Doutrina & Atualidades

NOTAS CRÍTICAS AO REGIME JURÍDICO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

RODRIGO TELLECHEA

LUIS FELIPE SPINELLI

JOÃO PEDRO SCALZILLI

1. Introdução. 2. Apresentação do regime jurídico. 3. A recuperação judicial e a recuperação extrajudicial: 3.1 Vantagens; 3.2 Desvantagens. 4. Os acordos privados firmados entre o devedor e seus credores e a recuperação extrajudicial. 5. Proposições. 6. Considerações finais.

1. Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro, as empresas (ou, mais tecnicamente, empresários e sociedades empresárias – o que abarca a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada/EIRELI) que passam por dificuldades econômico-financeiras têm basicamente três opções para evitar a falência: (i) a recuperação judicial, prevista entre os arts. 47 e 72 da Lei 11.101/2005 (LFRE); (ii) os acordos privados, firmados pelo devedor com seus credores fora do alcance da LFRE, como aventado pelo seu art. 167, flexíveis em sua essência, porém sem a chancela do Poder Judiciário; e (iii) uma alternativa híbrida de reestruturação que combina características das hipóteses anteriores, denominada de recuperação extrajudicial.

E é esta última hipótese, uma das novidades da LFRE,¹ que será objeto de exame

1. Na evolução do direito brasileiro em matéria falimentar, o ordenamento jurídico já vislumbrou soluções semelhantes. Por exemplo, no período do Império,

crítico no presente ensaio, tendo em vista os entraves que impedem a sua ampla utilização. Buscamos, neste trabalho, evidenciar as vantagens da recuperação extrajudicial e bem como suas desvantagens, sugerindo, finalmente, algumas proposições para aprimorar sua maior aplicação prática – o que, com todo o respeito, não parece constituir um dos objetivos do atual Projeto de Novo Código Comercial que tramita no Congresso Nacional.

compreendido entre a Proclamação da Independência do Brasil e o Código Comercial de 1850, não há notícia de instituto ou prática comercial que se assemelhe a um acordo de natureza pré-concursal. Todavia, nesse período, era reconhecida e admitida a possibilidade do comerciante em situação de dificuldade econômico-financeira iniciar negociações com seus credores com o objetivo de evitar que a discussão fosse encaminhada à seara judicial. Nesse momento histórico, havia certo grau de liberdade para o devedor entabular negociações com seus credores. V., nesse sentido, interessante transcrição de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, em sua clássica obra *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*: “Acontecendo o caso em que o comerciante se vê nas circunstâncias de fazer Ponto, isto he, parar nos seus pagamentos, tendo aliás fundos para

2. Apresentação do regime jurídico

Arquitetado pelo legislador para contornar crises de menor envergadura econômica, o regime da recuperação extrajudicial consis-

satisfazer a todos os seus credores, posto os não possa imediatamente embolsar, por empates de efeitos, falta de liquidação da casa, impontualidade, ou iguaes embaraços dos respectivos devedores; o commerciante de probidade deve sem perda de tempo pôr o seu crédito a abrigo de toda a suspeita de fraude, participando a seus credores do estado em que se acha, convocandoos a sua casa para lhes patentear seus fundos, e livros, tendoos em devida forma, com todas as mais clarezas, e dívidas activas e passivas da casa, e supplicar-lhes em consequência o favor de alguma espera, respiro, prazo ou espaço de tempo para dentro delle fazer-lhes o pagamento com faculdade de continuar no seu commercio ordinário” (José da Silva Lisboa, *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, Rio de Janeiro, Serviço de Documentação do MJNI, 1963, p. 582). A partir do advento do Código Comercial de 1850, que teve forte influência do Código Comercial Francês de 1807, a matéria passou a receber tratamento sistemático no direito brasileiro, no Livro III, intitulado “Das Quebras”. Não obstante, o Código omitiu-se em regular qualquer forma de acordo extrajudicial preventivo ou de negociação entre o devedor e seus credores. Com o advento do Decreto 3.308/1864, concebido e promulgado em um contexto nacional de crise econômica, foi introduzido, pela primeira vez no Brasil, uma espécie de instrumento extrajudicial de recuperação do devedor, a chamada “concordata amigável” que podia ser estendida à margem do Poder Judiciário, desde que por meio da anuência de credores representando 2/3 do valor total de créditos do devedor. A despeito do caráter inovador do instituto, sua regulamentação foi genérica e sua inclusão se deu tão somente em razão da crise econômica do país. O Decreto 917/1890 deu novo tratamento à matéria, ao prever em seu Título X – “Dos meios de prevenir e obstar a declarado de fallencia” – institutos que preveniam e/ou obstavam à declaração da falência do devedor. Eram eles: (i) a moratória – Secção I – arts. 107-199; (ii) o acordo extrajudicial e a concordata preventiva – Secção II – arts. 120-130; e (iii) a cessão de bens e liquidação judicial – Secção III – arts. 131-138. Com relação ao acordo extrajudicial – que guardava algumas semelhanças com a recuperação extrajudicial – cumpre registrar o disposto nos arts. 120 e 121 do Decreto 917/1890, que ilustram a lógica que fundamentava tais alternativas legais: “Art. 120. O devedor, com firma inscripta no registro do commercio, que antes de protesto por falta de pagamento de obrigação commercial liquida e certa, tiver feito extrajudicialmente algum accordo ou concordata com os credores representando pelo menos 3/4 da totalidade do passivo, deverá requerer

te, basicamente, em um acordo entabulado fora do Poder Judiciário entre o devedor e seus credores – parte deles ou sua totalidade –, que será, posteriormente, homologado judicialmente. Seu objetivo é propiciar a superação de um estado de dificuldades econômico-financeiras.

sem demora a homologação pelo juiz commercial com jurisdição na séde de seu principal estabelecimento e, obtida ella, não poderá ser declarado fallido. Paragrapho unico. O requerimento para a homologação deverá ser apresentado antes dos protestos”; “Art. 121. O accordo ou concordata extrajudicial será assignado pelos credores e apresentado ao juiz, reconhecidas as firmas, por petição acompanhada da relação nominal dos credores, indicados o domicilio de cada um delles, a natureza dos titulos e o importe de cada credito”. Sob a vigência do Decreto 917/1890, outras formas de acordos extrajudiciais entre o devedor e seus credores eram válidos (e sua eficácia prescindia de homologação judicial), desde que fossem firmados por todos os credores. Narra a doutrina que o sistema concebido pelo Decreto sofreu inúmeras críticas, em virtude do constantes abusos dos credores e fraudes perpetradas pelo conluio entre devedores e credores. A partir do advento da Lei 2.024/1908, de autoria de José Xavier Carvalho de Mendonça, as alternativas de recuperação à disposição das empresas em crise passaram a receber do legislador tratamento burocrático e judicializado, além do elevado custo e das dificuldades de acesso postas às empresas de pequeno porte. A partir desse diploma legislativo, a celebração de acordos extrajudiciais pelo devedor com seus credores objetivando soerguimento do primeiro passou a ser considerado indicativo do seu estado de insolvência e causa para a decretação da falência. E o rigor do Decreto-lei 7.661/1945, que também dispunha ser ato falimentar a negociação entre credores e devedor (art. 2º, III), pode ser debitado ao clamor público pelas fraudes que ensejaram os institutos do acordo extrajudicial, na legislação de 1908. Para bom apanhado histórico sobre o período, v.: Ligia Paula Pires Pinto Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas: Desenvolvimento do Direito de Recuperação de Empresas Brasileiro*, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009, pp. 4551; Adriana Valéria Pugliesi Gardino, *A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em Crise no Direito Brasileiro*, Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006, pp. 1333; Glauco Alves Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005 e a Experiência do Direito Comparado em Acordos Preventivos Extrajudiciais*, Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009, pp. 1930; Roberto Ozelame Ochoa e Amadeu de Almeida Weinmann, *Recuperação Empresarial*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 129.

Na modalidade facultativa,² seus efeitos se estendem tão somente àqueles que aderirem ao plano, preservando-se os direitos daqueles que não participaram do processo de negociação realizado com o devedor. Na modalidade impositiva,³ a Lei permite que o plano proposto seja imposto à minoria dissidente, respeitados os parâmetros definidos pelo legislador.

Uma das vantagens do regime é a sua flexibilidade, uma vez que, em regra, só aderem ao plano os credores que desejam dele participar, em nada se alterando a situação dos demais. O Poder Judiciário terá participação quando da homologação do plano de recuperação, o que se fará, basicamente, (a) para dar maior solenidade ao ato, (b) para permitir a alienação de unidades produtivas ou (c) para forçar a participação de determinado credor que ao plano não tenha aderido. Sua principal limitação está no fato de não contemplar os créditos tributários e trabalhistas, nem aqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, II, da LFRE, sendo que os dois primeiros são aqueles que, no dia a dia da exploração de uma atividade econômica, mais assolam as empresas em dificuldades.

De uma maneira geral, o regime jurídico da recuperação extrajudicial é visto

2. É a modalidade prevista no art. 162, na qual existe a adesão da totalidade dos credores atingidos pelo plano, independentemente de quem seja e a qual classe de credores pertença. Essa é a dita recuperação extrajudicial facultativa, justamente porque a adesão dos credores é livre, voluntária, portanto.

3. Em sentido oposto à modalidade facultativa prevista no art. 162, a impositiva, prevista no art. 163, possibilita ao devedor impor suas condições aos credores minoritários dissidentes do plano por ele proposto, caso este tenha sido assinado por credores que representem mais de 3/5 (60%) de todos os créditos de cada espécie ou grupo de credores da mesma espécie por ele abrangida. Observadas tais condicionantes, é possível impor, “goela abaixo”, a homologação do plano aos credores dissidentes. É o chamado *cram down*, expressão já consagrada nos Estados Unidos, que significa a imposição do plano contra a vontade de uma minoria resistente de credores, cuja participação seja considerada pelo devedor relevante para o sucesso da recuperação extrajudicial.

como uma das grandes conquistas da LFRE, principalmente por ter outorgado segurança jurídica e um maior grau de solenidade às negociações privadas entabuladas entre o devedor e seus credores, sendo a presença do Estado desejável em determinadas circunstâncias – por exemplo, para assegurar a estabilidade ao acordo firmado ou, se for o caso, impor as condições acordadas a certos credores dissidentes.

No entanto, o insignificante número de recuperações extrajudiciais homologadas desde o início da vigência da LFRE – ao que se tem notícia, menos de uma centena em todo o território nacional – parece denunciar que as bases do regime não estão adequadas às necessidades do mercado de empresas em crise.⁴

4. Segundo pesquisa realizada pelo Serasa desde a promulgação da LFRE, no ano de 2006 foram encaminhados para homologação pelo Poder Judiciário dois pedidos de recuperação extrajudicial. Em 2007 esse número aumentou para nove e, em 2008, para 14. Em contrapartida, o número de recuperações judiciais nesse período foi o seguinte: em 2006 foram 252; em 2007 foram 269; e em 2008 foram 312. Além disso, segundo informações prestadas por Glauco Alves Martins, no ano de 2008 tramitavam no Brasil 14 pedidos de homologação judicial de planos de recuperação extrajudicial, dentre os quais os principais envolviam as seguintes empresas: (i) Prolan Soluções Integradas S/A, Processo 583.00.3006.1351082, homologado na Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo; (ii) AGR Indústria e Comércio de Sistemas Eletrônicos Ltda., Processo 583.00.2006.1585370, homologado na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo; (iii) Frigocharque Paulista Ltda., Processo 2776/2006, homologado na 1ª Vara Distrital de Cajamar, da Comarca de Jundiaí/SP; (iv) Drogaria Proença Ltda., Processo 061/1.06.00009412, homologado na 1ª Vara Única da Comarca de Quaraí/RS; (v) Moura Shwark Construções S/A, Processo 583.00.2008.1439055, homologado na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo; (vi) TMT Motoco Brasil Ltda., Processo 1082/2006, que, ao que consta, permanece em tramitação na Vara Cível de Campo Largo/PR (acesso via internet em 14.10.2011); (vii) Marco Sette MMS Plásticos Ltda., Processo 2007.001.0991223, que, ao que consta, foi baixado na 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, sem que conseguíssemos visualizar a última movimentação (acesso via internet em 14.10.2011); (viii) Globorr Indústria e Comércio, Importação e Exportação Ltda., Processo 3011/2003,

Partindo dessa constatação, imperioso é verificar as vantagens e as desvantagens do instituto da recuperação extrajudicial, as quais, pelo que se pode desde já depreender, acabam por anular as primeiras.

Mas cumpre ressaltar que, quando se elencam os aspectos positivos ou negativos de determinado instituto ou regime, é imprescindível que se tenha um referencial comparativo, um paradigma com o qual se poderá cotejar as características referentes a cada um deles, para, ao final, apontar suas vantagens ou desvantagens. Ao se efetuar uma análise da recuperação extrajudicial com esse propósito, é natural que seu ponto de referência seja a recuperação judicial. No entanto, essa premissa é incompleta: uma investigação comparativa abrangente e crítica requer a inclusão dos acordos privados (previstos no art. 167 da LFRE) no referencial a ser examinado.

Iniciemos, então, nossa análise pela recuperação judicial para, depois, passarmos à comparação em relação aos acordos privados.

