

ASPECTOS RELEVANTES DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

*Paulo Penalva Santos** ⁹²

A Lei nº 11.101/05

Apesar de a doutrina ter pugnado por uma ampla reforma do direito concursal desde a década de 70, somente em 1993 o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.376/93, que tinha por finalidade substituir a Lei de Falências (Dec.-Lei nº 7.661/45). Após 484 emendas e cinco substitutivos, apresentados durante seus 10 anos de tramitação, o PL nº 4.376/93 foi finalmente aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em outubro de 2003.

Inicialmente, esse Projeto de Lei regulava a falência, a concordata preventiva e a recuperação judicial. Ao ser aprovado na Câmara dos Deputados, passou a dispor sobre a recuperação extrajudicial em substituição à concordata preventiva.

Concomitantemente com esse Projeto de Lei, foi também votado e aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar nº 72/03, alterador do Código Tributário Nacional (CTN). A modificação do CTN era necessária porque, constitucionalmente, cabe a lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Daí a necessidade de lei complementar para alterar a classificação do crédito tributário na falência e permitir a alienação de estabelecimentos sem a caracterização de sucessão tributária.

Em 06 de junho de 2004, ambos os Projetos foram aprovados no Plenário do Senado Federal. O Projeto de Lei Complementar, que alterou o CTN, foi aprovado com poucas alterações em relação ao texto aprovado na Câmara dos Deputados, enquanto o Projeto de Lei nº 71/03 sobre falência o foi com alterações que representaram um considerável avanço.

Entre as modificações introduzidas no Senado Federal, merecem destaque aquelas destinadas ao aprimoramento da disposição dos assuntos no Projeto, que continha dispositivos inseridos em seções onde não restavam pertinentes. Era o caso das normas que tratavam da classificação de crédito, inseridas nas "disposições comuns à recuperação judicial", o que não fazia qualquer sentido, pois a classificação só se justifica quando há liquidação e rateio entre os credores nas várias classes, o que só ocorre na falência, e não na recuperação judicial. O mesmo se deu em tema de ação de restituição, o que era um equívoco, pois seu pressuposto é a arrecadação do bem, o que evidentemente não acontece na recuperação judicial.

Ainda, em relação à estrutura do Projeto de Lei, o capítulo da recuperação judicial era dividido apenas em duas seções, sendo que a maioria delas reunida nas denominadas disposições gerais. Tratava-se de um erro grave, pois só se justificaria a existência de disposições gerais caso elas fossem aplicadas também a outro instituto, como ocorria na seção 1ª do Dec.-Lei 7.661/45, que tratava de normas gerais aplicáveis tanto à concordata preventiva quanto à concordata suspensiva. No Projeto de Lei aprovado na Câmara dos Deputados, as disposições gerais não se aplicavam às duas formas de recuperação (judicial e extrajudicial), e não havia, portanto, razão para a sua permanência como disposições gerais. A nova redação do Senado simplificou a estrutura da recuperação judicial, dividindo-a em cinco seções. Mas as alterações introduzidas no Senado não se limitaram ao aspecto formal do Projeto de Lei.

A nova redação dada pelo Senado dispôs a falência apenas para o empresário e para a sociedade empresária, dela excluindo a sociedade simples. Percebe-se que o Senado adequou a redação ao novo Código Civil, ao suprimir a referência a sociedade civil.

Por derradeiro, o Projeto de Lei aprovado no Senado também modificou o capítulo da recuperação extrajudicial. No Projeto de Lei aprovado na Câmara dos Deputados, essa concordata extrajudicial poderia ser de duas formas: incluir apenas alguns credores, ou abranger uma ou mais classes de credores. O legislador, porém, em vez de instituir, para cada caso, um procedimento próprio, regulou toda a matéria em um único procedimento, com excessivas formalidades, como a necessidade de realização de assembléia geral, incompatível com a celeridade que a primeira forma de acordo exige. Todo esse procedimento foi bastante simplificado na versão aprovada no Senado, inclusive com a dispensa da realização de assembléia, desde que a proposta, que obriga a todos os credores, tenha sido firmada por mais de três quintos de cada classe de credores.

Os Novos Meios Preventivos

Na nova Lei de Falências, a concordata preventiva foi substituída por dois institutos: a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial.

A recuperação extrajudicial é uma alternativa prévia à recuperação judicial, pois pressupõe uma situação financeira e econômica compatível com uma renegociação parcial, envolvendo credores selecionados, com os quais o devedor propõe novas condições de pagamento. Nesse modelo da recuperação extrajudicial, torna-se desnecessária a participação de todos os credores e também a realização de assembléia geral para aprovar o plano.

A recuperação judicial, mais abrangente do que a extrajudicial, permite ao devedor apresentar aos seus credores um plano de recuperação empresarial, cujo foco é a preservação do interesse social, dos bens de produção, previsto na Constituição da República. Assim, a recuperação judicial tem na preservação da empresa o seu principal objetivo, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social, e, por isso, foi considerada uma forma mais eficaz para se impedir a falência de empresas com dificuldades econômicas.

