cortes estadunidenses chegam mesmo a abrir mão da condução de uma processo de recuperação requerido voluntariamente por um devedor que iniciou judicialmente um procedimento de *reorganization* com fundamento no *Chapter 11*. Nesses casos, reconhece-se que uma solução melhor será alcançada entre o devedor e seus credores por meio de *workout agreements* e há estímulo às partes interessadas para que assim procedam”.

³¹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.194.

³²MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.194-195.

³³MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.195.

³⁴Para Martins (MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.196), esse ponto fraco do *workout agreement* pode ser mitigado “pela dúvida de cada credor a respeito do resultado final das negociações que levarão ao *workout agreement* e na possibilidade de que condições eventualmente mais benéficas sejam oferecidas aos credores”.

³⁵“The automatic stay goes into effect when you file bankruptcy and prevents creditors and collectors from trying to collect from you”. Disponível em: <<http://credit.about.com/od/bankruptcyglossary/g/automatic-stay-definition.htm>>. Acesso em 25/08/2013. Ou seja, *automatic stay* é suspensão das ações e execuções contra o devedor.

³⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.196.

³⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.197.

ocorre com a participação judicial. Não obstante, o *prepackaged bankruptcy* apresenta estímulos e vantagens não contemplados pelo mecanismo informal de *workout agreement*³⁸. O autor ainda explica que no *prepackaged bankruptcy*³⁹:

“(...) o devedor elabora, negocia e obtém a aprovação dos credores acerca do seu plano de reorganização antes mesmo de peticionar à Corte requerendo a instauração do procedimento. Assim, o plano é apresentado no mesmo ato em que é pleiteada a *reorganization*, já com um número de aceitação dos credores suficientes para aprovação do plano nos termos do *Chapter 11*, o que tende a resultar num procedimento mais célere que o procedimento tradicional de *reorganization*. Contudo, é admissível também que o plano seja pré-negociado e apresentado juntamente com o ajuizamento do *Chapter 11 petition*, deixando-se a votação do plano para a fase judicial. Em qualquer dos dois casos, obtém-se uma grande economia de tempo decorrente da negociação do plano extrajudicialmente, diminuindo-se o tempo que se passa em juízo”.

Por sua vez, Francisco Satiro de Souza Junior⁴⁰ aponta como principal semelhança entre o *prepackaged Chapter 11* e a recuperação extrajudicial o fato de que em ambos as negociações entre o devedor e os credores ocorre extrajudicialmente e o termo resultante é submetido à homologação judicial, podendo ser também imposto à minoria dissidente nos dois instrumentos. Entretanto, a diferença encontra-se especialmente nos efeitos produzidos em cada um deles: enquanto a recuperação extrajudicial, mesmo homologada judicialmente, gera poucos efeitos além dos contratuais, o *prepackaged Chapter 11*, após aprovado judicialmente, produz os mesmos efeitos e prerrogativas do tradicional *Chapter 11*. Assim, o instrumento norte-americano recebe mérito por realizar extrajudicialmente toda a fase de negociação de interesses pertinentes ao plano de recuperação, o qual, aprovado pela maioria, vincula todos os credores da classe de credores atingida, de modo a reduzir tempo e custos gastos com o *Chapter 11*.

Como se vê, os Estados Unidos apresentam institutos bastante desenvolvidos quanto aos mecanismos extrajudiciais ou com pouca influência da Corte, frutos de sua longa tradição e experiência na matéria analisada. No entanto, os motivos que levam o devedor a optar pelo *workout agreement*, ou o *prepackaged bankruptcy*, ou ainda a *reorganization* não são pacíficos pela doutrina, embora a opinião majoritária seja a de que existe uma tendência a se buscar o *prepackaged bankruptcy*, devido a necessidade de proteção frente a credores fortemente

³⁸MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.198.

³⁹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.197.

⁴⁰SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo**. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.525-526.

organizados, bem como a dificuldade de imposição dos termos do plano negociado frente a um grupo de credores⁴¹.

Já na Argentina, após uma reforma realizada no direito concursal, a matéria passou a ser regulada atual pela *Ley 24.522*, que foi sancionada no ano de 1995 e é integrante das legislações mais modernas existente no direito estrangeiro. Segal⁴², jurista argentino, afirma que na reforma existe um claro “*predominio privatístico y una tendencia a la desjudicialización*”, manifestação de um processo intenso e profundo, suscetível de gerar tanto críticas como novos projetos, além de crer que ela tenha sido um marco na modernização neste ramo do direito. Importante salientar que a insolvência, no direito concursal argentino, é caracterizada pelo estado de cessação de pagamentos, conceito não trazido pela *Ley 24.522*. No entanto, a opinião majoritária é a de que o estado de cessação de pagamentos é aquele em que o devedor, sem disponibilidade de crédito, mostra-se incapaz de cumprir as obrigações exigíveis, com os bens normalmente realizáveis⁴³.

Para os casos que não apresentam viabilidade na atividade empresarial, o sistema concursal argentino prevê a *quiebra*, que é um mecanismo de liquidatário. Já para a recuperação do devedor em crise, prevê tanto o *concurso preventivo* como o *acuerdo preventivo extrajudicial*. O *concurso preventivo* é um mecanismo judicial, enquanto o *acuerdo preventivo extrajudicial* é um mecanismo extrajudicial de prevenção da falência, e também um instituto semelhante à recuperação extrajudicial prevista no Brasil pela LRF, razão pela qual merece ser detidamente estudado.

O *acuerdo preventivo extrajudicial* é um instituto tradicional na Argentina. Foi popularizado na década de 70, em razão da busca por soluções de crises empresariais sem a necessidade de intervenção judicial, mas não havia um instituto próprio, apesar de a lei não proibir tal prática tampouco caracterizá-la como estado de cessação de pagamentos⁴⁴. Daí, nota-se que o direito argentino tem longa experiência quanto a mecanismos extrajudiciais de recuperação de empresas em crise, diferentemente do que ocorreu no Brasil, conforme já visto neste presente estudo. O *acuerdo preventivo extrajudicial* foi inserido na atual lei concursal argentina com a finalidade de “aumentar a segurança dos acordos em face da quebra do devedor

⁴¹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.198.

⁴²SEGAL, Rubén. **Acuerdos preventivos extrajudiciales – Análisis y metodología de superación de las crisis empresarias**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.p.51-52.

⁴³MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.200.

⁴⁴MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.201.

e tornando o seu procedimento homologatório menos oneroso para o devedor e mais flexível”, de acordo com Martins⁴⁵.

Segal⁴⁶ elenca como características facilmente identificadas do *acuerdo preventivo extrajudicial* que se trata de uma convenção entre as partes; que há uma finalidade preventiva, pois objetivam evitar um processo concursal; que se celebram sem intervenção judicial, desde que a homologação opere como requisito para produzir o efeito de oponibilidade frente a terceiros. A homologação deve atender a uma série de requisitos legais, e deve ser requerida pelo devedor em estado de cessão de pagamentos, sendo aceito também o devedor que se encontre em dificuldades econômicas e financeiras de caráter geral. Outro ponto importante do *acuerdo preventivo extrajudicial* é ele pode ser compelido a credores que não o subscrevam, da mesma forma que ocorre com o *concurso preventivo*, o que não ocorria antes⁴⁷. Além disso, as partes têm ampla liberdade para determinar o conteúdo do acordo, não sendo obrigatório que as cláusulas sejam iguais para todos os credores⁴⁸, mas o magistrado pode negar a homologação quando entender pela existência de fraude à lei ou então proposta abusiva⁴⁹. Outras características do *acuerdo preventivo extrajudicial* incluem um período de suspensão das ações em que o devedor é demandado; a faculdade dos credores em apresentarem impugnação ao pedido de homologação com fundamento em erro de ativo e passivo apresentados pelo devedor ou em inexistência, da maioria exigida pelo art. 73 da *Ley 24.522*⁵⁰. Segal⁵¹ ainda menciona o custo reduzido das transações, fator de incentivo à prática desse instituto.

Francisco Satiro Souza Junior⁵² leciona que, na Argentina, o simples fato de se apresentar o pedido de homologação judicial do *acuerdo preventivo extrajudicial* já suspende todas as ações de conteúdo patrimonial contra o devedor, de modo que o instituto argentino se diferencia da recuperação extrajudicial brasileira em relação aos efeitos produzidos com a

⁴⁵MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.202.

⁴⁶SEGAL, Rubén. Op. cit., p.59.

⁴⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.202-203. A obra de Segal, na época de recém promulgação da *Ley 24.522*, trazia: “*El sistema está basado fundamentalmente em el auto-disciplinamiento de las partes, pero no implican obligación alguna para quienes deciden permanecer ajenos al acuerdo, los que conservan incólume la facultad de acionar individualmente contra el deudor, incluso a través de una acción colectiva*” (SEGAL, Rubén. Op. cit., p.60).

⁴⁸SEGAL, Rubén. Op. cit., p.60.

⁴⁹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.203.

⁵⁰ARTICULO 73: *Mayorías. Para que se dé homologación judicial al acuerdo es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del artículo 45.*

Disponível em: < <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>>. Acesso em 10 de julho de 2013.

⁵¹SEGAL, Rubén. Op. cit., p.75.

⁵²SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.525-526.

homologação. E, além disso, no *acuerdo preventivo extrajudicial* os atos praticados pelo devedor não poderão ser revogados ou declarados ineficazes, diferentemente da recuperação extrajudicial⁵³.

Por sua vez, o direito francês é considerado uma referência quanto ao tratamento jurídico das empresas em crise, pois apresenta uma forte tradição quanto às medidas de preservação da atividade empresária e de reorganização da empresa, apresentando como uma de suas características tradicionais a forte presença do Tribunal do Comércio. O direito concursal deste país passa constantemente por reformas, sendo que a mais recente delas foi realizada pela *Loi n. 2005-845 du juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*. No direito francês, a insolvência é caracterizada pelo estado de cessação de pagamentos (*état de césation de paiements*), que significa a impossibilidade de o devedor cumprir, com seu o ativo disponível, o passivo exigível⁵⁴. A *Loi n. 2005-845* entrou em vigor com o escopo de reforçar as chances de salvamento de empresas, favorecendo a antecipação e a negociação, de modo a conceder iniciativa e responsabilidade aos administradores e colocar à disposição destes uma diversidade de procedimentos a serem escolhidos por eles próprios⁵⁵. Assim, foram criadas *les procédures de conciliation et de sauvegarde*, que se juntaram ao *redressement judiciaire* e *liquidation judiciaire*.

Há, assim, um procedimento utilizado para quando a crise enfrentada pela empresa não pode ser superada, denominado *liquidation judiciaire*, o qual guarda similaridade com a falência prevista na LRF. Já para situações em que se objetiva a recuperação da empresa tem-se duas categorias procedimentais: uma de natureza preventiva (o *mandat ad hoc* e a

⁵³ Souza Junior (SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.526.) entende que, na realidade, a recuperação extrajudicial é muito mais semelhante ao instituto que deu origem ao *acuerdo preventivo extrajudicial*, que é o *acuerdo preconcursal*, sendo que este previa negociação extrajudicial e posterior homologação judicial do acordo, mas não impedia a ação individual dos credores durante a execução, nem assegurava a validade e eficácia dos atos praticados em cumprimento ao acordo caso se decretasse a falência do devedor posteriormente.

⁵⁴MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.204-205.

⁵⁵SICA, Lígia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.218.

conciliation)⁵⁶, e outra destinada ao tratamento da crise (a *sauvegarde*⁵⁷ e o *redressement judiciaire*⁵⁸)⁵⁹. Não obstante, os instrumentos que apresentam maior grau de semelhança com a recuperação extrajudicial prevista pela LRF no Brasil são o *mandat ad hoc* e a *conciliation*. Em realidade, são os meios encontrados no direito concursal francês de permitir aos devedores em crise que promovam sua recuperação de forma prévia à instauração de um procedimento judicial, mas contando com a supervisão e auxílio de agentes indicados pelo Judiciário, conforme dita a tradição francesa⁶⁰.

O *mandat ad hoc* é um instituto bastante flexível e ágil. O Tribunal do Comércio nomeia um *mandataire ad hoc* para auxiliar o devedor na negociação com os seus credores, sendo que suas funções são definidas pelo Tribunal junto ao devedor. Essa nomeação é feita somente a pedido de representante do devedor, a fim de que haja uma cooperação entre ambos, e não uma imposição pelo Tribunal, o que prejudicaria nas negociações⁶¹. Além disso, não há requisitos a serem preenchidos para que o devedor possa se utilizar do *mandat ad hoc*, tampouco se exige que ele já se encontre em estado de cessação de pagamentos, e o devedor tem a faculdade de permanecer na administração da empresa⁶². Portanto, nota-se que o *mandat ad hoc* é bastante próximo aos acordos privados do art. 167 da LRF, mas, como divergência principal, o instituto francês prevê a existência de um agente nomeado pelo Estado.

⁵⁶ Em relação aos meios preventivos Martins (MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.208) faz referência ainda ao art. L611-1 do *Code de Commerce*, independentemente do *mandat ad hoc* e da *conciliation*. Trata-se de uma forma preventiva de controle de uma “eventual situação de crise econômico-financeira mais grave das empresas, mediante iniciativa do interessado e controle do Estado francês. Tal artigo permite que todos aqueles registrados no registro do comércio francês, bem como qualquer pessoa jurídica de direito privado, façam adesão voluntária a um *groupement de prévention agréé*, que tem a incumbência de fornecer ao devedor regularmente, em caráter confidencial, uma análise das suas informações econômicas, contábeis e financeiras com que tal órgão é alimentado. Sempre que o *groupement de prévention agréé* verificar a existência de indícios de crise na atividade do devedor, é feita uma comunicação nesse sentido e é proposta a intervenção de um especialista para auxiliar na superação de tal situação. Sem prejuízo, os dirigentes do devedor que já experimente dificuldades podem ser chamados pelo Tribunal do Comércio para que considere adoção das medidas cabíveis para superar tal quadro (artigo L611-2 do *Code de Commerce*)”.

⁵⁷ O procedimento de *sauvegarde* tem natureza judicial e concursal e pressupõe a existência do estado de cessação de pagamentos, tendo como finalidade a manutenção da atividade econômica. O devedor é quem tem a iniciativa para sua própria organização, podendo, entretanto, nomear um mandatário *ad hoc* em situações mais graves e complexas (MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.207). Por sua vez, o Tribunal nomeia um *juge-commissaire*, que é responsável pela condução do procedimento e pelo zelo dos interesses envolvidos (PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.75). Ocorre também a instauração de um período de observação, e no *sauvegarde* há a possibilidade de negociação do devedor com os credores.

⁵⁸ O procedimento de *redressement judiciaire* “consistia num processo de recuperação da empresa coordenada pelo Tribunal” (MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.206).

⁵⁹ PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.73.

⁶⁰ MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.207-208.

⁶¹ MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.209.

⁶² MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.209-210.

Por sua vez, a *conciliation*⁶³ apresenta uma natureza contratual, e pode ser utilizado para os devedores que já se encontrem em estado de cessação de pagamentos, desde que este não seja superior a 45 dias, ou então para devedores em dificuldades jurídicas, econômicas ou financeiras⁶⁴. O *procédure de conciliation* é instaurado apenas a pedido do devedor. O Tribunal nomeia um conciliador para que este contribua com o funcionamento da empresa e a celebração de um acordo com os credores, além de ser possível que ele solicite a suspensão de ações contra o devedor, tudo com o objetivo de superação da crise⁶⁵. Caso seja obtido um acordo ao final do procedimento da conciliação, ele poderá ser homologado pelo Tribunal do Comércio, desde que preenchidos determinados requisitos⁶⁶. No mais, a *conciliation*, como se vê, conta com a forte presença judicial sendo supervisionada pelo Tribunal, o qual também recebe informações prestadas pelo conciliador acerca do procedimento em andamento⁶⁷. E finalmente, conforme afirma Martins⁶⁸, apesar da impossibilidade de se impor o acordo a todos os credores, existe um estímulo para que eles contribuam com o procedimento, de modo que aqueles que forneceram recursos ao devedor para que este continuasse desenvolvendo sua atividade, terão privilégio sobre os demais no pagamento dos créditos.

Por sua vez, o direito português regula a disciplina das empresas em crise por meio do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), publicado em anexo ao Decreto-lei n. 53/2004⁶⁹. A principal peculiaridade do direito concursal português é a reunião do processo de falência com o processo de recuperação num instituto só, denominado insolvência⁷⁰. Paralelamente, o Decreto-lei n. 316/98, reformado pelo Decreto-lei n. 201/2004⁷¹, regula o procedimento extrajudicial de conciliação. De acordo com o art. 3º do CIRE, o devedor é considerado insolvente quando encontrar-se impossibilitado de cumprir as suas obrigações

⁶³ A *conciliation* foi o instituto que substituiu a antiga *règlement amiable*, existente antes da última reforma.

⁶⁴MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.206. PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.73.

⁶⁵PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.73.

⁶⁶Os requisitos para homologação do acordo são: “(i) não esteja em estado de cessão de pagamentos ou este estado tenha sido afastado pelo próprio acordo; (ii) os termos do acordo sejam de natureza a assegurar o funcionamento da empresa; e (iii) o acordo não poderá prejudicar os interesses de credores não signatários” (PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.74).

⁶⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.211.

⁶⁸MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.211-212.

⁶⁹Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-viii-leis/pdf-viii-1/dl-53-2004/downloadFile/file/DL_53_2004.pdf?nocache=1182260344.23>. Acesso em 12/08/2013.

⁷⁰Art. 1º. Finalidade do processo de insolvência. O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação desses pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente.

⁷¹Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-viii-leis/pdf-viii-1/dl-316-1998/downloadFile/file/DL_316_1998.pdf?nocache=1182261214.23> e <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-viii-leis/pdf-viii-1/dl-201-2004/downloadFile/file/DL_201_2004.pdf?nocache=1182261518.76>. Acesso em 13/08/2013.

vencidas, bem como se equiparam a ele aqueles que se encontrarem em mera iminência situação de insolvência; além disso, para as pessoas coletivas também são consideradas insolventes quando o seu passivo for manifestamente superior ao ativo, avaliados conforme as normas contabilísticas aplicáveis. Já o Decreto-lei n. 316/98, que trata do procedimento extrajudicial de conciliação, visa proporcionar a intervenção de uma entidade pública, o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas (IAPMEI), na negociação entre os interessados na recuperação do devedor em dificuldades, tendo em vista que com essa intervenção existe uma maior probabilidade chegarem a um consenso. De acordo com o art. 1º do Decreto-lei n. 316/98, a iniciativa do procedimento de conciliação é dada a qualquer devedor condições de requerer a recuperação judicial, ou a qualquer credor legítimo para requerer tal procedimento, ambos nos termos do Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CEPREF).

O procedimento extrajudicial de conciliação objetiva a celebração de acordo entre a empresa e todos ou alguns dos credores, de modo a viabilizar a recuperação do devedor situação de insolvência ou em situação econômica difícil, conforme dispõe o art. 2º, 1. É um instrumento atraente no sentido de que concede os mesmos efeitos de um procedimento de insolvência com fundamento no CIRE. Ademais, à semelhança do direito concursal francês, apresenta a participação do Estado no procedimento extrajudicial de recuperação do devedor em crise, mas, em Portugal, a participação estatal ocorre pelo IAPMEI, um órgão não judicial, enquanto que na França é realizada por meio do Tribunal de Comércio, órgão de caráter judicial⁷². O pedido de instauração do procedimento extrajudicial de conciliação é requerido por escrito diretamente ao IAPMEI, e deve conter os fundamentos, a indicação das partes que devem intervir, bem como o conteúdo do acordo que se pretende obter, conforme dispõe o art. 3º, 1, do Decreto-lei n. 316/98. Vale lembrar que é necessária a participação de credores que representem no mínimo 50% das dívidas. Instaurado o procedimento, o IAPMEI passa a promover diligências e contatos necessários com a finalidade de se concretizar o acordo que viabilize a recuperação do devedor (art. 5º, 1, do Decreto-lei n. 316/98). No entanto, ressalta-se que o IAPMEI não tem poder sancionatórios ou coercitivos de imposição de um acordo, devendo respeitar sempre a vontade dos participantes. Além disso, importante ressaltar que o procedimento extrajudicial de conciliação pode ser requerido no mesmo que exista processo de insolvência em curso, desde que ela não tenha sido declarada ainda (art. 10º do Decreto-lei n. 316/98), bem como o procedimento extrajudicial de conciliação provoca a suspensão do prazo para apresentação do processo de insolvência, previsto no art. 18º do CIRE, de modo a se incentivar o uso desse

⁷²MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.223-224.

instituto. A princípio, vinculam-se somente aqueles credores que optarem expressamente pelo procedimento extrajudicial de conciliação. Entretanto, caso o conteúdo da proposta corresponda ao art. 252, 2, do CIRE, e tiver sido aprovado por mais de dois terços da totalidade dos créditos relacionados no procedimento de conciliação, é possível que o acordo seja imposto aos demais credores. Basta que a proposta seja submetida ao juiz do tribunal que seria competente para o processo de insolvência, para que então se obtenha homologação judicial do mesmo (art. 2º, 5, do Decreto-lei n. 316/98).

O direito concursal da Alemanha regula a matéria por meio da *Insolvenzordnung* (InsO)⁷³, aprovada em 1994, mas que passou a vigor somente em 1999. De acordo com Cerezetti⁷⁴, a lei concursal alemã foi elaborada de forma a não dar preferência a um procedimento de liquidação ou recuperação, posto que seus criadores acreditavam que ela deveria “facilitar a eficiente exigência dos direitos dos credores e que tanto a liquidação quanto a reorganização poderiam ser meios utilizados para o alcance desse fim”. A InsO procura satisfazer coletivamente os credores do devedor mediante a apresentação de um plano de insolvência, visando a manutenção da empresa ou a realização do patrimônio e o rateio do resultado⁷⁵, ou seja, há dois mecanismos: reorganização ou liquidação. Existem três institutos que podem ser combinados para tratar de diferentes aspectos da crise: o *Übertragungsplan*, que consiste em um plano de transferência da sociedade para um terceiro; o *Sanierungsplan*, que visa preza pela conservação e continuidade da atividade empresarial através do plano de saneamento; o *Liquidationsplan*, que promove a realização do ativo e rateio do resultado; e o *Moratoriumsplan*, que se baseia na concessão de maior prazo para o pagamento dos credores. Além disso, Cerezetti⁷⁶ ressalta que a autonomia dos credores é um importante aspecto na InsO.

O procedimento pode ser requerido pelo devedor, pelos credores ou pelo Ministério Público. Ainda que seja apresentado um veto, o juiz pode considerar como aprovado o plano em determinados casos, ou seja, quando o devedor não seja colocado em situação econômica mais prejudicial do que se não houvesse plano; ou quando os credores de cada grupo receber uma quantia econômica razoável, conforme as condições do plano; ou quando a maioria dos grupos votantes tenha votado com as maiorias necessárias à sua aprovação⁷⁷. Aceito o

⁷³Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/inso/gesamt.pdf>>. Acesso em 25/08/2013.

⁷⁴CEREZZETI, Sheila Christina Neder. **A lei de recuperação e falência e o princípio da preservação da empresa: uma análise da proteção aos interesses envolvidos pela sociedade por ações em recuperação judicial**. 2009. 389 f. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.p.104.

⁷⁵PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.76.

⁷⁶CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.106.

⁷⁷PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.77.

procedimento, suspende-se a liquidação do devedor, e é permitido que o plano seja interrompido a qualquer momento mediante a apresentação de um plano alternativo.

Ademais, a *InsO* permite a realização de um acordo fora sem participação judicial, considerado uma obrigação legal a ser cumprida antes da apresentação do pedido de falência, a fim de se evitar a sobrecarga do tribunal. Caso não seja bem sucedido, o devedor deverá requerer a abertura do procedimento de insolvência. Cerezetti⁷⁸ observa que a *InsO*, nos últimos anos, tem sido considerada insatisfatória e insuficiente para o reerguimento da empresa em crise, de forma que, ao que tudo indica, uma reforma será feita logo adiante.

Por fim, sobre o direito concursal da Espanha, a *Ley Orgánica 8/2003 para la Reforma Concursal (Ley Orgánica 8/2003)*⁷⁹ e a *Ley 22/2003 (Ley Concursal)*⁸⁰ promoveram alterações profundas e deram maior harmonia à disciplina⁸¹. A *Ley Orgánica 8/2003*, de acordo com Sica⁸², objetiva delimitar os efeitos do concurso sobre os direitos fundamentais do concursado, além de dispor sobre “questão da reunião no mesmo juízo das matérias que se consideram de especial importância para o patrimônio do devedor, a fim de convergir os julgamentos que envolvem a mesma situação fática”. Já a *Ley Concursal* regula as hipóteses de concurso. De acordo com Cerezetti⁸³, essa lei “instaura um sistema cuja finalidade não é o saneamento de empresas, mas a satisfação dos seus credores”, sendo que não se atenta aos momentos anteriores à situação de crise. Ressalta-se que a insolvência no direito espanhol caracteriza-se pela impossibilidade de cumprimento das obrigações exigíveis (art. 2º), mas a mera situação de insolvência iminente autoriza a abertura do procedimento, quando o procedimento é requerido pelo próprio devedor⁸⁴.

Os institutos previstos na *Ley Concursal* são aplicados tanto aos devedores mercantis quanto aos devedores. Além disso, passou-se a vigorar um único procedimento, denominado *declaración de concurso*, o qual tem como pressuposto objetivo genérico a existência de insolvência de devedor comum. De acordo com Sica⁸⁵, a declaração do concurso nem sempre

⁷⁸CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.107.

⁷⁹ Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26901-26905.pdf>>. Acesso em 25/08/2013

⁸⁰ Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26905-26965.pdf>>. Acesso em 25/08/2013.

⁸¹ De acordo com Cerezetti (2009, p. 108), a *Ley Concursal* foi inspirada pelo princípio da unidade, em diversos aspectos, como “(i) a existência de uma unidade legal, ou seja, apenas uma lei que regule a insolvência de forma completa, superando-se a distinção entre mecanismos concordatários e liquidatários, (ii) a unidade de disciplina por meio da instauração de um mesmo regime jurídico aplicável à insolvência de empresários e não empresários, e (iii) a unidade de procedimento, a qual, nos moldes do encontrado na legislação alemã, estabelece uma primeira fase do concurso comum às situações que, ao final, podem resultar na *liquidación* ou no *convenio*”.

⁸²SICA, Lígia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.202.

⁸³CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.110.

⁸⁴MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.217. SICA, Lígia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.203.

⁸⁵SICA, Lígia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.205.

implica na paralisação das atividades do devedor, o que só ocorre quando houver decisão do juiz nesse sentido, após a oitiva do devedor e de representante dos trabalhadores.

A *declaración de concurso* pode ser solucionada de duas formas: *convenio* ou *liquidación*. O *convenio* é considerado pela *Ley Concursal* a solução natural para a *declaración de concurso*, sendo um mecanismo de satisfação dos credores por meio de acordos entre o devedor e seus credores, com a manutenção da empresa. Além disso, pode ocorrer de duas formas, ou uma proposta comum de *convenio*, ou então uma *propuesta anticipada de convenio*, que mais interessa a esse estudo, uma vez que permite uma negociação fora do âmbito judicial. De acordo com Martins⁸⁶, a *propuesta anticipada de convenio* “consiste na apresentação da proposta de *convenio* com prévia adesão de credores, sem necessidade da formação da *junta de acreedores* para aprovação”, sendo uma modalidade que prima pela economia de tempo e de gastos. Cerezetti⁸⁷ ressalta que, na prática, são poucos os casos em que a *propuesta anticipada de convenio*. Além disso, a *Ley concursal* oferece incentivos e oportunidades para que o *concurso* se encerre com a *propuesta anticipada de convenio*. Obtida a adesão de cinquenta por cento dos credores quirografários (equivalente à maioria exigida para aprovação de uma proposta ordinária de convênio), o juiz entenderá como aprovada a proposta, realizando a sua homologação. Se essa maioria não for alcançada, inicia-se a *liquidación*.

