

Os mecanismos de pré-insolvência nos projetos de lei n. 1397/2020 e n.
4458/2020

Ricardo Villas Bôas Cueva¹

Daniel Carnio Costa²

1. Introdução

O Brasil passa, atualmente, por um importante período de mudanças legislativas na área da insolvência empresarial. A crise de 2014/2015 já havia demonstrado a necessidade de aprimoramento das ferramentas da recuperação judicial e da falência de empresas, a fim de que o País pudesse enfrentar com mais sucesso crises econômicas agudas, preservando a atividade empresarial e a geração de benefícios econômicos e sociais dela decorrente, seja pela preservação da empresa, seja pela rápida e eficaz realocação de ativos de empresas inviáveis na economia.

Dentre os projetos de reforma da Lei de Recuperação Judicial, destacou-se, em meio à pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 (Covid-19), o Projeto de Lei nº 1.397, apresentado pelo Deputado Hugo Leal, cujo substitutivo já foi aprovado na Câmara dos Deputados, encontrando-se ainda pendente de apreciação pelo Senado. Muito embora o referido projeto não tenha encontrado um ambiente político favorável no Senado, onde encontra-se sem movimentação, foi aprovado na Câmara dos Deputados e trouxe importantes ferramentas transitórias para enfrentamento da crise da pandemia. Referido Projeto de lei trata de medidas emergenciais, de caráter transitório, para a insolvência empresarial, partindo da premissa de que é impossível dar uma resposta uniforme à miríade de casos concretos que

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça, é mestre e doutor em Direito. Foi advogado, Procurador do Estado de São Paulo, Procurador da Fazenda Nacional e Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

² Juiz Titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, é mestre e doutor em direito. Juiz auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça (2018/2020). Atualmente, juiz auxiliar da Presidência do Superior Tribunal de Justiça. Membro das comissões de juristas que elaboraram o PL 1397/2020 e o PL 4458/2020.

emergirão da crise³, o que equivaleria dar tratamento igual aos desiguais e estimular condutas oportunistas. As novas soluções para a maciça crise de insolvência a ser enfrentada por um número expressivo de empresas espelham-se na experiência de vários países e seus modelos alternativos de solução das crises enfrentadas pelos empresários devedores, levando em consideração a necessidade de simplificar, abreviar e reduzir os custos da recuperação judicial e extrajudicial, hoje muito elevados para as pequenas e médias empresas.

Muito embora esse projeto emergencial não tenha evoluído – até o momento – no Senado da República, muitos de seus avanços foram incorporados ao PL 6229/05, que pretende reformar a Lei n. 11.101/05 de forma permanente. Aprovado na Câmara, o projeto hoje se encontra no Senado aguardando votação, com urgência já aprovada, sob o número 4458/20. Ao contrário do que se percebeu com o projeto emergencial, o PL 4458/20 parece reunir um grande consenso em torno de sua pertinência e necessidade. Segundo recentes manifestações públicas de integrantes do Ministério da Economia e do Presidente do Senado, espera-se uma rápida tramitação do projeto no Senado, no sentido de sua breve aprovação.

É certo que diversos países relevantes nos cinco continentes identificaram a necessidade de edição de leis especiais e temporárias para enfrentar os efeitos da pandemia na crise das empresas. O Banco Mundial e a INSOL International publicaram, em 17.04.2020, um estudo denominado “Global Guide” com a descrição das respostas legislativas adotadas pelos países estudados a fim de dar suporte aos negócios em dificuldades por força do COVID-19⁴. Com base neste estudo, fica bastante claro que a imensa maioria das jurisdições analisadas já haviam adotado medidas legislativas emergenciais de flexibilização de sua legislação de insolvência e de enfrentamento da crise. Dentre as principais medidas de enfrentamento da

³ Segundo dados apresentados pelo SEBRAE, 89% das Micro e Pequenas Empresas (ME e EPP) apresentam queda de faturamento em razão da pandemia. Relativamente às indústrias, pesquisa publicada pela FIESP em maio de 2020 revela que 92% das indústrias paulistas esperavam uma queda de 55% no faturamento mensal para o trimestre de abril a junho.

⁴ Disponível em : <http://insol-techlibrary.s3.amazonaws.com/e98b7604-ebf5-4bd0-8914-c4e3352bd5a4.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJA2C2IGD2CIW7KIA&Expires=1591533978&Signature=A122AgkdstfByarjUOpvfXRvWbU%3D>

crise estão a adoção de suspensão temporária de procedimentos ou atos executivos, a fim de garantir a existência de um espaço de negociação ou um *breathing space* entre a devedora e seus credores, bem como a implantação ou o aperfeiçoamento de procedimentos de pré-insolvência e de negociação (*workouts*), exatamente no mesmo sentido proposto pelo PL 1397/2020 no Brasil. Relativamente ao PL 4458/20, essas diretrizes do Banco Mundial e da INSOL acabaram influenciando a criação da Seção II-A, composta pelos artigos 20-A a 20-D, que introduz no sistema de brasileiro um mecanismo de pré-insolvência, destinado a evitar que empresas tenham de fazer uso da recuperação judicial.