3. A recuperação judicial e a recuperação extrajudicial

Passemos, então, a analisar as vantagens e desvantagens da recuperação extrajudicial em comparação com a recuperação judicial.

que tramitou na 2ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto, tendo o pedido sido rejeitado por impossibilidade jurídica (tentativa frustrada de conversão de concordata em recuperação extrajudicial). Para acesso a todos os dados dos referidos processos, v. Glauco Alves Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, pp. 227-249. De mais a mais, segundo pesquisa de campo realizada por Lígia Paula Pires Pinto Sica nos cartórios das 1ª e 2ª Varas Especializadas de Falência e Recuperação Judicial de São Paulo, nos meses de outubro e novembro de 2008, foram identificados três pedidos de recuperação extrajudicial em trâmite. Um deles na 1ª Vara (envolvendo a empresa Moura Schwark Construções S/A) e dois na 2ª Vara (um deles envolvendo a empresa Prolan Soluções Integradas S/A e o outro relativo a um litisconsórcio ativo das sociedades

3.1 Vantagens

É possível apontar ao menos seis vantagens do regime da recuperação extrajudicial quando comparado ao da judicial. Apesar disso, é importante destacar que o objetivo do estudo, ao elencar essas vantagens, não é o de qualificar o regime como “melhor” ou “pior”, mas sim ressaltar a possibilidade de um deles ser mais adequado ao equacionamento de determinadas situações de crise econômico-financeira, as quais deverão ser examinadas caso a caso.

Em relação às vantagens propriamente ditas, são elas (i) maior flexibilidade; (ii) maior celeridade; (iii) menor custo; (iv) menor intervenção; (v) baixo risco; (vi) maior segurança pela novação. Vejamo-las, uma a uma, justamente porque podem justificar a adoção ou não desse regime em detrimento ao da recuperação judicial.

Uma das principais vantagens do novo regime é a sua flexibilidade, evidenciada a partir da desnecessidade de englobar, no processo de negociação, todos os credores (lembre-se de que, na recuperação judicial, também não é necessário incluir todos os credores). Aderirão ao plano somente os credores que realmente desejam dele participar, restando salvaguardados os direitos dos não participantes. Ainda, existe a possibilidade de dividir os credores em determinados grupos (nos termos do art. 163, § 1º), o que pode facilitar a negociação.⁵

ISD Cursos e Serviços Editoriais Ltda., ISDCJ Ciências Jurídicas Ltda. e IDCJ Ciências Jurídicas Ltda., conhecidas no mercado como “Complexo Jurídico Damásio de Jesus”) (cf. Lígia Paula Pires Pinto Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, pp. 168-175).

5. Lígia Paula P. P. Sica elenca como uma das vantagens da recuperação extrajudicial no quesito da flexibilidade a possibilidade de junção dos credores de acordo com a espécie dos créditos previstos no art. 83, II, IV, V, VI e VIII da Lei ou de grupo de credores de mesma natureza e sujeitos a semelhantes condições de pagamento; na recuperação judicial, a divisão é rígida, não permitindo a subdivisão de classes. Cf. Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, p. 141.

Assim, pode o devedor concentrar esforços na negociação com aqueles credores que estejam dispostos a renunciar a uma parcela de seus direitos e participar do plano de superação do estado de crise – seja porque isso aumenta a chance de recebimento de seus créditos, seja pelo fato de a manutenção do parceiro comercial lhes ser conveniente –, ficando de lado aqueles que se mostrarem irredutíveis.

Destaque-se que o art. 163 dispõe que a imposição do plano a todos os credores por ele abrangidos depende da assinatura de credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os “créditos de cada espécie”. Assim, cabe questionar, nesse particular, qual foi a intenção do legislador ao utilizar tal expressão: seria correto inferir que a referência aponta para as classes descritas no art. 83 da LFRE (inserido no capítulo que regula a classificação dos créditos no procedimento falimentar do devedor)? Ou o legislador optou por agregar ao regime da recuperação extrajudicial conceito novo e distinto da noção de classe (qual seja, “espécie”)? A resposta parece ser positiva quanto ao primeiro questionamento e negativa quanto ao segundo (cf. Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 7ª ed. rev., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 452; Francisco Satiro de Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial”, in Francisco Satiro de Souza Junior e Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2007, pp. 523-543, p. 534; Ricardo Negrão, *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, vol. 3, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 238-239; em sentido contrário, Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, pp. 99-103), como de fato explica o § 1º do art. 163, que assim dispõe: “O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do *caput* desta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento (...)”. Perceba-se a exclusão das classes I e III, referentes, respectivamente, aos créditos trabalhistas e tributários. Assim, concordamos com o argumento que equipara como sinônimas as expressões espécies e classes (e que denota a péssima técnica legislativa). Nessa lógica, parece-nos correta a arguição de que a conceituação de classe adquire objetivos distintos nos procedimentos regulados pela LFRE (*i.e.*, falência, recuperação judicial e extrajudicial); particularmente no caso da recuperação extrajudicial, objeto do nosso estudo, o conceito serve para dividir os credores e permitir a imposição do plano àqueles dissidentes, na modalidade impositiva (Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 534; e Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 123). Superada essa questão, é importante referir que a expressão “grupo de credores

É claro que o esforço recuperatório só fará sentido se os credores dispostos a negociar detiverem uma posição creditícia relevante dentro do quadro geral das dívidas da empresa. Do contrário, economicamente o plano não se sustentará, e a perspectiva de recuperação não será minimamente eficiente.

Outro aspecto relevante com relação à flexibilidade do regime diz respeito aos requisitos legais de legitimidade para manejar o pedido. Nos termos do art. 161, § 3º, da

de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento”, pode ensejar uma série de controvérsias. Considerando que a Lei, no § 1º do art. 163, já se referiu anteriormente a “créditos de cada espécie”, utilizou a conjunção “ou” e a expressão “grupo de credores de uma mesma natureza”, supõe-se que se tratam de categorias diferentes. E, de fato, a interpretação mais adequada parece ser a que conclui que podem os credores de uma mesma espécie (classe) ser separados em grupos, em decorrência de características comuns existente entre eles. Vale lembrar, todavia, que, num primeiro momento, os contornos exatos e a própria noção da expressão “grupo de credores” gerou uma série de dúvidas. Mas a doutrina, de forma majoritária (e acertada, em nossa opinião), tem interpretado tal expressão como sendo uma subdivisão em uma mesma classe, desde que ela (classe) seja formada por créditos de mesma natureza (como, por exemplo, os créditos quirografários de titularidade de instituições financeiras) e que tenham semelhantes condições de pagamento (que sejam de curto prazo, *v.g.*) – o que, obviamente, pode gerar alguma insegurança, pois esses critérios são um tanto quanto subjetivos. Assim, como bem salienta Francisco Satiro, o devedor que desejar criar grupos de credores deverá respeitar três parâmetros: (i) ser da mesma espécie; (ii) ter a mesma natureza; (iii) estar sujeito às mesmas condições de pagamento (Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 535; no mesmo sentido, v. Paulo Penalva Santos, “Aspectos polêmicos da recuperação extrajudicial”, *Revista do Advogado* (Associação dos Advogados de São Paulo – AASP), n. 105, ano XXIX, set. 2009, pp. 159-167, p. 161; Paulo Penalva Santos, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial”, in Osmar Brina-Corrêa Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coords.), *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 1.099-1.119, p. 1.112). Na prática, parece-nos que o mais importante em caso de divisão dos credores de uma mesma classe em subclasses (grupos) é estabelecer, dentro do plano, critérios claros e precisos que motivaram essa subdivisão. Mas não se pode olvidar que a divisão dos credores em grupos (mesmo que adquira contornos precisos) sempre poderá ser impugnada pelos interessados com base no art. 164, § 3º, I, da LFRE.

LFRE, o lapso temporal para a repositura de pedido homologação de plano de recuperação extrajudicial é de dois anos, a contar da obtenção da recuperação judicial ou da homologação de plano de recuperação extrajudicial anteriormente apresentado (prazo este que, de qualquer forma, é extremamente criticável, pois estamos falando de um acordo privado, ainda mais se levarmos em consideração que a recuperação – judicial ou extrajudicial – anterior pode não abarcar os credores abrangidos pela nova recuperação extrajudicial).⁶ Já a previsão do art. 48 da LFRE, relativa ao regime jurídico da recuperação judicial, prevê lapso temporal de cinco anos, no caso do regime ordinário (inciso II) de recuperação, e de oito anos, no caso do regime especial para micro e pequenas empresas (inciso III).⁷

Mais um ponto que merece destaque nesse quesito diz respeito ao quórum necessário para a aprovação do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial na modalidade impositiva. Segundo o art. 163 da LFRE, o plano apresentado torna-se homologável e oponível a todos os credores que componham a espécie ou o grupo organizado pelo devedor, desde que conte com a assinatura de credores que representem 3/5 de todos os créditos de cada espécie abrangidos pelo plano. No caso da recuperação judicial,

6. Cf. Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 527; Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 89; Luiz Fernando Valente Paiva, “Da recuperação extrajudicial”, in Luiz Fernando Valente Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 559-594 e pp. 578-579; Paulo Penalva Santos, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 1.101; e Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, p. 151. Por outro lado, Ricardo Negrão assim leciona: “Para evitar que seu uso se torne contínuo e regular instrumento de administração, com constante imposição de sacrifícios a credores, impõe-se outro limite: a impossibilidade de pedido contemporâneo a outro de recuperação judicial ou, ainda, sucessivo a outro de recuperação em Juízo, obtido ou homologado há menos de dois anos (art. 161, § 3º)” (Negrão, *Manual de Direito Comercial e de Empresa...*, p. 238).

7. Cf. também nesse sentido, Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, p. 136.

o quórum previsto é o do art. 45, muito mais complexo e segmentado por classes de credores: as classes referidas nos incisos II e III do art. 41 devem aprovar a proposta por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos presentes (voto por crédito + voto por cabeça); ao passo que, na hipótese da classe prevista no inciso I do art. 41, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor do seu crédito (voto por cabeça) (fazendo-se a ressalva de concessão da recuperação judicial pela função social da empresa, nos termos do art. 58, § 1º).⁸

As partes têm, ainda, ampla liberdade na negociação do plano de recuperação (conteúdo do plano), devido ao seu caráter contratual. Prevalece a autonomia privada das partes para acordar o que acreditam ser a melhor forma de viabilizar a recuperação da empresa.

Em segundo lugar, é possível afirmar que há maior celeridade no processamento do regime da recuperação extrajudicial, pois, apesar de o plano seguir o rito de homologação judicial, o procedimento, cujo caráter é meramente chancelatório, tem trâmite simplificado. Portanto, não havendo, como de fato não existe, a necessidade de verificação e habilitação de créditos, de realização de assembleia de credores e de constituição de comitê de credores, situações que se verificam apenas na recuperação judicial, a tendência é de que a ação transcorra em espaço de tempo menor.

Por conseguinte, sendo reduzidos os atos processuais e não havendo a necessidade

8. A hipótese ora aventada, frisamos, trata-se da recuperação extrajudicial na modalidade impositiva (art. 163) – pois, na modalidade facultativa, é desnecessária qualquer “deliberação”. Trata-se de vantagem do regime da recuperação extrajudicial quando comparado à judicial, cujos requisitos para concessão do *cram down* são bastante criticados pela doutrina, estando previstos nos arts. 45, 55 e 58 da LFRE. Sobre o tema, v. Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, pp. 136 ss.

de nomear administrador judicial, como de fato não há, o *custo* da recuperação extrajudicial tende a ser reduzido. Quanto menores as formalidades, menores os custos. E isso se aplica, inclusive, à preservação da imagem do devedor, que não precisará incluir em seu nome empresarial a expressão “em Recuperação Extrajudicial”, tal qual ocorre na recuperação judicial relativamente em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor, como dispõe o art. 69 da LFRE.⁹

Ainda, existe a desnecessidade de constar o nome da empresa recuperanda no banco de dados nacional a cargo do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC), pretensamente disponível na rede mundial de computadores, que conteria a relação de todos os falidos ou empresas em recuperação judicial (art. 196). De qualquer forma, é preciso observar que, até o presente momento, não consta que o DNRC tenha disponibilizado tal relação, o que anula essa pequena vantagem referida.

Há, ainda, na recuperação extrajudicial, uma menor intervenção externa na empresa em crise. Isso porque inexistente a possibilidade de perda da administração da sociedade pela nomeação de gestor judicial (arts. 64 e 65), assim como não há a intervenção de administrador judicial e nem o acompanhamento do cumprimento do plano pelo Poder Judiciário (e todo o seu aparato) durante certo período (art. 61). Sendo assim, o regime tem um caráter bem menos interventivo do que a recuperação judicial. Isso, é claro, não significa que, quando da elaboração do plano, não possam os credores e o devedor negociar a forma de fiscalização ou, inclusive, de participação dos credores na gestão da empresa devedora.

