

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DOS VINHEDOS
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

ROBINSON AUGUSTO SESSI

**RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: ANÁLISE DOS ASPECTOS PROCESSUAIS E
DA IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DE FINANCIAMENTOS NO PLANO DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

BENTO GONÇALVES

2018

ROBINSON AUGUSTO SESSI

**RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: ANÁLISE DOS ASPECTOS
PROCESSUAIS E DA IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DE FINANCIAMENTOS
NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca avaliadora do Curso de Direito, no Campus Universitário da Região dos Vinhedos, da Universidade de Caxias do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, na área de Direito Empresarial.

Orientadora: Prof.^a Ms. Jussara de Oliveira Machado Polese

BENTO GONÇALVES

2018



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DOS VINHEDOS

ROBINSON AUGUSTO SESSI

**RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: ANÁLISE DOS ASPECTOS
PROCESSUAIS E DA IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DE
FINANCIAMENTOS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Campus
Universitário da Região dos Vinhedos, da
Universidade de Caxias do Sul, em dezembro de
2018.

Profª. Ms. Jussara de Oliveira Machado Polesel - UCS – Orientador(a)

Jussara de O. Machado Polesel

Prof. Ms. Fabio Michelin - UCS – Examinador(a)

Prof. Esp. Paulo Francisco Mossi - UCS – Examinador(a)

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a Lei nº 11.101/2005 - LRE, mais precisamente em seu instituto da recuperação judicial e os meios fornecidos por ele para a recuperação da empresa. Após treze anos de sua vigência, muitas foram as experiências positivas e negativas que poderiam ser usadas como exemplo. Entretanto, deve-se entender a lei sobre o contexto da importância da empresa perante a sociedade, pois ela exerce um papel fundamental: gera riquezas, muitos empregos diretos e indiretos e, acima de tudo, fornece riqueza ao Estado com o recolhimento de seus tributos. O presente trabalho buscou fazer uma análise dos procedimentos presentes na LRE e que contribuem para o êxito no processo de recuperação, mais especificamente se aprofundou no estudo da utilização de financiamentos durante o processo de recuperação judicial. Fez-se, ainda, uma breve análise do processo de recuperação judicial de uma empresa que logrou êxito a se recuperar, utilizando alternativas não tão usuais propostas na lei, como a utilização do *DIP Financing*. Verificou-se que essa ingestão de dinheiro novo, através do uso de financiamentos, conseguiu fornecer caixa para manter viva a operação da empresa e honrar as obrigações mais urgentes, bem como zelar pela matéria prima para produção dos produtos e salários de funcionários. Sem a obtenção desses recursos provavelmente a recuperação judicial teria sido mais morosa e as chances de sucesso seriam reduzidas, demonstrando, com isso, a importância dos financiamentos na recuperação judicial de empresas.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Trava bancária. Financiamento. DIP Financing. OGX.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze Law 11.101/2005 - LRE, more precisely in its judicial recovery institute and the means provided by it for the recovery of the company. After thirteen years of its existence, many were the positive and negative experiences that could be used as an example. However, one must understand the law in the context of the company's importance to society, since it plays a fundamental role: it generates wealth, many direct and indirect jobs, and, above all, provides wealth to the State with the payment of taxes. The present work sought to make an analysis of the procedures present in the LRE and that contribute to the success in the recovery process, more specifically, deepened the study of the use of financing during the judicial recovery process. A brief analysis was also made of the process of judicial recovery of a company that has succeeded in recovering, using alternatives not so usual proposed in the law, such as the use of DIP Financing. The intake of new money, through the use of financing, was able to provide cash to keep the company's operation alive and to honor the most urgent obligations, as well as watch over the raw material for the production of the products and salaries of employees. Without obtaining these resources, the judicial recovery would have taken more time and the chances of success would be reduced, thus demonstrating the importance of financing in the judicial recovery of companies.