Como se pode verificar existe um movimento natural no sentido de revisão das disciplinas jurídicas concursais para estabelecer sistemas mais eficientes para preservar as crises financeiras e econômicas das empresas. Assim, novos valores passam a ser levado em conta no âmbito do direito concursal, estimulando às reformas nas legislações internas, preponderantemente, dos países da União Europeia e Latino Americanos.

2.3 Os fundamentos do direito concursal hodierno e tendência à harmonização

As reformas ocorridas nos diversos países a partir da década de noventa foram influenciadas por recomendações e orientações de organismos internacionais que se dedicaram ao estudo e intercâmbio de informações sobre o direito concursal com o fim de criar sistemas concursal solváveis e fortalecer o mercado internacional. Os principais organismos em atuação relevante ao cenário são Banco Mundial, FMI, UNCITRAL e INSOL International. Assim, será possível entender algumas ideias presentes na criação da LRF, concluindo-se, então, o

⁸⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.218.

⁸⁷CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.109.

desenvolvimento histórico da legislação concursal brasileira. Ressaltamos que o foco será nos meios extrajudiciais de renegociação de dívida entre devedor e credores.

Em primeiro lugar, temos as recomendações realizadas pelo Banco Mundial. O Banco Mundial é uma agência especializada de caráter internacional que fornece assistência financeira e técnica para países em desenvolvimento, buscando reduzir a pobreza no mundo e apoiar o desenvolvimento⁸⁸⁻⁸⁹. Faz parte da Organização das Nações Unidas (ONU), mas é independente do Sistema das Nações Unidas, sendo formado por duas instituições: o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), e a Associação Internacional de Desenvolvimento (AID). O Banco Mundial é um dos organismos internacionais que mais contribuiu para o desenvolvimento de diretrizes e padrões relativos à insolvência, uma vez que considera ser imprescindível a adequada solução da insolvência dos entes empresariais “para que seja alcançada e mantida a estabilidade dos sistemas financeiros de países em desenvolvimento”⁹⁰.

Com a crise financeira de 1997-1998 em mercados emergentes, em especial os asiáticos, o Banco Mundial apresentou grande preocupação com a elaboração de princípios relativos à insolvência e direitos dos credores, procurando delinear temas comuns e escolhas políticas entre os países, bem como opiniões de funcionários, especialistas em insolvência e participantes de conferências promovidas pelo Banco Mundial. Disso, resultou o documento *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*⁹¹, de abril de 2001. Posteriormente, o Banco Mundial revisou e atualizou tal documento, resultando no *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems* de 2005⁹², que oferece recomendações genéricas e flexíveis para as legislações concursais dos países membros.

De acordo com Martins⁹³, nos dois documentos o Banco Mundial buscou incentivar o desenvolvimento de negociações extrajudiciais capazes de obter a superação da crise empresarial sem a necessidade de envolver o Poder Judiciário para tanto. Por exemplo, há na versão de 2001 do *Principles and Guidelines* o *Principle 25: Enabling Legislative Framework*

⁸⁸Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20103838~menuPK:1696997~pagePK:51123644~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>>. Acesso em 26/07/2013.

⁸⁹Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/bancomundial/>>. Acesso em 26/07/2013.

⁹⁰MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.42.

⁹¹Documento disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/11/16/000160016_20041116125658/Rendered/PDF/306470v.10DC200100008.pdf>. Acesso em 26/07/2013.

⁹²Documento disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2009/04/20/000334955_20090420051400/Rendered/PDF/481660WP0FINAL10Box338887B01PUBLIC1.pdf>. Acesso em 26/07/2013.

⁹³MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.43.

e o *Principle 26: Informal Workout Procedures*, classificados na temática de *Informal corporate workouts and restructuring*. O *Principle 25: Enabling Legislative Framework* versa sobre criação, na legislação de cada país, de um ambiente que encoraje os participantes a se engajarem em arranjos destinados a restabelecer a viabilidade financeira da empresa, o que inclui leis e procedimentos que exijam a divulgação ou garantam o acesso a informações financeiras importantes sobre a situação financeira do devedor em crise, que facilitem a captação de recursos e investimentos pelas empresas em dificuldades financeiras mas economicamente viáveis, e que concedam um tratamento fiscal favorável ou neutro para a reestruturação da empresa. Já o *Principle 26: Informal workout procedures* recomenda que o sistema financeiro de um país promova um código de conduta que guie bancos e instituições financeiras caso tenham que lidar com um processo de reestruturação extrajudicial de devedores em crise, com o objetivo de viabilizar a superação da crise, especialmente em mercados em que a insolvência da empresa alcançou níveis sistêmicos. E ainda afirma que um processo informal é melhor sustentado onde existem remédios adequados e leis sobre insolvência, além de dizer que um processo informal pode produzir uma superação formal, ou seja, faz referência à homologação judicial de acordos informais. Por seu turno, o *Principles and Guidelines* de 2005 trouxe, no item *B3: Enabling Legislative Framework*, recomendações sobre eliminação de eventuais impedimentos regulatórios para a superação da crise, sobre incentivo ao acesso facilitado dos credores em processos judiciais de execução do acordo pactuado, e sobre tratamento adequado do credor em caso de falência ou adoção de um procedimento de reorganização que tenha a participação do Judiciário. Além disso, esse documento demonstra, no item *B4: Informal Workout Procedures*, a predileção do Banco Mundial por procedimentos em que não haja a homologação judicial, mas que, caso o Estado a adote, ela deve ser feita da maneira mais rápida possível⁹⁴.

O segundo organismo que contribuiu à matéria foi o UNCITRAL, que é o órgão legal da ONU no que diz respeito ao direito comercial internacional, sendo subsidiário da Assembleia Geral⁹⁵. De acordo com a própria ONU, as disparidades entre as legislações sobre comércio internacional de cada país acabam por obstar o fluxo do comércio e o desenvolvimento das nações⁹⁶, e o comércio demanda um crescimento rápido, melhores padrões de vida e novas oportunidades dentro do próprio âmbito comercial. Dentro essa ideia foi criada, em 1966, a UNCITRAL, que tem como principal finalidade a progressiva harmonização e modernização

⁹⁴MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.43-44.

⁹⁵Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em 27/07/2013.

⁹⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.46.

normativa sobre as transações comerciais. Incluem-se entre as iniciativas promovidas pela UNICITRAL convenções, modelos de leis e regras que podem ser aceitas em todos os países; guias legais e legislativos e recomendações de grande valor prático; informações atualizadas sobre jurisprudência e normativas sobre direito comercial uniforme; assistência técnica em projetos de reforma da lei; e seminários regionais e nacionais sobre direito comercial uniforme.

No que diz respeito ao direito concursal, a UNICITRAL até agora promoveu algumas ações em busca de uniformização e modernização das legislações falimentares. Em 1997 elaborou o *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*⁹⁷, que é basicamente uma lei-modelo sobre insolvência transnacional que se presta a auxiliar os Estados a atualizarem seus sistemas concursais em relação a processos que envolvam empresas com ativos localizados em mais de uma jurisdição⁹⁸. No entanto, com exceção dos Estados Unidos, poucos países adotaram o modelo⁹⁹. Já em 2004, a UNICITRAL aprovou o *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*¹⁰⁰, composto por duas partes (*Part one: Designing the key objectives and structure of an effective and eficiente insolvency law* e *Part two: Core provisions for an effective and efficient insolvency law*), sendo que em 2010 aprovou a terceira parte desse documento (*Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*)¹⁰¹. O *UNCITRAL Legislative Guide* é um guia longo e minucioso, porquanto pretende expor didaticamente as várias soluções encontradas pelos Estados para problemas relativos à matéria falimentar, para que o legislador de cada país avalie e encontre a solução mais adequada dentro do contexto nacional. Portanto, esse documento tem a pretensão de ser um guia de auxílio aos governos e órgãos legislativos na reforma da legislação concursal, a fim de torna-la adequada e eficaz¹⁰². A terceira parte do *UNCITRAL Legislative Guide* trata de processos de insolvência nos grupos de empresas em situação de insolvência, seja de um ou mais membros desse grupo, em contexto nacional ou transnacional, caso em que é necessário fazer uma abordagem diferente à tomada na segunda parte, a qual trata de uma situação mais específica. Subsidiariamente, a parte dois também pode ser aplicada para essas hipóteses, salvo indicação em contrário na parte três. Contudo, a terceira parte do *UNCITRAL Legislative Guide* surgiu somente em 2010, após a promulgação da LRF, razão pela qual não teria como a Lei brasileira buscar conformidade a tal documento.

⁹⁷Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf>>. Acesso em 27/07/2013.

⁹⁸MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.47.

⁹⁹Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html>. Acesso em 27/07/2013.

¹⁰⁰ Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf> Acesso em 27/07/2013.

¹⁰¹ Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>> Acesso em 27/07/2013.

¹⁰²MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.47.

De acordo com Martins¹⁰³, o *UNCITRAL Legislative Guide* trouxe recomendações semelhantes às formuladas pelo Banco Mundial, mas com menor enfoque no interesse dos credores financeiros. Isso porque o documento da UNCITRAL buscou dar grande destaque aos acordos informais, denominados *voluntary restructuring negotiations*, colocando-os como alternativa viável e bastante benéfica para superação da crise empresarial, posto que são mais flexíveis, contam com maior participação ativa dos credores e evitam o estigma dado ao devedor num procedimento judicial. Além disso, apresenta recomendações relativas a procedimentos judiciais de homologação de acordos negociados extrajudicialmente, os chamados *expedited reorganization proceedings*.

Por sua vez, criado na Conferência de Bretton-Woods em 1945 e filiado à ONU em 1964, o FMI é uma organização de 188 países que busca promover a cooperação monetária global e a estabilidade financeira segura, facilitar o comércio internacional, promover elevados níveis de emprego e crescimento econômico sustentável e reduzir a pobreza no mundo¹⁰⁴. O FMI crê que o estabelecimento de um diploma falimentar bem estruturado, seguro e previsível é fundamental para que se forme uma economia forte e um sistema financeiro adequado e eficiente, de forma que, ultimamente, vem se envolvendo em atividades de estímulo e promoção de sistemas de insolvência efetivos entre seus membros. Em decorrência disso, em 1999 o FMI elaborou um documento, o *Orderly & Effective Insolvency Procedures – Key Issues*¹⁰⁵, o qual servia como orientação aos países membros, apontando decisões e escolhas essenciais na reforma de suas legislações concursais, com enfoque no mercado de crédito¹⁰⁶.

O *Orderly & Effective Insolvency Procedures – Key Issues* basicamente fornece recomendações relativas a procedimentos de reestruturação judiciais e de liquidação do devedor insolvente, e também relativas a procedimentos de reestruturação baseados em acordos informais e de natureza pré-concursal. Quanto aos procedimentos de reestruturação baseados em acordos informais, sem intervenção judicial, o FMI entende que “a mera existência de um sistema concursal eficiente e ordenado já é capaz de acrescentar muito incentivo às negociações dessa natureza entre os devedores e seus credores”¹⁰⁷. Já em relação aos acordos de natureza pré-concursal, o documento reforça o uso desse meio por acreditar que eles têm a possibilidade de reunir as vantagens das reestruturações judiciais, como a possibilidade de imposição do plano a credores dissidentes, com as vantagens das reestruturações informais, como a

¹⁰³MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.47-48.

¹⁰⁴ Disponível em: <<http://www.imf.org/external/about.htm>>. Acesso em: 27/07/2013.

¹⁰⁵ Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/>>. Acesso em 27/07/2013.

¹⁰⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.51.

¹⁰⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.51.

informalidade, menores custos e tempo despendido¹⁰⁸. Contudo, o *Orderly & Effective Insolvency Procedures – Key Issues* não traz nenhuma recomendação específica acerca desse instituto, somente afirma que são benéficos para a superação da crise.

Por fim, temos as recomendações da INSOL International, que é uma prestigiada federação internacional de associações nacionais de contadores e advogados especializada em recuperação empresarial, insolvência e questões relativas ao crédito. Foi criada em 1982 e se cresceu a ponto de se tornar uma das principais associações falimentares do mundo¹⁰⁹. A associação a INSOL é realizada através de entidades membro, que, no caso do Brasil, é o Instituto Brasileiro de Gestão e Turnaround (IBGT). A INSOL International, juntamente aos membros associados, tem como missão exercer papel de liderança em reestruturações e falências internacionais e outras matérias relativas a crédito internacional, facilitar o intercâmbio de informações e ideias, estimular a cooperação e comunicação internacional entre os profissionais da área falimentar, a comunidade de credores e demais partes relacionadas. Assim, a INSOL International procura dar assistência às suas entidades associadas e os respectivos membros com dados de pesquisa, desenvolvimento de legislações e diretrizes internacionalmente reconhecidas, além de promover fóruns para troca de conhecimentos e aprendizados com a experiência de outros países¹¹⁰. Ademais, a INSOL International participa de projetos de insolvência com diversas organizações internacionais, tais como UNCITRAL¹¹¹, Banco Mundial¹¹², FMI¹¹³, UNIDROIT e OECD.

O principal documento publicado pela INSOL International é o *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*¹¹⁴, finalizado no ano de 2000. Esse documento, em suma, traz princípios que devem guiar as legislações falimentares e as políticas governamentais dos países membros, focando, especialmente no comportamento dos credores, em especial instituições financeiras, quando do procedimento extrajudicial (*workout*) de reestruturação de um devedor em crise. O documento demonstra que o procedimento de recuperação de uma empresa é superiormente preferível em relação ao procedimento formal

¹⁰⁸MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.52.

¹⁰⁹Disponível em: <<http://www.insol.org/page/19/about-us>>. Acesso em: 02/08/2013.

¹¹⁰Disponível em: <<http://www.ibgt.com.br/ibgt-insol>>. Acesso em 02/08/2013.

¹¹¹A INSOL International e a UNCITRAL atuam conjuntamente na promoção de importantes colóquios e outras iniciativas sobre insolvência.

¹¹²A INSOL International participou do projeto do Banco Mundial, o *The World Bank Insolvency Initiative*, que buscou identificar princípios e diretrizes para estruturados sistemas falimentares e também fortalecer direitos de credores e devedores.

¹¹³O FMI consultou a INSOL International para a formulação do *Orderly & Effective Insolvency Procedures – Key Issues*.

¹¹⁴Disponível em: <<http://www.insol.org/pdf/Lenders.pdf>>. Acesso em 02/08/2013.

falimentar, afirmando que os benefícios desses instrumentos de reestruturação empresarial atingem tanto devedores como seus credores.

Em decorrência disso, é preciso encorajar todos os envolvidos a buscarem soluções para a crise da empresa, não só na relação credor-devedor, mas também credor-credor. Por exemplo, o *First Principle* enuncia que os credores devem estar preparados para cooperar uns com os outros a fim de propiciar tempo suficiente para colher informações sobre o devedor e formular propostas a ele, ao invés de pressioná-lo a pagar imediatamente o débito devido. Por sua vez, o *Third Principle* dispõe que o devedor não deve tomar qualquer atitude que possa afetar negativamente os credores durante o período de recuperação, bem como afetar o pagamento de funcionários e fornecedores no curso normal dos negócios. Além disso, o *Fouth Principle* sugere a criação de comissões representativas de coordenação dos credores para organizar melhor seus interesses perante o devedor. Outro princípio relevante é o *Fifth Principle*, que enuncia sobre a disponibilização pelo devedor de todas as informações relevantes sobre seus ativos, passivos, negócios e perspectivas, a fim de permitir uma avaliação adequada da sua situação financeira, o que servirá de base para a elaboração das propostas a serem realizadas pelos credores. Já o *Seventh Principle* recomenda que tais informações obtidas pelos credores e também as propostas de solução da crise sejam disponibilizadas a todos os credores pertinentes e tratadas com confidencialidade. Por fim, o *Eight Principle* traz a ideia de que caso haja fornecimento de algum financiamento adicional ou emergencial durante o período de recuperação, seu reembolso deve ser priorizado em reação aos demais créditos.

Logo, é possível observar que o *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts* traz princípios bastante genéricos, que se referem, especialmente ao modo de atuação do devedor e dos credores, a ser realizado em cooperação para que se atinja a superação da crise da empresa. O conteúdo detalhado desses princípios não necessariamente deve ser adotado pelos membros, mas recomenda-se que a ideia geral guie a atuação concursal, com adaptações ao contexto de cada país. Além disso, conforme já dito, o INSOL International tem parceria com vários organismos internacionais que tratam do direito concursal e, conseqüentemente, concorda, ao menos em diversos pontos, sobre as ideias enunciadas em tais diretrizes, como o *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*.

A partir do estudo realizado sobre o cenário internacional em relação ao direito concursal, podemos concluir pela tendência de harmonização dos valores, princípios e institutos nas legislações diversas, tendo em vista a ideia de globalização e a forma como a empresa se insere neste contexto. Os argumentos dos organismos ora analisados, bem como das legislações estrangeiras, apoiaram as reformas legislativas ocorridas nas últimas décadas, colaborando

neste processo de harmonização da plataforma de princípios e regras do direito concursal. Ademais, têm papel fundamental de amparo à comunidade científica, especialmente no que diz respeito ao intercâmbio de ideias e estímulo ao aperfeiçoamento das normas.

3 O DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO E A DISCIPLINA JURÍDICA DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Ao longo do desenvolvimento do direito concursal brasileiro, em diversos momentos, o legislador realizou alterações profundas na matéria, passando a adotar orientações opostas àquelas que vigoravam no diploma anterior. Essa oscilação de direcionamento se relaciona ao fenômeno legislativo, identificado por Fábio Konder Comparato, de que “em nosso país, a legislação falimentar tem seguido um ritmo nitidamente pendular: protege-se alternadamente o insolvente, ou os seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento”¹¹⁵. Observa-se que esse movimento pendular da legislação de falências também se aplica à aceitação nas negociações extrajudiciais de empresas em crise, uma vez que o legislador brasileiro, em determinados momentos, preferiu proibir tais práticas e, em outros, buscou permiti-las ou até mesmo incentivá-las, como se verá adiante.

Neste capítulo, portanto, pretendemos apresentar o direito concursal brasileiro na atualidade, demonstrando, com base nos precedentes históricos, o papel que tem a recuperação extrajudicial nesse contexto. Para isso, em primeiro lugar, discorreremos sobre a evolução histórica do direito concursal brasileiro, chegando até a LRF. Em seguida, delinearemos os principais os princípios incorporados pela LRF, situando a lógica seguida pelo legislador, a qual deve servir de guia para a interpretação das normas legais. Por fim, faremos uma abordagem dos institutos trazidos pela LRF, ou seja, a falência, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, bem como outros tipos de acordos privados, a fim de situar a própria recuperação extrajudicial, objeto do presente estudo, dentro desse contexto.

3.1 Evolução do direito concursal no Brasil

Proclamada a Independência do Brasil em 1822, uma lei de outubro de 1823 ordenou que vigessem no Brasil as Ordenações, os Regimentos, os Alvarás, os Decretos e as Resoluções promulgadas por reis portugueses. Tais diplomas já regulavam a falência, de modo que regularam a matéria no território nacional até a adoção do Código Comercial de 1850. Glauco Alves Martins¹¹⁶ ensina que, nesta época havia certo grau de liberdade para que o devedor

¹¹⁵COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p.98.

¹¹⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.21.

procurasse seus credores quando estivesse em situação de dificuldades financeiras. Assim, era permitido que o comerciante em crise tomasse providências e estabelecesse negociações com seus credores, a fim de evitar que sua situação fosse dirigida à seara judicial. Isso demonstra uma leve adoção de acordos de natureza extrajudicial, tendo em vista que se admitia a convocação extrajudicial de credores para negociação e a concessão de moratória das dívidas, possibilitando a manutenção da atividade do devedor. No entanto, a legislação existente era bastante precária na matéria comercial, não impedindo quebras dos devedores, além de facilitar a prática de fraudes. A soma desses fatores incentivou uma nova regulamentação do tema no Código Comercial de 1850¹¹⁷.

O Código Comercial de 1850, inspirado nos Códigos francês, espanhol e português¹¹⁸ regulou sistematicamente o direito falimentar no Brasil. Entretanto, não previa qualquer forma de acordo extrajudicial que evitasse a falência e também era omissa quanto à possibilidade de negociação entre devedores e credores¹¹⁹. Ou seja, existiam muitas dúvidas quanto à validade das chamadas “concordatas amigáveis”. Além disso, esse Código estabelecia apenas uma forma de concordata, que não tinha caráter extrajudicial e que, posteriormente, ficou conhecida como concordata suspensiva. De acordo com o Código Comercial, após a instrução do processo da quebra deliberava-se sobre o projeto de concordata apresentado pelo falido, devendo ser aprovada pela maioria de credores em número e dois terços do valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata¹²⁰.

Não obstante, o Código admitia a moratória, a qual não tinha caráter extrajudicial¹²¹. Era concedida pelo Tribunal do Comércio, com a concordância da maioria dos credores em número e que ao mesmo tempo representasse dois terços da totalidade de dívidas dos credores sujeitos aos efeitos da moratória, conforme dispunha o art. 900. Sica¹²² considera a moratória

¹¹⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.22.

¹¹⁸DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.74.

¹¹⁹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.22-23.

¹²⁰DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.75, MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.22, REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.10.

¹²¹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.75, MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.22.

¹²²SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.33.

como a origem da ideia de recuperação de empresas no Brasil¹²³. Para Requião¹²⁴, a moratória, concedida por no máximo três anos, fazia o papel de concordata preventiva, sendo independente da falência, desde que comprovada a possibilidade de pagamento futuro e que o inadimplemento adviesse de situação imprevista ou de força maior¹²⁵. Dessa maneira, concluímos que, embora admitisse a moratória, o Código Comercial de 1850 não trouxe meios de se obstar a declaração da falência de forma independente, tampouco fez referências quanto à possibilidade de negociações de natureza extrajudicial entre credores e devedores. O regime adotado pelo Código Comercial de 1850 era lento, complicado, dispendioso e importava, quase sempre, na quebra do devedor e no sacrifício dos credores, os quais muitas vezes preferiam aceitar concordatas fraudulentas a aguardarem a finalização dos demorados processos de falências¹²⁶.

Com a omissão do Código Comercial de 1850 em relação às negociações extrajudiciais seguiu-se, posteriormente, uma série de decretos que visavam a regular essa matéria. O Decreto n. 2.481/1859 foi o primeiro deles, e estabeleceu um regime rígido de proibição de acordos dessa natureza¹²⁷. Já o Decreto 3.308/1864, que tinha caráter emergencial, em razão de uma crise econômica na Capital do Império, introduziu um instrumento de recuperação do devedor, isto é, uma concordata que poderia ser concedida extrajudicialmente por credores que representassem dois terços da totalidade dos créditos. Entretanto, como foi promulgada em um contexto emergencial, a concordata amigável passou novamente a ser proibida pela legislação concursal, por meio do Decreto n. 3.516/1865¹²⁸. Por sua vez, o Decreto Legislativo n. 3065/1882 manteve tanto a moratória como a concordata suspensiva e exigia, para esta, apenas a maioria de credores em número, dispensando a o requisito de dois terços do valor dos créditos¹²⁹. Além disso, esse Decreto possibilitou a modalidade de concordata por abandono,

¹²³“Pode-se dizer que o sistema vigente durante o século que precedeu o Decreto-lei 7.661, de 1945, previu três ‘espécies’ de moratória (...): (i) a emanada por força de decreto ou lei; (ii) a proposta perante o Tribunal do Comércio e (iii) a contratual. (...)”

Assim, a moratória ‘contratual’ advém da concepção de que, na vigência do Código Comercial antes da promulgação da Lei nº 2.024/1908, da lavra de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, o acordo entre devedor e credores não era ato de falência e sim acordo de cunho recuperatório.

Já sobre aquelas mencionadas como as moratórias propostas ‘perante o Tribunal de Comércio’, o Código Comercial Brasileiro (‘CCom’) disciplinava nos seus artigos 898 e seguintes.

Segundo o disposto o Código, a moratória era procedimento pré-falimentar, preventivo e restrito a comerciantes devidamente matriculados nos ‘tribunaes do commercio’.” SICA, Lígia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.35-36.

¹²⁴REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.10.

¹²⁵DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.75, SICA, Lígia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.33.

¹²⁶MENDONÇA, José Xavier Carvalho *apud* DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.92.

¹²⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.23.

¹²⁸MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.23-24.

¹²⁹REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.10.

que consistia na entrega de todos os bens ou parte do ativo da massa aos credores para que o realizassem e pagassem o passivo¹³⁰.

A seguir, o Decreto n. 917/1890 providenciou uma reforma no direito falimentar do Código Comercial brasileiro. Pela primeira vez, regulou-se sistemática e detalhadamente um mecanismo de recuperação extrajudicial do devedor, o acordo extrajudicial. Com esse Decreto, os credores passaram a ter um poder de atuação mais amplo, especialmente em relação aos instrumentos de prevenção da falência. O Decreto n. 917/1890 permitiu três meios preventivos de falência, quais sejam, a moratória, a cessão de bens e o acordo extrajudicial¹³¹. Por outro lado, o Decreto n. 917/1890 também trazia dispositivos relativos à concordata. O instituto da moratória foi alterado, sendo concedido pelos credores, não mais pelo Tribunal. Mas as condições para a sua concessão não eram muito diferentes das previstas no Código Comercial de 1850¹³². A cessão de bens objetivava obstar a declaração de falência por meio da imissão dos credores na posse dos bens do devedor¹³³.

No entanto, o grande diferencial do Decreto n. 917/1890 foi a introdução, pelo art. 120, do acordo extrajudicial, também chamado de concordata extrajudicial, que estava sujeito a um processo específico de homologação. O comerciante regularmente inscrito no registro do comércio que ainda não tivesse título protestado por falta de pagamento poderia requerer a homologação judicial de acordo assinado por credores que representassem pelo menos três quartos do seu passivo¹³⁴. Abria-se um prazo para que os credores apresentassem eventuais impugnações concernentes a má-fé, fraude ou dolo do credor¹³⁵. O acordo já homologado produzia efeitos para todos os credores quirografários, inclusive para aqueles que não tivessem consentido com ele anteriormente¹³⁶. Além disso, a homologação impedia que fosse decretada a quebra da empresa, salvo se por falta de pagamento de dívidas previstas no acordo ou das contraídas posteriormente. E caso se negasse a homologação do acordo extrajudicial a falência era automaticamente declarada¹³⁷.

Já em relação à concordata, passaram a coexistir duas modalidades: a suspensiva e a preventiva. A concordata suspensiva objetivava sustar o procedimento de falência, de modo a cancelar seus efeitos e dar ao devedor a chance de reassumir a administração de seus bens e a

¹³⁰REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.10.

¹³¹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.24.

¹³²SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.40.

¹³³MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.24.

¹³⁴MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.25, SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.46.

¹³⁵MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.25, SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.46.