Além disso, há a questão do menor risco, aqui considerada a possibilidade de a empresa vir à bancarrota em razão da não homologação da recuperação extrajudicial ou

9. De se referir, no entanto, que as publicações ordenadas pela Lei conterão a epígrafe “recuperação extrajudicial de” (art. 191, parágrafo único).

do não cumprimento de condições previstas no plano. Com efeito, a recuperação extrajudicial não apresenta o risco de convalidação em falência, isto é, caso não seja homologado, ou seja, descumprida alguma de suas condições, o processo não será convertido em procedimento falimentar, como ocorre na recuperação judicial (art. 73, III e IV, da LFRE).

Menciona-se, por fim, a diferença dos efeitos quanto à homologação do plano de recuperação extrajudicial, mormente no que se refere à falência superveniente do devedor. Na recuperação extrajudicial, a LFRE determina, como regra geral, que os credores signatários não retornarão ao seu *status quo ante*, podendo cobrar seus créditos nas condições originariamente pactuadas apenas no caso de rejeição do plano apresentado (art. 165, § 2º), podendo, ainda, ser contratado de modo diverso no plano (a novação pode se manter, ainda que o plano não seja homologado). Por outro lado, no regime da recuperação judicial, a reversão da novação ocorre na hipótese de falência do devedor dentro de dois anos após a concessão da recuperação judicial, como dispõe o art. 61, § 2º.¹⁰

3.2 Desvantagens

Apresentadas as vantagens do regime da recuperação extrajudicial, cumpre examinarmos os seus pontos fracos quando comparados com o regime da recuperação judicial, que acabam por anulá-las, como parece comprovar o insignificante número de recuperações extrajudiciais homologadas desde o início da vigência da LFRE.

10. Cf. Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, p. 145. Na visão de Francisco Satiro, o plano de recuperação extrajudicial, “Uma vez homologado, constitui novação das obrigações dos signatários. Em caso de superveniente falência do devedor, diversamente do que ocorre na recuperação judicial (art. 61, § 2º), seus créditos habilitados serão aqueles decorrentes do acordo consistente no plano de recuperação extrajudicial homologado. O plano homologado judicialmente estará sujeito às regras de nulidade relativa ou absoluta, aplicáveis a qualquer ato jurídico (art. 468 do CPC)” (cf. Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 527).

Entre os diversos fatores que podem ser apontados como desvantagens do regime, estão: (i) o alcance restrito; (ii) a ausência de suspensão automática de todas as ações e execuções em curso e a consequente possibilidade de os credores não envolvidos no plano requererem a falência do devedor; (iii) a impossibilidade de alienar ativos do devedor sem o risco de sucessão do adquirente nas suas dívidas, especialmente as de origem trabalhista e fiscal; (iv) o risco de revogação de atos em caso de quebra do devedor e declaração da sua ineficácia; (v) a não admissão dos créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação extrajudicial na classe extraconcursal, em caso de falência; (vi) o risco de incorrer nos crimes da LFRE; (vii) o risco de intromissão judicial.

Ainda numa análise comparativa entre os dois regimes recuperatórios estabelecidos pela LFRE, podemos dizer que a recuperação extrajudicial perde força (e eficácia) na medida em que ela não pode contemplar, nas negociações entabuladas, os créditos de natureza tributária (impostos, taxas e contribuições), trabalhista (salários, férias e outras verbas), acidentária laboral (indenizações), além daqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, II, justamente algumas das maiores fontes de preocupação do empresário em estado de crise. É o que dispõe o art. 161, § 1º.

Todavia, lembre-se de que desse mal também padece, ainda que parcialmente, a recuperação judicial: os créditos tributários também não são abarcados pela recuperação judicial (o art. 57 da LFRE e o art. 191-A do Código Tributário Nacional, além disso, o regime impõe que o devedor apresente certidões negativas de débitos tributários, exigência que, na verdade, vem sendo flexibilizada pelo Poder Judiciário¹¹), bem como

11. Nesse sentido há diversos precedentes dos Tribunais Estaduais: TJSP: AI 507.9904/800, Rel. Des. Romeu Ricupero, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 1.8.2007; AI 472.5404/700,

não se sujeitam a tal espécie recuperacional os credores previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, II (art. 49, § 4º). Por outro lado, os créditos de natureza trabalhista (com a limitação, ressalte-se, imposta pelo art. 54), diferentemente da recuperação extrajudicial, podem ser abarcados pela recuperação judicial.

Outra relevante desvantagem do regime em análise em relação à recuperação judicial é a inexistência do *stay period*, isto é, a suspensão automática das ações e execuções de todos os credores em face do devedor pelo período de 180 dias (prevista no art. 6º, § 4º). Na recuperação extrajudicial, diferentemente, somente os direitos, ações ou execuções dos credores que aderiram ao plano restam suspensos, assim como tais credores ficam impossibilitados de postular a falência do devedor, podendo fazê-lo aqueles não sujeitos ao plano (como se deduz por meio da inter-

Rel. Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 25.4.2007; AI 5169824200, Rel. Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falências, j. 30.1.2008. TJRJ: AI 001975996.2010.8.19.0000, Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Neves, 20ª Câmara Cível, j. 11.8.2010. TJMG: AI 1.0079.07.3713061/001, Rel. Des. Heloisa Combat, 7ª Câmara Cível, j. 29.9.2009; AI 1.0079.06.2888734/001, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, 5ª Câmara Cível, j. 29.5.2008; AI 1.0079.07.3488714/007, Rel. Des. Maria Elza, 5ª Câmara Cível 8.10.2009. Note-se, ainda, que a interpretação estrita do art. 57 pode, inclusive, ser nociva aos interesses do fisco, pois, ao obstar a recuperação da empresa, fonte pagadora de tributos, fica-se sujeito às regras do concurso de credores, pelas quais deverá aguardar a satisfação dos credores trabalhistas e daqueles com garantia real para receber seu crédito (cf. Eduardo Secchi Munhoz, Seção IV, "Do procedimento de recuperação judicial", in Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo, Ed. RT, 2007, pp. 270-319, p. 286). E, por fim, como salienta Luiz Inácio Vigil Neto, a Fazenda Pública não é alcançada pelos efeitos jurídicos do regime recuperatório (nem do ordinário, nem do especial para microempresas e empresas de pequeno porte), não se podendo aceitar a tese da força impeditiva da reorganização da empresa em virtude da não apresentação das certidões negativas de débitos tributários, pois a execução do plano de reorganização não afeta os direitos da Fazenda Pública (cf. Luiz Inácio Vigil Neto, *Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 175).

pretação do art. 161, § 4º, *a contrario sensu*) – o que pode, sim, inviabilizar a recuperação da empresa (isso sem considerar uma série de outras dúvidas interpretativas que podem surgir diante da letra do referido dispositivo legal). Mas, apesar das críticas quanto ao sistema adotado pela LFRE, é compreensível que assim esteja estabelecido, pois o *stay period* é concedido na recuperação judicial em face das características próprias desse regime, uma vez que é preciso dar certa tranquilidade ao devedor para negociar com seus credores, o que ocorre, presumivelmente, dentro do próprio juízo competente. Diferentemente, no regime da recuperação extrajudicial, o plano já vem negociado, razão pela qual o *stay period* costuma ser desnecessário, exceto na hipótese de imposição do plano à minoria dissidente (modalidade na qual, então, poderia o *stay period* ser previsto, inclusive, para aclarar eventuais divergências de interpretação do art. 161, § 4º, da LFRE, como, por exemplo, se àqueles a quem se pretende impor o plano podem, por exemplo, postular a falência do devedor antes que seja homologada a recuperação extrajudicial).

Além disso, não se pode olvidar que a recuperação extrajudicial não permite o que se chama, na prática, de “limpeza de ativos”, isto é, no caso de transferência de patrimônio a terceiro, há sempre o risco de sucessão do adquirente nas dívidas do devedor alienante dos bens do seu ativo, diferentemente do que pode ocorrer na recuperação judicial (art. 60, parágrafo único) e na falência (art. 141, II). Ocorre, portanto, a sucessão de débitos quando da alienação patrimonial, ainda que feita judicialmente. Em termos jurídicos, essa talvez seja a maior desvantagem do regime da recuperação extrajudicial, a que gera mais insegurança aos credores e restringe as alternativas de reestruturação da empresa em crise.¹²

12. Com base numa interpretação literal da Lei, é razoável concluir que se o plano de recuperação extrajudicial envolver alienação, ainda que por via judicial,

Nesse particular, deve-se destacar a aplicabilidade do art. 185 do CTN (alienação e fraude em matéria fiscal), mesmo em hipótese

de estabelecimento, de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o adquirente poderá ser considerado sucessor do devedor nas suas dívidas tributárias, trabalhistas e civis. Isso porque, em não havendo para a recuperação extrajudicial dispositivos expressos e semelhantes ao parágrafo único do art. 60 e ao inciso II do art. 141 da LFRE (referentes à recuperação judicial e à falência, respectivamente), que estabeleçam a ausência de sucessão do adquirente, inclusive nas obrigações de natureza tributária e trabalhista do devedor, aplicam-se as regras do CTN, da CLT e do CC (respectivamente, CTN – art. 133; CLT – arts. 10 e 448; e CC – art. 1.146). Ou seja, inexistindo regra específica, aplica-se a regra geral, que determina a possibilidade de sucessão do adquirente nas obrigações do devedor, diferentemente do que ocorre na recuperação judicial e na falência. Sem sombra de dúvidas, esse é um dos maiores problemas do regime jurídico da recuperação extrajudicial, que certamente retarda e dificulta a venda de bens que compõem o ativo do devedor, posto que a insegurança jurídica que acompanha a possibilidade de sucessão em dívidas afasta eventuais compradores. Em nossa opinião, interpretar o dispositivo de forma distinta seria ir de encontro à letra da lei. Nesse sentido, Jorge Lobo, “Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 144/138145, São Paulo, ano XLV, out.dez./2006, pp. 142, 145; Marcos Andrey de Sousa, “Da recuperação extrajudicial”, in Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (coords.), *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 577-607, p. 606; e Hugo Barreto Sodré Leal, *Responsabilidade Tributária na Aquisição de Estabelecimento Empresarial*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 229. Não obstante, é importante consignar posição diversa de Francisco Satiro, para quem, em ocorrendo a venda judicial de estabelecimento ou unidade produtiva – ou seja, de acordo com o disposto nos arts. 166 e 142 –, tal transferência ocorre livre de ônus e sucessão (como previsto no art. 141, II) porque o art. 141 regra as consequências das modalidades típicas de alienação previstas no art. 142 (salientando, inclusive, o equívoco do legislador na redação do *caput* do art. 141, que deveria fazer referência expressa ao art. 142 ou à Seção X como um todo). Exceção seria feita às dívidas tributárias, em decorrência do art. 133, § 1º, do CTN, que faz menção apenas à falência e à recuperação judicial como regimes em que a alienação dos bens pode ser feita sem sucessão (Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, pp. 541-542). Posição semelhante é defendida por Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 173. Quanto à sucessão de débitos tributários, o Senador Ramez Tebet, relator do Projeto de Lei 71/2003, entendeu que deveria

de alienação de bens para cumprimento de plano de recuperação extrajudicial, cuja redação determina que se presumirá fraudulenta a alienação ou a oneração de bens ou rendas se o alienante tiver débito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.¹³

Ainda, em caso de quebra do devedor recuperando, os atos praticados no contexto da recuperação extrajudicial podem ser revogados ou declarados ineficazes¹⁴ (arts. 129

ser excluída da recuperação extrajudicial a hipótese de inexistência de sucessão tributária quando da alienação de bens do devedor, pois a recuperação extrajudicial, por ser mais simplificada, poderia dar ensejo a uma série de fraudes; e, por isso mesmo, não consta do CTN, quando da sua alteração, tal previsão (como ocorre com a falência e a recuperação judicial) e, da mesma forma, sustenta o emérito Senador, não é exigida na recuperação extrajudicial a apresentação de certidões negativas tributárias para a sua homologação (cf. Parecer 534, de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC 71, de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam a atividade econômica regida pelas leis comerciais e dá outras providências, de relatoria do Senador Ramez Tebet). Já Luiz Inácio Vigil Neto tem uma posição ainda mais benéfica para o devedor e eventuais interessados na aquisição dos ativos postos a venda: para o referido autor, não há sucessão tanto com relação às dívidas trabalhistas quanto às tributárias, pois o art. 166 da LFRE deveria ter remetido ao art. 141 (que fala da alienação livre de dívidas trabalhistas e tributárias na falência), não ao art. 142. Assim, tratar-se-ia de falta de atenção inescusável do legislador (Vigil Neto, *Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios...*, p. 299).