O sistema de pré-insolvência criado pelo PL 4458/20 cria estímulos para que empresas devedoras busquem a renegociação coletiva de suas dívidas de forma predominantemente extrajudicial, com mínima intervenção judicial. A utilização da mediação e da conciliação preventivas necessita da criação de estímulos para que seja eficaz e adequada. Nesse sentido, é preciso proteger o devedor de execuções individuais, como condição para que se crie um espaço adequado para realização dos acordos com os credores. Os credores somente se sentarão à mesa para negociar se não puderem prosseguir nas suas execuções individuais. Por outro lado, a devedora somente terá condições de propor um acordo aos seus credores se tiver um espaço de respiro e uma proteção contra os ataques patrimoniais provenientes de ações individuais. Da mesma forma, um credor somente se sentirá seguro para negociar se houver uma proteção ao acordo entabulado, evitando-se que seja prejudicado pelo uso sucessivo de um processo de insolvência. De igual modo, deve-se cuidar para que os devedores não façam uso predatório dessa ferramenta, apenas com o intuito de prolongar a proteção do *stay* contra os credores.

Tendo em vista essas premissas, o projeto estimula a conciliação e a mediação nos CEJUSCs, criando-se alternativa extrajudicial de renegociação das dívidas. Por outro lado, oferece à devedora a essencial proteção do *stay*, típico da recuperação judicial, a fim de se criar um ambiente adequado à negociação coletiva. Considerando que a determinação de suspensão de ações deve ser judicial – só uma decisão judicial pode ter o condão de

suspender o andamento de ações judiciais – o mecanismo oferece à devedora a oportunidade de requerer ao juízo competente a medida de *stay* com natureza cautelar, eventualmente preparatória de futura recuperação judicial. No entanto, a fim de se evitar a utilização do mecanismo apenas como uma forma de alongar a proteção típica de uma recuperação judicial, o projeto determina que o prazo de proteção antecipado à devedora durante as negociações no CEJUSC será descontado do prazo de *stay* típico.

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

A medida de criação do *breathing space* necessário à realização efetiva de uma negociação coletiva é prevista pelo § 1º, ao art. 20-B, o qual dispõe que “na hipótese prevista no inciso IV do caput deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania

(Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015”.

A fim de se evitar o uso predatório da medida de pré-insolvência, dispõe o § 3º, ao art. 20-B que “se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, observados os critérios desta Lei, o período de suspensão previsto no § 1º deste artigo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º desta Lei.”

Conforme dispõe o Art. 20-C, havendo sucesso na negociação coletiva conduzida perante o CEJUSC, “o acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente”.

O PL 4458/20 protege o acordo feito pelos credores nessa fase de pré-insolvência, eliminando o risco de que o credor venha a ser prejudicado duas vezes, com a sucessiva inclusão de um crédito renegociado em processo de recuperação judicial onde poderia sofrer nova alteração. Nesse sentido, o parágrafo único ao art. 22-C, estabelece que, “requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 (trezentos e sessenta) dias contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual, o credor terá reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito dos procedimentos previstos nesta Seção.”

Vale destacar ainda, como medida de estímulo à utilização dos meios consensuais de resolução dos conflitos, que o art. 20-D do PL 4458/20 dispõe que “as sessões de conciliação e de mediação de que trata esta Seção poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização.”

Em sentido semelhante, o PL 1397/20 propõe no seu primeiro capítulo a criação de um sistema de prevenção da insolvência que é composto por

duas medidas: a suspensão legal (Seção I) e a negociação preventiva (Seção II).

A suspensão legal é apresentada como medida necessária para neutralizar o descompasso econômico/financeiro das empresas em razão da pandemia. As medidas de distanciamento social fazem com que as empresas percam faturamento, mas ao mesmo tempo suas obrigações continuam exigíveis e devem ser cumpridas. Conforme Lawrence Summers⁵, o relógio econômico, que mede o faturamento das empresas, praticamente parou, mas o relógio financeiro da empresa, que mede o cumprimento de suas obrigações, continua girando normalmente. Assim, a suspensão legal visa equilibrar o relógio econômico com o relógio financeiro destas empresas, a fim de se evitar o surgimento de uma grande onda de inadimplência. Trata-se de medida muito parecida com a “bandeira amarela” defendida pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade de Pennsylvania, David Skeel. Conforme entrevista concedida pelo ilustre professor à Bloomberg⁶, “o que é necessário (...) é uma bandeira amarela, tipo aquela das corridas da Nascar quando ocorre um acidente. A bandeira não para os carros na pista, mas proíbe que um carro ultrapasse o outro – nesse caso, seriam todos os devedores e credores – de modo que ninguém tire vantagens outro durante essa pausa”.