¹³⁶DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.93, SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.46.

¹³⁷SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.47.

continuidade de sua atividade. A concordata preventiva tinha por escopo evitar que o devedor fosse declarado falido. Ambos os tipos baseavam-se nos mecanismos de remissão de dívidas e de dilação do prazo para pagamento, ou na combinação dos dois. Na concordata preventiva, o devedor que tivesse feito extrajudicialmente algum acordo ou concordata com credores antes do protesto por falta de pagamento deveria requerer a homologação pelo juiz. Sendo obtida, o devedor não poderia ser decretado falido.

Requião¹³⁸ explica que com a formação de assembleia de credores, após se verificarem os créditos e relatório do curador fiscal sobre as causas determinantes da falência, o falido poderia apresentar a proposta de concordata, independentemente de apoio anterior credores. Havia a concordata por abandono e a concordata por pagamento¹³⁹. De acordo com o art. 43, a concordata por abandono consistia na adjudicação de todos os bens integrantes da massa, ou de parte deles, pelos credores para pagamento do passivo, e importava na completa desoneração do devedor, o qual se livrava dos efeitos comerciais, civis e criminais da falência. Já a concordata por pagamento relacionava-se à remissão ou dilação, e consistia na manutenção do devedor na posse da massa pelo tempo acordado para o pagamento dos credores, nos termos propostos e aceitos. E apenas depois do cumprimento dos ajustes da concordata o devedor ficava desonerado e livre dos efeitos comerciais, civis e criminais da falência. Nota-se que era necessária a autorização três quartos da totalidade dos créditos reconhecidos verdadeiros e admitidos ao passivo para a concordata, e esta era homologada pelo juiz.

No que diz respeito ao aspecto processual, Requião¹⁴⁰ ensina que a concordata preventiva era requerida ao juiz, este convocava uma reunião de credores, em petição promovida pelo devedor por editais, juntamente à proposta. Nessa petição o devedor deveria expor as causas do seu estado, juntando seus livros, o balanço exato do ativo e do passivo, a conta dos lucros e perdas, a relação nominal dos credores, com seu domicílio, natureza e importe de cada crédito e o prazo do pagamento. Após a aceitação de credores representantes de pelo menos 3/4 da totalidade do crédito, o juiz poderia homologar a proposta ou não. No entanto, o juiz poderia expedir desde o recebimento do pedido de convocação dos credores uma ordem para sustar todos os procedimentos executivos pendentes, ou os que fossem futuramente intentados, até a homologação da concordata. Da não homologação era possível interposição de agravo de petição.

¹³⁸REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.11.

¹³⁹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.76,93.

¹⁴⁰REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.12.

Importante destacar que a concordata, seja preventiva ou amigável, tinha caráter contratual, especialmente na forma extrajudicial, tanto na hipótese de aceitação unânime dos credores como na imposição do plano à minoria dissidente quando da homologação. Essa era a posição majoritária, havendo, por outro lado, quem defendesse a teoria da imposição legal. Ferreira e Mendonça, contudo, explicam que era a equidade formava a formava a obrigação e constrangia a minoria, evitando que ela prejudicasse a maioria e a vantagem comum aos credores e ao devedor. Daí a exceção ao princípio dos contratos, uma vez que a os credores formam uma associação, e a maioria deles é que representa os interesses dessa associação. O Decreto n. 917/1890 fixava a maioria em três quartos da totalidade do passivo¹⁴¹.

Além dos mencionados instrumentos, outras formas de acordo extrajudicial poderiam ser consideradas válidas, com a eficácia independente de homologação extrajudicial, desde todos os credores aceitassem tal acordo¹⁴².

Não obstante, o país viveu uma forte crise inflacionária, somada à desenfreada especulação na bolsa de valores e o crescente aumento do custo de vida, decorrentes da política monetária de encilhamento instituída em 1891 pelo Ministro da Fazenda Rui Barbosa no Governo Provisório de Deodoro da Fonseca. Esse cenário provocou a quebra de inúmeros comerciantes e a prática de fraude no processamento¹⁴³. Assim, o sistema trazido pelo Decreto n. 917/1890 foi sendo severamente criticado, pois muitos credores se aproveitavam dos devedores quando da celebração do acordo preventivo, fosse em razão de muitas facilidades e meios para que os devedores evitassem a falência, ou em razão do excesso de poder e autonomia dos credores¹⁴⁴. Além disso, criticou-se também o excesso de meios preventivos de falências trazidos por esse diploma legal, a não sujeição das sociedade anônimas à falência, a falta de clareza na separação dos interesses públicos e privados e das responsabilidades civil e criminal¹⁴⁵. Por fim, importante observar que os problemas referentes ao Decreto n. 917/1890 derivavam não só das diretrizes traçadas pelo diploma legal, mas também das interpretações do magistrado, as quais desconsideravam as motivações originárias¹⁴⁶.

As falências e fraudes decorrentes da política monetária de encilhamento somadas à impunidade dos falidos fraudulentos fizeram com que fossem exigidas reformas no Decreto n. 917/1890, resultando então na Lei n. 859/1902, que banuiu tanto a concordata por abandono

¹⁴¹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.93-95.

¹⁴²MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.25.

¹⁴³MENDES, Octavio. **Falências e Concordatas**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1930.p.06.

¹⁴⁴MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.25.

¹⁴⁵DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.95.

¹⁴⁶MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial. Vols. VII**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.p.72.

como a moratória¹⁴⁷. Essa lei foi regulada pelo Decreto n. 4.855/1903, mas teve uma vigência efêmera, pois foi logo substituída em 1908 pela Lei n. 2.204¹⁴⁸, a qual realmente trouxe novidades quanto ao sistema recuperacional. Essa Lei, cujo projeto foi de José Xavier Carvalho de Mendonça, providenciou uma profunda reforma na legislação falimentar brasileira, tendo como objetivo “desterrar a fraude, o conluio, a má-fé, e a chicana, dando-lhes caça, onde quer que se ocultem”¹⁴⁹. Entretanto, foi posteriormente modificada e ampliada pela Lei n. 5.746/1929¹⁵⁰, reduzindo-se o rigor para a concessão da concordata¹⁵¹.

A Lei n. 2.024/1908 representou uma grande mudança no direito brasileiro quanto aos acordos extrajudiciais, porquanto veio a abolir a concordata extrajudicial e a moratória, consolidando tão somente a concordata judicial sob duas formas: preventiva e suspensiva (na falência)¹⁵². A concordata, preventiva ou terminativa, somava três elementos principais, quais sejam: a proposta pelo devedor, a aceitação pelos credores e a homologação. Ademais, o processamento ou a homologação da concordata eram obrigatoriamente realizados em juízo, e o poder do magistrado englobava a verificação dos requisitos legais para a concessão da concordata, tutela dos interesses envolvidos, investigação da boa-fé do devedor, análise da procedência ou não das oposições, não podendo alterar nem criar o conteúdo das obrigações pactuadas, conforme leciona Alessandra Domingues¹⁵³. Sica¹⁵⁴ acrescenta que o procedimento da concordata passou a contar com a atuação de um representante do Ministério Público, bem como a fiscalização de atos por comissários nomeados pelo juiz. Ademais, o devedor podia evitar a falência requerendo ao juiz a convocação de seus credores para lhes propor a concordata preventiva, desde obedecesse aos requisitos legais a serem verificados pelo juiz. Além disso, havia também a possibilidade da concordata que suspendia os efeitos da falência no curso desta, sendo que a falta de cumprimento das condições resultaria em rescisão da concordata seguida de declaração de falência¹⁵⁵. Fundamental observar que sem a homologação judicial a concordata não existiria nos termos da Lei n. 2.024/1908, de modo que só assim passava a produzir seus regulares efeitos. Entretanto, a força obrigatória de cumprimento do acordo não

¹⁴⁷REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.10.

¹⁴⁸LACERDA, Paulo Maria de. **Da Falência no Direito Brasileiro**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931.p.07-08.

¹⁴⁹MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Op. cit., p.113.

¹⁵⁰LACERDA, Paulo Maria de. Op. cit., p.08.

¹⁵¹SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.51.

¹⁵²REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.12.

¹⁵³DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.95.

¹⁵⁴SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.49.

¹⁵⁵GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro**. 2006. 395 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.p.33.

decorria da homologação, mas da própria convenção, ou seja, da aceitação pelos credores da proposta do devedor. Isso porque a concordata mantinha neste diploma legal o caráter contratual¹⁵⁶.

Além disso, a Lei n. 2.024/1908 trouxe a ideia de que a convocação de credores com o escopo de celebrar acordo extrajudicial para salvar um devedor em crise era causa para a declaração de falência do mesmo, pois esta prática, chamada de ato de falência, era entendida como presunção de insolvência¹⁵⁷. Portanto, passou-se a um momento de severa proibição das negociações extrajudiciais, o qual perdurou até a promulgação da LRF. Domingues¹⁵⁸ afirma que “a Lei nº 2.024 tolerava a concordata amigável apenas quando concordava a unanimidade de credores, mas sujeitava tal acordo ao regime do direito comum (...)”. Por fim, Sica¹⁵⁹ considera que foi a partir da Lei n. 2.024/1908 que surgiu uma burocratização e judicialização dos procedimentos de recuperação das empresas em crise, além do seu alto custo e inacessibilidade para as empresas de menor porte. Não obstante, tal Lei passou a regulamentar de maneira mais cautelosa a concordata preventiva e a concordata suspensiva, mas estas sofreram importantes alterações pelo Decreto-lei n. 7.661/1945¹⁶⁰.

O Decreto-lei n. 7.661/1945 conservou a ideia de proibição das tratativas extrajudiciais entre devedores em crise e credores, bem como manteve a concordata nas formas suspensiva e preventiva. A concordata preventiva, antes vinculada a uma natureza contratual, passou a ser considerada como um *favor legis*, ou seja, um direito do comerciante honesto e de boa-fé a ser judicialmente pleiteado e concedido pelo Estado, por sentença do juiz, visando evitar acordos

¹⁵⁶DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.96. O caráter contratual da concordata na Lei n. 2.024/1908 decorria de dispositivos legais que faziam referência do instituto como contrato, como por exemplo impor a pena de rescisão ao inadimplemento. Mas, além disso, era um contrato indivisível, que não poderia ser anulado ou rescindido em face de determinado credor. Fugia à feição ordinária dos contratos, pois a lei fazia prevalecer a vontade da maioria sobre o interesse do particular. Entendia ainda que a concordata não operava a novação, a transação, era um contrato oneroso e unilateral e que não se subordinava a termo ou condição suspensiva ou resolutiva (FARIA, Soares *apud* DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.97-98).

Por outro lado, Carvalho de Mendonça entendia que a concordata era um contrato de características específicas, de modo que estabelecia para uns obrigações diretamente derivadas da convenção – maioria – e, para outros, obrigações derivadas da lei – minoria dissidente e ausentes. E a unicidade desse contrato decorria do objeto do consentimento, e não das obrigações, que eram tantas quantos os credores (MENDONÇA, J. X. Carvalho de *apud* DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.97).

¹⁵⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.27.

¹⁵⁸DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.97.

¹⁵⁹SICA, Lígia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.51.

¹⁶⁰LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 11 ed., rev., e atual. por Jorge Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.p.227.

fora do processo que prejudicassem o princípio de igualdade entre credores¹⁶¹⁻¹⁶²⁻¹⁶³. A concordata preventiva era pleiteada pelo comerciante que se encontrava em boa situação econômica, mas em situação financeira ruim. Sendo assim, servia para que se concedesse a este comerciante um prazo maior para pagamento de credores quirografários, a fim de que pudesse reorganizar sua vida financeira e, conseqüentemente, evitar a falência. Já a concordata suspensiva se destinava àquele comerciante que já tinha sido decretado falido, de modo que lhe era dada a oportunidade de retomar a administração da empresa e tentar reerguê-la¹⁶⁴.

Tzirulnik¹⁶⁵ leciona que a concordata era definida pela doutrina brasileira como “uma demanda que tem por objeto a regularização das relações patrimoniais entre o devedor e seus credores quirografários, evitando a declaração da falência ou fazendo cessar seus efeitos, caso já tenha sido declarada”. Para a concessão da concordata bastava o preenchimento de requisitos legais e objetivos pelo credor, que passava a não mais se sujeitar à vontade do credor¹⁶⁶. Em relação a isso, Sica¹⁶⁷ ressalta que não se avaliava a real possibilidade de reerguimento da empresa “e, muitas vezes a deixavam à mercê de credores *mal intencionados* ou com o intuito único de reaver o seu crédito a qualquer preço, ainda que sob pena de arruinar a possibilidade de a empresa recuperar-se”. Ou seja, a concordata era um favor legal concedido em razão do cumprimento de formalidades burocráticas, sem qualquer preocupação com estratégias de recuperação¹⁶⁸.

Ademais, o Decreto-Lei n. 7.661/45 restringia a concordata para tão somente créditos quirografários, enquanto os demais credores podiam propor ou dar continuidade às cobranças

¹⁶¹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.80-81, MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.27, SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.51.

¹⁶²Até o Decreto-Lei n. 7.661/45, a concordata tinha natureza contratual. Para Tzirulnik, a teoria contratualista da concordata era uma espécie de convenção entre devedor e credores e podia ser baseada nas seguintes teorias: coação da vontade; vontade presumida; representação; teoria da massa de credores; contrato misto; contrato processual; contrato anormal; novação; remissão; transação; contrato coletivo. O autor afirmava que as principais críticas a essa corrente seriam a dificuldade de justificá-la em relação aos credores minoritários ou ausentes no processo de concessão da concordata (TZIRULNIK, Luiz. Op. cit., p. 234).

¹⁶³A partir do Decreto-Lei n. 7.661/45 passou a imperar a teoria legal da concordata. Tzirulnik se refere a esta teoria como a-contratualista, a qual baseava-se também em algumas teorias: processo de execução forçada; processo jurisdicional puro; procedimento cautelar; processo voluntário sem lide; expropriação do direito do crédito; processo concursal voluntário; proteção jurisdicional do estado; demanda; revisão judicial das relações entre credor e devedor (TZIRULNIK, Luiz. Op. cit., p. 234).

¹⁶⁴BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.327-328.

¹⁶⁵TZIRULNIK, Luiz. Op. cit., p. 234.

¹⁶⁶DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.81.

¹⁶⁷SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.54.

¹⁶⁸SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.55. “Além disso, o instituto da concordata era calcado numa visão *liquidatória* que não se coadunava com a possibilidade de criação de fluxo de caixa, mas apenas com a geração de recursos para pagamentos de dívidas vencidas” (SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.55).

judiciais de seus créditos; bem como trazia as formas de remissão das dívidas e as regras de dilação de prazo para o pagamento dos credores. Toda essa combinação culminou em severas críticas pela doutrina e conseqüente flexibilização na aplicação das normas. Domingues¹⁶⁹ entende serem estes os fundamentos do insucesso da concordata e pela sua ineficácia como remédio legal apto a solucionar a situação financeira do devedor em crise financeira, tendo em vista que 90% das empresas em concordata foram à falência. Requião¹⁷⁰ entende que o Decreto-lei n. 7.661/1945 trouxe muitas inovações, sendo que reforçou poderes do magistrado em perante a influência dos credores, e também passou a considerar a concordata como benefício concedido pelo Estado ao devedor honesto. Em decorrência disso, as críticas a esse diploma legal eram diversas. Waldemar Ferreira¹⁷¹ afirmou que o novo sistema acabava por beneficiar a figura do devedor em detrimento dos credores, porque estes teriam sofrido grandes restrições a seus direitos creditórios, como por exemplo a intervenção na concordata frente ao juiz, que passou a deter maior poder sobre a matéria.

Mais especificamente em relação à negociação de natureza extrajudicial, o Decreto-lei n. 7.661/1945 mostrou-se completamente contrário a ela. Em primeiro lugar, faltava de um instituto jurídico que lhe desse eficácia jurídica. Essa omissão normativa era totalmente contrária à tendência evolução de acordos preventivos extrajudiciais existente em outros países, conforme se verá adiante. Além disso, o Decreto-lei n. 7.661/1945 proibia expressamente a negociação extrajudicial entre credores e devedores. Em primeiro lugar, o art. 2º, III, do Decreto-lei n. 7.661/1945 dizia que o devedor estava proibido de convocar os credores para uma assembleia que tivesse por fim propor dilação, remissão de créditos ou cessão de bens, sob pena se considerá-la ato de falência, e ainda considerava o pagamento antecipado de credores, em prejuízo de outros, como conduta delituosa. De acordo com a doutrina, esta prática era vista como confissão extrajudicial do estado de falência, pressupondo desorganização da empresa e risco de fraude nas suas operações. Martins¹⁷² entende que “o legislador de 1945, ao considerar tal hipótese, fez uma nítida opção em favor da coletividade de credores, coibindo preventivamente eventuais fraudes, ainda que em prejuízo da reestruturação da atividade econômica”. Isso porque se impedia o devedor de convocar apenas um determinado grupo de credores para lhes propor situação vantajosa, excluindo-se outros grupos de credores, ideia da qual se depreende que era preferível a quebra do comerciante e posterior rateio do patrimônio

¹⁶⁹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.82.

¹⁷⁰REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p.24.

¹⁷¹FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1965.p.45.

¹⁷²MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.28.

entre todos os credores do que a possibilidade de manutenção da atividade por meio da autonomia privada. Por outro lado, Sztajn¹⁷³ reforça que a concordata, especialmente a preventiva, também era prejudicial aos credores, uma vez que servia apenas para ganhar tempo e, na maioria das vezes, quando o processo se convolava em falência, os ativos valiam muito menos que no início, o que prejudicava os credores.

Todavia, mesmo com a proibição legal, era possível a negociação extrajudicial, desde que todos os credores aceitassem a proposta do devedor. Isso evitaria que entrassem em juízo ou se provocasse a falência, mas o credor ficaria sem qualquer respaldo judicial contra esse pedido¹⁷⁴. Na prática, o devedor continuou a procurar credores para a negociação extrajudicial, nomeando, para tanto, bancos como seus mandatários, fato que fez surgir a denominada “concordata branca”¹⁷⁵. Ou seja, a concordata branca surgiu durante a vigência do Decreto-lei n. 7.661/1945, mas não tinha qualquer amparo legal. No mais, a concordata branca referia-se a qualquer iniciativa do devedor de procurar seus credores a fim de assumir que estava enfrentando uma situação de crise, propondo-lhes moratória ou outra forma de pagamento distinta da originariamente acordada. Na prática, passou a ser frequentemente utilizada nos negócios porque os instrumentos oferecidos pelo Decreto-lei n. 7.661/1945 não eram eficazes para o reerguimento do devedor e porque proporcionava diversos benefícios que a concordata não oferecia, como diminuição de riscos à decretação da falência em razão do descumprimento de formalidades ou de conteúdo do acordo, não limitação aos credores quirografários, liberdade de negociação, não se restringindo às formas dispostas em lei¹⁷⁶.

Por outro lado, a prática da concordata branca era acompanhada de insegurança às partes, o que desestimulava a participação de todos os interessados, além de trazer o risco de algum credor envolvido na negociação requeresse a falência com fundamento do art. 2º, III, do Decreto-Lei n. 7.661/1945¹⁷⁷. Assim, com a prática frequente da concordata branca ficou clara a discrepância entre a realidade e a lei. Domingues¹⁷⁸ resume bem como era impróprio o sistema trazido pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945¹⁷⁹:

¹⁷³SZTAJN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Coordenação Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2012.p.531.

¹⁷⁴MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Op. cit., p.51.

¹⁷⁵DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.79.

¹⁷⁶DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.80.

¹⁷⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.32.

¹⁷⁸DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.83.

¹⁷⁹O Prof. Newton de Lucca resumiu e esquematizou as críticas impostas ao Decreto-Lei n. 7.661/1945:

“1ª) Não pôde ele refletir, em razão da época em que veio a lume, as consequências sócio-econômicas que o segundo conflito mundial provocou nas diversas economias do mundo;

2ª) Dirigiu-se, fundamentalmente ara o comerciante individual, descurando, quase completamente, da importância da empresa enquanto atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens e de serviços;

“(...) verificou-se que o modelo concursal eleito era igualmente inadequado e ineficaz a regular a realidade econômica das empresas inseridas em contextos complexos de governança corporativa, de grupos econômicos, de crescimento das relações internacionais e de globalização, inclusive em razão de ter eleito o conceito de comerciante, ao invés do conceito de empresa, tanto festejado por Ascarelli, não imprimindo a diferenciação entre a pessoa do comerciante a atividade economicamente organizada.

Tal inadequação originou-se não da rigidez da lei que não a permitia acompanhar a revolução sócio-econômica brasileira – fator que contribuiu, por certo, para a ineficácia da lei no tocante à solução da crise financeira do devedor –, mas da própria dissonância entre o espírito da lei e a época em que entrou em vigor, como explica Nelson Abraão. (...)

De fato, o referido Decreto-Lei nasceu velho, revelando uma preocupação demasiada com a figura dos credores, privilegiando a falência e abortando tentativas de reestruturação de empresas que eram viáveis e poderiam voltar a ser lucrativas. Favorecia o ganho individual dos credores em detrimento da perda de empregos, da geração de riquezas e perda econômica para a sociedade, indo na contramão da tendência mundial dos sistemas concursais pautados na preservação da empresa.”

Concluimos que qualquer tentativa de negociação entre devedor e credor em momento pré-falimentar que fosse realizada fora do âmbito judicial estava à margem da lei. Consequentemente, inúmeras críticas foram realizadas quanto a esta sistemática, a qual demonstrava-se demasiadamente distante da realidade prática¹⁸⁰, vez que diversos acordos

3º) Não fez, pelo mesmo motivo histórico em que foi editado, a necessária distinção entre *empréstimo* e *empresa*. Estabelecendo um esquema repressivo em relação ao primeiro, trouxe consequências desastrosas para a segunda, enquanto instituição social com múltiplos interesses a serem preservados. As disposições constantes dos arts. 140, inciso II e 111 texto legal são suficientes para demonstrar por si sós a evidência de tal assertiva;

4º) Voltou-se, excessivamente, para regular a situação obrigacional entre devedores e credores, exacerbando-se num processualismo tal que os formalismos estéreis e inconsequentes culminaram por obnubilar quase que inteiramente a realidade econômica do direito dos credores – não logrou ser atingido;

5º) Subsistiu, na Lei Falimentar brasileira, em consequência das concepções anteriores, uma finalidade *liquidatória-solutória* que é indissociável e que só deveria existir nos casos de completa inviolabilidade da atividade empresarial. Exemplo: o sistema da *imponibilidade* e não o da *insolvência* (v. art. 1º e art. 11, §2º). A jurisprudência afirmara, inocuamente, que o processo falimentar não se constitui em *meio de cobrança*, mas é assim que tem sido;

6º) Subsistiram, igualmente, excessivos privilégios estabelecidos em favor do fisco, de tal sorte que nem mesmo os credores com garantia real sentem-se seguros no momento de concordar com a concessão do crédito.” (DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.24-25).

¹⁸⁰ “Era nítida a obsolescência da denominada ‘Lei de Falências’ (Decreto-lei 7.661/1945) e a sua inadequação à realidade, uma vez que (i) surgiu com foco no comerciante individual da época de sua promulgação e (ii) tratava-se de normatização da relação entre devedor insolvente e seus credores, ignorando outros interesses corretatos que gravitam ao redor da empresa.

Pode-se dizer que, da mesma forma que se referiu WALDEMAR FERREIRA à omissão da regulação pormenorizada do Código Comercial quanto aos contratos de transporte, o Decreto Falimentar de 1945 é normatização ‘de seu tempo’.

Discorda nesse aspecto PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, que logo na primeira página de sua dissertação afirma ter nascido velha a legislação vigente por meio da seguinte metáfora: ‘Lei de Falências é uma senhora que, na maturidade, mostra sinais inescandíveis de velhice, causados por uma profunda inadequação à realidade, mal que padece desde o nascimento.

Para RICARDO TEPEDINO é indesculpável que o legislador de 1945 tenha centrado o foco do regramento no comerciante individual, ‘dispondo até sobre as despesas do seu funeral, e posto a sociedade mercantil no secundário plano das exceções’, vez que, mesmo considerando o acanhamento da economia da época já vicejavam no Brasil

extrajudiciais informais foram firmados a despeito da proibição legal¹⁸¹. Aos poucos, os entendimentos do magistrado foram sendo flexibilizados no sentido de aceitar novas formas de composição de devedores, mesmo na pendência de uma concordata preventiva, por exemplo¹⁸². Logo, era bastante claro que o sistema concursal brasileiro não caminhava juntamente às orientações legais dos demais países do mundo. Como resultado de tantas críticas e orientações jurisprudenciais que permitiam o uso de soluções de mercado para o devedor em crise financeira, houve uma mobilização para o legislador reformasse o direito falimentar brasileiro, resultado, posteriormente na LRF. Essa Lei revogou o diploma falimentar então vigente, introduzindo no Direito brasileiro um novo sistema concursal norteado por outros novos princípios, bem como passou a promover institutos muito diferentes daqueles apresentados pelo Decreto-lei n. 7.661/1945.

Posteriormente, a Lei n. 4.983/1966 foi elaborada para realizar alterações no Decreto-lei n. 7.661/1945. Ela veio coibir abusos praticados por diversos devedores que procrastinavam a todo custo o procedimento de homologação do pedido da concordata preventiva, uma vez que o prazo para pagamento começava a correr a partir da sentença de homologação. Com a Lei n. 4.983/1966 o prazo passou a se iniciar na data do pedido de seu ingresso em juízo. A despeito de tais alterações, a Lei n. 4.983/1966 não apresentou mudanças profundas na sistemática concursal do Direito brasileiro. Ressalta-se que a doutrina tem como referência de diploma falimentar anterior à LRF o Decreto-lei n. 7.661/1945

Desde a década de 1970 a doutrina brasileira chamava atenção para a necessidade de uma reforma na legislação falimentar. Cumpre observar que a Lei n. 7.274/1984 mudou poucos dispositivos da Lei falimentar vigente, sendo que a Lei 6.024/1974 foi a última a alterar a matéria relativa a negociação extrajudicial, dispondo sobre intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras¹⁸³. Mais adiante, em meados de 1991, frente à necessidade de uma nova lei falimentar, foram constituídas comissões específicas, integrada por renomados juristas, para que se iniciasse o processo de elaboração. Em 1993, nasceu o Projeto de Lei n. 4.276 por iniciativa do Poder Executivo, o qual formulou o anteprojeto remetido ao Congresso Nacional, e o Projeto de Lei n. 4.276/1993 deu origem à atual Lei de Recuperação e Falências. No texto do anteprojeto não havia nenhuma referência quanto à

empreendimentos de porte. E completa: 'A lei voltou sua atenção, como bem lembrou NELSON ABRAÃO, ao *boutiquier*, ao vendeiro". (SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.52)

¹⁸¹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.28, SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.52.

¹⁸²DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.80,98, MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.33.

¹⁸³SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.61-62.

recuperação extrajudicial ou instituto semelhante e, portanto, não demonstrava qualquer tipo de avanço quanto aos meios extrajudiciais de reorganização das empresas em crise¹⁸⁴.