13. Nesse sentido, v.: Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 542.

14. Em recente artigo, o Desembargador do TJRS, Jorge Luiz Lopes Canto, sugere uma série de cautelas a serem adotadas por terceiros na aquisição de bens pertencentes ao patrimônio empresarial de sociedade que se encontre em recuperação judicial ou extrajudicial, mormente no que se refere aos riscos de ajuizamento de ações revocatórias pelo administrador judicial da massa falida. O referido autor, na conclusão do seu ensaio, assim leciona: “(...) é necessário estar atento às cautelas a serem adotadas, a fim de realizar negócio jurídico que importe na aquisição de bens ou direitos pertencentes ao ativo imobilizado de determinada empresa, de sorte a não se sujeitar a eventual declaração de ineficácia falencial. O ponto principal a ser considerado para definir a existência de boa-fé ou a presença de má-fé por parte do adquirente de bem ou de direito daquele tipo de ativo é a ciência do estado de insolvabilidade desta. Veja-se aqui se se está diante de

e 130, mesmo porque somente existe regra específica quanto à recuperação judicial, nos termos do art. 131¹⁵). No entanto, tendo sido

um dever de conhecimento daquele estado econômico do que propriamente a certeza de saber desta situação. Portanto, mister se faz o levantamento prévio quanto aos bens e direitos que se pretende adquirir, mediante certidões e verificações em órgãos públicos da existência de ônus ou restrições quanto àquele patrimônio, o que não isenta de eventual declaração de ineficácia, mas diminui muito a possibilidade de esta ser reconhecida. Ademais, com a adoção das medidas preconizadas anteriormente se permite uma avaliação mais precisa das vantagens e desvantagens em efetivar esta espécie de transação, ou seja, há mínimo de previsibilidade, o que em se tratando de negócios empresariais é fundamental” (Jorge Luiz Lopes do Canto, “Aquisição de bens pertencentes ao patrimônio empresarial, riscos do negócio jurídico à luz do atual direito atinente à insolvência corporativa”, in André Fernandes Estevez e Marcio Felix Jobim (orgs.), *Estudos de Direito Empresarial – Homenagem aos 50 Anos de Docência do Professor Peter Walter Ashton*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 643-671, p. 670).

15. Lígia Paula Pires Pinto Sica entende, com base numa interpretação ampliativa e principiológica da Lei, que seria mais acertado estender a aplicação do disposto no art. 131 ao plano de recuperação extrajudicial homologado judicialmente, na medida em que isto aumentaria o grau de segurança do regime e incentivaria os credores a aderir aos seus termos e condições. Segundo a autora, duas são as possibilidades interpretativas para a aplicação do art. 131 da LFRE à recuperação extrajudicial: “A primeira delas: a interpretação literal do art. 131 da LRE. Este tipo de interpretação deixaria a segurança que o artigo traz ao terceiro de boa-fé restrita às relações negociais que se descem por meio do procedimento da ‘recuperação judicial’, como instituto e não da ‘recuperação judicial’ como toda a recuperação de empresas em crise que seja levada a juízo (inclusive para homologação). Já a segunda leva a crer que: um plano de recuperação judicial stricto sensu; ou um plano de recuperação extrajudicial levado à homologação tem o mesmo grau de confiabilidade. O fundamento para essa interpretação é que ambos passam pelo crivo judicial, são planos transformados em títulos executivos judiciais e, portanto, tal atribuição deveria torna-los blindados pelo art. 131 da Lei 11.101/2005” (Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, p. 107, pp. 163-164). Caminhando no mesmo sentido, mas em posição inédita sobre o tema que merece referência, mas com a qual discordamos, Glauco Alves Martins identifica um problema de antinomia jurídica entre as regras dos arts. 138 e 164, § 5º, da LFRE e propõe com base no critério da prevalência da *Lex Favorabilis* sobre a *Lex Odiosa* uma interpretação favorável à imunização do plano de recuperação extrajudicial contra eventuais ações revocatórias e declarações de ineficácia, sem negar,

novados com a homologação do plano de recuperação extrajudicial, não retornam ao *status quo ante* – como já visto.

todavia, a polêmica existente sobre o tema (Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, pp. 178-180). Já Jean Carlos Fernandes sustenta uma interpretação razoável da Lei, afirmando que, em sendo a recuperação extrajudicial devidamente homologada, torna-se ela, portanto, em judicial e, então, a ela se aplica o disposto no art. 131 (Jean Carlos Fernandes, “Reflexões sobre a nova lei falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* 141/169-184, São Paulo, jan.jul., pp. 180-183). E com relação à hipótese de *trespasse* de estabelecimento empresarial, Fábio Ulhoa Coelho defende a impossibilidade de se declarar a ineficácia do ato, seja ele realizado em sede de recuperação judicial ou extrajudicial: “Se do plano de recuperação judicial da empresa aprovado pela Assembleia de Credores e deferido pelo juiz, constava, por exemplo, a alienação do estabelecimento empresarial do devedor e esta foi feita sem a anuência expressa ou tácita de todos os credores, em sobrevivendo a falência, não haverá ineficácia. O *trespasse* produzirá amplos efeitos contra a massa falida porque realizado como tentativa de reorganizar a empresa em estado crítico (e, portanto, no interesse indireto da comunhão dos credores). Igual decorrência se verificará na hipótese de o ato abrigar-se em plano de recuperação extrajudicial” (Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas...*, p. 406). É de se valorizar os esforços interpretativos dos autores, visivelmente favoráveis ao desenvolvimento do instituto da recuperação extrajudicial. No entanto, parece-nos estender demais a interpretação de dispositivos legais que não permitem tamanha elasticidade. Em outras palavras, quer-se retirar da letra da Lei aquilo que ela não diz, ainda que a interpretação almejada esteja em consonância com os princípios que a embasaram. No entanto, concordamos com o argumento de que este é um grande empecilho para a efetividade e para a segurança jurídica do regime recuperatório em sua via extrajudicial. Em muitos casos, tal limitação chegará a inviabilizar a elaboração de planos mais ousados. Isso sem contar com a restrição expressa que acaba sendo imposta pelo art. 164, § 3º, II: na referida restrição existe previsão no sentido de que o plano de recuperação extrajudicial não poderá contemplar qualquer negócio jurídico que venha a configurar a prática de algum dos atos elencados no art. 94, III, da LFRE, definidos pela Lei como caracterizadores da falência do devedor; disposição que, em tese, até parece razoável, sob o argumento de que atos de *culpa falimentar* devem ser expurgados de qualquer plano de recuperação desenhado pelo empresário ou sociedade empresária em crise. No entanto, esse raciocínio não resiste a um exame mais atento e pormenorizado. Depreende-se do elenco de hipóteses arroladas no inciso III do art. 94 da LFRE que

Isso sem falar no fato de que os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação extrajudicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, não são considerados *extraconcursais* em caso de falência (como ocorre na recuperação judicial, *ex vi* art. 67 da Lei), o que representa uma falta de incentivos para que terceiros venham a negociar com tal devedor.

Ademais, a homologação de um plano de recuperação extrajudicial traz a possibilidade de que os envolvidos incorram nos crimes previstos na LFRE. Nesse sentido, vale lembrar que a sentença que homologa a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas na LFRE, como dispõe o art. 180.

muitas delas são situações/atos comumente praticados em um contexto de recuperação de uma empresa, a ponto da restrição legal se tornar um verdadeiro impedimento ao processo de reerguimento do devedor. Nesse sentido concordamos com a opinião de Glauco Alves Martins: “É relativamente comum no processo de renegociação coletiva do passivo de um devedor empresário, que os credores exijam novas garantias reais do devedor ou que o devedor seja obrigado a desfazer-se de parte de seus bens ou até mesmo de alguns de seus estabelecimentos como parte da estratégia de superação da crise. (...) Todos esses meios de recuperação encontrariam óbices em situações descritas nas alíneas do inciso III do art. 94, especialmente na primeira parte da aliena ‘a’ (‘procede à liquidação precipitada de ativos’), aliena ‘c’ (‘transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sim ficar com bens suficientes para solver seu passivo’) e aliena ‘e’ (‘dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados para saldar seu passivo’). Como consequência, o plano de recuperação acaba restrito a soluções de crise pouco criativas e muito restritas” (Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, pp. 94-95). Assim, resta aqui uma restrição relevante ao conteúdo do plano de recuperação extrajudicial – devendo-se lembrar que os credores poderão, no prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 164, § 2º, da Lei, impugnar o plano de recuperação extrajudicial em processo de homologação, alegando, entre outras questões, a prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130.

Pelo exposto, e considerando as desvantagens referidas, cuja relevância para a baixa aderência prática do instituto é evidente, cumpre destacar que a observação da realidade demonstra, em certa medida, que a maior concorrente da recuperação extrajudicial pode não ser a recuperação judicial, mas, sim, as modalidades alternativas de acordos privados celebrados entre o devedor e seus credores (art. 167).

Como veremos no próximo item, tal constatação ganha em importância quando consideramos que os efeitos gerados por um acordo privado são basicamente os mesmos da recuperação extrajudicial. Isso sem contar todos os requisitos, subjetivos e objetivos, que devem ser atendidos para que se possa postular a recuperação extrajudicial, bem como os incômodos que qualquer processo judicial traz, tal como a possibilidade de uma indesejável intromissão do magistrado, por eventual desconhecimento da matéria, em aspectos em que não lhe caberia intervir.

Nessa toada, a despeito de a recuperação extrajudicial representar uma importante alternativa legal para o empresário e a sociedade empresária reestruturarem seu negócio, em nosso entendimento o insucesso prático do instituto decorre, em menor ou maior escala, de alguma das desvantagens acima mencionadas.

4. Os acordos privados firmados entre o devedor e seus credores e a recuperação extrajudicial

Ainda que, em nossa opinião, não se trate de uma modalidade de recuperação extrajudicial, é inegável que no regime jurídico da LFRE os acordos privados eventualmente firmados individual ou coletivamente entre o devedor e seus credores, na forma do art. 167, representam uma alternativa viável para a recuperação do empresário, da empresa individual de responsabilidade limitada ou da

sociedade empresária em crise – hipótese, por sinal, muito utilizada em outros países.¹⁶

Na legislação pátria, os acordos privados receberam tratamento legislativo ingrato e desproporcional à sua relevância econômica. O regime do Decreto-lei 7.661/1945 (antiga Lei de Quebras), seguindo orientação instituída pela Lei 2.024/1908, sancionava como ato falimentar, capaz de justificar pedido de falência do devedor, a simples convocação, por ele, de seus credores com a finalidade de propor dilação, remissão de créditos ou cessão de bens (leia-se: moratória amigável, perdão e dação em pagamento) com o objetivo de superar a situação de crise empresarial.

Dito de outra forma, a própria Lei de Quebras possuía um dispositivo que sabotava qualquer tentativa do devedor de reunir seus credores a fim de propor-lhes uma solução de mercado que pudesse evitar a inadimplência ou fazê-la cessar (art. 2º, III, do Decreto-lei 7.771/1945), sendo que somente a concordância unânime poderia elidir a falência.¹⁷⁻¹⁸ O

16. No direito norte-americano, p. ex., os acordos privados entabulados entre o devedor e seus credores, sem a interferência do Poder Judiciário, baseados fortemente no princípio da autonomia privada, têm grande aderência prática entre os empreendedores em estado de crise (ou pré-crise) e são denominados *workout agreements*, referidos na doutrina como *out-of-court restructuring* ou *informal reorganization*. Para pesquisa sobre o tema, v. Conrad B. Duberstein, “Out-of-Court workouts”, in *American Bankruptcy Institute Law Review* 347/347-354, 1993; e Alan Schwartz, “Bankruptcy workouts and debt contracts”, *Journal of Law and Economics* 36/595-632, Chicago, apr. 1993.

17. José Xavier Carvalho de Mendonça, o grande comercialista brasileiro do final do século XIX e da primeira metade do século XX, foi quem categorizou no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei 2.024/1908, de sua autoria, como ato de falência, a convocação dos credores para proposta de dilação de prazo, remissão ou cessão de bens. Ele firmava posição contrária aos acordos entre credores e devedor (salvo se aprovados pela unanimidade); e sustentou seu posicionamento desta forma: “Esses acordos e cessões, se úteis algumas vezes, são em outras, um perigo à moralidade e ao comércio. O só fato da convocação de credores revela a impossibilidade de continuar o devedor a honrar

referido dispositivo do Decreto-lei 7.661/1945 foi duramente criticado pelos comercialis-

os seus compromissos e não se pode deixa-lo fora da disciplina da falência, salvo se há da parte dos credores em unanimidade a vontade deliberada de aceitar o acôrdo proposto” (José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VII, 7ª ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964, pp. 248-249). V., também: Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VIII, 7ª ed., posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962, pp. 487 ss. Em determinada passagem na qual examina a desnecessidade do instituto da moratória para a recuperação do devedor, o comercialista refere: “Na prática, temos disso dolorosa experiência, foram desastrosíssimas as consequências das *moratórias*. Raríssima a que foi seguida de bom e feliz êxito. Ao invés de conjurar a falência, simplesmente a retardou, e não passou de uma ilusão para o devedor de boa-fé e um malogro para os credores, que, podendo ter encontrado um ativo suficiente para integral pagamento, posteriormente foram recebe-lo depauperado, gasto, arruinado, senão fraudado” (Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VIII..., p. 491). E, ao comentar o art. 2º, III, do Decreto-lei 7.661/1945, Trajano de Miranda Valverde assim se manifestou: “O n. III compreende a confissão extrajudicial do estado de falência feita pelo devedor aos seus credores, fato que se positiva na proposta de dilação, remissão de créditos ou cessão de bens. A convocação, verbal ou por escrito, dos credores para conhecerem a proposta não é elemento essencial na caracterização do estado de falência do devedor. Este, quase sempre, procurando agir com cautela, não denuncia abertamente o seu intento, nada escreve, mas vai de porta em porta, angariando as assinaturas dos credores. Não raras vezes sucede ser esse processo de acomodação com os credores um meio ótimo de liquidação, o qual pressupõe, é claro, a boa-fé do devedor. Como, entretanto, para que vingue o acordo extrajudicial, é necessário o apoio unânime dos credores, o dissidente pode levar a proposta do devedor ao conhecimento do juiz competente, e, uma vez provado o fato, cumpre ao juiz decretar a falência” (Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1948, p. 41). Sobre o tema, v., também: José da Silva Pacheco, *Processo de Falência e Concordata*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 157; e Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, pp. 33-61.