O PL 1397/20 oferece, ainda, o procedimento da negociação preventiva, como forma de ajudar as empresas a manter-se em funcionamento e a superar o momento de crise através da negociação extrajudicial com seus credores, mas sob a proteção de uma ordem de *stay* judicial de 90 dias. Trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária “destinado às pessoas naturais e jurídicas que exerçam ou tenham por objeto o exercício de atividade econômica em nome próprio, independentemente de inscrição ou da natureza empresária de sua atividade, e que se tornaram

⁵ Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-09/could-super-chapter-11-help-an-economy-avoid-systemic-collapse>

⁶ “what’s needed (...) is a yellow flag like the one waved at a Nascar race when there’s an accident. The flag doesn’t stop movement, but it locks all the cars—in this case,” all the debtors and creditors—in the same order so no one gets an advantage during the pause” (Vide nota 5)

insolventes ou que enfrentam dificuldades financeiras em decorrência da pandemia da COVID-19, a fim de que possam ter um alívio na renegociação de suas obrigações e situações econômico-financeiras no período posterior a pandemia (retomada da economia), além de poderem dar continuidade às suas atividades, sem a necessidade de se submeterem imediatamente a um processo de insolvência civil (no caso da pessoa natural) ou de recuperação judicial ou extrajudicial (empresas)”.

O novo procedimento de negociação preventiva – da mesma forma que a medida de pré-insolvência criada pelo PL 4458/20 – foi inspirado pelo modelo francês de prevenção da insolvência, criado em 1985, e pela Diretiva Europeia (EU) 2019/1023, que dispõe sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação e renegociação de dívidas.⁷

Segundo a justificação do projeto, “o sistema de reestruturação preventiva deverá, acima de tudo, permitir que os devedores se reestruturem efetivamente numa fase precoce e evitem a insolvência, evitando assim a liquidação desnecessária de empresas viáveis. Esse sistema deverá ajudar a conter a perda de postos de trabalho e o enfraquecimento das cadeias produtivas, além de maximizar o valor total em benefício dos credores, face ao que receberiam em caso de liquidação dos ativos da empresa”.

Muito embora a figura do negociador tenha sido retirada do projeto aprovado na Câmara dos Deputados, restou preservada a essência do mecanismo de negociação preventiva. Ao negociador nomeado caberia o importante papel de informar o juízo sobre as negociações e apresentar relatório circunstanciado, mas prevaleceu o entendimento de que o caráter

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>. Como se lê no considerando nº 4, “O direito da insolvência tende cada vez mais a recorrer a soluções preventivas. Contrariamente à abordagem clássica que visa a liquidação de uma empresa em situação financeira difícil, a tendência favorece as abordagens cujo objetivo consiste em recuperar a empresa ou, pelo menos, em resgatar as unidades da empresa que ainda sejam economicamente viáveis. Entre outros benefícios para a economia, esta abordagem ajuda muitas vezes a manter os postos de trabalho ou a reduzir as perdas de postos de trabalho. Além disso, o grau de intervenção em regimes de reestruturação preventiva das autoridades judiciais ou administrativas ou das pessoas por elas nomeadas varia, indo de uma intervenção inexistente ou mínima em alguns Estados-Membros até uma intervenção total noutros”.

facultativo das negociações não seria compatível com a nomeação de negociador. Com isso, no texto aprovado, “*compete ao devedor requerente da negociação preventiva de dívidas indicar facilitadores, negociadores e cientificar os credores, por qualquer meio idôneo e eficaz, dos seus propósitos negociais. O devedor interessado, portanto, é quem deve providenciar as nomeações de negociadores e as comunicações dos credores sobre os detalhes das negociações*”.⁸

Discutem-se a seguir exemplos, colhidos no direito comparado, de negociações pré-concursais que podem inspirar, mesmo depois de superada a pandemia, as reformas de nossa legislação de insolvência empresarial.

2. A importância de soluções negociadas para a insolvência empresarial

A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (Lei nº 11.101/2005), assim como outras leis falimentares ao redor do mundo, foi fortemente inspirada no capítulo 11 da lei falimentar estadunidense. Parte-se da premissa de que uma solução negociada para a crise da empresa é preferível à liquidação forçada de ativos. Os credores assumem o protagonismo e passam com isso a ter menores incentivos para condutas oportunistas. Protege-se a *par conditio creditorum*, mas há a possibilidade de *cram-down*. Além disso, a venda de ativos, sobretudo de filiais ou unidades produtivas isoladas, favorece o saneamento e a preservação da empresa.

