

Atualidades

FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: ACORDO DE CREDORES NA ASSEMBLEIA GERAL

VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO

1. Introdução. 2. Definição. 3. Acordo de credores: instituto jurídico lícito e possível. 4. Partes, forma e objeto: 4.1 Partes; 4.2 Forma; 4.3 Objeto. 5. Duração. 6. Exigibilidade. 7. Extinção. 8. Conclusões. 9. Bibliografia.

1. Introdução

A investigação científica do Direito Empresarial no que concerne à falência e à recuperação de empresas tem se revelado fonte de reiterada e necessária análise, principalmente a partir da edição da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falências – LF).

No entanto, muitas vezes nos vemos surpreendidos com autoquestionamentos e, ao nos debruçarmos a estudar a doutrina e a jurisprudência, nada encontramos que pudessem minimamente nos auxiliar para um estudo científico que redundasse na solução do questionamento; isso é exatamente o que acontece com o tema que ora propomos: é possível a celebração de um acordo de credores para o exercício dos direitos a eles assegurados principalmente na assembleia geral tanto na falência quanto na recuperação de empresas? Se possível, quais seriam as partes, a forma e o objeto? O acordo comportaria execução específica da obrigação ou se resolveria em perdas e danos? Como se estipularia sua duração e extinção?

São estes os questionamentos que pretendemos responder neste nosso artigo.

2. Definição

Antes de adentrarmos o tema propriamente dito, faz-se necessário propormos uma definição acerca do que viria a ser um “acordo de credores” no concurso falencial ou de recuperação de empresas, judicial ou extrajudicial.

Entendemos o “acordo de credores” como sendo o contrato atípico celebrado entre credores de um devedor comum em processo de falência ou recuperação de empresas visando à regulamentação dos interesses comuns no processo e ao exercício de seus direitos e obrigações, inclusive quanto ao direito de voto e de veto em deliberações na assembleia geral de credores.

Trata-se, portanto, de uma modalidade contratual e, neste contexto, tem-se: “Afinal, o que é contrato? A partir da demonstração do conflito entre teorias e paradigmas, sejam eles formalistas, voluntaristas, estruturalistas ou economicistas, com Roppo, acreditamos que ‘o contrato é a veste jurídico-formal das operações econômicas’. E, estruturalmente, como fato jurídico, em adaptação ao conceito fornecido por Antonio Junqueira, compreendemos o contrato como ‘todo fato jurídico

consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide?”.¹

Da mesma maneira, por não ter previsão expressa em lei, se enquadra como sendo um contrato atípico: “Definem-se os contratos atípicos por aquilo que eles não são: ou seja, trata-se de contratos que não se enquadram nos modelos predispostos legalmente e que por isso, embora lícitos, não encontram disciplina jurídica no CC ou mesmo em leis especiais”.²

O “acordo de credores” é um contrato atípico e também inominado. Contudo, para que possamos melhor identificá-lo, propomos neste artigo a taxonomia que ora adotamos, reitere-se: “acordo de credores”. A fim de que ele possa ser classificado, a partir de agora, como atípico e nominado. Isso porque é precisa a afirmação da doutrina quando leciona:

“Consistem os contratos atípicos justamente nessa maior amplitude de ação reservada aos particulares em sua autonomia privada e liberdade contratual. Não se confundem com os contratos inominados, apesar de ser comum a confluência. O contrato atípico não está devidamente regulamentado, já o contrato inominado é aquele que não possui *nomem juris*. Exemplificando, o contrato de franquia é nominado e atípico.

“Enfim, todo contrato típico é nominado, mas a recíproca não é válida.”³

Constatada a definição do que seria um acordo de credores para os termos deste nosso artigo, há que se examinar agora a possibilidade, ou não, de haver este contrato em caso de falência ou recuperação de empresas do devedor.

3. Acordo de credores: instituto jurídico lícito e possível

Não podemos perder de vista o fato de que estamos no campo do Direito Privado, em que tudo aquilo que não é vedado pelo legislador, é facultado.