O Projeto de Lei n. 4.276/1993 em trâmite da Câmara dos Deputados foi deixado de lado por quase dez anos, mas, a partir de 2002 seu trâmite foi retomado com a participação de juristas e especialistas em matéria concursal, passando a trazer dispositivos mais modernos sobre falências, buscando uma maior rapidez e eficiência no processamento e recuperação judicial, além de introduzir, nesta fase, o instituto da recuperação extrajudicial no Brasil¹⁸⁵. O resultado de tudo isso foi o chamado “Projeto Biolchi” – em razão do Deputado Relator Oswaldo Biolchi –, que era significativamente distinto do anteprojeto¹⁸⁶. Importante observar que foram realizadas audiências públicas para que se contasse com a participação popular, bancos, Ministério Público, Governo Federal e diversos outros especialistas na área. Martins¹⁸⁷ leciona mais detalhadamente sobre a inserção da recuperação extrajudicial no Projeto:

“Um dos aspectos mais positivos e relevantes dessa fase do trâmite legislativo do Projeto de Lei nº 4.376/93 foi a inclusão do instituto da recuperação extrajudicial, a qual foi resultado da solicitação de diversos especialistas em reorganização de empresas e renegociação de dívidas, bem como a exclusão de qualquer hipótese de ato de falência que pudesse inviabilizar os processos coletivos de negociação extrajudicial com credores. Para que não restasse qualquer dúvida a esse respeito, um dos artigos do Projeto Biolchi mencionava expressamente que a convocação extrajudicial de credores não mais seria considerada ato de falência.

O ponto alto da proposta de regulamentação do instituto era a possibilidade de imposição dos termos de um plano de recuperação elaborado e discutido extrajudicialmente a um grupo de credores minoritários e dissidentes. Outro com essa inovação, era de se esperar que os processos coletivos de renegociação de dívidas ganhassem um ritmo novo, dada a pressão a que ficariam submetidos os credores dissidentes. Outro ponto positivo era a tentativa de proteção dos atos previstos no plano de recuperação extrajudicial contra eventuais declarações de ineficácia ou ações revocatórias, na hipótese de futura declaração de falência do devedor”.

Em seguida, o Projeto foi enviado ao Senado Federal, tendo como Relator o Senador Ramez Tebet, sendo sensivelmente alterado em relação à versão anterior, em razão da Emenda

¹⁸⁴MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.34.

¹⁸⁵PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Da Recuperação Extrajudicial**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.564, SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.63.

¹⁸⁶Essa alteração radical do texto foi justificada pela Comissão no sentido de que para atingir aos objetivos a que se propõe, a Lei de Falências “(...) deve apresentar três características fundamentais: primeiramente, deve ser logicamente estruturada, de forma que seus dispositivos possam ser bem compreendidos no âmbito dos respectivos institutos que pretendem disciplinar; em segundo lugar, seus dispositivos devem ter coerência interna, ou seja, é indesejável que haja repetições, contradições ou omissões que dificultem a aplicação da lei; finalmente, os dispositivos devem ser claros e tecnicamente precisos, para que se reduza, tanto quanto possível, a possibilidade de que controvérsias interpretativas comprometam a segurança jurídica dos interessados.” (Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre a apresentação da subemenda substitutiva às emendas de Plenário ao substitutivo adotado pela Comissão Especial ao PL nº 4.376-B/1993).

¹⁸⁷MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.35.

apresentada e aprovada pelo Plenário do Senado. A Emenda Tebet praticamente reformulou o instituto da recuperação extrajudicial, conforme consta do próprio Relatório do Senador Ramez Tebet¹⁸⁸, e como afirma Martins¹⁸⁹⁻¹⁹⁰. De acordo com esse Relatório, o projeto nos moldes anteriores previa, injustificadamente, uma recuperação extrajudicial muito semelhante à recuperação judicial, não havendo qualquer necessidade para a implementação de dois instrumentos tão parecidos. Por esse motivo, quando da tramitação no Senado Federal, houve uma alteração substancial do instituto da recuperação extrajudicial, a ser utilizada por devedores em situações de crise distintas daquelas pelas quais os devedores que se utilizam da recuperação judicial passam. Dessa maneira, a recuperação extrajudicial passou a servir àqueles casos em que o estado de crise econômico-financeira é menos gravoso, sendo que a recuperação judicial deve ser o último recurso a ser utilizado pelos empresários e sociedades em dificuldades, pois implica em medidas mais severas referente aos direitos dos credores, como a imposição do plano à minoria dissidente.

Assim, após passar pelo Senado Federal, a recuperação extrajudicial delineou-se como um instituto em que é possível a convocação pelo devedor dos seus credores para a apresentação de um plano, o qual terá efeitos apenas àqueles que optarem expressamente pela adesão (observa-se que eventualmente, é possível a recuperação extrajudicial impositiva, conforme se verá mais a frente). Além do mais, tem-se a homologação do plano extrajudicial, fase esta que serve especialmente para lhe conferir segurança jurídica. Nesta etapa, há a oitiva do Ministério Público, bem como de credores pelo magistrado, o qual deverá verificar ainda se não há a intenção de se prejudicar outros credores. Desse modo, diminui-se a possibilidade de que, com maior liberdade e autonomia pelo devedor e credores, estes pratiquem atos fraudulentos.

Depois disso, o Projeto retornou à Câmara, mas esta não realizou alterações quanto à recuperação extrajudicial, de modo que o Projeto de Lei n. 4.276/1993 foi sancionado e promulgado no ano de 2005, sem nenhum veto presidencial. Sica¹⁹¹ ainda afirma que, no Projeto de Lei n. 4.276/1993, a recuperação extrajudicial “consistia na possibilidade de o devedor convocar credores ou classes de credores e apresentar proposta de plano de recuperação

¹⁸⁸ Relatório do Senador Ramez Tebet. In: MACHADO, Rubens Aprobato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 375-417.

¹⁸⁹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.36.

¹⁹⁰Para Martins (MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.36), as principais alterações trazidas pela Emenda Tebet foram “a previsão de duas possíveis modalidades de homologação de um plano de recuperação extrajudicial, a eliminação do dispositivo que conferia aos atos previstos no plano de recuperação extrajudicial imunidade contra ações revocatória na hipótese de futura declaração de falência, e a qualificação da sentença que homologa o plano de recuperação extrajudicial enquanto condição objetiva de punibilidade dos crimes previstos no Projeto de Lei em questão”.

¹⁹¹SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.63,67.

sem que fosse caracterizado ato de falência”. O devedor poderia então requerer a homologação em juízo do acordo, desde que obedecesse a determinados requisitos¹⁹². Entretanto, eram passíveis de homologação apenas as propostas aprovadas pela maioria credores em número e que representassem no mínimo três quintos da totalidade dos créditos. Destaca-se, ainda, que o plano de recuperação extrajudicial submetido à homologação judicial gera efeitos diferentes daqueles celebrados sem a participação do Judiciário, e essa ideia foi inserida já no Projeto de Lei n. 4.276/1993. Assim, o plano homologado judicialmente produziria efeitos inclusive aos credores dissidentes, enquanto que o plano sem homologação vincularia apenas o devedor e os credores contratantes¹⁹³.

Importante ressaltar que embora o projeto de lei tenha passado por 11 anos de tramitação legislativa, a Lei 11.101/2005 não foi fruto de um processo de intenso estudo, sendo mero resultado de uma versão criada meses antes da sua promulgação. Bezerra Filho¹⁹⁴ resalta que após 10 anos de paralisação do projeto, este retornou aos olhos do Legislativo quando o FMI e o Banco Mundial pressionaram para que a Lei fosse aprovada, nos moldes das 35 recomendações dadas por essas instituições, apresentando o autor diversas críticas à Lei decorrentes desse fato. Conforme visto anteriormente, nos últimos anos da vigência do Decreto-lei 7.661/1945, o direito concursal brasileiro andava em descompasso com as legislações mais desenvolvidas de outros países, como Estados Unidos, Argentina e França, que acolhiam a regulação amigável e extrajudicial do devedor com seus credores. Além do mais, a rigidez desse Decreto-lei era incompatível com a presente dinâmica econômica-empresarial, de modo a induzir o credor a adotar soluções à margem da lei, como por exemplo a concordata branca, a despeito da proibição legal. Como resultado das inúmeras críticas surgiu o Projeto de Lei n. 4.276/1993, que deu origem à LRF, a qual passou a regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Assim, LRF inseriu o Brasil no contexto mundial na disciplina do devedor em crise, evidenciado pelas seguintes tendências: diferenciação dos negócios em dificuldades daqueles inviáveis; reconhecimento da função social da atividade empresarial e de todos os interesses envolvidos; busca do maior equilíbrio

¹⁹² Sica (SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.67) enuncia os aspectos a serem observados na demonstração da viabilidade de reerguimento da empresa: “(i) importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; (ii) mão-de-obra e tecnologia empregadas; (iii) volume do ativo e do passivo, obtido por meio da elaboração de balanço patrimonial, de conformidade com as normas brasileiras de contabilidade; (iv) tempo de constituição e de funcionamento do negócio desenvolvido pelo devedor; (v) faturamento anual e nível de endividamento da empresa, bem como sua condição (se fosse o caso de microempresa ou de empresa de pequeno porte)”.

¹⁹³SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.69.

¹⁹⁴BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Des. Manoel Justino Bezerra Filho – Entrevista – São Paulo, maio de 2005**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.p.373.

na defesa dos interesses dos credores, devedores e outros interessados; estabelecimento de maior celeridade e economia processual; e estímulo de soluções de mercado¹⁹⁵, em contraposição ao ideal da legislação anterior, na qual se buscava apenas a solução liquidatária para a crise econômico financeira da atividade empresarial¹⁹⁶.

Dessa maneira, a LRF passou a adotar a teoria da empresa¹⁹⁷ e também uma posição mais moderna em relação à matéria concursal, prevendo o instituto da recuperação, fixando a ideia de reorganização do devedor em crise econômico-financeira e continuidade da atividade empresarial. Mesmo quando entende ser inviável o reerguimento do devedor em crise, a LRF trouxe dispositivos legais que têm como escopo manter a unidade produtiva¹⁹⁸. Nesse contexto, a LRF pôs fim à concordata preventiva e suspensiva, passando a oferecer quatro hipóteses para a solução da crise da atividade empresária: (i) a recuperação judicial, (ii) a recuperação extrajudicial, (iii) a liberdade de negociação entre devedor e seus credores e, finalmente, (iv) falência.

3.2 Os Princípios da LRF

Os princípios têm papel fundamental no ordenamento jurídico, principalmente na interpretação de normas, uma vez que orientam e conferem maior coerência ao sistema. De acordo com José Marcelo Martins Proença¹⁹⁹, princípios são as primeiras disposições que influenciam o entendimento dos artigos como um todo, de modo a lhes compor o espírito e, concomitantemente, definindo a lógica e a racionalidade do sistema. Logo, os princípios trazidos pela promulgação da LRF norteiam o direito concursal brasileiro como um todo, de modo que, conseqüentemente, também servem de guia para a aplicação da recuperação de empresas, seja na modalidade judicial ou extrajudicial.

Ao tempo em que a Lei ainda não havia sido promulgada e tramitava perante o Senado Federal o Projeto de Lei n. 4.376/1993, o senador Ramez Tabet elaborou um relatório²⁰⁰ que continha doze princípios que demonstravam o espírito da Lei²⁰¹: (i) Preservação da empresa; (ii) Separação dos conceitos de empresa e de empresário; (iii) Recuperação das sociedades e

¹⁹⁵SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.70-71.

¹⁹⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.38.

¹⁹⁷SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.53.

¹⁹⁸SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Op. cit., p.53.

¹⁹⁹PROENÇA, José Marcelo Martins et. al. **Comentários à nova Lei de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.52

²⁰⁰Relatório do Senador Ramez Tabet. In: MACHADO, Rubens Aprobato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 375-417.

²⁰¹PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.26.

empresários recuperáveis; (iv) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (v) Proteção aos trabalhadores; (vi) Redução do custo do crédito no Brasil; (vii) Celeridade e eficiência dos processos judiciais; (viii) Segurança jurídica; (ix) Participação ativa dos credores; (x) Maximização do valor dos ativos do falido; (xi) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e (xii) Rigor na punição dos crimes relacionados à falência e à recuperação judicial. Jorge Lobo²⁰² sintetiza esses princípios em três grupos: (i) conservação e função social da empresa; (ii) dignidade da pessoa humana e (iii) valorização do trabalho; e segurança jurídica e efetividade do direito. Restiffe (2008, pp. 03-07), por sua vez, no que diz respeito à recuperação de empresas, traz seis princípios centrais: (i) unidade de tratamento concursal dos credores (*par conditio creditorum*); (ii) lealdade; (iii) impossibilidade de imposição aos credores de sacrifício maior do que o da liquidação na falência; (iv) preservação da empresa; (v) tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte; e (vi) instituto da recuperação. Este autor ainda destaca a existência de outros princípios, principalmente aqueles relacionados aos aspectos processuais da recuperação.

Salomão Filho²⁰³ afirma que embora interesses financeiros tenham influenciado na elaboração da LRF, os quais podem pôr em dúvidas sobre a efetividade da recuperação de empresas, é preciso atentar para a existência de princípios e objetivos, em especial o da preservação de empresas, que, se aplicado corretamente, poderá contribuir para a promoção da efetividade da recuperação de empresa. Neste mesmo sentido, Bezerra Filho²⁰⁴, também afirma que somente com a real aplicação do art. 47 da LRF é que se pode preservar o verdadeiro propósito da Lei, permitindo-se a manutenção da atividade empresarial da empresa que enfrenta uma crise econômico-financeira.

Assim, temos como principal princípio norteador da LRF o princípio da preservação da empresa, que tem íntima relação com o instituto da recuperação de empresa, judicial ou mesmo extrajudicial. O princípio da preservação da empresa²⁰⁵ será tratado de forma mais detalhada em item próprio da presente obra (item 4.1.1) dada sua importância para a matéria em questão.

²⁰²LOBO, Jorge. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, coordenação Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.p.176.

²⁰³SALOMÃO FILHO, Calixto. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo**. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.43.

²⁰⁴BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.374-375.

²⁰⁵Conforme o Relatório do Senador Ramez Tabet:

Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

Em suma, este princípio relaciona-se ao reconhecimento função econômico-social da empresa, ou seja, que a unidade produtiva de bens e serviços liga-se não somente aos interesses particulares dos sócios, mas também a interesses da sociedade, uma vez que é provedora de riquezas e empregos. Por este motivo, sempre que viável a superação da crise econômico-financeira, é preferível que se opte pela sua recuperação para que, conseqüentemente, a empresa possa prosseguir com sua atividade econômica.

O segundo princípio elencado no Relatório do Senador Tabet é o da separação dos conceitos de empresa e de empresários, o qual se relaciona à Teoria da Empresa. Isso porque se passa a enxergar a empresa como um conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços, ou seja, algo completamente distinto da pessoa natural ou jurídica que controla a empresa. Destaca-se que essa ideia guarda importante ligação com a preservação da empresa, uma vez que se distinguem os interesses dos controladores da empresa dos interesses sociais e econômicos relacionados à empresa, de modo que se preze pela superação da crise a fim de se garantir a continuidade da atividade empresarial. O terceiro princípio do Relatório do Senador Tabet é o da recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, de acordo com o qual sempre que for possível a superação da crise econômico-financeira, o Estado deve fornecer instrumentos para que isso ocorra. Esse princípio é basilar para o instituto da recuperação de empresas, uma vez que ele deve ser aplicado somente quando houver viabilidade de continuação da atividade empresarial. Caso contrário, somente há proteção de uma situação de crise que não poderá ser superada, de modo que, nestes casos, deve ser decretada a falência, a fim de que não se atralhe o ambiente mercantil saudável. Essa segunda hipótese é a prevista pelo quarto princípio do Relatório do Senador Tabet, de retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis. Outro princípio mencionado no Relatório é o da proteção aos trabalhadores, segundo o qual, não somente há prioridade no recebimento de créditos dessa classe na falência e na recuperação judicial, mas também deve-se sempre procurar a preservação dos seus empregos, o que é possível com a preservação da empresa que passa por uma crise.

Na visão de Restiffe, além do princípio da preservação da empresa, há outros princípios que orientam a recuperação de empresas. O segundo princípio é o da unidade de tratamento concursal dos credores, ou, como preferem alguns, *par condito creditorum*. Esse princípio decorre da igualdade estabelecida pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput*, e é considerado informativo do direito concursal. Por ele, promove-se o tratamento igualitário dos credores, entretanto, proporcionalmente aos créditos de mesma natureza, respeitados também

as preferências e os privilégios²⁰⁶. O terceiro princípio, para Restiffe, é o da lealdade, pelo qual se exige que não exista ato fraudulento ou de má-fé, ou mesmo de crime falimentar. O devedor deve agir cumprindo os requisitos para a concessão da recuperação judicial ou, no caso da recuperação extrajudicial, para a homologação do plano²⁰⁷. O quarto princípio é o da impossibilidade de imposição aos credores de sacrifício maior do que o que seria efetuado na liquidação falimentar, com o fortalecimento da autonomia dos credores²⁰⁸. Já o quinto princípio é o do tratamento jurídico diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte²⁰⁹, que tem amparo nos artigos 170, inc. X e 179 Constituição Federal de 1988. Por fim, o sexto princípio seria o “próprio instituto da recuperação, judicial ou extrajudicial, da empresa, vista como unidade econômica organizada para produção de bens ou serviços, como todos os benefícios sociais e econômicos decorrentes”.

3.2.1 O princípio da preservação da empresa

Conforme mencionado anteriormente, com a promulgação da LRF, finalmente promoveu-se a transição de uma perspectiva contratualista, focada na predominância dos interesses de sócios e controladores da empresa, para uma perspectiva institucionalista, relacionada à ideia de função social da empresa. Essa alteração reflete a discussão acerca do interesse social, concepção que não atinge a unanimidade na doutrina. Assim, a teoria contratualista, de acordo com Cerezetti²¹⁰ tem várias vertentes, sendo todas elas têm em comum a identificação social com o interesse comum entre os sócios, considerando-se o interesse dos sócios apenas enquanto sócios (*uti socii*), e diferenciando-se principalmente em razão do que entende por interesse comum dos sócios. Já a teoria institucionalista, que tem suas raízes nas ideias de W. Rathenau, destaca a relevância social da empresa e o interesse público representado

²⁰⁶RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas: de acordo com a Lei 11.101, de 09-02-2005**. São Paulo: Manole, 2008.p.03.

²⁰⁷ Verifica-se a aplicação do princípio da lealdade na circunstância de o devedor em recuperação de empresas ter de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios, nos termos do art. 178, da Lei n. 11.101/2005, sob o risco de vir a ser punido com pena de detenção de 1 a 2 anos, e multa, se o fato não constituir crime mais grave. A punição estende-se a sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, visto que tais pessoas equiparem-se ao devedor, para todos os efeitos penais, na medida de sua culpabilidade (art. 179 da Lei n. 11.101/2005) (RESTIFFE, 2008, p. 04).

²⁰⁸RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit., p.04.

²⁰⁹ Segundo o Relatório do Senador Ramez Tebet:

Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.

²¹⁰CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.125.

por ela, “fatores que justificariam a limitação da influência de proprietários que estariam apenas interessados em satisfazer interesses próprios”, nos termos de Cerezetti²¹¹. Conforme leciona a autora²¹²:

“De acordo com a concepção ora em comento, a companhia possui extrema relevância para o Estado e a sociedade, pois ela exerce funções de altíssima importância. Por esse mesmo motivo, justifica-se o interesse do Estado, da sociedade e da economia nas sociedades por ações como um todo, interesse esse que seria traduzido na sobrevivência e desenvolvimento de empresas eficientes”.

No atual cenário do século XXI, em que predominam a globalização e a integração harmônica de complexos ciclos de produção²¹³, a paralisação de uma empresa é capaz de afetar outras relacionadas, direta ou indiretamente, a elas. Nesse contexto, a LRF, ao adotar a Teoria da Empresa²¹⁴, rompeu com o modelo tradicional dos procedimentos concursais brasileiros, que tratava da crise da empresa sob a perspectiva de realização do ativo da empresa para a satisfação dos credores, sem considerar sobre a manutenção da empresa²¹⁵. João Teixeira Grande²¹⁶ afirma que “a Teoria da Empresa aumenta a importância do ente gerador de riqueza e passa a considerá-lo como agente absolutamente distinto da pessoa física do empreendedor”, de maneira a dar enfoque da segurança jurídica mais para a sociedade empresária e menos para seus componentes isolados, uma vez que o interesse social na produção e circulação de bens e serviços passa a prevalecer sobre o interesse individual. Assim, a sociedade empresária se volta, em primeiro lugar, para o bem da comunidade, além de ser para o Estado um agente arrecadador e distribuição de riquezas aos contribuintes.

Essa concepção vem em harmonia aos novos valores e princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, considerada um marco para a consolidação do princípio da preservação da empresa, princípio este que serve de base para a elaboração, interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional, conforme afirma Zilberg²¹⁷. A Constituição Federal enuncia

²¹¹CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.131.

²¹²CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.131.

²¹³CRETELLA NETO, José. **Nova lei de falências e recuperação de empresa: lei nº 11.101, de 09.02.2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.03.

²¹⁴ Sica (2009, p. 254) esclarece que a Lei n. 11.10/2005 abraçou a teoria da empresa, a qual se apresenta pelo princípio da preservação da empresa. São distintos, mas fundamentam-se pela mesma ideia de reconhecer o papel do ente produtivo na economia e na sociedade.

²¹⁵CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.157-158.

²¹⁶GRANDE, João Teixeira. **Considerações sobre os Antecedentes Legais da Falência**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.358.

²¹⁷ZILBERG *apud* MATOS, Daniel Oliveira. **Recuperação extrajudicial de empresas**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10243>. Acesso em 24 de julho 2013.

princípios gerais da atividade econômica, no *caput* do art. 170²¹⁸, inserido no Capítulo VII, sobre a ordem econômica e financeira. Em suma, ela trouxe uma ordem econômica baseada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Isso significa uma maior atenção e importância à manutenção da atividade empresarial, pois dessa forma se possibilita a realização de tais valores. A LRF, portanto, passou a considerar a falência como procedimento último a ser utilizado pelo devedor em crise, reconhecendo a importância socioeconômica da empresa e considerando-a como unidade produtiva ou ente gerador de riqueza. Nesse sentido, a Lei apresentou contornos mais concretos do princípio da preservação da empresa no art. 47²¹⁹ – aliás, o único artigo inalterado desde 1993, quando se iniciaram as discussões do projeto da LRF –, localizado no Capítulo III, que trata do instituto da recuperação judicial.

Esse artigo estabelece que o principal objetivo da recuperação judicial é a superação da crise, a fim de que a unidade de produção seja mantida, de modo a se estimular o exercício das atividades da empresa, a fim de que se possibilite a promoção da função social. Dessa forma, a legislação concursal brasileira a superação da crise financeira da empresa necessária não só para a composição do devedor e seus credores, mas também para o poder público e para a

²¹⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995.)

²¹⁹ Art. 47. 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.**

coletividade²²⁰⁻²²¹. Para Eduardo Lemos²²², este dispositivo nada mais representa que o objetivo de recuperar o valor e aumentar a *performance* de empresas em crise. De acordo com Rachel Sztajn²²³, em relação à função social da empresa, presente no art. 47, essa ideia indica o olhar atual sobre a organização empresarial, “cuja existência está estribada na atuação responsável do domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo”, e sim no sentido de que, socialmente, a existência da empresa deve ser pautada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio ambiente e à coletividade, e é por isso que a empresa deve ser preservada. Cerezetti²²⁴ também destaca que não existe um consenso em relação ao termo “função social da empresa” na doutrina, entendendo a autora que a preservação da empresa é um interesse básico ou mínimo a todos aqueles que participam da empresa, uma vez que da manutenção da empresa dependeria a satisfação dos interesses de cada participante.

A partir disso, tem-se que o princípio da atividade empresarial assume uma feição pública de relevante interesse social, uma vez que a tentativa de recuperação relaciona-se ao valor dado a uma empresa em funcionamento. Obviamente, a recuperação de uma empresa somente deve ser realizada por aquelas que apresentem viabilidade de superação da crise econômico-financeira, pois se inviável a superação deve-se realizar o procedimento de decretação de falência, a fim de que não atrapalhem o bom andamento das relações econômicas do mercado, conforme afirmam Bezerra Filho²²⁵ e Cerezetti²²⁶.

Ademias, para Fábio Ulhoa Coelho²²⁷ o princípio da preservação da empresa o valor em pauta é o da “conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste”. Ademais, percebe-se que o art. 47 da LRF faz uma

²²⁰CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.159.

²²¹ Conforme Cerezetti (2009, pp. 160-161), “a positivação do princípio da preservação da empresa no capítulo destinado à recuperação judicial demonstra a atribuição de relevância aos diversos interesses que envolvem a sociedade que contribuem à formação do denominado e controvertido interesse social, o qual, em concepção institucionalista, é identificado exatamente à preservação da empresa. (...) O interesse social, de acordo com a teoria institucionalista que leva em consideração o respeito a interesses externos à sociedade, ou seja, interesses distintos daqueles detidos apenas pelos próprios sócios ou acionistas, passou a ser aproximado à manutenção da própria empresa em vista do reconhecimento de um valor intrínseco à sua preservação. Tal valor encontrado na manutenção da empresa é informado pela visão do institucionalismo integralista, que respeita todos os interesses de alguma forma envolvidos pela empresa, buscando sua representação interna na sociedade”.

²²²LEMOS, Eduardo. **Análise da Empresa em Crise: uma Visão não Jurídica**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). *Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.p.54.

²²³SZTAJN, Rachel. Op. cit., p.223-224.

²²⁴CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.134-135.

²²⁵BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.134.

²²⁶CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.161.

²²⁷COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.13.

clara distinção entre os interesses dos sócios do interesse social, ou seja, insere a empresa num contexto em que ela representa uma fonte de geração de riquezas, de empregos (que é um elemento de paz social) e até de arrecadação de tributos perante o Fisco. Logo, o interesse pela manutenção da atividade empresarial é de todos que se beneficiam da sua atividade econômica, como credores, empregados, consumidores, Fisco, entre outros. Manoel Justino Bezerra Filho²²⁸ ainda entende que a Lei estabelece uma ordem de prioridades elencadas pelo art. 47:

“(…) a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o emprego dos trabalhadores. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores”.

Bezerra Filho²²⁹, ao tecer críticas à LRF decorrentes da tramitação legislativa do projeto de lei, afirma que a Lei deve ser interpretada principiologicamente pelo magistrado em torno do art. 47, de forma que ele busque sempre a manutenção da atividade empresarial, e não se perca em assegurar outros interesses que sejam contra este princípio, cumprindo, assim, ao fim social da Lei²³⁰. Nesse mesmo sentido, Cerezetti²³¹ entende que esse dispositivo constitui o núcleo do novo sistema concursal brasileiro, de modo que o aplicador do Direito deve se utilizar dos valores e objetivos declarados no art. 47 para a interpretação de todos os demais dispositivos que regulam a recuperação.

Sob outro ângulo, Sica²³² observa a realidade empresarial brasileira, afirmando que os índices de empreendedorismo brasileiro muitas vezes são superiores à média mundial. Todavia, esses altos índices estão mais ligados à uma questão de necessidade e falta de opção do que de vocação e oportunidade, quando existe planejamento.

Neste contexto, a orientação contida na legislação priorizou o reconhecimento da função social da empresa, destacando a orientação de manutenção da empresa em seus institutos, conquanto ela é ente gerador de empregos, tributos e fomentador da cadeia mercadológica

²²⁸BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.134.

²²⁹BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.374.