Os custos diretos e indiretos da recuperação judicial são, contudo, bastante elevados e se protraem no tempo, o que implica elevação dos custos reputacionais, em prejuízo do efetivo soerguimento da empresa insolvente, cujas fontes de crédito tendem a minguar. A própria possibilidade de alienação de unidades produtivas isoladas acaba por se limitar a grandes grupos empresariais, que podem se permitir desinvestimentos seletivos como estratégia de reorganização, sem que suas atividades principais sofram solução de continuidade. De outra parte, a recuperação extrajudicial, talvez

⁸ Costa, Daniel Carnio e Netto, Antonio Evangelista de Souza. A necessária e urgente proteção da atividade econômica contra a pandemia do Covid-19 – o substitutivo ao Projeto de Lei n. 1397/2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82388/a-necessaria-e-urgente-protacao-da-atividade-economica-contra-a-pandemia-do-covid-19>

porque não se lhe tenha dado tratamento adequado, não tem sido praticamente utilizada.

Como lembrado por José Antonio García-Cruces, professor da Universidade de Zaragoza, em estudo sobre a legislação espanhola, mas em tudo aplicável ao que se verifica em outros países, a preferência por soluções negociadas é diretamente proporcional ao fracasso do processo falimentar. Isto é, esse protagonismo não corresponde tanto às vantagens dos acordos de refinanciamento e reestruturação, mas à ineficiência da legislação de insolvência. O processo falimentar é caro, lento e gera expressivos custos reputacionais. Estes são relacionados às dificuldades de obter crédito e à incerteza de qualquer processo judicial.⁹

A lógica do processo falimentar contrasta fortemente com o modelo de soluções negociadas. No primeiro, há intervenção judicial e as regras são imperativas e orientadas por um princípio de universalidade. No segundo, procura-se dispensar ao máximo a intervenção judicial, adotando-se lógica contratual. Mas a escassez de solvência patrimonial não ajuda a composição de interesses, que é particularmente difícil quando há uma pluralidade de credores com posições muito diferentes. O conflito de interesses entre os credores dificulta uma atuação cooperativa.¹⁰

De acordo com a análise econômica do direito, o procedimento concursal deve ser essencialmente um meio para articular a negociação entre partes com interesse em conflito, levando em conta a racionalidade dos participantes, a redução dos custos de transação e a diminuição das assimetrias informacionais. Para isso, a legislação deveria garantir que, por meio de soluções consensuais, os credores se vejam em melhor posição que aquela oferecida por soluções adjudicadas, que muitas vezes tendem a

⁹ García-Cruces, José Antonio, “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvência empresarial em el derecho español” (p. 131-189), p. 132, in García-Cruces, José Antonio (org.), Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvência empresarial: reformas em el derecho comparado y crisis economica, Cizur Menor, Thomson Reuters/Arazandi, 2014.

¹⁰ García-Cruces, cit., p. 182.

favorecer a liquidação dos ativos em detrimento da preservação da empresa e dos e dos empregos.¹¹

As soluções consensuais não são, contudo, inteiramente satisfatórias nem suficientes, cabendo à lei um papel essencial para delimitar direitos e impedir abusos. É o que se vê, por exemplo, em uma das reformas à lei falimentar americana, o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, de 2005. A negociação tornou-se fase essencial na reorganização empresarial, à vista das profundas mudanças no mercado de crédito, antes monopolizado por pequeno grupo de bancos e hoje aberto a investidores institucionais. Com o aumento do número de credores, os interesses tornam-se mais heterogêneos e o consenso passa a ser mais difícil. Para superar tais dificuldades, surgem procedimentos híbridos, que têm por finalidade reduzir resistências levantadas por alguns dos credores sem os elevados custos associados a um processo falimentar, e consistem em uma solução de compromisso entre a autonomia da vontade e o interesse público.¹²

3. Estados Unidos

Até mesmo nos Estados Unidos, cuja legislação prestou-se de modelo a várias reformas ao redor do mundo, as soluções negociadas poderiam ter mais amplo alcance. A política pública subjacente à lei falimentar norte-americana tem por finalidade evitar que o insolvente seja estigmatizado, de modo que o fracasso do negócio pode ser visto como nova oportunidade, como um novo início. Procura-se evitar a liquidação e os tribunais favorecem o devedor que pretenda reorganizar seus negócios e manter o valor de seus ativos. Busca-se o saneamento em vez da liquidação. Contudo, o capítulo 11 implica procedimento caro e inacessível para pequenos e médios negócios. Grandes empresas, que podem vender parte de seus ativos, enquanto outra

¹¹ Serrano, Juan Luis Goldenberg, “Los acuerdos de reorganización de le empresa deudora em el derecho concursal chileno” (p. 73-107) in García-Cruces, José Antonio (org.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis economica*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Arazandi, 2014.