Nesse sentido, é válida a lição que se extrai de Carlos Maximiliano ao tratar da hermenêutica e aplicação do Direito Empresarial (antigamente nomeado Direito Comercial): “A própria índole das relações mercantis, a prevalência dos objetivos econômicos, a maior variabilidade de operações e ampla despreocupação de fórmulas; enfim a liberdade de contratar e a rapidez de assumir compromissos e realizar transações imprimem peculiar ductilidade ao ramo do Direito Privado mais intimamente ligado à atividade dos homens de negócios, e forçam-no a um constante apelo aos usos e costumes, o que o intérprete precisa levar em conta, a fim de atingir à verdade, à regra objetiva, que exterioriza o pensamento gerador da lei, ou à *vontade subjetiva declarada* num ato jurídico”.⁴

Portanto, estamos diante de um caso de *autonomia privada do poder negocial*, na medida em que o Estado considera mais conveniente não disciplinar diretamente a matéria,⁵ delegando-a aos próprios interessados. Com efeito, na medida em que a Lei n. 11.101/2005 não regulamenta o acordo de credores, mas também não o veda, pensamos ser a pactuação lícita.

A questão se mostra ainda mais viável diante do que prescreve literalmente o art. 425 do Código Civil, *verbis*: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

1. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, *Direito dos Contratos*, p. 37.

2. Gustavo Tepedino *et alii*, *Código Civil Interpretado*, vol. 2, p. 33.

3. Nelson Rosenvald, *Código Civil Comentado*, 3ª ed., p. 462 (coord. Cezar Peluso).

4. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed., p. 316.

5. Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, p. 165.

Com isso, se espanca qualquer discussão que se pudesse suscitar acerca da validade legal de um acordo de credores tanto na falência quanto na recuperação de empresas.

4. Partes, forma e objeto

Naturalmente, o pacto entre os credores, como “todo negócio jurídico, o contrato está sujeito a requisitos, cuja inobservância vai dar na sua ineficácia. Uns são gerais, a que se submetem todos os atos negociais. Outros são específicos, dizem respeito particularmente aos contratos”.⁶

Portanto, ao acordo de credores deverão ser aplicados os requisitos de validade e eficácia prescritos na legislação empresarial para os contratos.

Da mesma maneira, podemos afirmar que: “Nos contratos atípicos, os direitos e deveres dos contratantes são mencionados no instrumento contratual que assinaram. Ha normas gerais sobre as obrigações na legislação civil que, evidentemente, se aplicam, mas, à falta de norma específica sobre a relação contratual, *delimitadora de direitos e deveres*, as partes submetem-se apenas ao que contrataram. As cláusulas concernentes a essa matéria são, assim, válidas, já que nenhum dispositivo legal existe disciplinando a relação de modo diverso”.⁷

Portanto, é sumamente importante uma regulamentação precisa e cuidadosa nos contratos atípicos; talvez maior que nos contratos típicos, que encontram boa parte de suas regras prescritas em lei. Por óbvio, isso também se estende ao acordo de credores que, não estruturado e disciplinado adequadamente pelas partes e não previsto expressamente em lei, ao invés de implicar solução, poderá redundar em grande confusão e litígios.

6. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 13ª ed., vol. 3, p. 26.

7. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, 12ª ed., vol. 3, p. 41.

4.1 Partes

Ao se examinar as partes no acordo de credores é conveniente que se traga o escólio de Celso Barbi Filho:

“No capítulo anterior, ao serem examinados os efeitos do acordo em relação às partes, verificou-se que, nesse aspecto, ele pode ser plurilateral, bilateral ou unilateral.

“Dessa análise resulta a conclusão de que o essencial na caracterização na natureza do acordo não é o número de convenientes, mas sim os efeitos produzidos em relação a eles.

“Nessa linha, um acordo que tenha vários contratantes não será necessariamente plurilateral, como não será obrigatoriamente bilateral aquele que reunir apenas dois.

“O relevante é o efeito em relação às partes e não o número de sujeitos. Não se confunde parte com sujeito. Como lembra Fábio Comparato, ‘o fato de que num contrato há mais de dois contratantes não significa, necessariamente, que se está diante de um contrato plurilateral. Não se deve confundir parte com sujeito. O contrato bilateral tem sempre duas partes, isto é, dois centros de interesse, justamente porque sua estrutura comporta um sinalagma, ou intercâmbio de dois interesses. Mas cada centro de interesses pode ser constituído por mais de um interessado. Por outro lado, o contrato plurilateral pode ter apenas duas partes (ex. sociedade com dois sócios), mas como elas perseguem o mesmo escopo, a relação contratual é sempre aberta ao ingresso de outras partes’.”⁸

Para os termos deste nosso articulado, abordaremos apenas as partes no acordo de credores, ou seja, aquelas pessoas em relação a quem se produzem os efeitos que decorrem do pacto.