Keywords: Judicial Recovery. Banking lock. Financing. DIP Financing. OGX.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ALTERNATIVAS DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E O PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	9
2.1 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....	11
2.2 CONCEITO, FUNÇÃO SOCIAL E FASES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	16
2.3 REQUISITOS PARA REQUERER E MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL...24	
2.4 EFEITOS E ENCERRAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	32
3 O FINANCIAMENTO COMO AUXILIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	37
3.1 CONCEITO E FORMAS DE FINANCIAMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	37
3.2 IMPEDIMENTOS À EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: "TRAVA BANCÁRIA" E EXIGÊNCIAS DE PROVISIONAMENTO	41
3.3 DIP FINANCING.....	47
4 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, ressalta-se os diversos avanços trazidos pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para as empresas que passam por dificuldades financeiras, entre esses avanços incluem-se os institutos da recuperação extrajudicial, que anteriormente denominava-se concordata, e o da recuperação judicial.

Muitas empresas vêm sofrendo os impactos da crise e se a gestão não estiver preparada para passar por este momento, acaba não gerando lucros suficientes para cumprir com as suas obrigações, tanto com os credores, os funcionários e os fornecedores quanto com o fisco.

Nesse momento, faz-se necessária a figura da recuperação judicial, quando a empresa não dispõe mais de recursos e necessita de uma intervenção do poder público para retomar e manter as suas atividades. Entretanto, ao longo dos treze anos de vigência da Lei, demonstrou-se que poucas empresas conseguiram se recuperar de fato e não falir.

Esse tema merece destaque, pois devido ao grande número de empresas em recuperação e a forte pressão sofrida pelo Poder Judiciário em tornar mais eficiente esta legislação, já está sob análise no Senado Federal um Projeto de Lei que visa diminuir os obstáculos impostos pela Lei para quem necessita utilizar-se de financiamento como forma de obter dinheiro novo.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a efetividade da aplicação da Lei nº 11.101/2005 e seus entraves, mais especificamente analisar as diferenças entre recuperação judicial e extrajudicial; discorrer sobre o procedimento e requisitos para requerer a recuperação judicial; mostrar as fases da recuperação judicial e seu encerramento; apontar os meios de recuperação aplicáveis para as empresas em recuperação; discorrer sobre a trava bancária e, principalmente, analisar a utilização do *DIP Financing* como auxílio na recuperação judicial.

Nesse estudo será utilizada, principalmente, a doutrina, a jurisprudência, bem como a análise de um caso real que tenha empregado o recurso do *DIP Financing* durante a recuperação judicial, bem como artigos e pesquisas já feitas por renomados juristas.

Para alcançar os objetivos aqui traçados, esse trabalho possui dois capítulos centrais. No primeiro capítulo, discorre-se sobre os aspectos gerais acerca da lei, bem como as alternativas de recuperação por ela oferecidas, mais especificamente

os institutos da recuperação extrajudicial, o qual visa trazer mais celeridade ao processo de recuperação, e o da recuperação judicial, que, neste caso, o recuperando terá supervisão e auxílio do governo após a aprovação do plano de recuperação pelos credores. Busca-se entender quais são os requisitos necessários para requerer tais institutos.

Ainda em relação ao estudo da recuperação judicial, explica-se o passo a passo de como funciona este procedimento e busca-se entender todos os métodos de recuperação oferecidos por esse meio e que podem ser adotados pelo empresário. Verifica-se, também, quais são os seus efeitos perante a empresa recuperanda e todas as etapas que fazem parte desse processo até o seu encerramento.

No segundo capítulo, apresenta-se um estudo sobre as alternativas de financiamento possíveis e como esse instituto auxilia no êxito do processo de recuperação judicial. Analisa-se o conceito e as formas previstas na LRE para o uso de uma modalidade pouco empregada, conhecida como *DIP Financing*. Examinar-se-ão alguns impedimentos impostos ao empresário na obtenção de novos créditos e, por fim, se analisará o plano de recuperação de uma empresa que logrou êxito no processo de recuperação judicial, fazendo o uso do *DIP Financing*.

Por fim, o presente trabalho visa demonstrar como esta introdução de capital novo, através de financiamentos, pode ser uma importante alternativa para aumentar as chances de sucesso da empresa recuperanda e tornar a lei efetivamente eficaz a quem, de fato, dela precise.