¹² Serra, Catarina, “La recuperación negociada de empresas bajo la ley portuguesa. Para uma lectura sistemática de los acuerdos de recuperación o restructuración de empresas”. (pp. 297-315) in García-Cruces, José Antonio (org.), *op.cit.*

parte se mantém operativa, tendem a se beneficiar desse procedimento, que muitas vezes envolve uma liquidação parcial. Pequenos e médios negócios nem sempre podem arcar com os elevados custos de uma recuperação judicial.¹³

4. Alemanha

Um maior repertório de soluções negociadas poderia também aprimorar o direito concursal alemão. Segundo Gerald Spindler, professor da Universidade de Göttingen, nas duas últimas décadas, sucessivas reformas têm promovido a reestruturação das empresas, em lugar da simples liquidação dos ativos, rompendo tradição centenária. Assim é que a reforma de 2011 atribui maior protagonismo aos credores, coordena os direitos societário e falimentar, com vistas à possibilidade de capitalização de dívidas, procura reduzir incentivos a condutas oportunistas e promove a figura da intervenção do devedor, a fim de permitir, quando possível, gestão compartilhada. Mas a reforma ainda encontra problemas. Nem todos os tribunais aceitam o papel dos comitês de credores na designação dos administradores. A capitalização das dívidas, a seu turno, ainda não tem sido tão frequente quanto se esperava, já que pairam dúvidas quanto à responsabilidade dos novos sócios.¹⁴

5. Chile

No Chile, segundo Juan Luis Goldenberg Serrano, a reforma da lei falimentar, de 2012, aprofunda a “privatização” ou “despublicização” de suas instituições, procurando evitar os problemas estruturais da negociação dos acordos de reorganização judicial ao ensejar menor intervenção do Judiciário, estimular a continuidade das atividades da empresa, permitir a divisão dos credores em diversas classes, reduzir custos de transação e impedir dilação do procedimento.

¹³ Carlo-Altieri, “Crisis económica, reorganización de empresas bajo el capítulo 11 del código de quiebra estadounidense, críticas e reformas necesarias al sistema de administración concursal de EE.UU.” (pp.191-208) in García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

¹⁴ Spindler, Gerald. “Derecho concursal en Alemania: reformas recientes” (pp. 21-32) in García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

O direito falimentar chileno passou a se orientar por uma lógica contratualista que se funda na ideia de que o procedimento deve existir para que as partes cheguem a um acordo que resulte em solução mais eficiente do que aquela que poderia ser previamente concebida pelo legislador ou mesmo adjudicada pelo Judiciário. A legislação deixou de focar conteúdos em prol da construção de um fórum comum para que as partes alcancem decisão unitária sobre o destino dos bens e da atividade de devedor.

Na recuperação judicial, não se utiliza sequer o modelo do capítulo 11 estadunidense, no qual o juízo de viabilidade econômica não depende somente na vontade dos credores, mas de uma ponderação judicial, que pode levar à homologação da decisão majoritária que se consubstancie em um acordo viável e equitativo. No Chile, ao revés, tem-se por aprovado o acordo quando vencido o prazo para sua impugnação, ou seja, a eficácia concursal do ajuste não depende de pronunciamento judicial de validação, mas apenas do decurso de prazo ou da rejeição das impugnações. Em regra, a intervenção judicial não se dá de ofício, mas apenas a requerimento da parte, e limita-se aos aspectos formais do acordo - como nas hipóteses de colusão para obter vantagens indevidas ou de apresentação de informações falsas -, não se referindo ao conteúdo do ajuste.

Na recuperação simplificada ou extrajudicial, inspirada nos acordos preventivos extrajudiciais argentinos, há uma etapa puramente negocial que só vincula os subscritores do acordo. Na etapa seguinte, a homologação judicial não depende de uma apreciação de fundo, mas do preenchimento de três requisitos: a) assinatura de credores representativos de três quartos do passivo em cada classe; b) o ato deve ser solene, certificado por agente dotado de fé pública, e c) apresentação de um informe, subscrito por um observador designado pelo devedor e seus principais credores, relativo à viabilidade do acordo, ao montante provável de ressarcimento dos créditos em um cenário de liquidação e à observância dos critérios legais de determinação dos créditos e de preferências.¹⁵

¹⁵ Serrano, op. cit.