8. Celso Barbi Filho, *Acordo de Acionistas*, pp. 81 e 82.

O acordo de credores poderá ser entabulado entre os credores comuns de um mesmo devedor, admitidos ou não, ao processo concursal falencial, abrangidos ou não, pelo plano de recuperação de empresas.

Por outro lado, pensamos não ser possível haver um acordo extra-autos que envolva o devedor, seus sócios ou seu administrador e qualquer credor, afora evidentemente se se tratar do próprio plano de recuperação, principalmente se isso implicar favorecimento de um credor em detrimento dos demais, na medida em que esta é uma conduta típica prescrita como crime pelo art. 172 da Lei n. 11.101/2005.

Portanto, pensamos que apenas os credores podem entabular um acordo entre eles em caso de falência ou recuperação de empresas do devedor, no atual estágio do Direito Positivo brasileiro.

4.2 Forma

Em que pese ser de bom alvitre a forma escrita, até porque na “atividade empresarial, particularmente, a prova documental é de extrema importância”,⁹ tratando-se de contrato atípico não vemos ilicitude na sua entabulação verbal. Para tanto, basta lembrarmos que:

“O contrato consensual torna-se perfeito e acabado no momento em que nasce o vínculo entre as partes.

“Para sua formação, são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se encontrem emitidas por duas ou mais partes, ou a atuação da vontade de oblato.”¹⁰

Com efeito, ao teor do que prescreve o art. 107 do Código Civil, a validade do negócio não depende de forma especial, salvo quando a lei expressamente o exigir. Nesse

sentido, tem-se: “No direito brasileiro a forma é, em regra, *livre*. As partes podem celebrar por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular. O consensualismo, portanto, é a regra, e o formalismo, a exceção”.¹¹

Portanto, ordinariamente, o acordo de credores não exige forma especial podendo ser tanto escrito quanto verbal, em que pese a primeira forma ser a que sugerimos, por entendê-la melhor.

4.3 Objeto

Naturalmente, tratando-se de contrato atípico, a verificação da licitude do objeto somente poderia se dar na casuística, ou seja, examinando-se caso a caso.

Não temos dúvida em afirmar que o objeto ordinariamente mais interessante e que se nos apresenta, *a priori*, lícito, seria o exercício do direito de voto na assembleia geral de credores tanto na falência quanto na recuperação de empresas.

Este objeto para o acordo de credores poderá se revelar particularmente útil na hipótese de a assembleia pretender modificar o plano de recuperação apresentado pelo devedor ou mesmo apresentar-lhe um plano alternativo (alínea *a* do inciso I do art. 35 da Lei n. 11.101/2005).

É também de grande utilidade prática na hipótese de a assembleia geral de credores vir a deliberar sobre modalidade alternativa de realização do ativo na falência do devedor (alínea *c* do inciso II do art. 35 da Lei n. 11.101/2005).

De maneira semelhante, pode ser interessante o acordo de credores a fim de eleger membros para um eventual comitê de credores.

9. Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed., p. 60.

10. Orlando Gomes, *Contratos*, 18ª ed., p. 57.

11. Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, 7ª ed., vol. 3, p. 39.

res previsto no art. 26 da Lei n. 11.101/2005 ou para a eleição do gestor judicial em caso de recuperação de empresas (alínea *e* do inciso I do art. 35 da Lei de Falências).

Em suma, tratando-se do exercício do direito de voto¹² na assembleia geral de credores há inúmeras hipóteses de sua regulamentação por meio de um acordo de credores o que, por si só, não representaria, *a priori*, qualquer ilícito, mas, ao revés, faculdade decorrente da autonomia privada.

O direito de voto também não é o único objeto autorizado para o acordo de credores tanto na falência quanto na recuperação de empresas, uma vez que, naturalmente, a criatividade aliada à licitude poderá redundar em um sem-número de objetos possíveis para o pacto eventualmente a ser celebrado.

Diante disso, pensamos, ainda, ser lícito, por exemplo, o objeto do acordo que bloqueie a cessão dos créditos dos signatários do pacto a terceiro a fim de preservar o poder dos acordantes na assembleia de credores ou, ao revés, que imponha aos subscritores do acordo a obrigação de adquirirem créditos do devedor em recuperação ou falência exatamente para que o bloco de credores se fortifique em eventual conclave.