²³⁰O autor exemplifica essa situação: “(…) se um capital financeiro (...) levar os aviões da Varig, no outro dia ela estará falida. Então, não se estará observando o propósito da Lei, na medida em que não se está permitindo a manutenção da fonte produtora. Portanto, principiologicamente, deve-se pensar em aplicar o artigo 47 para evitar a retirada desses bens que são necessários para a sobrevivência da empresa. Esses bens apenas serão retirados se e quando tal ato não colocar risco a manutenção da fonte produtora, como diz o artigo 47” (BEZERRA FILHO, 2006, pp. 374-375).

²³¹CEREZZETI, Sheila Christina Neder. Op. cit., p.160.

²³²SICA, Lígia Paula Pires Pinto. **Recuperação extrajudicial é ferramenta do novo sistema**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-01/recuperacao-extrajudicial-ferramenta-habil-sistema-garantias>>. Acesso em 17 de julho de 2013.

(contribuindo à compra e venda de produtos e serviços). Com tal ideia, o legislador também cuidou reflexamente dos interesses do devedor e dos credores – com a continuidade dos vínculos contratuais e recebimento de parte ou totalidade dos créditos –, em detrimento da ideia de decretação de falência com a instalação de um concurso coletivo como forma precípua de resolver o problema da crise financeira e/ou econômica da empresa.

3.3 Os institutos da LRF

De acordo com o estudo do desenvolvimento histórico previamente realizado, diversas orientações valorativas já foram adotados pelo legislador brasileiro a fim de que se buscasse a melhor solução para o reerguimento do devedor em crise econômico-financeira, sem que isso implicasse em prejuízo aos interesses do devedor ou credor. A LRF trouxe uma maior preocupação com a manutenção da empresa como uma unidade de produção, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, ou seja, de profundo interesse social, devendo a empresa ser preservada sempre que possível²³³. Consequentemente, novos institutos foram criados, como a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, e outros foram reformulados, como a falência.

Ou seja, não só a recuperação extrajudicial, objeto de estudo, é o instituto capaz de realizar o princípio da preservação da empresa viável. Paralelamente, temos a recuperação judicial e também os acordos privados, além da disposição do art. 167. E, não obstante, para situações em que não existe viabilidade econômica para a manutenção da empresa no mercado, a LRF prevê a falência, com o objetivo de tirar do mercado aqueles agentes econômicos prejudiciais, no entanto, com uma perspectiva diferente daquela empregada no diploma falimentar anterior.

A LRF é estruturada em oito capítulos. O Capítulo I traz as disposições preliminares e o Capítulo II as disposições comuns à recuperação judicial e à falência. O Capítulo III dispõe exclusivamente da recuperação judicial, o Capítulo IV da convocação da recuperação judicial em falência, e o Capítulo V da falência. Por sua vez, Capítulo VI refere-se à recuperação extrajudicial, objeto do presente estudo. O Capítulo VII traz as disposições penais e, por fim, o Capítulo VIII traz as disposições finais e transitórias.

Dentro do Capítulo I, destacamos um primeiro ponto. O art. 1º da LRF, concede permissão a tão somente àqueles que exercem regularmente atividade empresarial para pleitear

²³³BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.132.

recuperação judicial ou extrajudicial, bem como de ter a falência decretada. São, portanto, permitidos apenas o empresário individuais, considerado pessoa física, as sociedades empresárias e também a recém criada empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI)²³⁴, esta duas últimas sendo pessoas jurídicas, sendo esses três os que a lei denomina como “devedor”. Além disso, o art. 2º da Lei traz um rol de empresas que, mesmo exercendo atividade empresária, estão impossibilitados de pleitear homologação de um plano de recuperação extrajudicial, quais sejam: empresa pública e sociedade de economia mista (inciso I); instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operação de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e entidades legalmente equiparadas (inciso II).

3.3.1 A falência e a recuperação judicial

Quanto aos institutos da LRF, trataremos, em primeiro lugar, da falência, decretada no caso da insolvência do devedor. A LRF não estabelece uma definição do que seja a falência, mas apenas seus objetivos. Conforme leciona Manoel Justino Bezerra Filho²³⁵, em uma situação de crise financeira, ou seja, em que há ausência de dinheiro, e de crise econômica insolúvel, em que é impossível manter um giro empresarial lucrativo, o devedor vai para a falência²³⁶. Nesta Lei, a falência ganhou uma nova conotação, tendo em vista que o art. 75 estabelece que ela deve preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, do empresário que foi declarado falido. Assim, a busca não é exatamente pela preservação da empresa em si, mas da atividade empresarial²³⁷. Assim, a atividade empresarial é mantida, ainda que sob a exploração de outro sujeito, o que significa que a falência não é mais entendida como um fim em si, mas como meio colocado à serviço da preservação da empresa²³⁸. Ademais, de acordo com o §1º do art. 75, o processo de falência deve atender aos princípios da celeridade e da economia processual.

Bezerra Filho²³⁹ descreve a falência como um processo de execução no qual, por um lado, são arrecadados todos os bens do devedor para formar a massa falida e, por outro, é

²³⁴Introduzida pela Lei n. 12.441/2011 no Código Civil.

²³⁵BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.186.

²³⁶Por outro lado, havendo crise financeira, ou seja, ausência de dinheiro, mas uma crise econômica passageira, o devedor deve recorrer à recuperação.

²³⁷BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.188.

²³⁸ZANINI, Carlos Klein. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo**. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.338.

²³⁹BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.187.

realizado o ordenamento de todos os débitos do falido, encontrando-se o valor devido, a fim de elaborar o quadro-geral de credores a partir da classificação dos créditos. Em seguida, todos os bens do devedor são arrecadados em conformidade aos artigos 108 e seguintes da Lei, passando a formar a massa falida, que será alienada em leilão por lances orais ou por propostas fechadas, ou em pregão. Então o valor arrecado deve ser rateado entre os componentes do quadro de credores na ordem fixada em lei. Há classes que têm prioridade no recebimento e, dentro de uma mesma classe, a lei assegura a proporcionalidade para que os credores recebam igualmente. Se o valor arrecadado for inferior ao devido é possível que nem todas as classes recebam seus saldos, permanecendo então em prejuízo. Além disso, na falência, o devedor é afastado de suas atividades (art. 75), de modo que o juiz nomeia um administrador que passa a gerir os interesses da massa falida.

Mauro R. Penteado²⁴⁰, refletindo sobre a falência na LRF, afirma que este instituto passa a ter seus objetivos voltados à liquidação do patrimônio do devedor dentro da ideia de conservação e melhor aproveitamento do valor econômico da unidade produtiva, sendo o titular afastado das suas atividades, se empresário individual, ou então se ingressa em processo de dissolução e liquidação, se sociedade empresária. O procedimento ocorre conforme o princípio da universalidade do juízo falimentar (art. 76), de modo que juízo em que a falência for decretada será o competente para conhecer todas as ações relativas aos bens, interesses e negócios do falido, salvo as trabalhistas e fiscais.

É possível que o próprio devedor requeira a sua falência, hipótese denominada autofalência, o que é, em realidade, um dever do devedor, e não uma faculdade. O pedido deve conter os motivos que impossibilitam a continuidade da atividade empresarial, devendo também atender aos demais requisitos do art. 105 da LRF. Mas também é possível que a falência seja fundada no art. 94, a pedido do credor. Esse artigo traz as hipóteses de decretação da falência, que são a impontualidade injustificada (art. 94, I), a execução frustrada (art. 94, II) ou a prática de ato de falência (art. 94, III). Na hipótese de impontualidade injustificada, a petição inicial em que for requerida a falência deverá ser acompanhada de título vencido e não pago, e o devedor tem um prazo de dez dias para requerer a recuperação judicial (art. 95), ou depositar o valor em questão (art. 98, parágrafo único), ou então contestar o pedido. Por sua vez, no caso de falência fundada em execução frustrada, a petição inicial deve ser instruída com o título vencido e não pago, sendo que o juiz deve dar a sentença, decretando a falência ou não. Já a

²⁴⁰PENTEADO, Mauro R. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo**. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.82.

hipótese de ato de falência, o requerimento da falência fundamenta-se na prática de uma conduta elencada no rol do art. 94, III, e a petição inicial necessariamente deve conter uma descrição do fato, além das provas existentes e especificação das que se pretende produzir.

A massa falida objetiva é o conjunto de bens do falido arrecadados no processo falimentar para que sejam alienados e os valores sejam utilizados no pagamento dos credores. Essa massa tem autonomia relativa, ou seja, tem autonomia processual, a despeito de ser administrada. Entretanto, a massa não tem personalidade jurídica. Na hipótese de se arrecadarem bens que não integram o patrimônio da empresa, ou seja, quando o bem pertence a terceiro ou então tiver sido vendido ao devedor à prazo e entregue nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, é possível que o proprietário desses bens faça um pedido de restituição, nos termos do art. 85. O pedido deve ser feito em petição endereçada ao juízo da falência, e o procedimento seguinte deve obedecer aos artigos 86 e seguintes. Já a massa falida subjetiva é o conjunto de credores do falido ou dos sócios com responsabilidade ilimitada, sendo os integrantes do quadro-geral de credores. Os credores são agregados conforme a natureza de seus créditos, e os credores da mesma classe são concorrentes entre si, uma vez que recebem tratamento paritário.

Os créditos na falência são classificados, de acordo com o art. 83 da Lei n. 11.101/2005, em oito classes, na seguinte ordem: créditos trabalhistas, de até cento e cinquenta salários mínimos e créditos decorrentes de acidente de trabalho; créditos com garantia real; créditos tributários; créditos com privilégio especial; créditos com privilégio geral; créditos quirografários; créditos derivados de multas contratuais e penas pecuniárias; e créditos subordinados. Além disso, existem os créditos extraconcursais (art. 84), que são aqueles referentes às dívidas contraídas pela massa após a declaração da falência, devendo ser pagos anteriormente aos demais créditos, de acordo com a seguinte ordem: remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; quantias fornecidas à massa pelos credores; despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do produto, e custas do processo de falência; e obrigações derivadas de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial ou após a decretação da falência e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência. O valor do crédito é definido no momento da decretação da falência, assim, opera-se o vencimento de todos os créditos, de modo que ocorre abatimento dos juros de créditos não vencidos e, se já vencidos, os juros param de correr. Ademais, há correção monetária a fim de se evitar o enriquecimento ilícito.

Finalmente, a liquidação baseia-se na arrecadação e avaliação dos bens. Portanto, após a liquidação, pagam-se os credores, e então se encerra o processo de falência. De acordo com o art. 139, após a arrecadação dos bens e com a juntada do auto do processo de falência, inicia-se a realização do ativo. A forma de alienação dos bens segue a ordem preferencial do art. 140, enquanto o art. 142 dispõe sobre as modalidades de alienação, ou seja, leilão, propostas fechadas ou pregão. Além disso, não há sucessão do adquirente nas obrigações do devedor. Nos termos do art. 144, em qualquer modalidade de alienação do art. 142 é possível a impugnação por quaisquer credores, bem como pelo devedor ou pelo Ministério Público, sendo que este sempre deve ser intimado na alienação (art. 143). É possível ainda que o valor arrecadado não seja suficiente para o pagamento de todos os credores. Caso surja algum bem novo, abre-se novamente o processo, a fim de liquidá-lo e pagar os credores que não foram pagos. Nada obstante, após o pagamento dos credores, existe um procedimento para que sejam extintas as obrigações. O administrador judicial deve apresentar as contas ao juiz em autos apartados, o qual determinará as providências a serem tomadas (art. 154 *caput* e §§1º e 2º). Concluídas as providências, o juiz julgará as contas do administrador judicial, que deverá apresentar o relatório final da falência (art. 155), e só então o juiz encerra a falência por sentença (art. 156). Finalmente, verificadas qualquer das hipóteses do art. 158, o falido poderá requerer ao juízo da falência que declare extintas suas obrigações (art. 159).

Antes de prosseguir, entendemos relevantes alguns esclarecimentos sobre o devedor em crise. No Brasil, com o advento da LRF, o termo “empresa em recuperação” passou a ser utilizado no sentido de empresa que está submetida a um processo jurídico, dentro dos ditames trazidos por essa lei, conforme constata Eduardo Lemos²⁴¹, o qual afirma que, em realidade, este termo abrange uma visão muito maior do que o do Direito Empresarial. De acordo com o autor, não são raros aqueles que entendem que a recuperação de uma empresa bem-sucedida é resultado de um procedimento jurídico e, por essa razão, em nosso país o processo de recuperação acaba ficando nas mãos os profissionais de Direito Empresarial, não obstante a falta de profissionais bem preparados nas áreas de Administração e Gestão Empresarial dentro do contexto de crise, sob o ponto de vista da gestão da recuperação (*turnaround management*). O *turnaround management* pode ser considerado como “conjunto de incisivas e multifacetadas ações corretivas necessárias para rapidamente restaurar os indicadores de desempenho de uma organização e sem as quais esta caminharia à insolvência em futuro previsível”²⁴². Nele, há três dimensões não contempladas pela recuperação judicial: a visão temporal, horizontal e vertical.

²⁴¹LEMOS, Eduardo. Op. cit., p.53.

²⁴²LEMOS, Eduardo. Op. cit., p.54.

Lemos²⁴³ explica que na visão temporal existem dois contextos: o *early turnaround* e o *late turnaround*. Basicamente, o *early turnaround* refere-se ao momento antecedente à necessidade de se recorrer ao instrumento judicial, havendo maior possibilidade de manobras comerciais e financeiras que conferem maiores chances de reconquista de desempenho no mercado pelo empresário em crise. Já no *late turnaround*, a empresa encontra-se no ápice da crise, e a gestão da recuperação fica submetida ao âmbito do processo judicial, de modo que, a empresa que não conseguiu superar a fase inicial de dificuldade busca refúgio na recuperação judicial como último meio de salvação. Em suma, entendemos que a necessidade de se recorrer a um instrumento de superação de crise que envolva o Poder Judiciário é visto com maus olhos pelo devedor, que só submete à recuperação judicial quando não há outra saída. Isso porque é um procedimento que além de lento, burocrático e caro, traz uma maior dependência à vontade dos credores. Nesse sentido, é desejável que a recuperação extrajudicial seja uma alternativa em que existem problemas econômico-financeiros pontuais, sem a necessidade de intervenção direta do Judiciário e com a segurança jurídica necessária às necessidades do mercado.

Com essas considerações, passaremos a tratar da recuperação judicial, instituto introduzido no direito brasileiro com a promulgação da LRF, e que veio a se contrapor à ultrapassada concordata preventiva, uma vez que esta já não era eficiente para evitar a falência de um devedor em estado de crise econômico-financeira. Conforme afirma Bezerra Filho (2011, pp. 131-132), a recuperação judicial guarda semelhança com a concordata preventiva do Decreto-lei n. 7.661/45, sendo parecidos os procedimentos adotados, mas distinguem-se, especialmente quanto ao objetivo a ser atingido²⁴⁴. Isso é devido à nova visão acatada pela LRF falimentar de função social da empresa. Enquanto a primeira era entendida como um favor legal concedido a comerciantes e empresários que preenchessem determinados requisitos, a segunda é uma ação judicial que se destina a sanear a crise econômico-financeira do devedor, de modo a garantir a manutenção da unidade produtiva, dos empregos e dos interesses dos credores, de modo a se viabilizar a função social da empresa. Além disso, diferentemente da concordata, a recuperação judicial pode ser requerida não só pelo devedor, mas também pelos credores, e é bastante flexível, permitindo que o administrador judicial e o comitê de credores formulem e aprovem o plano de recuperação, não sendo, portanto, uma imposição ao credor. Também na recuperação judicial todos os credores, e não somente os quirografários, estão sujeitos a ela, salvo as restrições legais; não existem prazos e condições de pagamento fixados por lei; as partes vinculam-se ao plano de recuperação, e não às condições da lei. Finalmente, a

²⁴³LEMOS, Eduardo. Op. cit., p.55.

²⁴⁴BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.132.

recuperação judicial, quando bem sucedida, promove o saneamento da crise da empresa, enquanto que na concordata, mesmo que cumprida, nem sempre alcançava a recuperação do devedor.

A recuperação judicial é um instrumento de caráter judicial, sendo que seu procedimento ocorre inteiramente sob o Judiciário. É uma ação de conhecimento que compreende três fases: a análise dos pressupostos subjetivos e objetivos, em que há o deferimento do processamento da recuperação judicial ou não; a aprovação do plano de recuperação; e o cumprimento do plano. A legitimidade para o requerimento da recuperação judicial encontra-se no art. 48 da Lei, e o art. 49 trata dos créditos sujeitos à recuperação judicial. Já o art. 50 dos meios a serem utilizados no plano de recuperação judicial, sendo esse rol exemplificativo. Os artigos 51 e seguintes dispõem sobre o processamento da recuperação judicial. Caso a petição inicial estiver de acordo com os requisitos do art. 51, o devedor for legitimado, e a documentação exigida for apresentada, há o deferimento do processamento de recuperação judicial (art. 52), o que não se confunde com a sua efetiva concessão, mas apenas autoriza o prosseguimento para as demais fases. Além disso, deferido o processamento, o devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial, salvo com autorização expressa da assembleia geral de credores (art. 52, §4º). Por outro lado, se houver indeferimento do processamento, cabe recurso de apelação, não havendo convolação em falência de modo automático.

Em relação ao plano de recuperação judicial, este deve ser apresentado dentro de 60 dias, a contar da publicação que deferiu o processamento em edital e de acordo com os requisitos fixados pelo art. 53, *caput*, ou seja, a descrição dos meios de recuperação a serem empregados, a demonstração da viabilidade econômica do plano, e laudo econômico-financeiro e avaliação dos bens e ativos da empresa. Ressalvado o art. 54, todos os demais créditos poderão ter suas condições, valores e prazos alterados pelo plano. Caso o plano envolva alienação judicial de filiais, o juiz deverá ordenar sua realização em conformidade ao art. 142, e o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus, não havendo sucessão do adquirente nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária. Não obstante, com a publicação em edital da decisão que deferiu o processamento da recuperação, começa a correr também o prazo de 15 dias para que os credores apresentem objeções quanto à relação de credores ou então para que habilitem seus créditos. Ademais, há o prazo de 30 dias para apresentação de objeções quanto ao plano. Se não for apresentada nenhuma objeção, o juiz concederá a recuperação judicial ao devedor, em conformidade ao art. 58 da Lei. Se houver objeção convoca-se a assembleia geral para deliberar sobre o plano. Em seguida, ocorre a votação do plano em assembleia geral, sendo obrigatória a aprovação de acordo com as regras do art. 58, §1º, da Lei para que o juiz conceda

a recuperação, desde que não implique em tratamento diferenciado das classes que tiverem rejeitado o plano (art. 58, §2º). Por fim, a decisão que concede a recuperação judicial constitui título executivo judicial.

Durante a recuperação judicial, a administração da empresa é mantida pelo devedor ou administradores, sob a fiscalização do comitê de credores e do administrador judicial, salvo nas hipóteses do art. 64. Além disso, concedida a recuperação judicial, o juiz deve determinar ao Registro Público de Empresas que anote a recuperação judicial no registro da empresa, e o nome empresarial deve ser acrescido da expressão “em Recuperação Judicial”. O devedor permanece nessa situação até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem nos dois anos seguintes (art. 61). Se o devedor não conseguir se recuperar nesse tempo, verifica-se sua boa-fé para que o continue o processo de recuperação ou não. Caso haja descumprimento das obrigações, a recuperação será convolada em falência, nos termos do art. 61, §1º, sendo que os credores sujeitos à recuperação judicial terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas. Mas se forem cumpridas todas as obrigações, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial, bem como cumprirá as determinações do art. 63.

Na prática, a recuperação judicial é um instrumento bastante conhecido do empresariado brasileiro, sendo que tal instituto tem sido largamente utilizado para promover a superação da crise de um devedor empresário, diferentemente da recuperação extrajudicial, a qual até hoje não foi amplamente divulgada e aceita na prática.

Esses são os principais delineamentos dos institutos da falência e recuperação judicial da LRF. No capítulo seguinte, aprofundaremos o estudo da Recuperação Extrajudicial, objeto de estudo do presente trabalho monográfico.

3.3.2 A recuperação extrajudicial

Para Rachel Sztajn²⁴⁵, a recuperação extrajudicial guarda semelhança com a antiga concordata, quando esta ainda não era um favor legal, mas somente acordo ente devedor e credores. É, a recuperação extrajudicial, uma “ação judicial que tem por finalidade a homologação, por sentença, de acordo celebrado pelo devedor com determinada(s) espécie(s) ou grupo de credores”, conforme a definição de Luiz Fernando Valente Paiva²⁴⁶.

²⁴⁵SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 527-528.

²⁴⁶PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Op. cit., p.570.

A recuperação extrajudicial é basicamente um acordo especial realizado entre devedor e determinados credores, condicionado à homologação pelo Poder Judiciário. Domingues²⁴⁷ afirma que com a recuperação extrajudicial “o legislador concedeu ao devedor um meio mais eficaz, rápido e flexível, menos custoso, complexo e traumático para a renegociação de suas dívidas, com a possibilidade de se socorrer de soluções de mercado para sanear a crise financeira da empresa”. Por este instituto, o devedor tem a chance de negociar um plano de recuperação diretamente com seus credores, o que era proibido pela lei falimentar anterior, e este plano pode ser homologado judicialmente para que se dê maior segurança às partes envolvidas. Seu processamento judicial é breve e simples, uma vez que se restringe à homologação do plano. Rachel Sztajn²⁴⁸ afirma que é um acordo entre devedor e credores que traz diversas implicações:

“Acordo este que implica na novação de obrigações, transações, venda de ativos, reformulação da cadeia produtiva, busca de eficiência alocativa, enfim, análise dos fatos que levaram à crise da empresa, revisão de procedimentos, readequação das ações administrativas para preservar se não a totalidade, ao menos parte das atividades”.

De acordo com Francisco Satiro Souza Junior²⁴⁹, a recuperação extrajudicial “encontra-se no *espaço* existente entre a recuperação judicial (que atinge maior número de credores e acarreta um sem número de efeitos) e o acordo simples ou *workout agreement* (que só gerará efeitos contratuais ordinários quanto aos contratantes)”. É um meio muito mais simples e menos ambicioso que o da recuperação judicial para a solução de uma crise econômico-financeira, posto que a forma extrajudicial se põe a solucionar problemas mais pontuais dessa crise.

A título de comparação, assim como a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial também foi introduzida no sistema concursal brasileiro pela atual Lei de Recuperação e Falências (LRF), em razão de uma busca por modernidade no direito concursal nacional, inserido na tendência no direito comparado de reconhecimento da função social da atividade empresarial. As duas formas de recuperação, judicial e extrajudicial, são institutos hábeis a promover a manutenção da atividade empresarial, e colocam um fim ao instituto da concordata, tanto preventiva como suspensiva, que se tornaram ineficientes. Essa lei traz o Capítulo VI dedicado exclusivamente à recuperação extrajudicial.

²⁴⁷DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.89.

²⁴⁸SZTAJN, Rachel. Op. cit., p.528.

²⁴⁹SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.524.

A recuperação extrajudicial se contrapõe em alguns pontos à recuperação judicial. Primeiramente, em razão de ser um instrumento bem menos abrangente e ambicioso do que a recuperação judicial, a qual se presta a solucionar problemas estruturais generalizados e que exigem reformas societárias ou operações de grande complexidade, especialmente envolvendo relevantes alterações em direitos de garantia e propriedade, situações de profunda liquidez ou insolvabilidade, ou ainda em casos relacionados a problemas complexos que envolvam interesses divergentes de diferentes credores ou classes de credores, conforme leciona Souza Junior²⁵⁰. Além disso, a recuperação extrajudicial destoa da judicial porque possibilita que a discussão e aprovação de um plano de recuperação de um devedor ocorra fora do âmbito do Poder Judiciário. Ou seja, ao menos em teoria, é um instituto que possibilita uma maior participação da autonomia privada na discussão do plano de recuperação.

A LRF prevê duas formas pelas quais a recuperação extrajudicial pode ocorrer. Essa distinção basicamente consiste na possibilidade, ou não, de imposição do acordo aos credores que não o tenham subscrito. Não obstante, em ambas as modalidades cabe ao devedor escolher os credores com quem pretende negociar o plano a ser homologado judicialmente e quais credores se sujeitarão a ele²⁵¹. Obviamente, reforçamos que a recuperação extrajudicial deve ser utilizada apenas em situações em que houver viabilidade econômica. Sobre isso, Sztajn²⁵² afirma que é a percepção de que o valor do negócio é maior do que seu valor liquidatório que leva os credores a preferirem a recuperação do devedor do que a falência, e a possibilidade de reorganizar um negócio implica em gasto de recursos que, em última análise, cabe aos credores. Daí a ideia do direito dos credores em aprovar ou não o plano de recuperação. E sendo a recuperação extrajudicial um acordo entre devedor e credores, necessariamente os credores devem concordar com os termos do plano apresentado.

Na primeira modalidade de recuperação extrajudicial, convencional, vinculam-se tão somente os credores signatários dos termos do quanto contratado. Essa modalidade é denominada recuperação extrajudicial meramente homologatória²⁵³⁻²⁵⁴, porquanto tem-se um

²⁵⁰SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.524.

²⁵¹PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Op. cit., p.570.

²⁵²SZTAJN, Rachel. Op. cit., p.530.

²⁵³ Nesse sentido, temos Francisco Satiro de Souza Junior e Luiz Fernando Valente de Paiva. Por outro lado, Rachel Sztajn refere-se a essa modalidade como recuperação extrajudicial convencional ou facultativa.

²⁵⁴ Existe uma discussão quanto ao termo a ser utilizado quanto à natureza da sentença de homologação do plano (PANTANO, Tânia. **O Judiciário na Recuperação Extrajudicial**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p.544-546): se é homologatória ou meramente homologatória. A diferenciação ocorre principalmente em razão de maior ou menor grau de análise do ato pelo juiz, ou seja, se ele aprecia a substância do ato ou não. De acordo com Pantano, “não obstante o papel preponderante e o maior poder conferido aos credores, na negociação e aceitação do Plano elaborado pelo devedor, o juiz também atua de forma decisiva na análise e homologação de

simples acordo levado a juízo para homologação. De fato, o art. 162 da Lei dispõe sobre a homologação de um plano de recuperação extrajudicial acompanhado de justificativa e documento contendo os termos e condições, bem como de assinaturas dos credores que a ele aderirem. Isso demonstra uma concordância por parte dos credores em relação ao plano, tendo em vista que, neste caso, eles têm a faculdade de aderir ou não ao conteúdo proposto pelo devedor²⁵⁵. Logo, trata-se de modalidade de recuperação extrajudicial em que o devedor apresenta um plano aos credores, os quais voluntariamente aderem a ele, sendo tal plano levado à homologação judicial. Sobre a recuperação extrajudicial meramente homologatória, Francisco Satiro Souza Junior²⁵⁶ ainda complementa:

“Neste caso, a natureza do crédito dos aderentes só é relevante para os fins das restrições previstas no *caput* do art. 161, vez que só sofrerão os efeitos do plano as obrigações relativas àqueles que voluntariamente optaram por aceitá-lo e nos limites do quanto aceito. Não há nenhuma restrição a tratamento diferenciado entre os aderentes, quer sejam da mesma classe ou não”.