6. Espanha

Na Espanha, a Lei nº 14/2013 introduziu o “*acuerdo extrajudicial de pago*”, depois reformado pelo Decreto-lei nº 1/2015, que se converteu na Lei nº 25/2015, de 28/7/2017, cujo artigo 231 trata da comumente chamada “*mediação concursal*”. Esta é um procedimento extrajudicial alheio à intervenção do Judiciário, inicialmente concebido para pequenas empresas e agora também extensivo a todas as pessoas não comerciantes como alternativa à solução concursal, tendente a remover, em sede preconcursal, a insolvência.¹⁶

O procedimento pretende-se simples, ágil e célere, sujeito a prazos breves, com a conseqüente redução de custos temporais e econômicos relativamente àqueles em que incorreria o devedor caso adotada a solução concursal. A finalidade é alcançar um acordo extrajudicial de pagamento que pode consistir na novação, quitação, moratória da dívida.¹⁷

Mas não se pode confundir o acordo extrajudicial de pagamento com a mediação, pois a lei falimentar em nenhum momento se refere à mediação, salvo para aludir ao “mediador” concursal e à necessidade de que preencha os requisitos para ser mediador conforma a lei de mediação (Lei nº 5/2012). Não se trata de mediação, em primeiro lugar porque não há controvérsia entre as partes. Além disso, não há autonomia da vontade: o procedimento é iniciado pelo devedor, mas os credores são obrigados a participar da negociação, exceto nas hipóteses de crédito público, sob pena de se verem sujeitos, posteriormente, a um concurso de credores. Por fim, a designação do mediador não é deixada às partes, mas confiada ao notário ou registrador e, desde 2015, também às câmaras oficiais de indústria, serviços e navegação.¹⁸

O profissional designado deve ser idôneo e independente, tendo por missão impulsionar e controlar o normal desenvolvimento do procedimento, a fim de as partes cheguem a um acordo de pagamento. Sua atuação deve

¹⁶ Giner, Eduardo Aznar, *Mediación recursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Valencia, 2ª ed., 2016, Tirant lo blanch, p. 11.

¹⁷ Giner, op. cit. p. 12.

¹⁸ Giner, op. cit., p. 14.

ser neutra, sem se inclinar por esta ou aquela parte, pois o regime de atuação do mediador aplica-se ao mediador concursal.¹⁹

O procedimento do acordo extrajudicial de pagamento, que pode ser requerido por pessoas físicas e jurídicas cujas dívidas não excedam 5 milhões de euros, mediante formulário, sem necessidade de advogado, é, na verdade, um “mini concurso de credores”, em caráter preconcursal, alheio ao Judiciário, limitado no tempo e dotado de grande rigidez, já que segue a estrutura de qualquer processo concursal tendente à aprovação de um acordo (pedido, designação de profissional, preparação de plano de pagamento e de viabilidade e reunião de credores). Se o procedimento fracassar, passa-se a um concurso “consecutivo”, o concurso de credores propriamente dito.²⁰

7. Portugal

Em Portugal, há várias alternativas para a recuperação de empresas. Os instrumentos judiciais ou híbridos implicam variados graus de intervenção de algum órgão jurisdicional. Enquanto a recuperação judicial se desenvolve em ambiente inteiramente judicial, há instrumentos híbridos que incluem fases judiciais e extrajudiciais, como o procedimento especial de revitalização, um procedimento pré-concursal aplicável a pessoas físicas e jurídicas em sérias dificuldades para cumprir suas obrigações, seja por falta de liquidez, seja por incapacidade de obter crédito.

A característica mais importante do procedimento de revitalização, típica dos procedimentos híbridos, é a possibilidade de que a homologação judicial converta o acordo de recuperação judicial, devidamente aprovado por maioria qualificada, em acordo vinculante para todos os credores. Tal procedimento se inicia mediante a apresentação de declaração escrita do devedor e de ao menos um credor, após o que o juiz nomeia um administrador provisório, que coordena as negociações, além de verificar os créditos e administrar os bens do devedor.

¹⁹ Giner, op. cit. p. 15.

²⁰ Giner, op. cit., p. 18.

Em seguida, o devedor comunica o início do processo aos credores que não tenham assinado a declaração e os convida a participar das negociações, devendo fornecer-lhes toda a informação relevante. O prazo para concluir as negociações é de dois meses após o encerramento do prazo para impugnar a lista provisória de créditos e pode ser ampliado, uma única vez, por um mês, por meio de acordo prévio entre o devedor e o administrador provisório. Nesse período fica suspensa a exigibilidade dos créditos.

Em 2012, foi criado um sistema de recuperação de empresas extrajudicial. Segundo o art. 1 do decreto-lei nº 178/2012, trata-se de procedimento que tem por fim promover a reorganização extrajudicial das empresas mediante a conclusão de um acordo entre a empresa e todos ou alguns de seus credores, que representem pelo menos 50% do total da dívida da empresa e permitir a recuperação da situação financeira da empresa.

O processo se inicia com a apresentação, pela empresa, por meios eletrônicos, de requerimento ao instituto para apoio às pequenas e médias empresas, que deve conter plano de negócios no qual se demonstre ser a empresa capaz de, ao final de cinco anos, apresentar coeficiente de autonomia financeira superior a 15 ou 20%, conforme seja pequena ou média, além de um coeficiente de liquidez superior a 1.05. O instituto tem quinze dias para manifestar-se, rejeitando ou acolhendo o pedido ou, ainda, propondo melhoras. O acolhimento do pedido suspende a exigibilidade dos créditos pelo período para conclusão do acordo: três meses, com possível extensão de um mês.