18. Denota-se dessa proibição que o legislador brasileiro fez uma opção pelo controle prévio das fraudes e tratamento coletivo e judicializado dos credores, em detrimento da autonomia privada dos devedores em negociar individualmente e à margem do Poder Judiciário com seus credores. Em resumo, tudo indica que o legislador da época, por circunstâncias do momento relacionadas ao grande número de fraudes ocorridas na

tas de então, entre eles Rubens Requião,¹⁹ existindo, igualmente, vários precedentes judiciais que, à época, concediam ao devedor o regime da concordata preventiva com base na renegociação dos débitos entre devedor e credores, com efeitos semelhantes aos da recuperação extrajudicial.²⁰ Ademais, a despeito da proibição legal de outrora, esse tipo de negociação à margem do Poder Judiciário e da lei, era, na prática, realizado pelos devedores, recebendo a alcunha de “*concordata branca*”.

vigência de outros diplomas legislativos, optou pela solução da quebra do devedor (com a posterior liquidação do patrimônio e o rateio do ativo entre os credores) em detrimento da manutenção da atividade econômica por meio de negociações privadas (cf. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, pp. 28-29).

19. Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, vol. 1, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 74. E autores como Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina Labate Batalha adotavam interpretação restrita: entendiam que somente deveria ser decretada a quebra com base no art. 2º, III, do Decreto-lei 7.661/1945 caso restasse comprovada a má-fé do devedor (ou seja, a simples procura dos credores, por parte do devedor, para renegociar os débitos não daria ensejo à falência: estar-se-ia tratando de uma mera presunção *iuris tantum*, que deveria ceder diante da comprovação da boa-fé, da ausência de prejuízos) (Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina Labate Batalha, *Falências e Concordatas*, 2ª ed. atual., São Paulo, LTr, 1996, p. 124).

20. Neste sentido, remetemos, exemplificativamente, aos seguintes julgados: TJSP: AI 904778415.2003.8.26.0000, Rel. Des. Milton Theodoro Guimarães, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 25.5.2004; AI 904798167.2003.8.26.0000, Rel. Des. Milton Theodoro Guimarães, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 11.5.2004; AI 904797815.2003.8.26.0000, Rel. Des. Milton Theodoro Guimarães, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 11.5.2004. Da mesma forma, fazemos referência ao emblemático e conturbado caso das Lojas Arapuã S/A, no qual, mesmo não cumprindo a concordata, o TJSP decidiu por não decretar a falência da devedora com base em sua função social e na concordância, da grande maioria dos credores, em um plano de reestruturação (TJSP, AI 257.217/5, Rel. Des. Silvio Marques Neto, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 11.6.2003); no entanto, o STJ, mais de 10 anos após o início do processo de concordata, decretou a falência das Lojas Arapuã S/A (STJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 707.158-SP, j. 3.3.2009). Para relato detalhado das circunstâncias fáticas e jurídicas que circunscrevem este último caso, v. Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, pp. 130-135.

Hoje, a LFRE vigente não mais arrola a negociação com credores dentre os atos falimentares, bem como prevê expressamente, no art. 167, a possibilidade de o devedor entabular acordos privados. Veio, acreditamos, em boa hora a alteração legislativa.

Mas apesar da utilidade prática dos acordos privados ser indiscutível, é preciso atentar para o fato de que uma reestruturação empresarial baseada unicamente nessa alternativa legal destoa das características típicas reservadas pela LFRE à recuperação extrajudicial, em ambas as suas modalidades (facultativa e impositiva),²¹ seja pela limitação da sua abrangência, pelos custos advindos da negociação individual com os credores ou pela insegurança jurídica gerada pelos seus efeitos restritos (diante da inexistência de homologação judicial e seus correlatos efeitos).

Pois bem. Se a aproximação entre os institutos pode ser questionada, o cotejo analítico entre os acordos privados e a recuperação extrajudicial, especialmente na sua modalidade facultativa, é relevante, mormente se consideramos os reduzidos benefícios e efeitos jurídicos que decorrem da última. Vejamos, portanto, de forma sistemática, quais são as principais diferenças entre tais institutos.

Como já destacado, a recuperação extrajudicial facultativa é a modalidade prevista no art. 162, na qual existe a adesão da totalidade dos credores atingidos pelo plano, independentemente de quem seja e a qual

21. Nesse mesmo sentido, manifestou-se a mestra em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, Adriana Valéria Pugliesi Gardino: "(...) a recuperação extrajudicial diferencia-se, em substância, de uma negociação isolada envolvendo um ou vários credores, eis que pressupõe a existência de um plano. Ainda que o espírito da lei seja proporcionar ao devedor amplas formas de saneamento da empresa, por meios judiciais ou não, por meio da apresentação de um plano ou mediante acordos individuais, entendemos que, na hipótese de acordos estipulados com credores isoladamente, não há recuperação extrajudicial na acepção do artigo 161 da Lei" (Gardino, *A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em Crise no Direito Brasileiro...*, p. 190).

classe de credores pertença;²² o adjetivo que acompanha o *nomen juris* do regime refere-se justamente ao fato da adesão dos credores ser livre, voluntária e intencional.

A modalidade facultativa tem uma sistemática de funcionamento simples, sem maiores formalidades, cujo plano pode, inclusive, dar tratamento desigual àqueles que dele participam, na medida em que é lícito acordar condições diferentes para cada um dos participantes; isto é, nada impede que tenham os credores signatários tratamento dispar,²³ sem que isso implique qualquer irregularidade.²⁴

22. É importante frisar que, como o devedor tem o direito de escolher os credores com quem irá negociar, presume-se que ele elaborará um plano apenas com aqueles que se dispuserem a dele participar, fazendo da homologação da recuperação extrajudicial um evento praticamente certo.

23. Santos, *Aspectos Polêmicos da Recuperação Extrajudicial...*, p. 160; Santos, Capítulo VI, "Da recuperação extrajudicial...", p. 1.106; Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial...*, p. 582. Por todos, vale referir a posição de Francisco Satiro: "Deve-se observar que na recuperação extrajudicial homologatória não há qualquer restrição no tratamento diferenciado de credores da mesma classe ou titulares de créditos de natureza semelhante. Isso porque os aderentes terão assinado o acordo antes da homologação, concordando com seus termos, mesmo que fique assegurado a uns tratamento menos favorável que a outros. Tem-se aqui o pleno exercício dos princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade da convenção. O mesmo não se pode falar quanto à modalidade impositiva. Haja vista que se pretende impor a certos credores resistentes os efeitos do plano, faz-se necessário garantir que não se sujeitarão a condições menos gravosas que aqueles, da sua mesma classe ou grupo, que voluntariamente aderiram" (Souza Junior, Capítulo VI, "Da recuperação extrajudicial...", p. 529).

24. Nesse particular concordamos com a opinião de Glauco Alves Martins no sentido de que a recuperação extrajudicial, na modalidade homologatória, está limitada à homologação de um acordo de caráter coletivo com alguns credores do devedor admitidos à recuperação extrajudicial e motivado por um escopo de soerguimento do devedor; inexistem, assim, grandes formalidades a serem seguidas pelo devedor no que diz respeito à instrução de seu pedido de homologação nessa modalidade, devendo apenas fazer juntar o plano com a adesão dos credores signatários e sua justificativa (Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 111).

Os principais efeitos jurídicos que resultam da homologação de um plano de recuperação extrajudicial (condição que, em nossa opinião constitui não somente requisito de validade do regime, mas também de existência e eficácia, posto ser justamente a chancela do Poder Judiciário que o diferencia dos acordos privados firmados diretamente com o devedor à margem da tutela jurisdicional²⁵) são os seguintes:²⁶⁻²⁷

25. Ao tratar da obrigatoriedade ou não de homologação do plano de recuperação extrajudicial como requisito indispensável para caracterizar a modalidade facultativa do regime, Glauco Alves Martins propõe uma divisão interessante, tomando em consideração dois diferentes enfoques: (i) o da vinculação dos credores signatários; e (ii) o da produção dos efeitos específicos do regime jurídico da recuperação extrajudicial. Quanto à primeira faceta, o autor entende que a homologação do plano de recuperação extrajudicial é optativa, na medida em que a vinculação dos credores aderentes ocorreria mesmo sem a sua homologação. Já no que se refere à segunda, a homologação judicial do plano torna-se obrigatória, pois é por meio dela que irradiam os efeitos jurídicos do regime jurídico da recuperação extrajudicial (Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, pp. 114-115). A despeito da relevância da divisão acima, cuja clareza merece aplausos, parece-nos que sua utilidade prática é diminuta. Em nosso entendimento, para que a negociação entabulada entre o devedor e seus credores seja alçada à categoria jurídica de recuperação extrajudicial facultativa ou convencional, é indispensável que ela percorra o caminho da homologação judicial previsto no art. 164 da LFRE. Explicamos: nessa modalidade de recuperação extrajudicial a homologação judicial do plano não é apenas requisito de validade do regime, mas também de existência e eficácia, posto ser justamente a chancela do Poder Judiciário que a diferencia dos acordos privados firmados diretamente com o devedor à margem da tutela jurisdicional. Nesse diapasão, o plano formulado pelo devedor, mas não levado à homologação (ou que, se levado, tenha sido indeferido pelo juiz) deve ser considerado um negócio jurídico de natureza privada, firmado entre as partes (credor e devedor), que (i) pode vir a não produzir qualquer efeito, posto que o plano de recuperação é um negócio jurídico formado, de regra, sob a condição suspensiva da homologação judicial e somente a partir daí passa a produzir seus efeitos (art. 165 da LFRE), salvo disposição contratual em contrário (e pouco provável) estabelecendo que quem aderiu ao negócio, ainda que não homologado, teve seu crédito novado; e (ii) pode vir (ou não) a ser considerado como um título executivo extrajudicial se atender aos requisitos previstos no art. 585, II, do CPC (ou mesmo título executivo judicial, caso seja realizado o procedimento de homologação de acordos estabelecido no CPC). Em

(i) outorga maior solenidade, segurança e efetividade ao ato, transformando o acordo em título executivo judicial, nos termos do art. 161, § 6º, e em consonância com o disposto no art. 475-N do Código de Processo Civil;

(ii) viabiliza a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas quando prevista na medida (art. 166), inobstante a discussão referente à sucessão das obrigações referentes aos bens alienados;

(iii) sujeita o devedor aos crimes especiais previstos na LFRE (arts. 168, 171, 172, 175, 178, 179, 180 e 182).

sentido contrário, Lígia Paula Pires Sica sustenta a tese de que apesar do plano de recuperação extrajudicial contratual (respeitada a classificação por ela estabelecida) ser passível de homologação judicial, a validade e a eficácia dessa modalidade de recuperação são independentes de qualquer tipo de homologação (Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, p. 82). Firmamos posição no sentido de que: ainda que conste no plano que seus efeitos são produzidos de imediato e independentemente da homologação judicial, e mesmo se for denominado “plano de recuperação extrajudicial”, entendemos que ele não adquirirá essa natureza apenas em razão do seu *nomen juris*; teremos, nessa hipótese, um mero acordo privado negociado entre o devedor e alguns de seus credores. Nessa direção, opinou Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 531.

26. Cf. Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas...*, p. 450; Fernandes, *Reflexões sobre a Nova Lei Falimentar: os Efeitos da Homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial...*, p. 174; Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial...*, pp. 571, 588; Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, pp. 525, 531.

27. Glauco Alves Martins, com suporte na doutrina especializada, destaca outros benefícios negociais (de menor relevância, mas ainda benefícios) não previstos na LFRE e resultantes da homologação do plano de recuperação extrajudicial, previsto no art. 162 do LFRE: (i) a possibilidade de oposição dos termos do acordo a terceiros, o que não é, a rigor, uma exclusividade do acordo homologado nessas condições (apesar de a oponibilidade perante terceiros poder ser obtida de outras formas, como por meio da homologação judicial nos termos da legislação processual ou do registro do acordo privado em cartório de títulos e documentos); (ii) a subordinação dos interesses pessoais dos credores ao interesse social da empresa; (iii) revestir o ato de maior solenidade, a fim de se chamar a atenção das partes para sua importância; e (iv) conferir maior publicidade e transparência à operação (Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 113).

Nesse sentido, e considerando as escassas consequências – ou, melhor dizendo, os reduzidos benefícios – da homologação do plano de recuperação extrajudicial na modalidade facultativa (bem como todas as desvantagens arroladas anteriormente, quando foi comparada com a recuperação judicial), é razoável concluir na direção de que os acordos particulares (levados ou não à homologação judicial), nos termos da permissão do art. 167 da Lei, constituem alternativa jurídica viável, mormente a quem não atende aos requisitos impostos pela LFRE (art. 161, *caput* e § 3º, c/c arts. 1º e 48).