Dentro do conceito de recuperação judicial, o legislador dedicou um capítulo especial à recuperação da microempresa e de empresa de pequeno porte, em atendimento ao princípio previsto no artigo 179 da Constituição da República. Embora seja denominado de "plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte", o que a Lei nº 11.101/05 estabeleceu foi uma forma de permitir que o devedor obtenha dilação de suas dívidas quirografárias, sem as graves desvantagens da concordata preventiva prevista no Dec.-Lei nº 7.661/1945. A realidade tem demonstrado que a maior parte das empresas que se socorriam da concordata preventiva eram as pequenas e médias, que tentavam obstar à quebra mediante a obtenção de meios que lhes permitissem oferecer a seus credores um alongamento de suas dívidas quirografárias.

Ao simplificar o procedimento da recuperação judicial para a pequena empresa, o legislador aperfeiçoou a concordata preventiva do Decreto-Lei nº 7.661/1945, afastando a sua natureza de favor legal e restabelecendo uma forma de composição entre credores quirografários e devedor. Em outras palavras, a Lei 11.101/05 deu nova formatação à concordata, mas manteve a sua finalidade de renegociar apenas o passivo quirografário, que é a real necessidade da microempresa e da empresa de pequeno porte.

Feita essa breve apresentação sobre os novos institutos, cabe examinar dois outros pontos específicos da nova lei: o crédito tributário e o tratamento concedido aos contratos do devedor. De outro lado, na recuperação extrajudicial, analisaremos o artigo 163, que tem sido fonte de controvérsia.

O Crédito Tributário na Recuperação Judicial

Na vigência do Dec.-Lei 7.661/45, o crédito tributário era tratado em dois momentos distintos. O primeiro, para o ajuizamento da concordata, o devedor comerciante deveria comprovar a inexistência de execução fiscal ajuizada. Caso houvesse execução fiscal proposta, caberia ao devedor provar a existência de penhora aceita pela Fazenda Pública (art. 3º do Dec.-Lei 858/69).

O segundo momento, em que a lei tratava do crédito tributário, era na concessão da concordata, que dependia da prova da quitação dos tributos relativos à atividade mercantil do concordatário, conforme dispunham os arts. 174 do Dec.-Lei 7.661/45 e 191 do Código Tributário Nacional. Essa distorção tornava praticamente impossível o cumprimento da concordata preventiva, dando ensejo à comuníssima prática de desistir da concordata como única alternativa para evitar a quebra.

A Lei nº 11.101/05 suprimiu apenas a exigência no Dec.-Lei 858/69, mantendo - à semelhança do art. 174 do Dec.-Lei 7.661/45 - a comprovação da regularidade do crédito tributário para a concessão da recuperação judicial, nos termos do art. 57, com a seguinte redação:

"Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia geral e credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção dos credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional."

Na mesma forma, o artigo 191-A do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, dispôs que a concessão de recuperação judicial depende da prova da quitação de todos os tributos, senão vejamos:

"Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei."

Com efeito, percebe-se que tanto a nova Lei de Falências (art. 57) quanto a Lei Complementar 118/05 (art. 191-A), que alterou o CTN, contêm a mesma regra, no sentido de exigir as certidões fiscais apenas no momento da concessão da recuperação, e não mais no seu ajuizamento, como fazia o art. 3º do Dec.-Lei 858/69.

A lei é clara quanto ao momento em que o devedor deve apresentar as certidões tributárias, que é logo após a aprovação do plano pela assembléia geral de credores ou após decorrido o prazo do art. 55 sem impugnação dos credores.

Na redação aprovada inicialmente na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o art. 57 fixava o prazo de cinco dias para o devedor apresentar essas certidões fiscais, sob pena de falência, senão vejamos:

"Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 sem objeção de credores, o devedor apresentará, em cinco dias, certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 22 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

Parágrafo único. Decorrido o prazo sem a apresentação das certidões, o juiz decretará a falência."

Verifica-se, portanto, que foram suprimidas da lei o prazo de cinco dias para a apresentação dessas certidões bem como a sanção (pena de falência). Conseqüentemente, surgem duas indagações evidentes: qual o prazo para o devedor apresentar essas certidões tributárias? O descumprimento dessa obrigação acarreta sempre a falência?

Quanto ao prazo, na omissão da lei, cabe ao juiz fixá-lo. Embora o art. 189 da Lei nº 11.101/05 preveja a aplicação supletiva do CPC, o que permitiria que o prazo fosse de cinco dias (art. 185 do CPC), parece-nos que a Lei de Falências é uma lei especial, que deve, obrigatoriamente, ser interpretada levando-se em consideração a supremacia do interesse social na preservação da empresa. A conclusão de que o prazo é de cinco dias significa uma interpretação em desacordo com a essência desse instituto. Além disso, a aplicação compulsória do art. 185 do CPC estaria em desacordo com a vontade do legislador, que propositadamente suprimiu, da redação final do Projeto de Lei, o prazo peremptório de cinco dias⁹³.

Quanto à sanção, parece evidente que o legislador não quis que tal omissão pudesse dar ensejo à decretação da quebra, pois, no texto final, remetido a sanção, foi expressamente suprimido o inciso IV do art. 73, que autorizava a decretação da quebra se não fossem apresentadas as certidões de que trata o art. 57. Além disso, o juiz só pode decretar a quebra de ofício se comprovado o descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação, sendo certo que o crédito tributário não é abrangido pelo plano. Assim, a consequência lógica é a extinção do feito, sem julgamento do mérito, não sendo possível, nesse caso, decretar a quebra.