Os princípios que regem a reorganização extrajudicial seguem os princípios estabelecidos no *Global Statement of Principles for Multi-Creditor Workouts* (ou *Insol Principles*). Tais princípios densificam os deveres de cooperação, de informação e de lealdade. Além disso, segundo Catarina Serra, há princípios gerais que têm por fim dar coerência e unidade a todos os instrumentos de recuperação judicial. O princípio geral da recuperação significa que se deve dar preferência aos instrumentos de recuperação, que tendem a corresponder aos melhores interesses de todos os interessados. O subprincípio da recuperabilidade, a seu turno, tem função limitadora (somente as empresas recuperáveis devem ser recuperadas) e de reforço

(todas as empresas recuperáveis devem ser recuperadas). Já o subprincípio da universalidade funda-se na ideia de que a recuperação será mais justa e eficiente se todos os envolvidos participarem.²¹

8. França

Na França, segundo Françoise Pérochon, até 1985, o direito falimentar era dedicado a pagar os credores e castigar o devedor culpado. A partir de então, começou a se desenvolver um direito pré-concursal, que inclui alertas e oferece uma solução negociada, um acordo do devedor com seus principais credores (um acordo confidencial e puramente contratual, concluído com a assistência de um conciliador designado pelo juiz).²²

Em 2005 foi editada a lei de salvaguarda das empresas, que acrescentou novos instrumentos tanto concursais como preconcursais. As soluções negociadas passaram a ser a conciliação, de caráter puramente contratual, e a salvaguarda com comitês de credores, que é judicial, mas supõe um voto positivo de certos credores.

Em 2010, foi criada a salvaguarda financeira acelerada. Em 2014, criou-se a salvaguarda acelerada. Hoje, há 4 soluções mais ou menos negociadas: a) conciliação; b) salvaguarda como comitês de credores; c) salvaguarda financeira acelerada e d) salvaguarda acelerada. Estes dois últimos são híbridos das primeiras.

A conciliação é um acordo entre o devedor e seus principais credores, confidencial e contratual. Dentre seus requisitos, está o estado de insolvência recente: durante 45 dias o devedor pode escolher entre a conciliação e o processo judicial, que pode conduzir à recuperação ou aosaneamento ou à liquidação.

O acordo tem o conteúdo livre. É dotado da força de qualquer contrato e pode ser constatado pelo presidente do tribunal. Nessa hipótese, não é

²¹ Serra, Catarina, “La recuperación negociada de empresas bajo la ley portuguesa. Para una lectura sistemática de los acuerdos de recuperación o restructuración de empresas”. (p. 297-315) in García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

²² Pérochon, Françoise, “Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores” (p. 209-243) in García-Cruces, José Antonio (org.), op. cit.

publicado, nem pode ser objeto de recurso, preservando-se a confidencialidade. O acordo pode, alternativamente, ser homologado, desde que não haja insolvência ou prejuízo aos outros credores e continue a atividade da empresa.

A segunda solução negociada, a salvaguarda com comitê de credores, é um concurso aberto sem estado de insolvência e puramente voluntário por parte do devedor. Na salvaguarda de direito comum, o procedimento começa com um período de observação (de 4 a 6 meses, que se estende, na prática, a um ano), durante o qual o devedor não pode pagar nem ser cobrado ou praticar atos relevantes sem permissão do juiz. O síndico ouve individualmente os credores, cujas respostas são levadas em conta pelo tribunal para decidir sobre o plano de pagamento. A partir de 2005, a lei prevê um modo alternativo, a salvaguarda com comitê de credores, pelo qual o devedor negocia com alguns de seus credores. Em caso de aprovação destes, o plano é homologado pelo tribunal.²³

A terceira solução negociada, a salvaguarda financeira acelerada, teve origem no caso Thompson-Technicolor, no qual houve conciliação que quase chegou a um acordo sobre um projeto de plano, mas esbarrou na conduta oportunista de alguns credores, demonstrando a necessidade de uma reestruturação rápida, inspirada no *prepack* americano. Surgiu então a ideia de permitir que o devedor entrasse em concurso por período mínimo, o suficiente para aprovar um acordo com os principais credores, sem abalar a imagem ou o valor da empresa. Os direitos de clientes, fornecedores e trabalhadores não são afetados, apenas os créditos financeiros. Trata-se de um híbrido de conciliação e de salvaguarda, com duração máxima de um mês, mas que pode ser ampliada para, no máximo, dois meses.²⁴

Uma quarta variante é a salvaguarda acelerada, que tem por fim ampliar a modalidade anterior para as empresas que precisam de reestruturação mais geral de seu passivo, incluindo fornecedores, e não

²³ Pérochon, op. cit., p. 218-220.