2 ALTERNATIVAS DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E O PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A palavra recuperação deriva do termo em latim *recuperatio*, e significa o ato ou o efeito de recuperar, readquirir, renovar, reconquistar, recobrar, renovar, entre outros (INFOPÉDIA, 2018). A Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e de Falência (LRE) foi introduzida em nosso ordenamento jurídico com o objetivo de nortear os fatos acerca da recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência.

Neste capítulo, faz-se uma breve explanação sobre a recuperação extrajudicial e aprofunda-se o estudo da recuperação judicial. Busca-se entender o avanço e as vantagens que estes institutos trouxeram para o empreendedor em crise, as alternativas de recuperação que ele possui pela via extrajudicial e, se esta não for eficaz, traçar um plano pela via judicial, no qual terá o auxílio do judiciário para regular suas negociações com credores e fornecedores, objetivando o êxito do plano em execução.

Contudo, antes de adentrar nos objetivos propostos para este capítulo, é importante destacar o papel socioeconômico da empresa perante a sociedade. O encerramento de uma atividade industrial ou empresarial traz consigo diversos prejuízos, pois além ser uma fonte de empregos, diretos e indiretos, com o fim de suas atividades, a empresa deixa de fornecer seus produtos ou serviços e contribuir para o comércio local. Esse impacto negativo produz consequências também aos Estados e Municípios, não gerando mais tributos, já que deixam de arrecadar impostos.

Segundo Diniz (2013, p. 197), a nova lei de recuperação e falência pretendeu introduzir novas alternativas para a superação da crise empresarial, sendo uma delas, caso ainda haja essa possibilidade, a recuperação da empresa antes de decretada a sua falência. Dessa forma, a empresa seguiria desempenhando as suas atividades, preservando o emprego de seus colaboradores e recolhendo tributos.

Um dos grandes efeitos positivos ocorridos após a promulgação dessa lei foi a diminuição dos pedidos de falência. A antiga lei de falências e concordata, Decreto-lei nº 7.661 de 1945, possuía por propósito disciplinar o processo de fechamento da empresa para garantir a liquidação da dívida perante o credor, sem

levar em consideração o fator social desempenhado pela empresa. Todavia, percebeu-se que esses objetivos não estavam sendo atingidos na aplicação prática da antiga lei, necessitando, então, de uma atualização desta.

Conforme Fazzio Júnior (2014, p. 629), a lei oferece uma saída para quem comprovar dispor de condições para sair da crise econômico-financeira, mas isto deve ser realizado antes de descumprir suas obrigações de pagar e se tornar insolvente. Após recuperar-se, a empresa readquire a sua capacidade de solver.

Sob o aspecto histórico, relacionando a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e sua evolução quanto ao Decreto-lei nº 7.661/1945, comenta Souza e Santos (2014, p. 123):

O Decreto-Lei nº 7.661/1945, que vigorou de 1º de novembro de 1945 até 8 de janeiro de 2005, estabelecia dois institutos para a regulação da crise da empresa: a falência, que extinguiu a empresa para o pagamento de todos os credores; e a concordata, como regime de recuperação financeira. A concordata se dividia em preventiva e suspensiva. A primeira tinha como objetivo evitar a falência, proporcionando à empresa em crise um financiamento compulsório dos credores em prazo, taxa de juros e descontos sobre a dívida. A segunda pressupunha a decretação de falência da empresa e tinha como objetivo evitar a liquidação do ativo, permitindo que o falido tivesse uma chance de pagar seus credores a partir da retomada dos negócios.

Nota-se, portanto, que o Decreto-lei nº 7.661/1945 privilegiava principalmente os credores e limitava a empresa quanto às alternativas de recuperação. Nesse sentido, a antiga lei orientava a negociação da dívida diretamente com os credores e esse acordo deveria ser cumprido ou a falência da empresa seria decretada.