Já na segunda modalidade, mais complexa e denominada recuperação extrajudicial impositiva²⁵⁷, todos os credores sujeitam-se aos seus efeitos, incluindo aqueles que se recusaram a aceitá-la, desde que aprovado por credores representantes de mais de 3/5 dos créditos de cada classe objeto de deliberação no plano de recuperação. Portanto, a recuperação extrajudicial impositiva se refere à situação em que o devedor procurou negociar com todos os credores, ou pelo menos com a sua maioria, mas encontrou resistência de uma minoria dissidente. Essa espécie também conta com a homologação judicial, e vem no sentido de dar maior eficácia ao escopo da LRF de preservação da empresa e primazia da recuperação do devedor frente à falência, uma vez que a não aceitação de apenas alguns credores não pode obstar a prática de um plano de recuperação subscrito pela maioria. Cumpre observar que, ainda assim, é possível a impugnação do plano, conforme o art. 164 da Lei n. 11.101/05, observado

Planos de Recuperação Extrajudicial, cabendo-lhe a verificação dos pressupostos objetivos e subjetivos e a decisão quanto às impugnações eventualmente apresentadas pelos credores para, ao final, homologar ou não, o Plano apresentado, o que nos leva a concluir que a prolação da sentença exige do juiz não apenas a verificação do cumprimento dos requisitos formais, mas também a análise das informações apresentadas, principalmente no caso de impugnações de credores. Desta forma, após homologação do Plano, apenas a propositura de ação rescisória poderá anulá-lo, com fundamento nos artigos 485 e 486 do Código de Processo Civil”. Todavia, respeitado debate existente, adotaremos o termo “recuperação extrajudicial meramente homologatória” por ser mais comumente utilizado pela doutrina que trata deste tema.

²⁵⁵Martins atenta para o fato de que “tal artigo não cogita da divisão dos credores em grupos ou classes no plano a ser homologado, tampouco menciona a obtenção de um quórum mínimo dentro de certa classe de credores para que o plano seja passível de homologação” (MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p. 74).

²⁵⁶SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.525.

²⁵⁷ Francisco Satiro de Souza Junior e Luiz Fernando Valente de Paiva se utilizam dessa expressão. Já Rachel Sztajn denomina recuperação extrajudicial obrigatória.

o disposto no §3º²⁵⁸, segundo o qual os credores somente podem evocar as alegações nele previstas. Não obstante, a recuperação extrajudicial demanda tratamento equitativo para os credores aos quais será imposto o plano²⁵⁹. Este plano deverá ser homologado judicialmente, sendo necessário que o devedor apresente documentos em maior número e complexidade para avaliação pelo Judiciário, consoante o art. 163, §6º da LRF. Dessa forma, se evita que determinados credores ajam de maneira oportunista, em conflito com outros credores e até mesmo da empresa.

Merece destaque o fato de que alguns autores fazem a distinção não em espécies de recuperação extrajudicial, mas distinção em modalidades de homologação do plano de recuperação extrajudicial. É em razão disso que, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho²⁶⁰ utiliza os termos homologação facultativa²⁶¹, para a hipótese do art. 162, em que há adesão de todos os credores atingidos pelas medidas previstas no plano de recuperação, e homologação obrigatória, para os casos em que o devedor obteve adesão de pelo menos três quintos dos credores, sendo possível a imposição do plano à minoria dissidente. Neste contexto, Domingues²⁶² questiona sobre a utilidade do art. 162 da LRF, concluindo pela sua inutilidade em termos de força obrigatória, coativa e vinculante, mas é útil no caso de o plano prever venda de filiais ou de unidades produtivas isoladas, caso em que deve haver obrigatoriamente a homologação judicial para que o juiz proceda a alienação por hasta pública, conforme se verá adiante.

Existe, na doutrina, um debate acerca da natureza jurídica da recuperação extrajudicial, sendo para alguns o acordo de vontades e, para outros, prestação jurisdicional²⁶³. Por exemplo,

²⁵⁸ § 3º Para opor-se, em sua manifestação, à homologação do plano, os credores somente poderão alegar:

I – não preenchimento do percentual mínimo previsto no **caput** do art. 163 desta Lei;

II – prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 desta Lei, ou descumprimento de requisito previsto nesta Lei;

III – descumprimento de qualquer outra exigência legal

²⁵⁹SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.525.

²⁶⁰COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p.516-517.

²⁶¹De acordo com Coelho (COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p.517.), “quanto todos os credores cujos créditos são alcançados pelo plano (...) aderiram a ele, a homologação judicial não é obrigatória para a sua implementação. Se o plano de recuperação extrajudicial ostenta assinatura de todos os credores por ele atingidos, a homologação não é condição para obriga-los. Eles já se encontram obrigados nos termos do plano por força da adesão resultante de sua manifestação de vontade. O ato judicial não é necessário para que o crédito seja alterado em sua extensão ou condições”. E conclui que a homologação facultativa pode se justificar tanto para atentar as partes quanto à importância do plano, como para possibilitar a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas.

²⁶²DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p. 112.

²⁶³ Vale lembrar que existia discussão semelhante quanto à natureza jurídica da recuperação extrajudicial na vigência da hoje extinta concordata, sendo o centro de tal divergência também a imposição da vontade da maioria sobre os credores dissidentes em minoria. Conforme lecionava Requião (1986, p. 09), havia três teorias principais, quais sejam, a contratual, a processual e a da obrigação legal²⁶³. Entretanto, com o surgimento do Decreto n. 7.661/1945, findaram-se tais discussões, uma vez que este apresentava a concordata como concessão do juiz, consagrando, portanto, a sua natureza processual como ato jurisdicional.

para Francisco Satiro Souza Junior²⁶⁴ “o plano de recuperação extrajudicial constitui um contrato solene, com caráter de cooperação²⁶⁵”, e para Rachel Sztajn²⁶⁶ é “negócio jurídico consensual entre devedor e uma ou algumas classes de credores, negócio de cooperação, de repactuação na divisão dos riscos, que, em alguma medida, se assemelha aos negócios plurilaterais”. Há ainda autores que entendem ser a recuperação extrajudicial procedimento especial de jurisdição voluntária²⁶⁷, como, por exemplo, Restiffe²⁶⁸. Já para Lobo²⁶⁹, tem natureza de ato complexo.

Atualmente, opinião majoritária da doutrina é a de que a recuperação extrajudicial tem natureza jurídica contratual, ou seja, o plano de recuperação extrajudicial constitui um contrato. Isso ocorre, principalmente e com menor grau de dúvidas, quando se diz respeito à modalidade de recuperação extrajudicial meramente homologatória, uma vez que vincula tão somente o devedor e os credores signatários do plano apresentado e negociado entre ambas as partes. Ou seja, nesta forma de recuperação é nítida a convergência de interesses entre o devedor e os credores. Nessa corrente doutrinária, Souza Junior²⁷⁰ afirma ainda que a recuperação extrajudicial, salvo previsão contrária, tem características de um “negócio jurídico celebrado por devedor e credores sob condição suspensiva, para o qual o evento que possibilita sua plena eficácia é a homologação judicial”, sendo que a causa imediata desse instrumento é a superação de uma crise econômico-financeira, e não a preservação dos direitos dos signatários. Além disso, leciona que após a homologação o plano constitui novação das obrigações dos signatários.

Entretanto, em razão da possibilidade de imposição do plano de recuperação a todos os credores, inclusive os dissidentes ou ausentes, desde que este plano seja aprovado por representantes de três quintos de todos créditos de cada classe por ele abrangido, consoante o art. 163, *caput*, da LRF, abre-se espaço para discussão sobre a natureza jurídica do plano de

²⁶⁴SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.527.

²⁶⁵ “Solene porque, para que surta os efeitos da recuperação extrajudicial, deve revestir-se de forma escrita e demanda homologação judicial” (SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p. 526).

²⁶⁶SZTAJN, Rachel. Op. cit., p.532.

²⁶⁷ “Na jurisdição voluntária, em comparação com a contenciosa, consoante Alcalá-Zamora, referido por José Frederico Marques, deve-se falar não em processo, mas procedimento voluntário; não em lide, mas negócio; não em partes, mas participantes; não em ação, mas pedido; não em demanda, mas solicitação; não jurisdição, mas atribuição; não em julgador, mas juiz; não em sentença, mas resolução. (...) Na verdade, a própria denominação *jurisdição voluntária* é objeto de críticas pela doutrina, haja vista não se cuidar de jurisdição, pois não busca a atuação do direito, não há o caráter substitutivo e não há a lide, e nem se trata de voluntária, porque dependente de provocação. A jurisdição voluntária encontra-se na zona limítrofe entre função jurisdicional e função administrativa, que o juiz pode exercer nos casos previstos em lei” (RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit., p. 373).

²⁶⁸RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit., p. 373.

²⁶⁹LOBO, Jorge. Op. cit., p.168.

²⁷⁰SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.527.

recuperação extrajudicial, colocando-se em dúvida seu caráter contratual, conforme afirmam Picolo²⁷¹. Para este autor, a recuperação extrajudicial é um negócio jurídico de direito privado, negócio de cooperação, uma vez que a imposição da vontade da maioria sobre o da minoria e a intervenção do magistrado são insuficientes para descaracterizar o plano como contratual²⁷². Atualmente, com o destaque ao poder dos credores na concessão da recuperação, volta à tona a indagação quanto à natureza jurídica, sendo relevante a reflexão sobre o caráter contratual ou não dessas medidas de recuperação, dada a divergência entre ato negocial ou prestação jurisdicional.

Pode-se dividir a recuperação extrajudicial em duas fases, sendo a primeira relativa à negociação de um plano de recuperação entre o devedor e seus credores, sem a participação do Poder Judiciário. Já a segunda fase relaciona-se à homologação judicial do plano. Na recuperação extrajudicial meramente homologatória, basta o devedor juntar à petição inicial a justificativa e o documento contendo os termos e condições do plano de recuperação, com as assinaturas dos credores. Já na recuperação extrajudicial impositiva, além desses requisitos, o devedor deve demonstrar sua situação patrimonial, as demonstrações contábeis, entre outros. Verificados esses requisitos, o juiz determina a publicação do deferimento do processamento recuperação extrajudicial em edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação. Além disso, o devedor deve comprovar o envio de carta a todos os credores, informando a distribuição do pedido, as condições e o prazo para impugnação (art. 164, *caput* e §1º). Os credores têm trinta dias para oferecer impugnações, sendo que a Lei restringe as matérias impugnáveis, e o devedor deve se manifestar sobre isso em cinco dias (art. 164, §§2º, 3º e §4º). Em seguida, o juiz deve decidir sobre a homologação no prazo de cinco dias (art. 164, §5º). No caso de haver prova de simulação de créditos ou vício de representação dos credores, ocorre indeferimento do pedido de homologação (art. 164, §5º). Deferido o pedido de homologação, o plano passa a vigorar, e a sentença de homologação constitui título executivo judicial. Ou seja, se alguém descumprir do plano, será cobrada nos termos do plano homologado.

Por fim, quanto à utilização da recuperação extrajudicial por microempresas e empresas de pequeno porte para solucionar eventuais crises econômico-financeiras, pode-se inferir que a LRF abriu possibilidade para que isso ocorra, uma vez que não realizou qualquer tipo de restrição no art. 48, apesar de a Lei versar expressamente apenas sobre a recuperação judicial

²⁷¹PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p.160.

²⁷² PICOLO, Angelo Antonio. Op. cit., p. 161.

para essas empresas, dentro da Seção V do Capítulo III. Entretanto, de acordo com Verçosa²⁷³, esses empresários deverão recorrer a um plano de recuperação passível de homologação judicial. Para o autor, o legislador deveria ter previsto algum tipo de assistência institucional para o microempresário e o empresário de pequeno porte, tendo em vista as diversas dificuldades práticas que encontram para organizar um plano adequado, além da fragilidade econômica e jurídica para negociar com seus credores.

De acordo com Domingues²⁷⁴, as microempresas e empresas de pequeno porte são muito sensíveis a qualquer abalo de seu crédito no mercado. Por causa disso, caso a crise ganhe publicidade, logo a empresa passa a enfrentar problemas operacionais, uma vez que os fornecedores passam a exigir o pagamento à vista. Além disso, a autora afirma que os clientes passam a fazer pedidos menores e buscar novos fornecedores, com o receio de que a crise da empresa aumente de forma impedir o cumprimento dos prazos de entrega ou adimplir a venda.

A recuperação extrajudicial seria favorável às micro e empresas de pequeno porte para a renegociação do passivo derivados de contratos de empréstimos, incluindo-se aí os bancos e fornecedores. Isso porque as dívidas dessas empresas têm duas origens principais: contratos bancários (como cheque especial e empréstimos) e pagamento de direitos trabalhistas (como salários, férias, FGTS etc.), sendo que estes, por sua vez, não podem ser contemplados pelo plano de recuperação extrajudicial. Assim, Domingues²⁷⁵ acredita que a recuperação extrajudicial deve ser a modalidade a ser eleita pelas microempresas e as empresas de pequeno porte sempre que surgirem rumores no mercado quanto à liquidez e os débitos forem de natureza abarcada por esse meio de superação da crise. Finalmente, lembra que quando há adesão pela totalidade de credores de uma classe ou grupo e não há previsão de alienação de filiais ou unidades produtivas, a homologação judicial é facultativa e só deve ser requerida quando os credores a exigirem, posto que leva ao gasto de recurso que poderia ser utilizado para o pagamento de um débito.

3.3.3 Outros tipos de acordo entre o devedor e seus credores

Além dos institutos da falência e recuperação, o legislador fez questão de prever expressamente os acordos privados como forma de solução da circunstância de crise financeira.

²⁷³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 97.

²⁷⁴ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p. 116.

²⁷⁵ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p. 118.

Trata-se da simples negociação direta do devedor com determinado credor ou grupo de credores, ainda que não levada à homologação judicial.

Com isto, a LRF teria trazido uma “ampla liberdade de negociação concedida aos devedores para que, mediante acordos privados pontuais ou coletivos, obtenham composição junto um, alguns ou todos os seus credores que lhe permitam superar a situação de crise”²⁷⁶. Assim, as regras de recuperação extrajudicial não impedem que outras formas de acordos privados sejam realizados entre o devedor e seus credores.

Essa prática é expressamente permitida pelo art. 167 da LRF²⁷⁷, o qual é visto positivamente pela maioria da doutrina, pois deixa uma abertura para que outras formas de acordo privado entre devedor e credores, não previstas legalmente, possam ser praticadas livremente. Ressalta-se que esse artigo pode ter mais de uma interpretação, de acordo com Martins²⁷⁸. A primeira seria a de que esse dispositivo esclarece que as modalidades previstas nos artigos 161 e 163 da Lei não são as únicas formas de superação da crise baseadas na autonomia privada. A segunda interpretação seria de que o art. 167 representa uma terceira modalidade de recuperação extrajudicial, mas informal e flexível, além de independente de ato homologatório do Judiciário. E por fim, também seria possível entender que o art. 167 dá amparo a situações intermediárias de recuperação extrajudicial.

Para Domingues²⁷⁹, a principal diferença entre o acordo privado e a recuperação extrajudicial repousa não na obrigatoriedade de homologação judicial do plano, mas no fato de que a recuperação extrajudicial representa um acordo coletivo que envolve diversos credores, enquanto que o acordo privado é um instituto do Direito Civil relativo a acordos firmados, em regra, entre o devedor e um credor isoladamente. Ademais, os acordos privados têm conteúdo diferente da recuperação, pois “se restringem a pôr fim a um negócio jurídico inadimplido, enquanto que aquela [recuperação extrajudicial] envolve toda a complexidade da empresa e os reflexos da repactuação dos débitos na esfera dos *stakeholders*”²⁸⁰.

De acordo com Penteado²⁸¹, essas outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores têm natureza de negócio jurídico privado, devendo ater-se à disciplina do Código Civil. Neste sentido, Restiffe²⁸² afirma que a recuperação extrajudicial, sendo negócio

²⁷⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.39.

²⁷⁷ Art. 167. O disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores.

²⁷⁸MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.75.

²⁷⁹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p. 111.

²⁸⁰DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p. 111.

²⁸¹PENTEADO, Mauro R. Op. cit., p.88.

²⁸²RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit., p.372.

jurídico bilateral, distingue-se de outros tipos de acordos privados entre o devedor e seus credores em razão da possibilidade de homologação judicial, “irradiando, a partir daí, diversos efeitos, inclusive constitutivos, por haver formação de um novo estado jurídico para o devedor”. Ademais, o acordo privado, assim como a recuperação extrajudicial, não podem envolver os atos e negócios previstos pelo art. 94, III da LRF, os quais são considerados atos de falência.

Por sua vez, Souza Junior²⁸³ faz a distinção entre o acordo e a recuperação extrajudicial, fundamentando-se nas diferentes causas a que cada meio apresenta. A recuperação extrajudicial tem como causa a preservação da empresa e dos interesses ligadas a ela, diferentemente de um simples acordo entre o devedor e os seus credores. Em suas palavras:

“A par de certos efeitos específicos, diferencia-se (a recuperação extrajudicial) de um simples acordo do devedor com credores em razão de sua *causa*, qual seja, a preservação da empresa e dos diversos interesses a ela relacionados. É justamente a priorização do interesse social sobre os individuais e do devedor e de cada credor que justifica a imposição do plano a certos credores resistentes, desde que garantida a adesão de um mínimo de 60% dos demais da mesma espécie ou grupo”.

O autor ainda entende que, além disso, existem outros fatores que diferenciam a recuperação extrajudicial de um simples acordo, sobretudo em relação a regras às quais não se sujeitam os simples acordos, como por exemplo, a previsão legal de imposição do plano a credores dissidentes (desde que com a aprovação mais de três quintos dos demais do mesmo grupo ou classe), a possibilidade de venda judicial de estabelecimento livre de ônus e sucessão, e a sujeição do devedor aos crimes especiais previstos nos art. 168, 171, 172, 175, 178, 179, 180, e 182 da LRF²⁸⁴. Logo, o livre acordo é a única alternativa viável aos empresários irregulares e àqueles que não satisfazem as exigências do art. 48 da LRF, conforme dispõe o art. 161, *caput*, da Lei ou então que tiverem tido homologado plano de recuperação extrajudicial nos últimos 2 anos, nos termos do art. 161, §3º, da Lei²⁸⁵.

²⁸³SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.523.

²⁸⁴SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.525.

²⁸⁵SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.525.

4 A DISCIPLINA JURÍDICA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO E A ADEQUAÇÃO AOS PARADIGMAS ESTABELECIDOS NO DIREITO CONCURSAL HODIERNO

Considerando os fundamentos teóricos pontuados nos capítulos anteriores, ou seja, na análise sobre a evolução do direito concursal, sobre o direito concursal hodierno – assim caracterizado depois das reformas nos direitos concursais estrangeiros havidas a partir da década de 90 – e sobre o direito concursal brasileiro, a questão que se põe é se a disciplina jurídica da recuperação extrajudicial estaria adequada para regular a composição de conflitos patrimoniais, saneando a crise financeira do devedor, dentro dos propósitos legislativos de permitir a continuidade da empresa e estimular à negociação informal dos devedores. Mais, se a disciplina jurídica ampara os devedores, empresários, com segurança de modo a superar as barreiras que existem ao devedor em crise que precisa recorrer aos procedimentos concursais em tempo hábil para evitar a consolidação da insolvência.

Para refletir sobre tal questão, é importante elucidarmos com profundidade a disciplina jurídica da recuperação extrajudicial, considerando as deficiências verificadas na regulação do instituto e a possibilidade de sanear-las, com o objetivo de tornar o procedimento mais atrativo à coletividade de devedores.

Com tal desiderato, o no presente capítulo seguiremos na análise do instituto da recuperação extrajudicial, com uma abordagem mais crítica em relação à disciplina jurídica existente na LRF. Assim, é importante revisitarmos o instituto e aprofundarmos no estudo de aspectos legais pontuais, situando a problemática e discussão doutrinária existente sobre o tema.

Apesar da maior modernidade trazida pela LRF, inegável é o fato de que existem muitos pontos na Lei que não se coadunam com a real necessidade dos empresários no contexto nacional, sem contar que as lacunas legislativas deixam margem às inúmeras dúvidas e inseguranças para os agentes econômicos. A partir disso, buscaremos demonstrar o quanto as incertezas advindas de uma previsão legal incompatível com os interesses de seus destinatários.

Por fim, e ainda neste terceiro capítulo, e sem nenhuma pretensão de esgotar com profundidade todos os problemas que envolvem o tema, complementaremos a apresentação dos resultados da pesquisa realizada, com a demonstração de aspectos que podem ser aperfeiçoados na legislação. A expectativa é que as soluções ora localizadas possam contribuir ao estudo da matéria, esclarecer alguns dos problemas existentes e, quem sabe, incentivar o uso do instituto.

4.1 Aspectos pontuais e controvertidos da LRF sobre a recuperação extrajudicial

Considerando a disciplina da recuperação extrajudicial dentro do novo direito concursal brasileiro promovido pela promulgação da LRF, os valores e princípios previstos na legislação, as espécies de recuperação extrajudicial e a natureza jurídica do instituto, selecionamos os principais aspectos da disciplina jurídica da recuperação extrajudicial que trazem lacunas nos tratamentos legislativos e as principais críticas em relação aos mesmos, organizados nos seguintes assuntos: os requisitos legais para a homologação do plano de recuperação, o conteúdo do plano e o procedimento de homologação.

4.1.1 Requisitos legais da recuperação extrajudicial

Ainda que sejam duas as modalidades de recuperação extrajudicial, quais sejam a meramente homologatória e a impositiva, existem requisitos legais comuns a serem observados em ambas. Importante ressaltar que o devedor não precisa necessariamente preencher esses requisitos para simplesmente procurar seus credores e negociar uma saída para a sua crise, pois estando todos os envolvidos em concordância, assinam os instrumentos de novação ou renegociação, assumindo por livre manifestação da vontade obrigações cujo cumprimento deva levar à superação da crise do devedor, conforme enuncia Fábio Ulhoa Coelho²⁸⁶. Assim, os requisitos legais devem ser obrigatoriamente preenchidos somente nos casos em que o devedor deseja levar o plano à homologação judicial.

Antes de analisar os requisitos subjetivos, ressalta-se a necessidade de enquadramento do devedor ao artigo 1º da LRF. Isso significa que o devedor deve ser ou empresário individual, ou sociedades empresárias, ou então uma EIRELI. Além disso, não deve estar no elenco do art. 2º da Lei.

Quanto aos requisitos subjetivos, relativos à pessoa do devedor, o primeiro requisito subjetivo a ser atendido pelo devedor para a homologação do plano de recuperação extrajudicial é estar sujeito aos efeitos da falência, ou seja, ser empresário e não ser considerado como exceção pelo art. 2º da LRF. Além disso, o devedor não pode estar sob a proibição de pleitear concordata²⁸⁷.

²⁸⁶COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p.512-513.

²⁸⁷ De acordo com o art. 198, os devedores que estivessem proibidos de pleitear a concordata na data da publicação da lei também estavam proibidos de requerer homologação de plano de recuperação extrajudicial, salvo sociedades que explorem serviços aéreos ou de infraestrutura aeronáutica, nos termos do art. 199 (MARTINS, Glauco Alves.

Além disso, o art. 161 da Lei dispõe que é preciso que o devedor preencha aos requisitos também exigidos pelo art. 48 da Lei para a recuperação judicial. Portanto, o devedor deve exercer atividade empresarial regularmente há, no mínimo, dois anos (art. 48, *caput*); não ser falido, ou seja já o tiver sido, que as obrigações tenham sido declaradas extintas por sentença transitada em julgado (art. 48, I); não ter sido condenado por crime falimentar, nem ter como sócio, administrador ou controlador pessoa condenada por crime falimentar (art. 48, IV). Além disso, o art. 161, §3º exige que o devedor não tenha nenhum pedido de recuperação judicial em curso, e também que não tenha pedido de recuperação, judicial ou extrajudicial, concedido há menos de 2 anos.

Existe uma discussão acerca da compatibilidade entre o número de requisitos subjetivos exigidos pela LRF e os valores contemplados pelo art. 47. Por um lado, há doutrinadores, como Silva Pacheco²⁸⁸, que entendem que esses pressupostos têm o papel de evitar que um mesmo devedor descuidado se valha diversas vezes da recuperação extrajudicial, de maneira a se proteger outros valores distintos da preservação da empresa economicamente viável. Realmente, há requisitos importantes e que devem estar presentes ante a homologação do plano de recuperação, como o descrito pelo art. 48, *caput*, uma vez que é imprescindível a regularidade da empresa perante o registro de empresas e o exercício regular da atividade há mais de dois anos, em razão da função do controle de regularidade da inscrição empresarial. Mas, por outro lado, há autores, como Francisco Satiro Souza Junior²⁸⁹, que veem como não só exagerado o número de requisitos subjetivos, mas a inadequação de alguns desses requisitos ao princípio da empresa viável e aos objetivos do instituto da recuperação extrajudicial, como por exemplo, a exigência do art. 161, §3º, em relação ao prazo de dois anos após a obtenção de recuperação judicial ou homologação judicial de plano de recuperação extrajudicial.

Ainda é criticável a referência do art. 161, que trata de recuperação extrajudicial, ao art. 48, que, por sua vez, dispõe sobre a recuperação judicial, o que acaba por fazer com que institutos tão distintos sejam tratados de forma igual quanto aos requisitos objetivos, a despeito das peculiaridades da forma extrajudicial, que exige maior celeridade e procedimento simplificado.

Além dos requisitos subjetivos, a LRF exige cumprimento de requisitos objetivos, relativos ao plano acordado entre o devedor e os credores por ele afetados. Francisco Satiro de

Op. cit., p. 84). No entanto, isso é pouco relevante, posto que a maior parte dos devedores proibidos de pleitear concordata também está excluída dos efeitos da Lei n. 11.101/2005.

²⁸⁸PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.356.

²⁸⁹SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.527-528.

Souza Junior²⁹⁰ faz referência a seis requisitos objetivos: i) viabilidade econômico-financeira (art. 162); ii) impossibilidade de contemplação de pagamento antecipado de qualquer dívida (art. 161, §2º); iii) impossibilidade de tratamento mais benéfico aos aderentes em relação aos demais credores, ou seja, tratamento igualitário, sendo vedado o favorecimento ou desfavorecimento de alguns (art. 161, §2º); iv) anuência expressa do credor com garantia real para alienação do bem garantidor ou para supressão ou substituição de garantia real (art. 163; §4º); v) previsão de prática de atos considerados caracterizadores do estado de falência, elencados pelo art. 94, III, ou atos com a intenção de prejudicar aos credores, dispostos no art. 130 (art. 164, §3º, II); e vi) conformidade com preceitos legais, inclusive da LRF (art. 164, §3º, II e III).

Passando a uma análise mais detida de alguns desses requisitos, temos que, em primeiro lugar, o plano deve ser justificável nos aspectos econômicos e financeiros. Ressaltamos aqui a ideia de que o plano de recuperação extrajudicial é muito menos abrangente do que o de uma recuperação judicial, uma vez que não se presta a apresentar uma solução global para solucionar os problemas financeiros do empresário, mas somente a conciliar as necessidades financeiras, disponibilidade de caixa e as exigências dos credores, trazendo respostas a questões pontuais.

Já em relação requisito que impede o tratamento desfavorável aos credores não sujeitos ao plano, isso pode ser relativizado (e não excluído) na modalidade homologatória, tendo em vista a aceitação pela totalidade dos credores, o que vai de acordo com a preservação da autonomia privada. Já na modalidade impositiva, isso não é possível, pois é preciso garantir que nenhum credor dissidente se sujeite a condições menos benéficas que aqueles da mesma classe ou grupo que aderiram voluntariamente ao plano.