Por outro lado, uma vez apresentadas as certidões previstas no art. 57, o posterior descumprimento de qualquer obrigação do contribuinte, como por exemplo a cessação do pagamento de parcelamento, não pode mais ensejar a

decretação da quebra. Concedida a recuperação judicial (art. 58), não pode o juiz, sem previsão legal, exigir novamente essa prova para julgar encerrada a recuperação, na forma do art. 63. Não há na Lei de Falências, nem no CTN, qualquer obrigação nesse sentido, cabendo apenas à Fazenda Pública exigir a obrigação tributária na forma da legislação especial.

Os Contratos na Recuperação Judicial

No Capítulo III, que rege a recuperação judicial, não há norma expressa sobre os contratos bilaterais, como havia no art. 165 do Dec.-Lei nº 7.661/45. Mas, indiretamente, a nova lei dispôs no § 2º do art. 49 que "as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial".

Essa norma permite concluir que os contratos do devedor não se resolvem com o deferimento do processamento da recuperação judicial, salvo disposição em contrário no plano.

Assim, analisaremos as duas hipóteses em separado: primeiro, os casos em que os contratos não são alterados pelo plano e, em seguida, os casos em que no plano se dispuser de forma distinta.

A Manutenção das Regras Contratuais

Como já vimos, se o plano nada dispuser a respeito de modificações das obrigações pactuadas, os contratos não se resolverão e continuarão sujeitos às normas do direito comum. A razão dessa norma decorre do fato de que na recuperação judicial o devedor não perde a administração de seus bens e deve cumprir seus contratos.

Como na falência os contratos bilaterais também não se resolvem, pode-se pretender aplicar analogicamente à recuperação judicial a regra do art. 117, que autoriza a opção pela resolução do contrato. Na vigência do Dec.-Lei nº 7.661/45, Miranda Valverde já demonstrara o descabimento dessa aplicação analógica, pois, como ocorria na concordata preventiva, o devedor tem a obrigação de respeitar os contratos firmados⁹⁴.

No direito comum vigora o princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, do art. 476 do Código Civil de 2002, que dispõe: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". Aplica-se também o art. 477, que determina:

"Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la."

É possível que em alguns contratos o credor possa exigir do devedor, em recuperação judicial, a apresentação de garantias suficientes para satisfazer sua obrigação contratual, quando a situação econômico-financeira do devedor torne duvidosa a entrega da prestação⁹⁵. A diminuição patrimonial deve ser de tal ordem que comprometa ou torne duvidosa a prestação devida. Trata-se, evidentemente, de matéria de fato, pois essa necessidade de prestar caução dependerá do exame de cada caso.

Havendo necessidade de prestação de garantias, deve o credor interpelar o devedor para esse fim, no juízo da recuperação judicial. É lógico que a competência para examinar essa matéria é privativa do juiz que processa o pedido de recuperação, pois o devedor não pode onerar bens sem autorização judicial (art. 66)⁹⁶.

Da Cláusula Resolutória Expressa

A maioria dos contratos continha a cláusula que elegia a concordata preventiva como causa de resolução contratual. Provavelmente, o mesmo ocorrerá na vigência da nova lei, daí a necessidade de analisar a validade da cláusula, em caso de pedido de recuperação judicial.

Não se questiona a possibilidade jurídica de se elegerem determinados fatos como suficientes para resolver o contrato. Mas a dificuldade consiste em saber se essa disposição é válida no caso de recuperação judicial.

Essa cláusula não se confunde com a hipótese de inadimplemento do contrato, mas trata de um direito de o considerar resolvido antecipadamente. Não se trata, logicamente, de hipótese de inadimplência anterior à recuperação judicial, pois nesse caso a resolução se terá realizado antes do ajuizamento do pedido.

A doutrina divergia a respeito da validade da cláusula que considera resolvido o contrato pela mera impetração da concordata.

De um lado, Rubens Requião reputava válida a cláusula de pacto resolutório nos contratos de trato sucessivo, em caso de impetração de concordata preventiva⁹⁷. Assim também pensava Miranda Valverde, ao concluir que "dada

a liberdade que têm as partes de estipular o que mais convém aos seus interesses e à segurança deles, não há negar a validade da cláusula"⁹⁸.

De outro lado, o Professor Waldírio Bulgarelli entende que a concordata não é motivo suficiente para a resilição do contrato de concessão de veículos automotores terrestres,

"pois o instituto da concordata foi concebido para permitir aos comerciantes em momentâneas dificuldades um 'respiro', como dizem os franceses, ajustando com os credores, através do Poder Judiciário, as condições de pagamento das dívidas vincendas, sem contudo perder a administração dos seus negócios, fiscalizados que passam a ser pelo comissário nomeado pelo juiz."⁹⁹

Nesse sentido, de considerar nula aquela cláusula, é o entendimento de Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca¹⁰⁰, que cita, inclusive, o acórdão da lavra do eminente Desembargador Costa de Oliveira, cuja ementa é a seguinte:

"É nula a cláusula contratual pela qual o contrato se extingue se uma das partes pedir concordata. É juridicamente impossível cautelar de busca e apreensão de bem objeto de negócio jurídico celebrado com a concordatária com fundamento no seu estado jurídico na concordata. Concessão de mandado de segurança a favor da concordatária" (RT 629/149).