Uma diferença notável entre estes dois diplomas legais é que enquanto na concordata o juiz possuía amplos poderes, cabendo a ele decidir sobre o deferimento ou não do pedido, no novo diploma se buscou agregar mais poderes de decisão aos credores, os quais em assembleias poderiam deliberar sobre o plano e decidir positivamente ou negativamente quanto à sua aprovação. Ainda sobre o novo diploma, ele incluiu os princípios norteadores da preservação e da função social da empresa. Estes buscam valorar o trabalho humano e se propõem a distinguir a figura de empresa e empresário.

Diante dessa evolução entre os diplomas, evidencia-se a importância de auxiliar a empresa na sua recuperação da crise financeira, e destacam-se as duas alternativas oferecidas pelo ordenamento para auxiliar neste processo: uma

oferecendo mais autonomia ao empreendedor para negociar as dívidas com os credores, e outra possibilitando que ele efetue esta negociação com o auxílio do Poder Judiciário.

2.1 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Inicialmente, salienta-se que o instituto da recuperação extrajudicial passou a existir após a promulgação da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a qual regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. A recuperação extrajudicial é um procedimento utilizado pelo empresário em crise para negociar as suas dívidas diretamente com os credores, fazendo o uso do judiciário apenas para homologação do plano aprovado por eles.

Diversas são as vantagens desse recurso, uma delas é trazer mais celeridade ao processo de recuperação para as empresas em dificuldade, outro ponto vantajoso a ser destacado é que não há necessidade de envolvimento do Ministério Público e nem de um administrador judicial (HANOFF, 2017). Nesse caso, gera-se uma considerável economia ao caixa da empresa dos valores que seriam gastos em honorários. Ressalta-se também a economia dos altos custos de um processo judicial, esses valores economizados são de suma importância para a empresa, dado o momento de crise pelo qual ela está passando.

Para usufruir desse meio apresentado no parágrafo anterior, o empresário deve respeitar os requisitos impostos pelo art. 48 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Estes requisitos são os mesmos indispensáveis para solicitar a recuperação judicial e serão melhor detalhados no subcapítulo 2.3 desse trabalho.

Art. 48 O devedor, ao requerer o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, deverá estar exercendo regularmente as suas atividades há mais de 2 (dois) anos, atender aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I - Não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II - Não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - Não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial que é a Falência;

IV - Não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na lei falimentar.

§1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

§ 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo por meio da

Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.

De acordo com Fazzio Júnior (2014, p. 634): “A recuperação extrajudicial é um procedimento concursal preventivo que contém uma fase preambular de livre contratação e outra final ancorada à formalização judicial. A validade do pacto celebrado envolvendo credores e devedor é condicionada à homologação judicial”.

Além dos requisitos supracitados são previstos igualmente os seguintes, segundo Almeida (2013, p. 374):

- a) O plano de recuperação não pode contemplar pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estão sujeitos;
- b) O devedor não poderá requerer a homologação judicial do plano extrajudicial, estando pendente o pedido de recuperação judicial;
- c) Se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de dois anos.

É importante destacar que alguns créditos não são abrangidos pela recuperação extrajudicial, entre eles estão: os créditos tributários, os créditos trabalhistas e os que decorreram de acidentes de trabalho, conforme apontado no parágrafo 1º do art. 161 da LRE. Além destes, não estão sujeitos também os credores identificados no art. 49, §3º da LRE, embora não estejam impedidos de negociar, se for de seu interesse.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o §4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Observa-se que a lei resguardou os direitos dos credores identificados no parágrafo 3º, mas com a ressalva de não remover os bens necessários para a atividade do empreendedor.

A recuperação extrajudicial, em suma, é um acordo extrajudicial celebrado entre empresa devedora e credores, com o objetivo de negociar as dívidas da empresa. Para este procedimento ser realizado, é necessário a solicitação de convocação dos credores, esta poderá ser feita por meio de um edital de convocação, ou, caso o edital não seja publicado, a requerimento dos credores.

Feita a convocação, o devedor deverá apresentar o plano de recuperação a ser submetido à apreciação dos credores interessados para análise e posterior concordância. Esse procedimento não significa a isenção do devedor dos riscos de falência, pois se o plano proposto não for aceito pelos credores ou não for viável para a empresa, e este devedor não satisfizer os débitos exigidos em juízo, poderá ser incluído no quadro de liquidação que tentara prevenir.