Com base nessas premissas, parecem-nos plenamente admissíveis (e corretos) eventuais questionamentos acerca da real utilidade da modalidade facultativa de recuperação extrajudicial, porque inexistem maiores vantagens se comparada aos acordos privados previstos no art. 167 da LFRE. A bem da verdade, é possível argumentar que o regime possui efeitos legais deletérios ao devedor, mormente aquele que o sujeita aos tipos penais previstos na Lei 11.101/2005.²⁸

28. Nesse sentido, Paulo Penalva Santos faz fortes críticas a tal modalidade de recuperação extrajudicial: “Como lembra Luiz Fernando Valente de Paiva, através de emenda apresentada no Senado Federal, foram suprimidas as principais vantagens dessa modalidade de recuperação, que eram a proteção desses acordos em relação a futuras ações revocatórias e o afastamento da sucessão tributária. Assim, inicialmente, a redação do art. 131 protegia também os acordos na recuperação extrajudicial da declaração de ineficácia, sendo que o art. 133, § 1º, II, do Projeto de Lei Complementar, que alterou o CTN, também se referia expressamente ao acordo em exame”. “Daí a indagação: qual a vantagem para credores e devedor em submeter um plano ao juízo se poderiam celebrar esse acordo de forma válida, como prevê o art. 167? O que justificaria esse pedido, se o acordo não suspende as execuções, não impede o ajuizamento de ações de falência, obriga o devedor a dar publicidade de dados econômicos e financeiros (art. 163, § 6º), e ainda não afasta a sucessão tributária, nem a ação revocatória? Além disso, a Lei n. 11.101/2005 ampliou a possibilidade de ação penal por crimes falimentares, que passaria a ter na homologação do plano de recuperação extrajudicial uma nova condição de punibilidade.” “Nem mesmo o fato de esse acordo constituir um título executivo justifica a adoção desse

Em termos comparativos,²⁹ a primeira grande distinção entre os acordos privados e um plano de recuperação extrajudicial homologado está relacionada, basicamente, à natureza do título executivo constituído ao final do procedimento e os efeitos jurídicos daí decorrentes. O plano de recuperação homologado enseja a formação de um título executivo judicial (representando efetiva vantagem aos credores em sede de execução), ao passo que a reorganização implementada com base em acordos privados, a partir do art. 167 da LFRE, pode dar ensejo a formação de, pelo menos, três títulos de natureza distinta, a saber:

procedimento, pois as partes poderiam, em qualquer acordo, emitir notas promissórias, celebrar confissões de dívidas, sem necessitar dessa forma de concordata” (Santos, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, pp. 1.106-1.107). Ainda, o próprio Des. Romeu Ricupero, em acórdão de sua relatoria, aduziu que, na prática, na recuperação consensual, é irrelevante a homologação do plano, mesmo porque estaria submetido às regras da novação independentemente de sua homologação (TJSP, AI 451.6514/000, Rel. Des. Romeu Ricupero, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 6.12.2006).

29. Avançando nesse tipo de análise, interessante é a indagação proposta por Ligia Paula Pires Pinto Sica: a autora buscar compreender a razão que levaria o devedor a convocar determinados credores a celebrar um acordo de natureza complexa, que pressupõe a elaboração de uma espécie de plano de recuperação, mesmo sem encaminhá-lo à homologação, ao invés de celebrar acordos específicos, individuais, com cada um de seus credores. E a resposta desenhada pela autora tem viés estritamente econômico (mormente com base na teoria dos custos de transação, concebida e desenvolvida a partir dos estudos do economista Ronald Coase) e merece referência. Ao celebrar acordos privados individualmente com cada credor, o devedor incorrerá em custos mais elevados, quando comparados à celebração de plano de recuperação de formato mais genérico, cujo objeto conterà acertos com um número mais amplo de credores, mesmo sem encaminhá-lo à homologação. Nas palavras da Doutora em Direito Comercial pela USP: “(...) por que, então, o devedor, em vez de celebrar acordos privados específicos (um a um), convocaria grupo de credores para celebrar um contrato complexo, com a conjugação de um número maior de interesses e que pressuponha um plano de recuperação que extrapole o questionamento de como pagar certos créditos em função de atingir o âmago da questão – como superar de forma estrutura a crise que

(i) instrumento privado firmado somente entre o devedor e seus credores, sem o atendimento de qualquer outra formalidade (não se formando, sequer, um título executivo extrajudicial) – podendo, então, dar ensejo à uma ação de cobrança ou a uma ação monitória, por exemplo;

(ii) *título executivo extrajudicial*, na hipótese do contrato firmado entre o devedor e seus credores ser formalizado em escritura pública ou assinado na presença de duas testemunhas (art. 585, II, do CPC);

(iii) *título executivo judicial*, caso o instrumento seja submetido ao processo de homologação previsto no art. 57 da Lei 9.099/1995 ou art. 475-N, V, do CPC.³⁰

Examinadas as características que sustentam o regime jurídico dos acordos privados, é interessante deslocar o debate para algumas questões de cunho prático e

se coloca? Pela teoria econômica é simples verificar a razão. Segundo Coase, negociar custa. Os custos de barganha são os denominados custos de transação. (...) Na literatura voltada para o estudo dos contratos os custos de transação são *ex ante* e *ex post*. Os primeiros referem-se aos custos de selecionar, negociar, salvaguardar o acordo, através de cláusulas meticulosas que permitem o monitoramento entre as partes, definindo preços, quantidades e duração do contrato. O segundo termo toma várias formas: má adaptação às condições contratuais, eventuais renegociações e descumprimento de cláusulas contratuais previamente estabelecidas. Dessa forma, ao celebrar acordos privados um a um, incorre-se na soma desses custos, enquanto a celebração de plano de recuperação que preveja a repactuação com diversos credores otimiza os custos de transação” (Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, pp. 82-83). Sobre o tema: Ronald H. Coase, “The nature of the firm” e “The problem of social cost”, in Ronald H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, pp. 33-55 e pp. 95-156, respectivamente. V., também: Oliver Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press, 1985; P. K. Rao, *The Economics of Transaction Costs: Theory, Methods, and Applications*, Great Britain, Antony Rowe Ltd., 2003; Nicolai J. Foss, Henrik Lando e Steen Thomsen, “The theory of the firm”, in *Encyclopedia of Law and Economics*, disponível em <http://encyclo.findlaw.com/5610book.pdf>, acesso 21.12.2011.

30. No mesmo sentido, v. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 185.

processual relacionadas à execução do plano de recuperação extrajudicial homologado judicialmente. Vamos a elas: na hipótese de descumprimento de alguma das condições do plano, o devedor estará sujeito ao procedimento de cumprimento de sentença nos termos do art. 475-I (cumprimento de obrigação de fazer) ou art. 475-J (pagamento de quantia líquida) do Código de Processo Civil. Logo, no caso de execução judicial do plano com fundamento no seu descumprimento por parte do devedor, os argumentos de defesa que poderão ser ventilados pela parte inadimplente, em sede de impugnação, estarão limitados às matérias constantes no art. 475-L do diploma processual, que, em resumo, dizem respeito a questões formais ou, então, relacionados a causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação superveniente à homologação do plano (muito embora, teoricamente, em se tratando de obrigação de fazer, a abertura de contraditório permitiria a apresentação de outros tipos de alegação).³¹

Por outro lado (mas não esquecendo que um acordo privado também pode ser homologado judicialmente de acordo com a legislação processual civil e, portanto, constituir-se em título executivo judicial, com todas as consequências que daí decorrem e que também encontramos no plano de recuperação extrajudicial homologado), se o plano de recuperação extrajudicial não tiver sido homologado judicialmente, mas mesmo assim produzir efeitos entre as partes, na

31. Cf. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 163. Sobre o tema, v.: Guilherme Rizzo Amaral, *Cumprimento e Execução de Sentença*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 174-175; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, pp. 469-484; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Execução*, São Paulo, Ed. RT, 2007, pp. 285-310; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 742-843; e Araken de Assis, *Manual de Execução*, 13ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2010, pp. 1.346-1.365.

hipótese de o devedor descumprir algum de seus termos ou condições, caberá ao credor, na esfera do direito processual, propor ação de execução de título extrajudicial (se for o caso, pois o acordo pode não preencher os requisitos necessários para que se tenha um título executivo extrajudicial, podendo, então, o credor mover ação de cobrança ou monitoria e tendo o devedor amplíssimo direito de defesa no que tange à matéria que pode ser levantada), cuja defesa se materializa por meio de embargos do devedor, e a abrangência argumentativa é semelhante àquela encontrada nos processos de conhecimento (v. art. 745 do CPC – do ponto de vista estratégico muito mais amplas e relevantes que as matéria constantes no art. 475-L).³²

Nesse sentido, cabe outra uma ressalva, cuja observância pode ser útil tanto ao credor quanto ao devedor: seguindo-se na linha argumentativa dos escassos benefícios gerados pela homologação judicial de plano de recuperação extrajudicial na modalidade facultativa (e que, se comparados à homologação de acordo privado conforme as regras do Código de Processo Civil, tais benefícios são ainda mais rarefeitos), devem as partes cogitar, durante a negociação do plano, observar apenas as formalidades legais mínimas para outorgar ao documento a natureza jurídica de um título executivo extrajudicial (*i.e.*, assinatura de duas testemunhas, nos termos do art. 585, inciso II, do CPC), desde que conste expressamente no instrumento que ele produzirá efeitos entre as partes independentemente de ser ou não homologado judicialmente.

32. Cf. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 163. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*: “A cognição nos embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial é, em regra, plena. Vale dizer: o debate não está limitado tão somente a determinadas matérias previamente delimitadas pelo legislador. Nos embargos à execução de título extrajudicial poderá o executado alegar ‘qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento’(art. 745, V, do CPC)” (Marinoni e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado...*, p. 737).

Isso porque, ainda que o documento perca as características inerentes a um procedimento de recuperação extrajudicial (que dá ensejo à formação de um título executivo judicial) e se forme, então, um acordo privado, nos termos do art. 167 da LFRE, existirá, ao menos, uma alternativa processual de execução do negócio para a parte prejudicada pelo inadimplemento de seus termos ou condições.

Por derradeiro, ainda que o debate acima seja relevante, vale lembrar que o descumprimento das condições negociadas no plano de recuperação extrajudicial ou no acordo privado firmado pelo devedor (independentemente dele ter sido constituído como título executivo judicial ou extrajudicial) pode dar ensejo a pedido de decretação de falência (mas não a convalidação da recuperação extrajudicial em falência), ajuizado por credor sujeito ao referido negócio, cujo impacto nos negócios da empresa em crise tende a ser muito mais intenso e significativo.

Diante disso, e das escassas vantagens que a recuperação extrajudicial, traz em comparação aos acordos privados (dentre as quais estão a imposição a determinados credores do plano na modalidade prevista no art. 163, a formação de um título executivo judicial e a maior solenidade conferida ao acordo – que pode trazer ganho de imagem e reputação ao devedor –, mas o que também pode ser obtido em acordos privados), bem como todas as desvantagens (e poucas vantagens) que possui o regime da recuperação extrajudicial, é compreensível que se prefiram realizar acordos privados em detrimento do regime recuperacional ora estudado.

Isso sem contar que outras questões podem determinar que o devedor opte pela negociação de acordos privados com seus credores, nos termos do art. 167, em detrimento do procedimento de recuperação extrajudicial, dentre as quais se destacam:

(i) a impossibilidade de caracterização dos crimes falimentares previstos no Capítulo VII da LFRE (em especial os indicados nos arts. 168, 171, 172, 175 e 178);

(ii) a discrição do procedimento;

(iii) os custos reduzidos incorridos na negociação (desnecessidade de incorrer com custos judiciais – e, obviamente, advocatícios e de eventuais profissionais auxiliares);

(iv) a inexistência de requisitos legais subjetivos (e.g., empresários ou sociedades empresárias irregulares – art. 48, II) e objetivos (e.g., impossibilidade de realizar pagamento antecipado de dívidas – art. 161, § 2º);³³

(v) a possibilidade de negociação com credores não sujeitos ao procedimento de recuperação extrajudicial (e.g. decorrentes de operações de alienação fiduciária, arrendamento mercantil ou relações de trabalho).³⁴

A despeito da relevância das distinções, das vantagens e desvantagens acima elencadas e de outros elementos inerentes a qualquer

análise comparativa, seguimos a mesma linha defendida por Ligia Paula Pires Pinto Sica³⁵ no sentido de que a solução de mercado a ser adotada no caso concreto (neste ponto em particular a escolha entre os acordos privados individuais, os acordos coletivos – plano de recuperação não homologado – ou a homologação de plano de recuperação extrajudicial) dependerá da natureza e da proporção da crise econômico-financeira que acometeu o devedor.

5. Proposições

Diante do cenário traçado, bem como de muitas outras dificuldades inerentes à recuperação extrajudicial (e à própria LFRE), é indispensável, portanto, que sejam realizadas alterações legislativas para que a fórmula legalmente concebida esteja adequada à realidade e às necessidades econômicas das empresas brasileiras em dificuldades econômico-financeiras.