Ante o exposto, podemos concluir que o objeto do acordo de credores, até porque se trata de contrato atípico, comporta um leque indescritível de possibilidades hipotéticas, que somente a prática poderá revelar.

5. Duração

“As obrigações, direitos pessoais, têm como característica fundamental seu caráter

transitório.”¹³ Assim, o acordo de credores poderá ser estipulado com prazo determinado, indeterminado ou sujeito a termo, por exemplo, a convolação da recuperação judicial em falência ou o encerramento do processo concursal.

Pensamos que, ordinariamente, o acordo de credores não deverá extrapolar o prazo de duração da tramitação do processo, uma vez que, encerrado o processo concursal, o acordo deve ter, ordinariamente, por exaurido o seu objeto. Com efeito: “Havendo o adimplemento de todas as obrigações previstas no contrato, exatamente no tempo, no modo e nas condições avençadas pelas partes, este se extingue naturalmente face terem as partes contratantes atingido o fim desejado na contratação”.¹⁴

Diz-se reiteradas vezes “ordinariamente” na medida em que nada impediria um acordo de credores, por exemplo, na falência que fixasse sua obrigatoriedade até a extinção das obrigações do falido.

Portanto, a duração do contrato estará livremente pactuada no acordo de credores.

6. Exigibilidade

Com didática, Celso Barbi Filho esclarece: “No processo civil brasileiro, a execução compulsória das obrigações descumpridas pode ser por reparação ou específica. Na primeira, o direito do credor é restaurado pela recomposição patrimonial, enquanto na segunda obtém-se especificamente a prestação que o devedor se recusou a cumprir”.¹⁵

Ora, considerando que as obrigações pactuadas no acordo de credores são fungíveis e, portanto, podem ser executadas por terceiros, ficando os custos daí decorrentes a

12. Seria possível, inclusive, a estipulação de uma cláusula mandato a fim de que qualquer dos signatários possa exercer o direito de voto nos termos ajustados, na medida em que o credor poderá ser representado na assembleia geral por mandatário (§ 49 do art. 37 da Lei n. 11.101/2005).

13. Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, 9ª ed., vol. 2, p. 487.

14. Americo Luis Martins da Silva, *Contratos Mercantis*, vol. 1, p. 144.

15. Celso Barbi Filho, “Acordo de acionistas”, in *Doutrinas Essenciais do Direito Empresarial*, vol. 3, p. 627.

cargo do inadimplente, tem-se que, por força do art. 461 do Código de Processo Civil, caberá execução específica da obrigação acertada.

Logo, o acordo de credores não se resolverá, em regra, em perdas e danos, mas em suprimento judicial da vontade do inadimplente. O juiz dará a prestação jurisdicional para que se cumpra exatamente aquilo que foi ajustado entre as partes, compelindo o inadimplente aos termos da obrigação contratada.

7. Extinção

A partir da lição de Maria Helena Diniz¹⁶ podemos afirmar por analogia que são modos de extinção do acordo de credores: (a) a execução voluntária da obrigação; (b) a execução indireta; (c) a impossibilidade de execução sem culpa do devedor; (d) o implemento de condição ou termo extintivo; e (e) a execução forçada, em virtude de sentença.

8. Conclusões

A concluirmos este nosso articulado podemos afirmar que é lícito e possível a realização de um acordo de credores em caso de falência ou recuperação de empresas do devedor comum.

Trata-se de contrato atípico para o qual propomos o nome “acordo de credores”. Ele decorre da autonomia privada do poder negocial, aplicando-se-lhe as regras ordinárias dos contratos empresariais e, subsidiariamente, civis e, aquilo que não houver estipulação geral legal, faculta às partes dispor.

9. Bibliografia

BARBI FILHO, Celso. *Acordo de Acionistas*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

16. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 24ª ed., 2ª tir., vol. 2, pp. 220 e 221.

_____. “Acordo de acionistas”. *Doutrinas Essenciais do Direito Empresarial*. vol. 3. São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 627.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 3, 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol. 2, 24ª ed., 2ª tir. São Paulo, Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 3, 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 3, 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado* (coord. PELUSO, Cezar). 3ª ed. Barueri, Manole, 2009.

_____, e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos dos Contratos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

SILVA, Américo Luis Martins da. *Contratos Comerciais*. vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, et alii. *Código Civil Interpretado*. vol. 2. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. vol. 2, 9ª ed. São Paulo, Atlas, 2009.