Outros requisitos objetivos também são considerados por diferentes autores, o que aumentaria ainda mais a lista de exigências para a submissão à recuperação extrajudicial homologatória e poderia obstaculizar a busca por esta solução por parte do devedor. Por exemplo, o art. 163, §1º exige que o plano contemple exclusivamente os créditos constituídos até a data do pedido de homologação. E o art. 163, §5º traz que o plano de recuperação só pode estabelecer o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira se contar com a anuência expressa do respectivo credor.

Destaca-se que não são impedimentos para homologação do plano de recuperação a existência de pedido prévio de falência contra o devedor ou de protestos, o não pagamento de obrigações líquidas e exigíveis em seu vencimento ou a comprovação de solvabilidade ou de

²⁹⁰SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.528.

existência de ativos que garantam percentualmente o cumprimento das obrigações assumidas²⁹¹.

4.1.2 O plano de recuperação extrajudicial

Quanto ao conteúdo do plano de recuperação, o legislador brasileiro, pelo disposto na LRF, deu ampla permissão ao devedor quanto às formas de renegociação de dívidas, dando estímulo às soluções de mercado e ao exercício da autonomia privada na recuperação extrajudicial. Assim, é possível o devedor se valer de qualquer instituto existente no direito pátrio, como a compensação, a transação, a remissão, a cessão de bens e de direitos, o desmembramento da atividade empresarial, a cessão de créditos e/ou débitos, a dação em pagamento, além de instrumentos do mercado de capitais, como a emissão de valores mobiliários²⁹², mas com a diferença de que o acordo é negociado coletivamente com os credores, e não de forma isolada com cada um deles.

Sobre as restrições ao conteúdo do plano, novamente, em relação ao §2º do art. 161 da LRF, que diz respeito à vedação de pagamento antecipado das dívidas e de tratamento diferenciado aos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial, esse dispositivo deve ser interpretado de maneira mais flexível, dando permissão ao devedor de realizar propostas em condições distintas de acordo com a necessidade de cada caso concreto. Não há sentido em se interpretar o §2º no sentido absoluto de tratamento igualitário entre todos os credores, especialmente na hipótese em que a adesão ao plano foi unânime.

Outra restrição refere-se à alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas, nos termos do art. 166 da Lei, pois sendo essa hipótese abarcada pelo plano de recuperação extrajudicial, o devedor fica obrigado a requer sua homologação judicial, além de a alienação ser obrigatoriamente realizada por hasta pública, ou seja, por leilão, propostas fechadas ou pregão, nos moldes do art. 142, que trata de alienação de ativo do falido. Domingues²⁹³ entende que o art. 166 contraria a ideia de facilidade negocial e processual que deve pautar a recuperação extrajudicial, uma vez que o procedimento de hasta pública é demorado e tem alto custo. A autora²⁹⁴ atenta para o fato de que essa limitação ocorre apenas para a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas, os demais bens do ativo do devedor podem ser livremente

²⁹¹SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p.528.

²⁹²DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.102.

²⁹³DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.103.

²⁹⁴DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.104.

negociados no plano de recuperação, incluindo-se aí bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos (como marcas e patentes). Logo, é possível que o devedor se utilize, por exemplo, da dação em pagamento de seus bens em favor de alguns credores, ou até mesmo aliá-los a terceiros, a fim de obter capital para pagamento dos credores ou de despesas gastas na manutenção da empresa durante o período da recuperação.

A autora observa que o legislador não teve o cuidado de apartar os riscos de uma eventual ação revocatória, o que acabar por deixar o negócio suscetível à declaração de ineficácia prevista pelo art. 129, caso seja declarada a falência do devedor. Portanto, defende que o melhor seria afastar os riscos da ação revocatória, e então estimular soluções de mercado e também a aumentar o leque de formas de negociações em segurança jurídica ao devedor e aos credores.

Ademais, Domingues²⁹⁵ critica o descuido do legislador em não se manifestar expressamente sobre o afastamento do adquirente da sucessão nas obrigações do devedor para a recuperação extrajudicial. De acordo com a autora, a interpretação sistêmica da LRF permitiria a aplicação analógica dos artigos 60, parágrafo único e 141, inciso II, relativos à falência e a recuperação judicial, respectivamente, de tal forma que o adquirente também ficaria livre da sucessão na recuperação extrajudicial. Entretanto, o problema encontra-se na modificação realizada pela Lei Complementar n. 118/2005 no art. 133 do Código Tributário Nacional, que buscou adequá-lo à LRF, afastando a sucessão fiscal na falência e na recuperação judicial, mas não na recuperação extrajudicial. Consequentemente, alguns autores propugnam pela aplicação dos artigos 1.144 a 1.149 do Código Civil, impondo ao adquirente a sucessão nas obrigações do devedor, inclusive tributárias, trabalhistas e previdenciárias, o que é mais um incentivo para que o devedor opte pela recuperação judicial ao invés da extrajudicial.

A recuperação extrajudicial, no tocante aos tipos de créditos, abrange tão somente aqueles com garantia real, com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários e subordinados. Observa-se que não existe necessidade de que o plano abranja todos eles, podendo selecionar apenas alguns tipos, mas é preciso dar obediência ao §2º do art. 161 da LRF.

No entanto, de acordo com o art. 161, §1º, da LRF, a recuperação extrajudicial não se aplica a: créditos tributários; créditos trabalhistas; créditos decorrentes de acidente de trabalho; créditos relativos a dívidas com garantia fiduciária de bens móveis ou imóveis, arrendamento mercantil, compra e venda de imóveis cujo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade ou

²⁹⁵DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.104-105.

irretratibilidade, incluindo-se incorporações imobiliárias, ou compra e venda com reserva de domínio, nos casos em que prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais na forma da legislação específica, não se permitindo somente a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade profissional (art. 49, §3º); e créditos referentes a importâncias entregues ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio (ACC), na forma do art. 75, §§3º e 4º da Lei n. 4.728/1965, desde que o prazo total da operação não ultrapasse o previsto nas normas específicas do Banco Central do Brasil (art. 86, II)²⁹⁶.

A despeito desta previsão do art. 161, §1º, da LRF, o devedor pode firmar um plano de recuperação com qualquer tipo de credor, desde que o credor concorde com o plano e que não exista qualquer óbice legal. A maior parte da doutrina, como Manoel Justino Bezerra Filho²⁹⁷, Fábio Ulhoa Coelho²⁹⁸ e Domingues²⁹⁹ explica que, na verdade, este dispositivo não proíbe a proposta de recuperação aos credores excluídos pelo artigo em questão, se eles concordarem com o plano de recuperação poderão ser incluídos nele. Já se não concordarem, não serão atingidos pela obrigatoriedade do art. 163. Ou seja, a restrição feita a tais credores ocorre somente em relação à homologação judicial do plano, e não a um eventual acordo privado entre o devedor e credores elencados no §1º do art. 161, com exceção do credor de dívida tributária³⁰⁰.

Por outro lado, Verçosa³⁰¹ não deixa de criticar tal exclusão de créditos, afirmando que o modelo de recuperação extrajudicial adotado pela Lei 11.101/2005 falhou ao seguir o modelo da antiga concordata e, conseqüentemente, não abarcar os créditos referidos no art. 161, §1º, ou seja, detentores de créditos decorrentes de contratos de arrendamento mercantil, de adiantamento de contrato de câmbio, de compra e venda com reserva de domínio e de alienação fiduciária. Além disso, a versão do Projeto de Lei aprovada pela Câmara dos Deputados previa somente a exclusão de créditos tributários, trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho,

²⁹⁶ Ressalta-se que a recuperação judicial se assemelha à extrajudicial por não contemplar créditos decorrentes detidos por titular de propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, os decorrentes de contratos de arrendamento mercantil, os decorrentes de contrato de compra e venda de imóvel com cláusula de irretratibilidade ou irrevogabilidade, os detidos por titular de reserva de domínio em contrato de compra e venda e os decorrentes de contrato de adiantamento de contrato de câmbio.

²⁹⁷BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.330-331.

²⁹⁸COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p.516.

²⁹⁹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.100.

³⁰⁰ Domingues (DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.100) explica a exceção do crédito tributário: “Os créditos tributários, em razão de se sujeitarem ao regime do Direto público, no qual impera o princípio da indisponibilidade e cuja remissão, anistia ou parcelamento só se opera por lei, impedem negociações extrajudiciais, ficando o devedor sujeito às regras específicas de parcelamento ou às discussões administrativas ou judiciais sobre referidos créditos”.

³⁰¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 97.

sendo, portanto, um texto que garantia ao devedor uma maior amplitude subjetiva nas negociações e soluções de mercado, uma vez que permitia a imposição do plano à minoria de dois quintos dos credores hoje excluídos pelo §1º do art. 161 da Lei.

Elias Katudjian³⁰² critica a exclusão dos créditos detidos pelas instituições financeiras, uma vez que elas detêm direitos de propriedade sobre bens essenciais à atividade e à capacidade produtiva do devedor, além de serem praticamente imunes à recuperação judicial e extrajudicial, podendo recorrer outros instrumentos processuais que acabam por impedir o desenvolvimento da recuperação do devedor, como a busca e apreensão e a reintegração de posse. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho³⁰³, “não há hipótese em que seu crédito seja alterado conta a sua vontade, mesmo que a alteração fosse essencial à superação da crise do devedor”.

Já Manoel Justino Bezerra Filho³⁰⁴, ao tecer críticas à LRF, explica que, embora a Lei seja resultado do sentimento médio da população em determinado momento, há determinados “setores da população que fazem com que suas vozes sejam ouvidas de maneira mais determinante”. No caso da elaboração da LRF, num dado momento, o setor bancário passou a pressionar o Legislativo para que seus interesses fossem garantidos. Passou-se, então, a haver uma maior preocupação com o retorno do capital financeiro às instituições financeiras, em detrimento da busca por condições de recuperação das empresas em crise. Assim, de acordo com Bezerra Filho³⁰⁵:

“Objetivou-se, dentro do espírito de defesa do capital financeiro e do fisco, mesmo que à custa da recuperação da empresa, criar uma “blindagem” em favor de tais credores. Aliás, esse espírito que permeia toda esta legislação é que será a causa certa de dificuldade – ou até de óbice – para a recuperação das empresas”.

Enfim, esta é uma questão polêmica e desperta interesses diversos, ficando evidente que é prejudicial aos objetivos da própria recuperação. Afinal, nos moldes atuais, a LRF acabar por privilegiar essa classe de credores, de modo que não precisam ceder ou negociar em favor da coletividade de credores e da própria recuperação do devedor.

4.1.3 Procedimento de homologação judicial

³⁰²KATUDJIAN, Elias. **Dos créditos excluídos da recuperação**. In: Revista dos Advogados, n. 83, setembro de 2005, pp. 35-42.p.35-41.

³⁰³COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p.516.

³⁰⁴BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.53.

³⁰⁵BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p. 331.

Quanto à homologação do plano de recuperação extrajudicial, oportuno se faz mencionar a discussão doutrinária quanto à sua obrigatoriedade ou não.

De um lado, autores como Coelho³⁰⁶ e Domingues³⁰⁷ defendem que a homologação não é obrigatória, uma vez que para simplesmente negociar com os credores uma saída para a crise da empresa, o devedor não precisa preencher nenhum requisito, de modo que não precisa homologar o acordo firmado para que deles surjam efeitos.

De outro, há autores que entendem que a homologação judicial, na modalidade do art. 162 da LRF, é facultativa apenas do ponto de vista “negocial”, pois nesse caso o devedor já teria logrado êxito na negociação com seus credores; mas é obrigatória no sentido de configuração jurídica do instituto da recuperação extrajudicial, ou seja, “enquanto não se levar o plano para homologação em juízo, ainda que haja adesão de todos os credores, não existirá recuperação extrajudicial regida pelo direito falimentar, mas apenas um acordo privado, regido pelo Código Civil”³⁰⁸. Esse entendimento, portanto, parece repousar na diferenciação entre a recuperação extrajudicial e os acordos privados.

Todavia, não concordamos com essa segunda corrente apresentada, isto é, entendemos a homologação como sendo uma faculdade, de maneira que o devedor, optando por um acordo extrajudicial, pode escolher entre homologar judicialmente o plano ou não. O papel da homologação é, portanto, o de legitimar o acordo e de conferir maior segurança jurídica às partes, posto que o juiz passa a verificar o cumprimento dos requisitos legais. Observa-se que isso se aplica tão somente quando a totalidade dos credores subscreverem ao plano (art. 162), pois quando a adesão não for unânime, o devedor apenas poderá impor o plano a uma minoria dissidente a partir da homologação judicial. Nesta hipótese, como explica Domingues³⁰⁹ a não homologação faz com que o plano seja um mero acordo coletivo privado, obrigatório apenas para os credores que o subscreveram.

Importante destacar que cabe apenas ao devedor a iniciativa quanto à proposição de um plano de recuperação extrajudicial, bem como a legitimidade para requer a homologação desse plano. Ocorre que essa não é a melhor alternativa a viger em nosso sistema concursal. Originariamente, a iniciativa e a legitimidade eram dadas aos credores, mas foram retiradas ao longo do trâmite do Projeto de Lei. Em primeiro lugar, isso é ruim porque muitas vezes o devedor demora a reagir à crise e a tomar as medidas necessárias para superá-la, de modo que

³⁰⁶COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p.512-513.

³⁰⁷DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.109.

³⁰⁸ANDREY, Marcos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.589.

³⁰⁹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.111.

quando o faz, já é tarde e seus negócios encontram-se mais fragilizados e com maior endividamento. Isso torna mais difícil, demorado e custoso o procedimento de recuperação³¹⁰. Em segundo lugar, porque o legislador não se manifestou expressamente sobre a legitimidade ativa na recuperação extrajudicial em relação às pessoas que assumem direitos de gestão e de titularidade da empresa pertencente a um devedor morto³¹¹, diferentemente do que fez com a recuperação judicial. Contudo, quanto a essa questão não há motivo para grandes preocupações, uma vez que a doutrina afirma ser possível a aplicação do parágrafo único do art. 48 da Lei à recuperação extrajudicial.

Na hipótese de recuperação extrajudicial meramente homologatória, existe o risco de desistência do credor à adesão do plano de recuperação após distribuição do seu pedido de homologação. Neste caso, Fábio Ulhoa Coelho³¹² leciona que não é possível a desistência do devedor ao plano de recuperação extrajudicial após o pedido de homologação judicial, salvo nos casos em que o devedor e todos os demais credores concordem, nos termos do §5º do art. 161 da LRF³¹³. Isso porque o autor entende que a “anuência do devedor e de todos os credores é condição para a existência, validade e eficácia do arrependimento porque o plano deve sempre ser considerado em sua integralidade”. Sendo o plano resultado de uma negociação, qualquer alteração nos elementos que o compõem pode afetar outros direitos e obrigações nele contidos ou até mesmo comprometer o sucesso do plano. O autor ainda reforça esse entendimento ao afirmar que não há sentido em se interpretar o dispositivo no sentido de que até o pedido de homologação o credor pode livremente desistir da adesão ao plano, pois o objetivo da lei seria acrescentar uma condição para a existência, validade e eficácia da desistência realizada após a distribuição do pedido de homologação judicial do plano. Ou seja, não podendo o credor desvincular-se do plano sem a anuência dos demais signatários, prevalece o plano³¹⁴.

A homologação do plano de recuperação extrajudicial não interfere na administração da sociedade empresária ou do empresário, nem na livre disposição dos bens do devedor, que continua a administrar os seus bens, resguardas e eventuais restrições voluntárias decorrentes de aspectos do plano. Não há nomeação de um administrador judicial e também não há formação de um Comitê de Credores. A organização dos credores sujeitos ao plano ou dos

³¹⁰DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.99.

³¹¹De acordo com o parágrafo único do art. 48 da Lei n. 11.101/2005, além do próprio devedor, a recuperação judicial pode ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, pelos herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

³¹²COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 514.

³¹³§ 5º Após a distribuição do pedido de homologação, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência expressa dos demais signatários.

³¹⁴COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 515.

demais credores é uma faculdade não contemplada na LRF. No mais, uma vez que sujeita somente os credores signatários do plano ou os demais do mesmo grupo ou classe, nos termos do art. 163, não há necessidade de habilitação de créditos, tampouco a formação de uma Assembleia Geral de Credores, de acordo com Souza Junior³¹⁵.

Quanto aos efeitos resultantes da homologação do plano de recuperação extrajudicial, a LRF dispõe sobre aqueles operados tanto na forma pretérita como após a homologação. Em regra, os efeitos do plano somente são produzidos após a homologação (art. 165, *caput*). Todavia, os parágrafos 1º e 2º do art. 165 da Lei são excepcionais e tratam de efeitos pretéritos, ou seja, anteriores à homologação, relativos apenas à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários. Caso não se verifique a homologação, as partes retornam à situação inicial, abatendo-se os valores pagos durante o curso do processo. Esses efeitos pretéritos aplicam-se tanto à homologação meramente homologatória quanto à impositiva. Para qualquer outro tipo de alteração, como garantia pactuada no acordo ou alienação de bem dado em garantia, e para os créditos daqueles que não aderiram ao plano, os efeitos são posteriores à homologação judicial apenas.

Já em relação aos os efeitos pós-homologação, a sentença homologatória constitui o plano em título executivo judicial (art. 161, §6º). Paiva³¹⁶ ressalta que no caso de não se operar a homologação do plano, a liberação dos credores aos termos do acordo depende de uma questão contratual. Ou seja, deve-se verificar se há cláusula que preveja a homologação como condição resolutiva, ou que disponha que o efeito de novação à simples adesão ao plano, ou que enuncie que a novação ocorrerá com a homologação ou adesão de um determinado percentual de créditos. Domingues³¹⁷ vai além e afirma que ainda que o plano de recuperação não venha a ser homologado, os credores signatários já estão vinculados a ele por ser ele um contrato privado, plurilateral, devendo ser cumprido e regido mediante as regras do Código Civil sobre obrigações e contratos em geral, bem como passa a constituir o plano de recuperação um título executivo extrajudicial.

Tendo em vista as duas modalidades de recuperação extrajudicial, Luiz Fernando Valente Paiva³¹⁸ observa que a principal vantagem que a modalidade de recuperação extrajudicial meramente homologatória seria a proteção dada ao acordo homologado em âmbito judicial contra eventuais ações revocatórias ou declarações de ineficácia de atos previstos no

³¹⁵SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p. 524.

³¹⁶PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Op. cit., p. 593.

³¹⁷DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.114.

³¹⁸PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Op. cit., p.571.

plano, exceto no caso de fraudes. Ocorre que, infelizmente, esse benefício foi retirado do texto do Projeto de Lei que deu origem à Lei n. 11.101/101 quando do seu trâmite no Senado Federal, o que acabou por diminuir a proteção dada às negociações realizadas em âmbito extrajudicial. Consequentemente, isso desestimula a celebração desse tipo de acordo por parte dos devedores que necessitam de um processo de recuperação rápido e de menor custo, e como afirma Francisco Satiro de Souza Junior³¹⁹, isso “pode inviabilizar a construção de arrojados planos que envolvam toda a empresa”. Na prática, no caso de uma renegociação de dívida, é bastante comum que o credor somente aceite a dilação dos prazos e novas condições de paramento da dívida em troca de garantias. E, não raro, o devedor oferece bens em pagamento aos credores, especialmente quando encontra dificuldades em transformar seu patrimônio imobilizado em dinheiro. Nestes casos, muitas vezes os credores não querem correr o risco de eventuais futuras ações revocatórias, receio este que os faz desistir de celebrar o acordo com o devedor³²⁰.

Logo, sem alternativa, o devedor é forçado a se valer da recuperação judicial, mais lenta e custosa. Sem dúvidas, o fato de a recuperação extrajudicial não suspende direitos, ações, execuções, nem os pedidos de falência contra o devedor, exceto quanto aos signatários do plano até sua homologação (art. 161, §4º) é a principal crítica feita pela doutrina em relação ao instituto da recuperação extrajudicial nos moldes da LRF. Sendo assim, a única vantagem da recuperação extrajudicial meramente homologatória frente aos demais acordos privados consiste na constituição da sentença homologatória do plano em título executivo judicial, o que passa a reduzir o número de matérias passíveis de embargos em uma futura execução. Todavia, a existência desse benefício isoladamente é um estímulo muito pequeno para que a recuperação extrajudicial seja largamente utilizada.

4.2 O número de recuperações extrajudiciais levadas à homologação judicial

Em função dos aspectos apresentados no item anterior, podemos constatar que o instituto da recuperação extrajudicial se presta a solucionar questões pontuais, atuais ou esperadas, e não um problema generalizado da empresa. Ou seja, diante dos pressupostos teóricos estabelecidos, e a disciplina jurídica correspondente, verificamos que a recuperação extrajudicial foi prevista como um instituto próprio para resolver as dificuldades financeiras pontuais do devedor, relacionadas à incapacidade de pagamento de determinados credores e desencaixe financeiro provisório, entre outros. Assim, o devedor que se vale da recuperação

³¹⁹SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p. 524.

³²⁰PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Op. cit., p.570.

extrajudicial precisaria apenas negociar com o grupo ou classe de credores dentro do qual se instala o problema, e então obter a adesão de todos ou ao menos da maioria a fim de re-escalonar os pagamentos. Tudo isso envolvendo menos formalidades que existem numa recuperação judicial, sendo possível solucionar a questão de maneira muito mais célere³²¹. Nada obstante isto, verifica-se que na prática poucos são os devedores que recorrem à recuperação extrajudicial, como se poderia verificar numericamente nas ações existentes no Poder Judiciário.³²²

Segundo os dados fornecidos pela Serasa Experian³²³, criamos uma tabela a fim de facilitar a visualização e a comparação do número anual de recuperação judicial e recuperação extrajudicial, a partir da entrada em vigor da LRF, que se deu em junho de 2005, até o mês de finalização deste estudo.

Tabela 1 – Número de Recuperações judiciais e extrajudiciais

Ano	Recuperação Judicial Requerida	Recuperação Judicial Deferida	Recuperação Judicial Concedida	Recuperação Extrajudicial Levada à Homologação	Recuperação Extrajudicial Homologada
Junho-dezembro/2005	110	53	1	0	0
Janeiro-dezembro/2006	252	156	6	2	0
Janeiro-dezembro/2007	269	195	13	9	5
Janeiro-dezembro/2008	312	222	32	14	6
Janeiro-dezembro/2009	670	492	101	15	5
Janeiro-dezembro/2010	475	361	215	7	2

³²¹SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. Op. cit., p. 524.

³²²Registre-se que não foi possível realizar pesquisa numérica no próprio judicial, em virtude da ausência de um cadastro de caráter oficial com estatísticas e informações sobre o número exato de recuperação, tanto judicial e extrajudicial, requeridas e concedidas no Brasil, o que acaba dificultando a análise da aceitação da recuperação extrajudicial. Em função disto, recorreu-se aos resultados de pesquisa apresentados por instituições privadas que levantam informações necessárias para o presente estudo.

³²³As informações coletadas encontram-se disponíveis em <<http://www.serasaexperian.com.br/release/noticias/index.htm>>. Acesso em 14/08/2013.

Janeiro- dezembro/2011	515	397	151	7	1
Janeiro- dezembro/2012	757	618	189	7	1
Janeiro- julho/2013³²⁴	516	418	122	4	2
Total	3.876	2.912	830	65	22

Fonte: Serasa Experian

Como se pode verificar acima, há uma discrepância entre o número de recuperações judiciais requeridas e o número de recuperações extrajudiciais levadas à homologação. Isso demonstra a clara preferência do devedor em crise pela modalidade judicial de recuperar sua empresa. No ano de 2006, enquanto foram requeridas 252 recuperações judiciais, apenas 2 recuperações extrajudiciais foram levadas para homologação, o que significa a proporção de 126 para 1. Em 2007, a proporção foi de 29,8 para 1, e em 2008, de 22,3, o que demonstrou um crescimento pela escolha de recuperações extrajudiciais, ainda que de forma bastante tímida. Já em 2009, o número de requerimento para homologação de recuperação extrajudicial foi o maior dentro do período analisado, entretanto, como se vê, o número de recuperações judiciais também foi altíssimo, o que levou à proporção de 44,6 para 1, demonstrando a queda brusca da preferência pela recuperação extrajudicial. Essa queda de preferência não só foi mantida, como aumentada a cada ano, sendo a proporção de 67,8 para 1 em 2010, 73,6 para 1 em 2011 e 108,1 para 1 em 2012. No primeiro semestre de 2013, até agora isso vem sendo mantido, sendo a proporção atual de 129 recuperações judiciais para 1 extrajudicial. Portanto, conforme o analisado, desde a entrada em vigor da LRF, a recuperação extrajudicial nunca ocupou um lugar de prestígio pelo devedor que se encontra em crise, o que revela a inadequação desse instituto frente às necessidades práticas.

Outro ponto a ser analisado é que, embora tenha crescido o número de recuperações extrajudiciais num determinado momento, o que poderia ser tratado como demonstração de maior familiaridade do empresariado brasileiro com o instituto, esse número passou a cair posteriormente. Com um longo período de vigência da lei falimentar anterior, o Decreto-lei n. 7.661/1945, a prática empresarial acostumou-se a um sistema concursal que proibia e punia as negociações realizadas fora do âmbito judicial, o que hoje é permitido pela LRF. Nem sempre

³²⁴Até o término do presente estudo, a última publicação relativa ao tema foi realizada em 06/08/2013. Disponível em <http://www.serasaexperian.com.br/release/noticias/2013/noticia_01296.htm>. Acesso em 14/08/2013.

essa transição ocorre com facilidade e, sem incentivos para a adoção de uma prática nova, dificulta-se ainda mais esse processo. Após 8 anos de vigência da LRF, a intimidade com a recuperação extrajudicial ainda é muito escassa, o que revela também a falta confiança em relação a esse instituto.

Além disso, quantidade baixa de recuperações extrajudiciais levadas à homologação judicial se explica pelo art. 167 da LRF, que permite a prática de qualquer tipo de negociação coletiva privada e de caráter extrajudicial, ficando a critério das partes a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário, a nosso ver. Ocorre que, como esses acordos são, em sua maioria, bastante discretos, o que é altamente desejável para a empresa que se encontra em crise, torna-se mais difícil ainda coletar dados relativos a eles. É possível, portanto, que diversos acordos com o objetivo de superação da crise de um devedor e sem a participação do Judiciário tenham sido celebrados. Assim, importante esclarecer que a análise de números aqui apresentada não significa a certeza da não recepção das soluções de caráter extrajudicial trazidas pela LRF. Demonstra apenas a baixa adoção do instituto da recuperação extrajudicial que tem em seu procedimento a homologação judicial do plano acordado entre o devedor e os seus credores.

Tendo em vista a análise dos números de recuperações extrajudiciais levadas para homologação judicial e a verificação da ínfima quantia em que ocorrem na prática, oportuna se faz a indicação de sugestões para a melhoria do instituto trazido pelos artigos 161 a 166 da LRF, a fim de tornar a recuperação extrajudicial mais atraente para os devedores que não necessitam de uma modalidade judicial, mas apenas um instrumento de superação de crises pontuais, mais célere, simples e menos custoso.