Apesar da polêmica, cremos que o argumento sustentado pelo Professor Waldírio Bulgarelli é o correto, pois se baseia no fato de que o mero pedido de recuperação judicial não é causa de resolução dos contratos bilaterais¹⁰¹. Mesmo aplicando as normas de direito comum, a proteção que a lei dá à outra parte é o direito de exigir que o devedor preste caução.

Além disso, o Código Civil de 2002 contém normas contratuais que devem ser respeitadas no exame dessa questão. A principal delas, evidentemente, é que o contrato deve ser pautado em razão e nos limites da sua função social, limitação que abrange tanto a liberdade de contratar quanto a de resolver unilateralmente os contratos.

Em síntese, essa liberdade só pode ser exercida em sintonia com os fins sociais do contrato, atendidos também os requisitos primordiais da boa-fé e da probidade. Além disso, verifica-se a preocupação do legislador de 2002 em criar

outras limitações ao poder de denúncia unilateral dos contratos por tempo indeterminado, como ocorre nos negócios jurídicos em que se exigiram da outra parte investimentos de vulto (art. 473, parágrafo único).

São princípios básicos que devem ser considerados pelo magistrado, pois o Código Civil de 2002 lhe confere um poder moderador referente ao exame das questões contratuais.

A Possibilidade de Modificação do Contrato Pelo Plano

O § 2º do art. 49 é claro ao dispor que "as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, *salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial*" (grifo nosso).

Diante dessa regra, é evidente que o plano pode alterar as condições inicialmente pactuadas nos contratos firmados pelo devedor. Mas essa liberdade de que o devedor dispõe para propor modificações não é absoluta, cabendo indagar quais seriam esses limites. Primeiro, nem todos os contratos podem ser modificados pelo devedor, pois alguns deles são expressamente excluídos do plano de recuperação, como, por exemplo, ocorre com os contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), alienação fiduciária em garantia, adiantamento a contrato de câmbio.

Entre os meios de recuperação previstos no art. 50, é provável que a concessão de novos prazos para pagamento (inciso I) ou a proposta de dação em pagamento (inciso IX) sejam as modalidades mais prováveis de modificação dos contratos. Para que a novação proposta pelo devedor seja válida, é preciso que o plano não tenha sido impugnado pelos credores ou que tenha sido aprovado pela assembléia geral de credores, na forma do art. 45. Mas como a modificação não depende da vontade do outro contratante, é evidente que essa alteração deve respeitar regras do direito comum, para evitar, por exemplo, que a proposta do devedor não caracterize onerosidade excessiva para a outra parte.

Casos Especiais

A Lei nº 11.101/05 deu um tratamento especial para os contratos de arrendamento mercantil, alienação fiduciária em garantia, adiantamento a contrato de câmbio e aos contratos administrativos de concessão de serviço público. No caso dos contratos financeiros, tornou-os imunes à recuperação judicial e à falência, sendo certo que na concessão de serviço público modificou substancialmente a regra do sistema anterior, tornando a quebra causa de rescisão contratual.

Contratos de *Leasing* Mercantil

Esses contratos bilaterais não se sujeitam ao plano de recuperação judicial, ficando apenas suspensas as ações dos credores pelo prazo improrrogável de 180 dias. Essa situação reduz substancialmente a utilidade da recuperação judicial para devedores que dependam desses bens arrendados ou alienados fiduciariamente para a continuação de suas atividades. Sociedades transportadoras (aéreas ou terrestres) e gráficas, por exemplo, têm apenas 180 dias para tentar uma composição com esses credores, sob pena de ficar inviabilizado o soerguimento da empresa. A preocupação do legislador com a manutenção do contrato de *leasing* foi de tal ordem que, no art. 199, parágrafo único, ele voltou a enfatizar que as companhias de transporte aéreo podem beneficiar-se da recuperação judicial, desde que respeitados os contratos de arrendamento mercantil das aeronaves ou de suas partes.

Da mesma forma, embora o adiantamento a contrato de câmbio seja um instrumento fundamental para viabilizar as exportações, a sua exclusão do plano de recuperação judicial (§ 4º do art. 49) também reduz a utilidade desse remédio para as sociedades exportadoras, que têm no ACC a maior parcela de seu endividamento.

A Recuperação Extrajudicial

Na recuperação extrajudicial, o devedor, para resolver problemas de liquidez, propõe a seus credores, na maioria dos casos, remissão ou dilação. Esse procedimento - extremamente simples - tem por finalidade dar transparência e segurança às negociações, desde que sejam garantidas aos credores as mesmas condições de prorrogação de prazo de vencimento ou redução percentual do passivo. Por isso, é desnecessário exigir um plano de reorganização empresarial, pois a recuperação extrajudicial significa apenas uma renegociação parcial com alguns credores escolhidos pelo devedor.