Assim, a partir de uma análise sistemática do regime da recuperação extrajudicial na LFRE e de um exame crítico dos seus principais gargalos e fontes de insegurança jurídica (e que vai além do exposto neste breve ensaio), elencamos, de forma exemplificativa, pontos cardeais que mereceriam atenção especial do Poder Legislativo.³⁶

(i) *Alteração no índice sistemático da LFRE*: a nosso ver, os artigos que tratam da recuperação extrajudicial (atualmente arts. 161-167) deveriam estar localizados topologicamente logo após o capítulo que rege a Recuperação Judicial, formando a divisão da Lei

33. Vale lembrar ressalva feita por Fábio Ulhoa Coelho, cujo teor já foi referido alhures: “Para simplesmente procurar seus credores e tentar encontrar em conjunto com eles uma saída negociada para a crise, o empresário ou sociedade empresária não precisa atender a nenhum dos requisitos da lei para a recuperação extrajudicial. Estando todos os envolvidos de acordo, assinam os instrumentos de novação ou renegociação, e assumem, por livre manifestação de vontade, obrigações cujo cumprimento espera-se proporcione o reerguimento do devedor”. E continua o referido doutrinador: “(...) Quando a lei, no art. 161 e outros dispositivos, estabelece requisitos subjetivos para a recuperação extrajudicial, ela está se referindo apenas ao devedor que pretende, oportunamente, levar o acordo à homologação judicial. Se essa não é necessária (porque todos os atingidos aderiram ao plano) nem conveniente (porque não tem interesse o devedor em arcar com as despesas do processo), é irrelevante o preenchimento ou não das condições legalmente referidas” (Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas...*, pp. 445-446). Assim, independentemente de o devedor atender aos requisitos para que postule recuperação extrajudicial, pode, nos termos como previsto no art. 167 da Lei, realizar acordos privados com seus credores: “O *work out* ou livre acordo passa a ser a única alternativa viável aos empresários irregulares, bem como àqueles que não satisfazem as exigências do art. 48 da Lei 11.101/2005 (art. 161, *caput*), ou que tiverem tido homologado plano de recuperação extrajudicial nos últimos dois anos (art. 161, § 3º)” (Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 525). No mesmo sentido, v.: Santos, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 1.100; e Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, p. 148.

34. Cf. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, pp. 186-187.

35. Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, p. 156.

36. Glauco Alves Martins, em sua excelente dissertação de Mestrado defendida na USP, faz recomendações semelhantes às que propomos nos itens I a III, V, VII, VIII e X (cf. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, pp. 250-254).

que trata das alternativas legais recuperatórias (em contraposição ao regime liquidatório da falência). Ainda que se trate de mudança de natureza eminentemente formal, ela facilitaria o manuseio da Lei, ao sistematizá-la, e simbolizaria a opção predominantemente recuperatória do texto legal (ao tratar dos dois regimes de recuperação anteriormente à falência).³⁷

Nada obstante, reconhecemos que se trata de alteração de difícil realização sem a substituição da própria Lei. Além disso, traria, atualmente, mais problemas do que soluções, ante a atual consolidação da jurisprudência em cima dos dispositivos com a sua corrente numeração e a necessidade de readaptação dos operadores do direito com uma mudança de tais proposições.

(ii) *Inclusão, entre as normas que regulam os procedimentos recuperatórios (judicial e extrajudicial), de dispositivos legais que prevejam ampla transparência do devedor e a publicidade das informações a todos os credores*: além de reduzir a assimetria informacional existente entre o devedor e seus credores (e, muitas vezes, entre os próprios

credores, da mesma classe ou de classes distintas) quanto ao estado econômico-financeiro da empresa em crise, a mudança sinalizaria ao mercado o comprometimento do procedimento com a legalidade e a disponibilização irrestrita das informações.

Do ponto de vista econômico, a transparência permite uma precificação mais correta dos riscos das alternativas recuperatórias adotadas pelo devedor, valorizando planos consistentes e bem estruturados e evitando o fenômeno econômico da seleção adversa no financiamento de empresas em recuperação.³⁸

(iii) *Eliminação dos requisitos objetivos para ingressar no regime jurídico da recuperação extrajudicial*: nesse item, sustentamos que seja retirada a proibição do ajuizamento de ação de recuperação extrajudicial na hipótese de ter sido pleiteada recuperação judicial ou recuperação extrajudicial nos últimos dois anos (art. 161, § 3º, da LFRE).

(iv) *Requisitos subjetivos para ingressar no regime jurídico da recuperação extrajudicial*: revisão do pressuposto que impede que a empresa cujo administrador ou sócio controlador tenha sido condenado por quaisquer dos crimes previstos na LFRE lance

37. A divisão adotada pelo legislador é passível de severas críticas, mormente quanto à deficiência do índice sistemático, à ausência de concatenação apropriada entre os capítulos e seções, às constantes referências a artigos inseridos em seções distintas, bem como quanto à confusa divisão das matérias no corpo do texto. Nessa toada, atente-se para o fato do regime da recuperação extrajudicial estar regulado no Capítulo VI (arts. 161 a 167), localizado na parte final da LFRE, imediatamente após a falência, ao passo que esta, regradada pelo Capítulo V (arts. 75 a 160), está situada na parte intermediária do texto legal, imediatamente após o Capítulo IV (arts. 73 e 74) que, por sua vez, trata do processo de convocação da recuperação judicial em falência. A miscelânea e a falta de sistemática confundem e pouco agregam à compreensão dos institutos. Melhor seria se o legislador tivesse optado pela divisão das matérias segundo o viés recuperatório ou liquidatório, dando tratamento homogêneo, preferencial e sistemático às recuperações judicial e extrajudicial nas partes inicial e intermediária da Lei para, na parte final, dispensar atenção unitária e integrada à falência e às disposições penais, evitando-se, por exemplo, que o intérprete tenha de se deslocar de um lado a outro da LFRE para consultar e examinar matérias relativas aos regimes recuperatórios.

38. De forma similar ao ocorrido no mercado de carros usados nos EUA – utilizado por George Akerlof em seu seminal ensaio (George A. Akerlof, “The Market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. LXXXIV, n. 3, Cambridge/Mass., ago./1970, pp. 488-500) –, a assimetria informacional que decorre da falta de transparência do devedor e a ausência de comandos legais que imponham regras de transparência (e.g., quanto à forma de condução do plano de recuperação extrajudicial) geram desinteresse no mercado para o aporte de capital em empresas em crise, afastando investidores de longo prazo e risco moderado, ao mesmo tempo em que atrai para o procedimento aqueles de altíssimo risco, que exigem elevadas taxas de retorno e podem ser mais lesivos que salutares ao espírito da recuperação, justamente por buscarem incessantemente a realização de seu lucro, em uma perspectiva de curto prazo. Sobre o tema v. Daniel L. Rubinfeld e Robert S. Pindyck, *Microeconomia*, 7ª ed., São Paulo, Pearson, 2010, p. 552; Fábio Nusdeo, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, pp. 143-146.

mão da recuperação extrajudicial (art. 48, IV, c/c art. 161, *caput*), pois não se justifica que o impedimento do sócio controlador ou do administrador seja estendido à sociedade empresária, em prejuízo dela própria e dos outros agentes a ela vinculados.³⁹ Não sendo excluída a proibição, que a Lei estabeleça um limite temporal e adequado.

(v) *Permissão para que pessoas físicas não empresárias, sociedades simples (não empresárias, em especial as cooperativas) e sociedades de economia mista tenham legi-*

39. Dispositivo semelhante existia no Decreto-lei 7.661/1945 (art. 140, III – que, todavia, continha rol muito maior de crimes) e sempre foi muito criticado, como continua sendo, tendo em vista que confunde a pessoa jurídica, titular da atividade, com o sócio controlador ou administrador, acabando por punir a sociedade e os demais sócios. Sobre o tema, v., dentre outros, Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, vol. 2, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, p. 26; Manoel Justino Bezerra Filho, *Nova Lei de Recuperação e de Falências Comentada*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2009, p. 125; Jorge Lobo, Seção I, “Disposições Gerais”, in Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 171-201, pp. 184-185; Lídia Valério Marzagão, “A recuperação judicial”, in Rubens Approbato Machado (coord.), *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 73-118, p. 85; Mario Sergio Milani, *Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 208-209. Arnoldo Wald e Ivo Waisberg, em posicionamento extremamente interessante, afirmam que não cabe uma aplicação inflexível do dispositivo legal, mesmo porque o art. 5º, XLV, da CF proíbe que a pena seja estendida à pessoa outra que o condenado; assim, no caso de sociedade que tenha administrador ou sócio controlador condenado por crime previsto na LFRE, buscam conciliar o art. 5º, XLV, da CF e o princípio da preservação da empresa (art. 47 da LFRE) sem retirar a credibilidade da recuperação (no caso por eles comentado, judicial) por meio do afastamento de tais sujeitos (que poderia, inclusive, ser proposto pelo próprio juiz quando a sociedade não for capaz de resolver por si a questão) (Arnoldo Wald e Ivo Waisberg, “Comentários aos arts. 47 a 49”, in Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coords.), *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 313-352, pp. 332-333; caminhando no mesmo sentido, v. Ricardo Negrão, *Manual de Direito Comercial e de Empresa...*, p. 165).

timidade para propor recuperação extrajudicial (alterando-se, assim, o art. 1º da LFRE): as demais proibições previstas no art. 2º da LFRE têm alguma justificativa – ainda que criticável – jurídica (ordem pública), social (interesse da sociedade), econômica (risco sistêmico) ou de política legislativa. Todavia, quanto aos entes acima referidos (não empresários e sociedades simples), entendemos que inexistente razão para o impedimento (somente explicável pela história).⁴⁰

(vi) *Ações revocatórias e declaratórias de ineficácia:* propugna-se pela exclusão da possibilidade de os atos contemplados em plano de recuperação extrajudicial serem objeto de futuras ações revocatórias ou declarações de ineficácia (arts. 131 e 164, § 5º, da LFRE).

(vii) *Extensão do benefício previsto no art. 67 em caso de falência:* cremos na necessidade de estender à recuperação extrajudicial o benefício existente no art. 67, *caput* e parágrafo único (c/c arts. 84, V, e 83, V, “b”), da LFRE para a recuperação judicial. Essa alteração pode representar importante mudança capaz de estimular os investimentos em empresas recuperáveis, estando em consonância com o aumento dos incentivos ao financiamento da recuperação.

(viii) *Atos falimentares:* é preciso revisar a questão da impossibilidade de o plano de recuperação extrajudicial conter qualquer um dos atos de natureza falimentar elencados no art. 94, III, da LFRE (art. 164, § 3º, II). Deve-se privilegiar a autonomia privada das partes e o exercício de sua liberdade negocial para

40. Propugna-se aqui por uma mudança geral na LFRE, estendendo o benefício dos regimes da recuperação judicial, extrajudicial e falência a todo e qualquer ente que explore atividade econômica, salvo para aquelas atividades reguladas por lei específica ou cujo interesse tutelado exija a manutenção da distinção. Nesse sentido, vale referir que a abertura do sistema da falência e da recuperação de empresas a indivíduos e sociedades não empresárias é a tônica na maior parte dos países desenvolvidos, com especial destaque àqueles que formam a União Europeia.

desenhar alternativas de recuperação para a empresa em crise. As ilicitudes cometidas no curso do procedimento devem ser punidas, evitando-se, no entanto, as hipóteses de tarifação legal das práticas.

(ix) *Atuação do Ministério Público*: a fim de esparcar as dívidas existentes, é preciso que a LFRE como um todo regule mais adequadamente as fases processuais em que a manifestação do Ministério Público é compulsória.⁴¹

41. A LFRE não prevê a intervenção do Ministério Público no procedimento de homologação do plano de recuperação extrajudicial: há referência indireta no art. 187, § 2º, quando a LFRE trata da prática de crimes previstos na Lei e da competência do Ministério Público para promover ação penal (valendo lembrar que, no final da tramitação legislativa da LFRE, a Presidência da República decidiu vetar uma série de dispositivos do texto legal encaminhado a sua apreciação, sendo que, dentre tais dispositivos, merece atenção o veto do art. 4º, que regulava a intervenção do representante do Ministério Público nos processos de recuperação judicial e falência, inexistindo referência à recuperação extrajudicial). Todavia, e independentemente se existente ou não a impugnação ao plano de recuperação extrajudicial, por entendermos que, em certa medida, existe a proteção do interesse público (especialmente, mas não exclusivamente, na modalidade impositiva da recuperação extrajudicial), acreditamos que é devida a intervenção ministerial, como *custos legis*, para se manifestar sobre o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial e acerca de eventuais impugnações apresentadas, bem como na hipótese de alienação prevista no art. 166 (aqui, com previsão expressa do art. 142, § 7º). Também nesse sentido: Celso Marcelo de Oliveira, *Comentários à Nova Lei de Falências*, São Paulo, IOB Thomson, 2005, p. 566; Vigil Neto, *Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios...*, p. 298; e Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei n. 11.101/2005...*, p. 156; e Mauro Penteadó assim se manifesta: “O sistema da nova Lei e o quadro constitucional em que se insere militam, entretanto, em prol da efetiva participação do Ministério Público não só na recuperação judicial, mas também na extrajudicial – por força do que consta no art. 164, § 5º, que, ao atribuir ao juiz decidir sobre a prática ‘de atos previstos no art. 130’, está necessariamente reclamando a presença do Ministério Público, que é um dos legitimados para propor a ação para a revogação daqueles atos (art. 132). Aliás, da interpretação que venha a ser dada ao § 5º do art. 164, em conjunto com o § 3º, incs. II e III do mesmo artigo, poderá decorrer intervenção mais acentuada do MP nesse procedimento, pois alguns dos atos a que se refere o art. 94, inc. III podem constituir crime falimentar, e o ‘descumprimento de qualquer ou-

(x) *Readequação do regime da recuperação extrajudicial impositiva*: deve haver a substituição da expressão “espécie” por “classe” no art. 163 da LFRE, além da inserção de previsão de período de suspensão de direitos, ações e execuções e de impossibilidade de pedir a falência do devedor por credores pertencentes à classe ou ao grupo de credores afetados pelo plano (art. 161, § 4º, da LFRE).