4.3 Uma análise conclusiva acerca da adequação da recuperação extrajudicial brasileira

De acordo com o estudo do cenário internacional de harmonização da legislação concursal entre os países, foi possível verificar a importância do amparo promovido pelos organismos internacionais e as respectivas diretrizes sobre direito concursal para as reformas nas legislações de diversos países. Apesar de o Brasil se inserir nesse movimento de reformas, com a elaboração da LRF dentro desse contexto, o legislador pátrio não adotou boa parte das recomendações, especialmente no que diz respeito aos mecanismos extrajudiciais de superação de crises empresariais. A simples inserção do instituto da recuperação extrajudicial na LRF, apesar de representar um grande avanço, não foi trabalhada com afinco, não oferecendo grandes

incentivos e mecanismos de apoio ao devedor em crise, diferentemente do que dispõem as diretrizes.

A par dos princípios enunciados pelo Banco Mundial, Martins³²⁵ entende que o legislador brasileiro não adotou rigorosamente tais recomendações, tendo em vista que somente alguns deles encontram previsão na LRF. A adoção de algumas diretrizes, como o tratamento tributário favorável para as empresas que buscam a recuperação por meios extrajudiciais e a criação de um código de padrão de conduta para as instituições financeiras que participem de processos de reestruturação de devedores, seriam bastante úteis para o desenvolvimento dos instrumentos extrajudiciais de recuperação da crise econômico-financeira do devedor. Nesse sentido, Martins³²⁶ afirma que os mecanismos e marcos recomendados pelo Banco Mundial podem mostrar um lado positivo, tendo em vista que trazem um impacto benéfico sobre o estímulo ao investimento, à concessão de crédito e à geração de emprego, opinião, aliás, apresentada por setores do Governo Federal envolvidos na reforma da legislação concursal brasileira nos últimos meses do trâmite do Projeto de Lei³²⁷.

Já em sentido contrário, Manoel Justino Bezerra Filho³²⁸ entende ter havido uma verdadeira pressão do Banco Mundial quanto da elaboração da LRF. O Banco Mundial teria, à época, distribuído livretos dos *Principles and Guidelines* nos meios acadêmicos, contendo os 35 princípios e diretrizes para eficácia dos procedimentos falimentares e de cobrança de dívidas, além de promover encontros e discussões³²⁹. Para o autor, a influência da instituição foi tanta, que se chegou a falar não em uma Lei de Recuperação e Falências, mas em uma “Lei de Recuperação de Crédito Bancário” ou “Lei Febraban”, afastando a ideia original do Projeto de recuperação do devedor em crise. O setor bancário conseguiu, então, influenciar em diversos

³²⁵MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.44.

³²⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.45.

³²⁷Apesar disso, o autor atenta para opiniões opostas na doutrina, que não veem positivamente a conformação de alguns aspectos da Lei n. 11.101/2005 às diretrizes do Banco Mundial, uma vez que diversos países que já adotavam muitos princípios posteriormente inseridos no *Principles and Guidelines* atualmente vêm reformando suas legislações concursais.

³²⁸BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p.53.

³²⁹De acordo com Bezerra Filho: “Argumentava, a princípio corretamente, que a recuperação de qualquer empresa, em qualquer lugar do mundo capitalista, dependia fundamentalmente de financiamento e que o único setor capaz de fornecê-lo em quantidade suficiente seria o setor bancário. No entanto – continuava dizendo –, não basta apenas o fornecimento de financiamento, sendo necessário que tal financiamento seja fornecido a juros não extorsivos, mas sim a juros que a atividade empresarial tenha condições de pagar. Prosseguia afirmando, ainda corretamente, que um dos elementos que influem na formação de juros é a avaliação do risco: quanto menor o risco, menores os juros. A partir desse pensamento, até aqui corretamente formulado, essa corrente conseguiu tornar verdade a afirmação de que a lei de recuperação, para propiciar efetivamente recuperação, deveria proporcionar condições privilegiadas de retorno do capital investido na sociedade empresária em recuperação ou em falência, de tal forma que a diminuição do risco resultaria na baixa dos juros”.

dispositivos da Lei, como por exemplo o art. 161, que exclui os créditos dessas instituições do plano de recuperação extrajudicial.

Além disso, o legislador pátrio não adotou a maioria das recomendações do *UNCITRAL Legislative Guide* de 2004. De acordo com Martins³³⁰, em primeiro lugar, porque a LRF exige, para obtenção de homologação do plano, que o devedor atenda condições que acabam por limitar o conteúdo do plano de recuperação, o que é o oposto do postulado pela UNCITRAL. Além disso, há divergências quanto aos pressupostos da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial, tendo em vista que na recuperação extrajudicial o devedor deve atender um número maior de requisitos do que na judicial e, ao final, obtém menos benefícios.

Outro ponto de disparidade com as diretrizes da UNCITRAL é o fato de a recuperação extrajudicial, em princípio, produzir efeitos somente após a homologação judicial do plano, contrariando a recomendação do organismo de que se faça o aproveitamento do acordo privado celebrado, ainda que não haja a sua homologação judicial. Por outro lado, a possibilidade de imposição do plano à minoria dissidente prevista pela LRF atende à recomendação da UNCITRAL de que os países busquem soluções para superar a minoria que discordar do plano de recuperação.

Martins³³¹ vê como negativa a adesão parcial da LRF quanto às recomendações sobre acordos celebrados em âmbito extrajudicial da *UNCITRAL Legislative Guide*. Lembra o autor que a maioria das críticas realizadas à recuperação extrajudicial brasileira encontra-se em concordância com as diretrizes da UNCITRAL, sendo especialmente interessante que o instituto fosse reformado no sentido de conceder à recuperação extrajudicial os mesmos benefícios e oportunidades de utilização de meios de recuperação colocados à disposição da recuperação judicial. Ademais, acredita que existem indícios na disciplina da recuperação extrajudicial de que é viável a equiparação de benefícios com a recuperação judicial, sem prejuízo à segurança dos credores e em conformidade aos princípios da Lei 11.101/2005. Em primeiro lugar, afirma que a fiscalização e o controle exercidos pelo Poder Judiciário sobre o procedimento de recuperação extrajudicial são suficientes para que se negue homologação a planos que impliquem em prejuízos a credores ou apresentem fraude a terceiros. Em segundo lugar, a atuação do Ministério Público contribuiria para maior segurança do procedimento homologatório.

Assim, passados oito anos após a promulgação da LRF, a quase inutilização prática da recuperação extrajudicial não pode ser justificada pelo pouco tempo de vigência. É preciso

³³⁰MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.49.

³³¹MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.50.

exercitar as críticas e reconhecer uma série de equívocos cometidos pelo legislador na sua elaboração, seja em razão de ter se centrado nos outros dois institutos da falência e da recuperação judicial, ou por ter pouca familiaridade do mercado com esse tipo de negociação sem a intervenção do Poder Judiciário após décadas de proibição, ou então pelo fato de ter deixado de lado importantes recomendações elaboradas por diversos organismos internacionais.

Apesar de a LRF apresentar uma série de dispositivos bem formulados, que procuraram trazer alterações positivas para o direito concursal a fim de adaptá-lo à realidade, como a inserção do instituto da recuperação extrajudicial, muitas críticas foram formuladas e reproduzidas ao longo deste estudo, o qual procurou mostrar diversos posicionamentos em relação aos mais diversos aspectos da recuperação extrajudicial tal como ela se encontra no direito brasileiro atualmente.

Uma das principais críticas feitas à recuperação extrajudicial é a falta de benefícios concedidos durante seu processamento, como a não suspensão de eventuais ações revocatórias e declarações de ineficácia. Nesse sentido, concordamos com os diversos autores, como Paiva³³² e Martins³³³, que defendem que a legislação concursal brasileira deve ser modificada no sentido de conceder essa proteção, ao menos nas hipóteses em que o acordo envolvesse a outorga de novas garantias a obrigações já existentes ou o pagamento de obrigações de maneira diferente da pactuada originalmente, tal como ocorre em países como a Argentina.

Uma das principais formas de viabilizar a superação da crise é a alienação de bens, filiais ou unidades produtivas isoladas, mas se encontram sujeitas aos artigos 129 e 130 da Lei, podendo ser objeto de ação revocatória, o que, conseqüentemente, afasta os eventuais interessados na aquisição. A antinomia existente entre os artigos 138 e 164, §5º da Lei 11.101/2005, acaba por prejudicar a segurança jurídica, de modo que os credores não se sentem confortáveis para participarem de planos de recuperação extrajudicial. Por isso, há a necessidade de inclusão de um dispositivo legal que proteja expressamente os atos pertencentes ao plano de recuperação extrajudicial contra eventuais ações revocatórias e declarações de ineficácia, tal como já ocorre com a recuperação judicial, por força do art. 131. Inclusive, esse entendimento vai de acordo com o *Legislative Guide* da UNCITRAL, o qual recomenda que o legislador deve garantir os mesmos benefícios dados ao procedimento judicial de reorganização da empresa, conforme visto neste estudo.

³³²PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Op. cit., p.570-571.

³³³MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.251.

Quanto à iniciativa em propor o plano de recuperação extrajudicial e a legitimidade para requerer a sua homologação por via judicial, consentimos com a ideia de autores, como Domingues³³⁴, que defendem que a LRF deveria permitir expressamente que os credores também pudessem fazê-los, tendo em vista a tendência mais moderna de países como os Estados Unidos.

Além disso, sobre os requisitos subjetivos, entendemos que a parte final do §3º do art. 161 da LRF deveria ser reformada para que se não se proibisse a recuperação extrajudicial para o devedor que já tenha pleiteado alguma recuperação, judicial ou extrajudicial, em menos de dois anos anteriores. Martins³³⁵ tem a mesma opinião, e se baseia na forte conotação negocial da recuperação extrajudicial, na aptidão desse instituto em resolver crises de menor complexidade, e no fato de que uma recuperação extrajudicial pode ter afetado apenas uma classe ou grupo de credores. O autor vai mais longe, e defende a supressão do requisito subjetivo de inexistência de prévia condenação falimentar, a fim de se facilitar o acesso de interessados à recuperação extrajudicial, em benefício da preservação da empresa, uma vez que a existência de requisitos ligados à pessoa do empresário, do controlador ou dos administradores é incompatível com as tendências atuais do direito concursal e com os princípios da LRF.

Quanto aos requisitos objetivos, concordamos com Martins³³⁶ quanto à sugestão de modificação sobre a exigência de inexistência de atos de falência do art. 94, III da LRF. Isso porque é comum que no processo de renegociação do passivo os credores exijam novas garantias reais ou que o devedor seja obrigado a alienar parte de seus bens ou alguns de seus estabelecimentos como parte da estratégia de recuperação da crise. Segundo o autor, os atos previstos neste no art. 94, III obstam os meios de recuperação a serem adotados no acordo, restringindo o leque de opções de soluções para a crise da empresa e, ademais, a prática de atos de falência não representa a inviabilidade da atividade empresária. Assim, revisando-se as hipóteses previstas por esse dispositivo, os planos de recuperação extrajudicial mais elaborados e criativos seriam incentivados, o que permitiria uma maior adaptação dos meios à necessidade de cada devedor em crise.

Já em relação aos créditos sujeitos à recuperação extrajudicial, concordamos com a parte da doutrina que acredita ser extremamente benéfica a possibilidade de o plano de recuperação extrajudicial abarcar créditos decorrentes de arrendamento mercantil, de adiantamento de contrato de câmbio, de compra e venda com reserva de domínio e de alienação fiduciária,

³³⁴DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.99.

³³⁵MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.250.

³³⁶MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.251.

retirando-os, portanto, do rol do §1º do art. 161 da Lei. Dessa forma, seria possível submeter tais credores, especialmente as instituições financeiras, à negociação verdadeira com o devedor em crise. Domingues, por seu turno, vai mais além, afirmando que os créditos trabalhistas também deveriam ter a possibilidade de serem incluídos nos créditos sujeito ao plano de recuperação extrajudicial. A autora sugere que, tratando-se de crédito de natureza alimentar e a necessidade de controle quanto à sua negociação, bastaria dispor sobre a obrigatoriedade de homologação judicial do plano que abrangesse o crédito trabalhista, ou então que “tais acordos fossem firmados e homologados na Comissão de Conciliação Prévia da Justiça do Trabalho, ou mesmo nos Tribunais Arbitrais (...)”³³⁷. Assim, os direitos dos trabalhadores restariam resguardados frente a abusos do empregador devedor.

Em relação à recuperação extrajudicial impositiva, sugerimos a introdução de um período de suspensão das ações movidas pelos credores de uma classe ou grupo de credores inseridos no plano, tal como ocorre com a recuperação judicial, conforme dispõe o art. 6º, §4º da LRF. Nesse sentido, Martins³³⁸ afirma que, ainda que em período inferior ao previsto para a recuperação judicial, dado a celeridade da recuperação extrajudicial, a suspensão dessas ações individuais contribuiria para impedir que credores dissidentes inviabilizassem a recuperação do devedor

Outra sugestão quanto à recuperação extrajudicial refere-se ao art. 61, §2º da LRF. De acordo com esse dispositivo, no caso de recuperação judicial, caso venha a ser convolada em falência, os credores terão seus direitos e garantias reconstituídos nas condições originalmente contratadas. O objetivo dessa regra é assegurar aos credores a liberdade de negociar na recuperação judicial, a fim de que o devedor supere a crise, sem que isso coloque em risco seus direitos e garantias caso a falência venha a ser decretada. Isso não está previsto para a recuperação extrajudicial, de modo que, uma vez homologado, o plano acarreta em novação das obrigações, sendo que, caso haja convolação em falência, os créditos habilitados são os estabelecidos pelo plano, e não os créditos originais. Consequentemente, os credores não se sentem seguros para participar do procedimento de recuperação extrajudicial, lembrando-se que após a adesão, eles não estão autorizados a desistir dos termos acordados, salvo com a anuência dos demais credores. Assim, preferem os credores ajuizarem ações individuais para cobrar os valores devidos. A sugestão, portanto, é a de que seja aplicada a mesma regra do art. 161, §2º à recuperação extrajudicial.

³³⁷DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.101.

³³⁸MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p.254.

No tocante aos editais a serem publicados, conclui-se que o art. 164, *caput*, da Lei n.11.101/2005³³⁹ exige um número exagerado de editais a serem publicados no processo de recuperação extrajudicial, o que vai em desencontro aos preceitos de menor custo, maior rapidez e simplificação que deveriam permear este instituto. Isso porque o dispositivo exige a publicação do plano por edital no Diário Oficial e em jornal de grande circulação da localidade da cidade sede e, ainda, se houver filiais, também deverá ser o plano publicado nas respectivas cidades. Domingues³⁴⁰ entende que essa determinação deve ser relativizada pelo juiz da homologação, de modo a exigir a publicação por um edital apenas, desde que comprovada a ciência de todos os credores, o que já se exige nos termos do §1º do art. 164 da Lei, podendo o devedor também alegar que o custo de publicação em diversos editais pode comprometer a saúde financeira da empresa. Assim, de acordo com Domingues³⁴¹ seria melhor que, ao invés do excesso de editais, o legislador tivesse sido formalmente mais rigoroso no envio da comunicação aos credores, exigindo prova de recebimento pelo devedor, como Aviso de Recebimento, carta protocolada ou notificação extrajudicial por Cartório de Títulos e Documentos, bem como a obrigatoriedade de comunicação a credores estrangeiros, caso existam.

Quanto à alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas por hasta pública, seria recomendável que esse dispositivo fosse modificado para prever outros meios de controle, como a avaliação prévia por empresa especializada e idônea ou por perito judicial, de modo a se fixar um limite de variação entre a avaliação e o preço a ser praticado, visando uma solução em conformidade à fragilidade financeira do devedor e às suas necessidades de reestruturação.

Ademais, ainda sobre a alienação, é altamente recomendável que seja realizada uma alteração legislativa no sentido de se livrar o adquirente de sucessão tributária nas obrigações do devedor, a fim de se dar utilidade prática à recuperação extrajudicial e para que se cumpra plenamente a finalidade de se garantir meios para que as empresas superem a crise, em concordância ao demonstrado por Domingues³⁴². Atualmente, apesar da permissão legal quanto à alienação, dificilmente haverá quem se interesse em adquirir as filiais ou unidades produtivas isoladas em razão da responsabilidade tributária por sucessão empresarial.

³³⁹Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3º deste artigo.

³⁴⁰DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.106-107.

³⁴¹DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.107.

³⁴²DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Op. cit., p.105.

Além disso, o Código Tributário Nacional já estabelece que não há sucessão tributária na falência e na recuperação judicial (art. 133, §1º), estabelecendo as hipóteses de exceção (art. 133, §2º) a fim de evitar fraudes. Entendemos que o legislador não desejou o oposto para a recuperação extrajudicial, sendo, portanto, uma falha a ser corrigida com facilidade. Dessa maneira se estimula a escolha do devedor pela recuperação extrajudicial, e não à opção pela via judicial em razão de ter que dar ao adquirente a garantia de que este não sucederá o devedor nas obrigações. Tratando-se ainda do Código Tributário Nacional, o art. 185 dispõe como presumidamente fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Essa disposição deveria ser reconsiderada para o caso de recuperação empresarial, pois é recorrente que, em situações de dificuldades econômico-financeiras, o devedor deixa de pagar, em primeiro lugar, os impostos, preferindo manter os salários dos empregados e os fornecedores. Assim, na impossibilidade de alienar seus bens, o devedor fica bastante limitado em relação às alternativas para solucionar a crise, isso quando tal alienação mostra-se como o único meio capaz de levar à sua recuperação.

Outra sugestão pertinente à melhoria do instituto da recuperação extrajudicial seria o acréscimo de dispositivo na LRF que permitisse o parcelamento especial dos créditos devidos à Fazenda Pública e ao INSS para o devedor que tiver homologado o plano de recuperação extrajudicial, a fim de aumentar os incentivos ao devedor em crise que procura meios que o auxiliem a superar a crise econômico-financeira da empresa. Para Martins³⁴³, isso traria uma aproximação com o direito português, em que é obrigatória a participação de credores públicos no procedimento extrajudicial de conciliação, quando isso for benéfico para a superação da crise.

Martins³⁴⁴ sugere que seja incluída na LRF a previsão de que o último ato a ser praticado antes da prolação da sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial seja a remissão dos autos do pedido de homologação ao Ministério Público. Isso porque sendo pontual o momento em que ocorre sua atuação, assim como ocorre com a recuperação judicial e a falência, torna-se mais célere o procedimento do pedido de homologação do plano do que se pudesse o Ministério Público se manifestar a cada ato praticado ao longo do trâmite. A nosso ver, essa suposição faz sentido e vai de acordo com a proposta de rapidez e simplificação do procedimento de recuperação extrajudicial que baliza o instituto.

³⁴³MARTINS, Glauco Alves. Op. cit., p. 253.

³⁴⁴MARTINS, Glauco Alves, op. cit., p. 252.

Por fim, existem algumas sugestões com menor grau de relevância, mais relativas a desacertos de vocabulário, mas que, de certa forma, contribuiriam para o aperfeiçoamento da previsão legal da recuperação extrajudicial. Uma delas seria a retirada de expressões genéricas dos requisitos objetivos para a homologação do plano, uma vez que isso gera insegurança aos interessados no instituto, pois se abre a possibilidade de que um credor dissidente invoque todo tipo de matéria como justificativa para a negativa de homologação³⁴⁵.

Sendo assim, a partir constatação da inadequação da atual recuperação extrajudicial, com as críticas acima posicionadas, serve o presente como esboço de sugestões a ser refletidas no processo de evolução da recuperação extrajudicial no Brasil, uma vez que, nos moldes em que este instituto é abordado pela LRF atualmente, inibe-se a sua realização prática. Logo, esperamos que haja uma reforma legislativa e que a academia se movimente no fomento à discussão, a fim de adequar a norma jurídica às necessidades reais do mercado; e enquanto isso não ocorre, que o magistrado tenha bom senso ao aplicar a disciplina da recuperação extrajudicial, a fim de preconizar os princípios basilares do novo direito de recuperação de empresas.

³⁴⁵MARTINS, Glauco Alves, op. cit., p. 252.

5 CONCLUSÃO

A LRF trouxe diversas inovações positivas em relação ao diploma falimentar anterior, o Decreto-lei n. 7.661/1945. Uma delas foi a criação da recuperação extrajudicial, que, juntamente à conhecida recuperação judicial, tem como objetivo fundamental a superação de uma crise econômico-financeira de um devedor empresário, em consonância ao princípio da manutenção da empresa viável, posta sua importante função social para o país.

A recuperação extrajudicial insere o Brasil num contexto internacional que tende ao reconhecimento de maior autonomia do devedor e dos credores em negociarem entre si um acordo que possibilite a superação da crise, com uma intervenção mínima de um órgão judicial neste procedimento. Conforme se verificou, diversos países reformaram suas legislações a fim de permitir essa prática entre o devedor e seus credores. Ademais, importantes organismos internacionais publicaram diretrizes nesse sentido, reforçando a ideia de que se faz fundamental que a legislação de cada país promova um ambiente propício a essas negociações, que já vinham ocorrendo há tempos na prática no Brasil, ainda que proibidas pelo Decreto-lei n. 7.661/1945.

Oportuno registrar que entendemos que a recuperação extrajudicial se presta não a superar crises mais intensas e a elaborar planos de reestruturação profunda como faz a recuperação judicial, mas a solucionar problemas pontuais com a colaboração de determinados grupos ou classes de credores, de forma mais célere e simples e menos custosa. É por isso que não é possível comparar ambos os institutos, sendo que se propõem a objetivos distintos e em situações distintas. Também não é um instituto igual aos acordos privados celebrados entre devedor e credores, como alguns podem entender, em razão de seus objetivos, conforme se verificou neste estudo. Ademais, a recuperação extrajudicial é um instituto capaz de oferecer a segurança jurídica necessária ao mercado, tendo em vista a homologação judicial dos termos acordados. Ou seja, o magistrado não fica permitido a oferecer soluções, mas pode oferecer segurança jurídica por meio de homologação.

Dessa maneira, entendemos que, se de um lado a recuperação extrajudicial é um instituto positivo dentro do direito concursal e que valoriza a iniciativa dos particulares, a dinâmica do mercado e o menor custo, por outro, pudemos verificar que a disciplina atual está inadequada aos objetivos institucionais, falhando ao tratar das crises dos devedores. Diversas críticas em relação às técnicas legislativas fazem com que, na prática, seja essa modalidade praticamente inutilizável.

Contudo, entendemos que a disciplina do instituto pode ser aperfeiçoada e o uso da recuperação extrajudicial estimulada no direito brasileiro, com a busca pelo devedor de mecanismos preventivos à crise econômica e superação que do estigma que existe ao devedor falido. Esperamos que estejam errados aqueles que consideram que a recuperação extrajudicial está fadada ao fracasso, e que as alterações sugeridas neste estudo sejam concretizadas a fim de incentivar devedores e credores a recorrerem a esse instituto. Assim, realidade atual poderá ser transformada positivamente, de forma que o sistema concursal brasileiro seja beneficiado com a recuperação extrajudicial.

Enfim, esse trabalho não teve pretensões de oferecer soluções a todos os problemas que envolvem a recuperação extrajudicial, até porque essa é uma disciplina que envolve não só conhecimentos jurídicos, mas de diversas áreas como administração e economia. Procuramos sim apresentar os aspectos mais críticos desse instituto dentro da esfera jurídica, uma vez que partimos da constatação de que a recuperação extrajudicial não parece ser largamente utilizada pelos devedores em situação de crise, a despeito da falta de dados e informações sobre essa prática em razão da natural discricção que a envolve. Assim, identificados os principais erros que impedem o desenvolvimento prático da recuperação extrajudicial, pudemos contribuir modestamente com sugestões de alterações legais que, se realizadas, permitirão que o devedor possa recorrer também a esse instituto, ampliando o leque de opções para a superação de uma crise.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coordenadores). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1997.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresas: de acordo com a Lei n. 11.101/2005**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- ANDREY, Marcos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ASQUINI, Alberto. **Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nº 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Des. Manoel Justino Bezerra Filho – Entrevista – São Paulo, maio de 2005**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. **Lei de Falências: comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CEREZZETI, Sheila Christina Neder. **A lei de recuperação e falência e o princípio da preservação da empresa: uma análise da proteção aos interesses envolvidos pela sociedade por ações em recuperação judicial**. 2009. 389 f. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

CRETELLA NETO, José. **Nova lei de falências e recuperação de empresa: lei nº 11.101, de 09.02.2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALSENTER, Thiago. **Breves considerações acerca do princípio da preservação da empresa como limitação ao poder de tributar e seus reflexos na legislação tributária**.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI140719,21048-Breves+consideracoes+acerca+do+principio+da+preservacao+da+empresa>>. Acesso em 24 de julho de 2013.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). **Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Da concordata à recuperação: investigando a recuperação extrajudicial**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). **Direito recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1965.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro**. 2006. 395 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

GRANDE, João Teixeira. **Considerações sobre os Antecedentes Legais da Falência**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

KATUDJIAN, Elias. **Dos créditos excluídos da recuperação**. In: *Revista dos Advogados*, n. 83, setembro de 2005, pp. 35-42.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 11 ed., rev., e atual. por Jorge Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

LACERDA, Paulo Maria de. **Da Fallencia no Direito Brasileiro**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931.

LEMONS, Eduardo. **Análise da Empresa em Crise: uma Visão não Jurídica**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). **Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

- LOBO, Jorge. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, coordenação Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão. 5ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOVETT, David; SLATER, Stuart. **Como recuperar uma empresa: a gestão da recuperação do valor e da performance**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Rubens Aprobato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. **Concurso de credores e *pactum ut minus solvatur***. Lecce: Ed. del Grifo, 1997.
- MARTINS, Glauco Alves. **A recuperação extrajudicial na Lei nº 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos extrajudiciais**. 2009. 286 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MATOS, Daniel Oliveira. **Recuperação extrajudicial de empresas**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10243>. Acesso em 24 de julho 2013.
- MENDES, Octavio. **Falências e Concordatas**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1930.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial. Vols. VII e VIII**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.
- PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Da Recuperação Extrajudicial**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PANTANO, Tânia. **O Judiciário na Recuperação Extrajudicial**. In: DE LUCCA, Newton; DOMNGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). **Direito recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- PICOLO, Angelo Antonio. **Natureza e limites do plano de recuperação de empresas (aspectos jurídicos e econômicos)**. 2012. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PROENÇA, José Marcelo Martins et. al. **Comentários à nova Lei de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 2º Volume. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Curso de Direito Falimentar. V. 2. Concordatas, crimes falimentares, intervenção e liquidação extrajudicial**. São Paulo: Saraiva, 1986.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas: de acordo com a Lei 11.101, de 09-02-2005**. São Paulo: Manole, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio, Sérgio A. de (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SEGAL, Rubén. **Acuerdos preventivos extrajudiciales – Análisis y metodología de superación de las crisis empresarias**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

SICA, Ligia Paula Pires Pinto. **Recuperação extrajudicial de empresas: Desenvolvimento do Direito de recuperação de empresas brasileiro**. 2009. 395 f. Dissertação (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. **Recuperação extrajudicial é ferramenta do novo sistema**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-01/recuperacao-extrajudicial-ferramenta-habil-sistema-garantias>>. Acesso em 17 de julho de 2013.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo**. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Coordenação Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2012.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 5ª Edição rev. e atual., com súmulas dos tribunais superiores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ZANINI, Carlos Klein. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo**. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio

A. de Moraes Pitombo. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.