Essa modalidade de acordo pressupõe uma proposta de dilação ou remissão *previamente elaborada*, e não faz sentido convocar uma assembléia para deliberar a respeito da matéria. Havendo necessidade de convocação de credores em assembléia, o procedimento toma os contornos de uma recuperação judicial e não extrajudicial.

A confusão conceitual entre os dois institutos decorre, em parte, da própria denominação "recuperação extrajudicial", uma vez que tal instituto não visa a recuperar a sociedade empresária nos moldes da recuperação judicial. Sua melhor denominação, portanto, teria sido acordo ou concordata extrajudicial, que estariam em plena sintonia com a sua finalidade e natureza jurídica.

Assim, embora o legislador tenha verdadeira ojeriza ao nome concordata, este parece ser o mais adequado, razão pela qual não há qualquer equívoco em denominar a recuperação extrajudicial de acordo ou concordata extrajudicial.

Ainda em relação ao objeto do acordo extrajudicial, cabe indagar se o legislador restringiu o âmbito do acordo - proibindo, por exemplo, a dação de bens ou a instituição de garantia real - ou se concedeu ampla liberdade às partes para disporem a seu respeito.

A realidade tem demonstrado, desde o Decreto nº 917, que a exigência de dação em pagamento ou novas garantias pelos credores é que deu causa à fraude nessa modalidade de acordo extrajudicial. Embora preveni-la tenha sido a intenção do legislador, conforme se depreende da leitura do Relatório aprovado no Senado Federal, nada impede que o acordo extrajudicial cuide de cessão de bens ou de novas garantias reais.

O legislador preocupou-se em evitar a fraude, ao dispor que o acordo não seria homologado se caracterizada a prática dos atos previstos nos art. 130 e no inciso III do art. 94. Porém a *datio in solutum* e a instituição de garantia real não são sinônimos de fraude, como imaginou o legislador.

O inciso III do art. 94 corresponde, em parte, às hipóteses de insolvência presumida do art. 2º do Dec.-Lei nº 7.661/45. Como ensina Miranda Valverde, "a lei considera o ato ou o fato em relação ao prejuízo que possivelmente poderá causar aos credores, não exigindo, em regra, a prova da intenção fraudulenta, mesmo porque, na maioria dos casos, ela se positiva no próprio ato ou fato. Praticado o ato, ou tentando praticá-lo, concorre o devedor para piorar a situação dos credores, diminuindo, onerando ou desvalorizando o seu patrimônio, garantia comum dos credores"¹⁰².

Antes de examinar as hipóteses do inciso III do art. 94, é relevante lembrar que o legislador suprimiu o acordo extrajudicial das hipóteses de insolvência presumida, que se caracterizava pela convocação de credores para propor-lhes dilação, remissão ou cessão de bens. Portanto, a única vedação expressa do Dec.-Lei nº 7.661/45 de dação em pagamento ou cessão de bens não subsiste na nova lei. Resta, portanto, verificar se os demais fatos enumerados no inciso III do art. 94 vedam a prática desses atos¹⁰³.

Inicialmente, a alínea *a* do inciso III trata de duas hipóteses consideradas fraudulentas: a liquidação precipitada, ou a utilização de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos¹⁰⁴. Como esse inciso não trata de garantia real, *adatio in solutum* pode ocorrer em casos que não tipificam a liquidação precipitada ou a utilização de meios ruinosos e, portanto, é válida em tais casos. O mesmo ocorreria com o caso da alínea *b*, que prevê outra hipótese de fraude, só que com um elemento diverso, que é a tentativa. Da mesma forma, a alínea *c* não se aplicaria se a dação em pagamento não abrangesse a transferência do estabelecimento, cujo conceito é definido no art. 1.142 do Código Civil de 2002. A alínea *d* trata de simulação. A alínea *e* refere-se à dação ou reforço de garantia real por dívida *contraída anteriormente*, sem que o devedor fique com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar suas dívidas. Portanto, para que a dação em pagamento seja válida, basta que o devedor fique com bens suficientes para saldar suas dívidas. As demais hipóteses (alíneas *f* e *g* cuidam de ausência, abandono, ocultação ou de descumprimento de obrigação em recuperação judicial) são irrelevantes para a questão em exame.

Por outro lado, o artigo 130 da nova lei (que corresponde ao art. 53 do Dec.-Lei nº 7.661/45) rege a ação revocatória de atos praticados em fraude contra credores¹⁰⁵. Como também ocorre com outras hipóteses do inciso III do art. 94, não havendo fraude, a instituição da garantia real ou a dação em pagamento seriam válidas nos acordos extrajudiciais.

Apesar de o legislador ter dado ampla liberdade para as partes sobre o conteúdo do acordo extrajudicial, há uma questão importantíssima que diz respeito à ineficácia dos atos elencados no artigo 129, que corresponde ao artigo 52 do Dec.-Lei nº 7.661/45. Note-se que os incisos II e III abrigam, respectivamente, casos de dação em pagamento e de constituição de direito real de garantia¹⁰⁶. O texto aprovado na Câmara dos Deputados afastava da ação revocatória os atos previstos tanto no plano de recuperação judicial quanto na recuperação extrajudicial (§ 1º do art. 131).