(xi) *Não sucessão nas obrigações do devedor no caso de alienação judicial de ativos autorizada pelo juiz após a homologação de plano de recuperação extrajudicial*: alteração da redação do art. 166, para que ele passe a fazer referência ao art. 141, II, e não ao art. 142 da LFRE, resguardando o adquirente de bens do devedor da sucessão das obrigações deste. Adicionalmente, seria indispensável a modificação do art. 133, § 1º, do CTN, para

tra exigência legal’ (entendendo-se como tal a derivada não apenas da lei comentada) é também atribuição de seu fiscal, nos termos e limites do art. 83 do CPC, que atua em defesa ‘dos interesses sociais e individuais indisponíveis’, nos termos do art. 127, *caput*, da CF, que podem estar presentes no plano” (Mauro Rodrigues Penteadó, Capítulo I, “Disposições preliminares”, in Francisco Satiro de Souza Junior e Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, São Paulo, Ed. RT, 2007, pp. 58-129, p. 125). E, nesse sentido, por exemplo, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por meio de sua Corregedoria-Geral (Ofício-Circular 012/2005CGMP, de 31 de maio de 2005), vem orientando os Promotores de Justiça a intervirem como *custos legis* para se manifestar sobre o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial e sobre eventual impugnação apresentada (bem como na hipótese prevista no art. 166 da Lei 11.101/2005: alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor). Por outro lado, Luiz Fernando Paiva Valente está entre os que sustentam a desnecessidade de que se ouça o Ministério Público, salvo se existirem indícios de violação a algum dispositivo legal, pois o *Parquet* não teria legitimidade para defender ou se manifestar sobre direitos disponíveis e nem sobre as condições de pagamento ofertadas, exceto se essas contemplarem tratamento desfavorável aos credores não incluídos no plano (Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial...*, p. 591; em sentido semelhante: Souza Junior, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 539; e, também, Santos, Capítulo VI, “Da recuperação extrajudicial...”, p. 1.117).

que a ausência de sucessão nas responsabilidades do alienante no regime da recuperação extrajudicial abrangesse também os créditos tributários.

(xii) *Ampliação do alcance do regime de recuperação*: seria bastante interessante incluir no alcance do regime da recuperação extrajudicial os créditos trabalhistas e aqueles constantes nos arts. 49, § 3º, e 86, II, expressamente excluídos pela previsão do art. 161, § 1º, da LFRE.

(xiii) *Parcelamento especial de débitos referentes às Fazendas Públicas e ao INSS*: adicionalmente, tendo em vista a total omissão da Lei (e, por isso, não trabalhamos tal ponto anteriormente), entendemos ser importante conferir à recuperação extrajudicial o benefício previsto no art. 68 da LFRE (e art. 155-A, § 3º, do CTN).

(xiv) *Impossibilidade de os credores não abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial requererem a falência do devedor (pelo menos durante a tramitação do processo de homologação)*: essencial alterar, nesse sentido, a previsão do art. 161, § 4º, da LFRE.

(xv) *Licitações*: as compras públicas por meio de licitações representam um importante nicho de mercado em países nos quais o Estado participa ativamente da economia, como é o caso do Brasil. Impor restrições legais⁴² para

42. Faz-se referência à previsão do art. 31 da Lei 8.666/1993, que requer a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física, como requisito para a qualificação econômico-financeira daquele que pretende participar do certame. No entanto, mesmo diante de um edital que exija a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial para a habilitação no certame, é preciso relativizar o rigor da lei, por meio de uma interpretação em prol da preservação da empresa, impondo-se a ela as mesmas exigências materiais dos demais concorrentes: comprovação da capacidade de cumprimento do objeto contratual em questão. Adicionalmente a isso, em razão do seu estado jurídico, pode-se pensar na apresentação de certidão que ateste o cumprimento das obrigações assumidas por ela no plano de recuperação. Ainda que estender

que devedores em processo de recuperação (seja judicial, seja extrajudicial) que estejam em dia com as obrigações assumidas no plano participem desses processos em iguais condições com os demais concorrentes significa negar uma importante fonte de renda da empresa, cujos recursos obtidos poderiam garantir o sucesso do plano de recuperação e o início do seu soerguimento econômico.

(xvi) *Financiamento privado*: criação de estímulos ao financiamento privado⁴³ (fundos de investimento, sociedade de propósito específico) de empresas em processo de recuperação (judicial ou extrajudicial).

esse raciocínio à recuperação extrajudicial requeira importantes adaptações, mormente quanto ao fato dos créditos trabalhistas e tributários não serem atingidos pelo plano, a reflexão sobre ele é o primeiro passo em direção à mudança legislativa.

43. Guardadas as devidas proporções quanto à evolução do direito falimentar e recuperatório nos EUA e no Brasil, interessante é a crítica de Douglas Baird e Robert Rasmussen, em recente artigo publicado no *Yale Law Journal*, no que se refere à alteração do perfil dos credores nos processos de recuperação de empresas nos EUA e os reflexos negativos que tal mudança acarreta no soerguimento da empresa em crise. “There is, however, considerable reason to doubt that reorganization law is up to the challenge it is about to face, at least in the largest cases. The successes of recent years do not readily translate to the current economic environment. The players today are different from those in past downturns. For a long time, the capital structure of a firm in reorganization consisted of a senior bank with a security interest in all the firm’s assets and a group of dispersed, but homogenous, unsecured creditors that an active creditors’ committee could represent. The bank, the committee, and the debtor’s managers bargained with each other against a backdrop of well-developed norms. Today, we no longer have a single bank and dispersed general creditors. Dozens of constantly changing stakeholders occupy every tranche, each pursuing its own agenda. Some seek long-term control of the business, while others are passive, short-term investors. Others may hold a basket of both long and short positions in multiple tranches and complicated hedges involving other businesses. Their concerns – such as whether a particular action will be a ‘credit event’ in a credit default swap – often have nothing to do with preserving the business or maximizing the value of its assets. Indeed, failure of the business can mean large returns to some creditors. The recent credit contraction has meant that the sale of the company sometimes must be done too quickly and sometimes cannot be done at

(xvii) *Acordos privados*: é unânime na doutrina e entre os operadores do direito a posição de que a previsão do art. 167 da LFRE permitindo ao devedor a realização de acordos privados com seus credores, sem considerar essa prática crime ou ato falimentar, foi um dos grandes avanços da legislação brasileira. Ocorre que os sete anos de vigência da nova lei e a identificação de um maior número de desvantagens que vantagens no regime colocaram em dúvida sua real utilidade, mormente quando comparada ao regime dos acordos privados coletivos, criando uma indesejável competição entre alternativas jurídicas essencialmente distintas, complementares entre si, concebidas para preencher lacunas legislativas diferentes.

É dever dos estudiosos do tema extrair lições dessa curiosa situação: um dos possíveis ensinamentos diz respeito à modelagem do regime extrajudicial; parece-nos apropriado que o legislador, no momento de discutir reformas na sistemática recuperação extrajudicial, utilize como paradigma de comparação os acordos privados e não a recuperação

all. In short, the new world of corporate reorganizations has more heterogeneous creditors whose rights against the business are deeply fragmented. In the past, the bargains that parties reached among themselves followed a few familiar patterns. While there were many possible deals, the players naturally gravitated toward only a few. In the new environment, with different players holding different stakes, the old patterns no longer apply and new ones have yet to take shape. There are no longer organized groups (like agented lenders or even creditors' committees), but instead investors have 'one-off' relationships with the debtor entity (for example, counterparties with individual repos or swaps). The types of institutions vary—from banks and broker dealers to hedge funds and private equity firms. The current environment is one in which there are no natural leaders (or followers) among the creditors to perform the shuttle diplomacy required to build a consensus. Without familiar benchmarks, there is no shared understanding of what form a plan should take. Coalition formation is harder. Worse yet, in some cases there may be no stable equilibrium at all. To use the language of cooperative game theory, the core may be empty" (Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen, "Antibankruptcy", *Yale Law Journal* 119/648-699, 2010, p. 651).

judicial, como fez na elaboração da LFRE,⁴⁴ prevendo incentivos concretos e objetivos para a utilização do regime, mantendo os acordos privados na esfera jurídica a eles reservada: o de permitir soluções pontuais e residuais para contornar solavancos empresariais ou crises econômico-financeiras de menor envergadura.

6. Considerações finais

Somente com o enfrentamento de alguns desses problemas é que se pode reverter o pêndulo que tende a ser desfavorável à recuperação extrajudicial. Infelizmente, não é isso o que se vislumbra, mormente com o atual movimento que se descortina no País em favor da promulgação de um Novo Código Comercial, que, em matéria de recuperação extrajudicial (bem como em outras...), não contém nenhum avanço significativo; pelo contrário, traz repetições e alguns retrocessos.⁴⁵

44. Parecer 534, de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos.

45. E assim afirmamos porque o Projeto de Código Comercial (Projeto de Lei 1.572/2011), apresentado na Câmara dos Deputados pelo deputado federal Vicente Cândido, em nada inova no regime da recuperação extrajudicial existente na Lei 11.101/2005. Muito pelo contrário. O projeto de Código Comercial, em primeiro lugar, separa o tratamento processual da matéria falimentar ao tratamento de direito material (que, supostamente, deve ser dado pelo Código Comercial – art. 599). Em segundo lugar, é extremamente sucinto, pois, além de questões residuais (trata da necessidade de exercício regular da atividade empresarial para que se postule a homologação da recuperação extrajudicial – arts. 17, II, e 136, II), cuida especificamente da recuperação extrajudicial em somente três dispositivos (arts. 604 a 606). E, em terceiro lugar, o tratamento específico é inócuo, em nada contribuindo para o avanço do instituto. Isso porque o art. 604 dispõe que "O devedor que preencher os requisitos para o pedido de recuperação judicial poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial"; já o art. 605 determina que "O devedor poderá requerer a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial, na forma da Lei Processual de Recuperação e Falência". E, por fim, o art. 606 (que, supostamente, trata do plano de recuperação extrajudicial), dispõe o que segue: "Art. 606. O plano de recuperação extrajudicial não poderá contemplar: I – créditos de

Enquanto inexistir qualquer alteração consistente no plano legislativo, só uma atuação mais ativa e comprometida com o princípio da preservação da empresa por parte dos agentes envolvidos na recuperação extrajudicial (credores, devedor, Ministério Público, advogados e magistrados) pode fazer com que sejam superadas algumas

das graves mazelas que assolam o regime jurídico em questão, tal como tem feito a jurisprudência em diversas oportunidades, quando do exame das questões críticas da recuperação judicial.⁴⁶

Não temos, no entanto, a crença de que se possa fazer tanto com tão pouco.

natureza trabalhista, derivados da legislação do trabalho; II – créditos fiscais, tributários ou não tributários passíveis de inscrição na dívida ativa; III – créditos excluídos dos efeitos da recuperação judicial; IV – o pagamento antecipado de dívidas; nem V – tratamento desfavorável aos credores que a ele não aderiram, salvo se homologado judicialmente na forma da Lei Processual de Recuperação e Falência”. Ademais, o art. 598, *caput*, determina que “Na prevenção e solução da crise, conceder-se-á tratamento paritário aos credores, não sendo admissível qualquer discriminação entre os de igual classe”, sendo que o § 1º do referido dispositivo determina que “Na recuperação judicial e extrajudicial, os credores serão classificados pelo plano de recuperação segundo a correspondente importância estratégica para a continuidade da atividade empresarial, observadas as especificidades da empresa

em crise”. E em quarto lugar, mantém a proteção à ineficácia falimentar somente aos atos realizados em sede de recuperação judicial (art. 628, § 2º). Nesse sentido, pode-se facilmente observar que o projeto de Código Comercial em nada contribui para o desenvolvimento do instituto da recuperação extrajudicial (como também ocorre com outros institutos do Direito Comercial), não sendo à toa, portanto, as críticas que têm recebido. E fica, então, a pergunta: realmente necessitamos de um novo Código Comercial?

46. Essa conclusão segue linha semelhante à da tese defendida por Lígia Paula P. P. Sica no sentido de que os parâmetros interpretativos da LFRE, mormente no que se refere à recuperação extrajudicial, serão traçados pelos agentes do mercado, a partir das bases traçadas pela jurisprudência especializada (Sica, *Recuperação Extrajudicial de Empresas...*, pp. 283-302).