²⁴ Pérochon, op. cit., p. 225-231.

apenas os credores financeiros. A duração máxima, sem extensão possível, é de três meses.²⁵

9. Reino Unido

Recentemente, o governo do Reino Unido aprovou o *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*, que já está em vigor desde o último dia 26 de junho. Essa nova legislação trouxe relevante reforma no sistema de insolvência britânico, estabelecendo não somente regras transitórias para enfrentamento da crise da pandemia, como também novas ferramentas de pré-insolvência para dar as empresas a oportunidade de acesso desburocratizado a algumas proteções dos processos de recuperação de empresas, sem a necessidade de ajuizar essas complexas demandas²⁶.

Além dos mecanismos já existentes, com destaque para o *Light-Touch Administration* (LTA), os britânicos criaram um novo mecanismo denominado *Moratorium*.

O novo mecanismo da *Moratorium* concede às empresas uma possibilidade de se reestruturar, protegidas por uma ordem de *stay*, mas sem a necessidade de terem de ajuizar as ações tradicionais de insolvência empresarial. Basicamente, concede-se à devedora uma proteção do *stay* por 20 dias úteis (podendo ser prorrogado ou reduzido) mediante a demonstração de que suas atividades foram afetadas pela crise da pandemia (com utilização de um critério de avaliação flexível – *more likely than not*), possibilitando que se inicie uma negociação coletiva com os credores. Dessa forma, concede-se à empresas uma opção mais fácil, barata e menos burocrática para que possam obter a reestruturação, preservando-se a funcionalidade do Poder Judiciário, na medida em que evitam-se ajuizamentos de ações altamente complexas.

²⁵ Pérochon, op. cit., p. 231-232.

²⁶ UK Corporate Insolvency and Governance Act 2020 now in force. (20/06/2020). In: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6969a2fc-1837-4e52-93d8-202c98d71363>

Além da recém criada *Moratorium*, a legislação britânica também prevê a existência do *Light-Touch Administration* - LTA, um procedimento inspirado no Capítulo 11 do Código de Insolvência dos EUA, no qual o devedor permanece na administração dos negócios, mas é protegido pela ordem de stay²⁷. Entretanto, trata-se de procedimento muito simplificado e mais barato, cuja utilização pode ser importante para fornecer ao empresário a possibilidade de renegociar suas dívidas, sem a necessidade de sobrecarregar o Poder Judiciário com o ajuizamento de ações complexas de insolvência.

Evidencia-se, portanto, que o Reino Unido aderiu fortemente à tendência mundial de criação de opções desburocratizadas de proteção à empresas e de estímulo à negociação, dotando seu sistema com dois mecanismos de pré-insolvência.

9. Considerações finais

Conforme sustenta Aurélio Gurrea-Martinez, professor da *Singapore Management University* – SMU e diretor do Instituto Ibero-Americano de Direito e Finanças, o mundo vive atualmente a era da legislação da pré-insolvência²⁸. Percebe-se, claramente, a tendência mundial de implementação de procedimentos que conferem às empresas em crise a proteção da suspensão das execuções individuais e a criação de um ambiente de negociação com seus credores, mas sem a necessidade de utilização das ações convencionais de recuperação empresarial judicial.

O PL 1397/20 introduz, de forma pioneira, um sistema de prevenção à insolvência que oferece uma ferramenta de pré-insolvência (negociação

²⁷ Sharma, Kartikeya. Covid-19 and Insolvency: the case for light-touch administration (08/05/2020), in: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/05/covid-19-and-insolvency-case-light-touch-administration>

²⁸ Gurrea-Martinez, Aurelio. The Future of Reorganization Procedures in the Era of Pre-Insolvency Law (20/01/2020). Ibero-american Institute for Law and Finance Working Paper n. 6/2018. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3290366>

preventiva) que, de um lado, ajudará as empresas a manter seu funcionamento em períodos de crise, negociando com seus credores, e, de outro lado, protege a funcionalidade do Poder Judiciário, na medida em que serão evitadas os ajuizamentos de diversas ações complexas e viscosas, como as ações de recuperação empresarial.

Nesse mesmo sentido, o PL 4458/20 incorporou ao sistema da Lei n. 11.101/05 um inteligente mecanismo de pré-insolvência, em linha com a tendência mundial de incluir a negociação preventiva como mecanismo permanente na nossa legislação de insolvência.

A adoção de procedimentos simplificados, com algum hibridismo que lhes empreste flexibilidade, pode aumentar a eficiência de soluções negociadas, desde que haja rigor na verificação das condições e dos prazos.

Louva-se a importante previsão de mecanismo permanente de pré-insolvência no PL 4458/20, diante da constatação de que a mediação e a conciliação podem ser particularmente úteis em recuperações judiciais de empresas, que contarão com o auxílio dos CEJUSCs e de Câmaras Especializadas, bem como acesso à plataformas eletrônicas.