Ocorre que a atual redação do art. 131 reza que a ação revocatória não se aplica aos atos referidos nos incisos I, II e VI do art. 129, desde que *tenham feito parte do plano de recuperação judicial*. Foi, portanto, no Senado Federal que o Congresso tornou imune à revocatória apenas a dação em pagamento, ou a instituição de garantia real *realizada na recuperação judicial*.

Artigo IV. Assim, o acordo extrajudicial pode tratar de dação em pagamento ou de constituição de direito real em garantia, mas os credores que se beneficiarem

desses atos devem estar atentos para a sua ineficácia, em relação à massa falida, se praticados no termo legal da falência, pois o artigo 131 protege da declaração de ineficácia apenas os atos previstos na recuperação judicial. Neste ponto, houve um retrocesso. No momento em que a convocação de credores pelo devedor deixa de ser causa de falência (com a supressão da regra contida no inciso III do art. 2º do Dec.-Lei nº 7.661/45), a homologação do acordo extrajudicial só teria duas vantagens: dar transparência e publicidade a esses pactos e, principalmente, segurança aos credores, que teriam esses pactos protegidos no caso de falência, pois não seriam atingidos por eventuais ações revocatórias.

Tipos de Acordos

A lei prevê duas formas de acordos extrajudiciais. A primeira abrange apenas alguns credores que expressamente aderiram ao plano, nos termos do artigo 162. É um sistema simples, que não exige nenhuma formalidade, nem mesmo um tratamento igual entre eles, sendo lícito acordar condições diferentes para cada um dos participantes desse pacto. As duas únicas restrições encontram-se no § 2º do artigo 162, que não permite o vencimento antecipado das dívidas, nem o tratamento desigual aos credores que não aderiram ao acordo. Essa segunda hipótese, que veda o tratamento desigual aos credores que não aderiram ao plano, é óbvia, pois o acordo não poderia atingir terceiros que não participaram desse acordo, salvo disposição expressa, como é o caso do artigo 163.

A segunda modalidade, prevista no artigo 163, permite que a homologação produza efeitos em relação a uma ou mais classes de credores, ou a um grupo de credores.

A interpretação do artigo 163, e especialmente de seus §§ 1º e 2º, certamente será fonte de grande polêmica na doutrina e na jurisprudência, principalmente pela sua falta de técnica e pela redação obscura.

Percebe-se de pronto a falta de técnica legislativa quando o legislador abandona conceitos precisos para adotar palavras ou expressões vagas, como é o caso da substituição desnecessária da palavra *classificação* pelo vocábulo *espécie*. Ao utilizar a palavra *espécie*, quis o legislador se referir à classificação de créditos prevista no artigo 83, que corretamente está inserida na Seção II do Capítulo V sob a denominação de "Classificação dos Créditos". Portanto, onde se lê *espécie*, leia-se *classe*. A outra impropriedade refere-se à expressão "credores da mesma natureza" contida no § 1º do artigo 163. Também aí parece coerente concluir que *credores da mesma natureza* signifique *credores da mesma classe*.

O fato de o legislador ter utilizado palavras impróprias não significa que o intérprete tenha a obrigação de tentar encontrar novos conceitos nesses vocábulos ou expressões. Para efeito de interpretação da Lei Falimentar, a natureza jurídica

do crédito refere-se a privilégios e preferências legais. Por exemplo, a natureza do crédito com garantia real é relevante para classificá-lo em relação aos demais créditos. Mas, como se comentará a seguir, quis o legislador, ao utilizar a expressão *credores da mesma natureza*, referir-se a credores em igualdade de condições de pagamento.

Por outro lado, verifica-se que o legislador não foi claro ao dispor sobre a possibilidade de esse plano, regido pelo artigo 163, abranger uma ou mais classes de credores e, ainda, grupo de credores.

Diante dessas dificuldades, ocorrem duas formas de interpretar tal dispositivo. A primeira seria enxergar uma distinção entre *classe* e *grupo* de credores, ou seja, não seriam conceitos semelhantes. Na segunda hipótese, a expressão *grupo de credores* significaria apenas uma subdivisão em uma mesma classe.

Para chegar à conclusão de que *classe de credores* e *grupo de credores* são situações distintas, seria necessário identificar na lei tratamento jurídico diferenciado para cada um dos casos.

Inicialmente, a expressão *obriga a todos os credores abrangidos*, prevista no *caput* do art. 163, não pode ser interpretada como possibilidade de obrigar apenas aos credores que aderiram ao plano, sob pena de não se diferenciar da hipótese do art. 162. Apesar de sua redação confusa, o art. 163 determina que o acordo assinado por credores que representem mais de 3/5 de cada classe obriga também aos demais 40% dos credores, dessa mesma classe, que não firmaram o acordo. Em outras palavras, o acordo assinado por 60% dos credores de determinada classe obriga aos demais credores dessa mesma classe.

Ainda em relação à abrangência de classe de credores, o § 1º dispõe que podem ser quaisquer das classes previstas nos incisos II, IV, VI e VIII do art. 83, ou seja, credores com garantia real, créditos com privilégio especial, privilégio geral, quirografários e subordinados. Com efeito, atingido o *quorum* de 3/5, essa deliberação se aplicaria tanto à *classe de credores* quanto ao *grupo de credores*.

Por outro lado, cabe ao intérprete a árdua tarefa de verificar as características do acordo que abrange *grupo de credores da mesma natureza e sujeitos a semelhantes condições de pagamento*. Se esses credores têm a mesma natureza, estarão, obrigatoriamente, na mesma classe de credores. Portanto, nesse aspecto, a hipótese de abrangência de grupo de credores não se diferencia do acordo que inclui uma ou mais classes de credores. Embora o grupo de credores seja sempre de uma mesma classe, a lei exige ainda que ele seja formado por credores que tenham idênticas condições de pagamento. Essa parece ser a distinção entre grupo e classes de credores, pois no primeiro caso, além de pertencerem a uma mesma classe, devem, ainda, ter as mesmas condições de pagamento.

Apesar da falta de clareza do § 1º do art. 163, é razoável concluir que o legislador, ao referir-se a grupo de credores, criou uma subdivisão dentro de uma mesma classe, exigindo que esses credores tivessem idênticas condições de pagamento. Note-se que o acordo só obriga aos demais credores desse grupo se alcançado o *quorum* de 3/5 dentro dessa subclasse.

Um exemplo de grupo seria o de credores quirografários com vencimento de curto prazo. Neste caso, desde que o devedor obtivesse a concordância de 3/5 do grupo de credores, a homologação do acordo obrigaria aos demais quirografários com vencimento de curto prazo.

Surge, então, a dúvida sobre se essa possibilidade de tratamento desigual para alguns credores de uma mesma classe não violaria o princípio da *par conditio creditorum*.

O princípio da absoluta igualdade entre credores de uma mesma classe é típico de concursos de credores, como é o exemplo da falência, já que o patrimônio do devedor é a garantia dos credores. Isso ocorre porque o processo falimentar se caracteriza como um processo de execução coletiva, por meio do qual os credores dividirão, entre si, o patrimônio do devedor ¹⁰⁷. Da mesma forma, na concordata preventiva a igualdade entre os credores quirografários decorre da lei e da sua natureza de favor legal. Assim, após o deferimento da concordata preventiva, a regra deve ser uma só para todos os credores, ou seja, prazos e condições são os mesmos para todos os credores quirografários.

Entretanto, a *par conditio creditorum* não é da essência do novo sistema da recuperação extrajudicial, salvo disposição legal em sentido contrário, como ocorre com o tratamento dado ao grupo de credores. Em síntese, o artigo 163 permite que o acordo possa abranger uma ou mais classes de credores, ou apenas um grupo de uma mesma classe. Em ambos os casos, devem os planos ser previamente aceitos por 3/5 de cada classe ou de um grupo de uma das classes referidas no § 1º do art. 163.

Outra questão polêmica refere-se ao § 2º do art. 163, que dispõe que "não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no *caput* deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições originais de pagamento alteradas". Cuidando-se de acordo que abrange uma ou mais classes de credores, desde que atingido o percentual de 60% de adesão, obrigatoriamente os demais credores dessa mesma classificação serão necessariamente abrangidos pelos efeitos do plano. Por isso, esses credores "não atingidos" seriam aqueles credores da mesma classe, mas que não integram o grupo (ou subclasse) abrangido pelos efeitos do acordo. Essa parece ser a única interpretação possível do confuso § 2º do art. 163.

O Procedimento

Ajuizado o pedido de recuperação extrajudicial, o juiz determinará a publicação de edital no diário oficial e em jornal de grande circulação nacional, ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando os credores para, querendo, impugnam o plano. Basta uma publicação, pois a Lei nº 11.101/05 não reproduziu a regra do art. 205 do Dec.-Lei nº 7.661/45, que exigia que a publicação de editais fosse feita por duas vezes. Da mesma forma, como o prazo para a impugnação dos credores é o da Lei nº 11.101/05, não se aplica o disposto no inciso III do art. 232 do CPC, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (cf. *RSTJ* 95/324). A Lei de Falências é também uma lei processual especial, que só permite a aplicação da lei processual geral (CPC) no caso de omissão, e, mesmo assim, se a regra geral do CPC for compatível com os princípios especiais falimentares, principalmente o da celeridade processual¹⁰⁸.

A formalidade de publicar na sede e nas filiais do devedor deveria ser imposta apenas às hipóteses em que o acordo abrange classe ou grupo de credores. Tal excesso de formalismo representa mais uma séria desvantagem para a utilização do plano regulado pelo artigo 162.

No prazo do edital (30 dias), cabe ao devedor comprovar a remessa de carta a todos os credores sujeitos ao plano, residentes ou domiciliados no país, para informar sobre a distribuição do plano e as suas condições. Apesar da omissão, cabe ao devedor também remeter correspondência ao credor estrangeiro, que não tem domicílio ou sede no país, sob pena de cerceamento de defesa. Essa observação aplica-se ao plano que abrange classe ou grupo de credores, os quais poderão ter seus direitos modificados por maioria absoluta, sem a necessidade de sua concordância prévia. Por essa razão impõe-se a notificação de todos os credores das classes ou grupos abrangidos pelo plano, mesmo se residentes ou domiciliados no exterior.

Não faz sentido estender a todos os credores a legitimidade de impugnar o plano, principalmente se a finalidade do acordo for a prevista no art. 162. Qual o interesse jurídico dos credores não abrangidos pelo plano em impugná-lo, se não podem ter seus direitos modificados? Evidentemente, o dispositivo deve ser aplicado com cautela, sob pena de inviabilizar o próprio instituto da recuperação judicial, pois não teria sentido permitir, por exemplo, que credores trabalhistas, ou credores por contratos de arrendamento mercantil ou alienação fiduciária em garantia, pudessem impugnar um plano que não os atinge. Além disso, no caso de falência, qualquer ato prejudicial aos credores pode ser declarado ineficaz através da ação revocatória, inclusive de ofício pelo juiz (art. 129, parágrafo único).

A lei limitou a matéria de impugnação às seguintes questões: a) não-preenchimento do percentual de 3/5 para o acordo do art. 163; b) a prova de qualquer dos atos de falência previstos no art. 94, III, ou praticados em fraude, nos termos do art. 130 da Lei nº 11.101/05; ou c) o descumprimento de qualquer outra exigência prevista no Capítulo VI da Lei nº 11.101/05.

Decorrido o prazo para a impugnação, será aberta vista para o devedor se manifestar em cinco dias, após o que os autos serão conclusos para sentença, da qual cabe apelação sem efeito suspensivo.

Quanto aos seus efeitos, dispõe o art. 163 que o plano de recuperação extrajudicial só produz efeitos após a sua homologação. A regra diz respeito ao plano que abrange classe ou grupo de credores, pois no caso do plano previsto no art. 162, a novação pode operar-se independentemente de homologação, desde que fique evidente o ânimo de novar previsto no art. 361 do Código Civil. O fato de o juiz rejeitar a homologação de plano, previsto no art. 162, não significa que não possa ocorrer modificação das condições inicialmente contratadas pelas partes. Havendo o ânimo de novar, de forma inequívoca, qualquer das hipóteses previstas no art. 360 do Código Civil opera novação. Evidentemente, a novação não estaria caracterizada se as partes, expressamente, condicionaram a produção dos efeitos do acordo à sua homologação judicial, que seria uma condição resolutiva.

A alienação judicial de ativos da devedora só é necessária se expressamente prevista no plano, caso em que deverão ser atendidos os requisitos para a realização de ativos na falência.

Outras Modalidades de Acordo

O artigo 167 reconhece a validade de outras modalidades de acordo, além das hipóteses previstas nos artigos 161 e 163.

Na vigência do Dec.-Lei 7.661/45, qualquer modalidade de acordo extrajudicial entre credores e devedor era causa de falência, nos termos do inciso III do artigo 2º. Como essa regra não foi mantida entre as hipóteses de decretação de falência do artigo 94, significa dizer que todos esses acordos não mais caracterizam a insolvência do devedor. Por isso, a regra do artigo 167 é óbvia e até mesmo desnecessária.

Ainda que não houvesse a regra do artigo 167, não haveria qualquer impedimento a que credores por contratos de alienação fiduciária em garantia, arrendamento mercantil, por exemplo, pudessem firmar com seu devedor um acordo para modificar as condições contratuais pactuadas inicialmente. A única diferença entre esses acordos e aqueles previstos nos artigos 161 e 163 é que não poderiam ser objeto de homologação judicial.

Conclusão

A primeira conclusão destaca um equívoco grave do legislador. Apesar da introdução do importante instituto da reorganização de empresas, a nova legislação criou um obstáculo enorme à sua obtenção, ao condicionar a sua concessão à prova de que o devedor está em dia com suas obrigações tributárias e previdenciárias. Essa exigência representa, também, uma enorme contradição, pois não faz sentido condicionar a obtenção da recuperação judicial à comprovação do pagamento de um crédito que está expressamente excluído do plano de recuperação.

A segunda conclusão destaca a liberdade que o legislador deu ao devedor, pois só haverá modificação dos contratos que ele incluir no plano de recuperação. Assim, na recuperação judicial, os contratos do devedor não são alterados com o deferimento do processamento da recuperação, salvo disposição em contrário no plano. Portanto, o plano de recuperação, apresentado pelo devedor, é que indicará as possíveis modificações nos contratos do devedor.

Finalmente, quanto à recuperação extrajudicial, cumpre frisar que uma das maiores falhas do Dec.-Lei nº 7.661/45 foi a de afastar-se da realidade e proibir o acordo extrajudicial, ao presumir a insolvência do devedor que convocava seus credores e lhes propunha dilação, remissão ou cessão de bens. Por isso, a Lei nº 11.101/05 representou um grande avanço ao restabelecer a possibilidade de o devedor regular seus próprios negócios amigavelmente, afastando a necessidade de recorrer a procedimentos judiciais, conforme previsto no artigo 167. Além disso, a nova lei andou bem ao prever a possibilidade de determinados acordos que pudessem abranger não apenas os credores que previamente aderiram ao plano extrajudicial, mas também todos os demais credores da mesma classe ou grupo de credores. Espera-se que essas modalidades de acordos, previstas no artigo 163, sejam de grande valia para solucionar dificuldades momentâneas dos empresários e das sociedades empresárias, sem as formalidades da recuperação judicial, que pressupõe uma situação financeira e econômica grave.