Destaca-se que apesar de se tratar de uma recuperação extrajudicial, com o objetivo de efetuar um acordo extrajudicial entre a empresa devedora e os credores, diminuindo a burocracia e os custos, o plano poderá ser apresentado em juízo para sua homologação.

Segundo Fazzio Júnior (2014, p. 634 e 635):

Deverá também se observar que logo após a concordância do plano exposto pelos credores interessados, os que aprovarem estarão sujeitos aos seus efeitos. Restará o mero dever de fiscalizar para os que não aderiram, com a ressalva de que poderão se manifestar, durante o tramite da homologação pelo juiz, acerca de qualquer vício ou inconveniente que possa acarretar em sua rejeição.

Quanto à homologação, observam-se duas modalidades, podendo ser facultativa ou necessária, ambas previstas na LRE, nos artigos 162 e 163, respectivamente.

Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.

Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

Assim, a homologação facultativa possui efeito meramente formal e ocorre quando todos os credores aderem ao plano de recuperação extrajudicial apresentado, ficando a critério do devedor solicitar a sua homologação. Nesse caso,

como há a anuência de todos os credores, com suas respectivas assinaturas, todos estão obrigados a respeitar e aderir aos termos do acordo.

No entendimento de Coelho (2014, p. 513), existem dois motivos que podem justificar esta modalidade de homologação, “[...] o primeiro é revestir o ato de maior solenidade, para chamar a atenção das partes para a sua importância. O segundo é possibilitar a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas, quando prevista a medida”. Este segundo motivo está expresso no art. 166 da LRE: “Art. 166. Se o plano de recuperação extrajudicial homologado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado, no que couber, o disposto no art. 142 desta Lei”.

Já a homologação necessária incorre quando o devedor não consegue a adesão plena de todos os credores e, para que esta ocorra, é indispensável a aprovação de ao menos três quintos de todos os credores abrangidos pelo plano. Segundo Almeida (2013, p. 375), “Necessária porque, uma vez deferida, obriga todos os credores das espécies por ele abrangidas”.

Se o devedor optar pela segunda modalidade, esta terá efeitos, após a sua homologação, de título executivo judicial. Nesse diapasão, salienta Fazzio Júnior (2014, p. 635) que deverão ser observados ainda dois parâmetros legais, são eles:

- os créditos dos sócios do devedor, sociedades coligadas, controladoras etc. não serão computados.
- a conversão do crédito em moeda estrangeira para moeda nacional deverá operar-se com base no câmbio da véspera da assinatura do plano.

Com relação aos créditos em moeda estrangeira, a data do câmbio adotado para a conversão em moeda nacional será a do dia anterior à data de assinatura do plano (art. 163 § 3º, I da LRE). Após o recebimento do plano de recuperação, o juiz convocará, por meio de edital, todos os credores, para que apresentem suas razões de impugnação, caso as tenham. Nesse sentido, comenta Tzirulnik (2005, p. 229):

Assim informados os credores sobre o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, correrá o prazo de 30 dias contados da publicação do edital para que possam apresentar suas impugnações, o que exigirá que apresentem a prova do crédito de que sejam titulares.

Quanto aos efeitos gerados pela homologação, salienta Coelho (2014, p. 520):

Os efeitos da homologação não podem ser pretéritos, a não ser que digam respeito ao valor ou forma de pagamento de crédito titularizado por credor que assina o plano. Para as demais alterações (garantia, por exemplo) e para os créditos de quem não aderiu ao plano, os efeitos são necessariamente posteriores à homologação (COELHO, 2014, p. 520).

A grande vantagem de se realizar a homologação está na possibilidade de vender alguns ativos via procedimento judicial, conforme o artigo 142 da LRE: “Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades: I – leilão, por lances orais; II – propostas fechadas; III – pregão. [...]”.

Depois de encerrado o prazo para as impugnações, terá o devedor o prazo de 5 (cinco) dias para que se manifeste e apresente suas razões contrárias, caso as tenha. Conforme previsão da LRE: “Art. 164, §4º. Sendo apresentada impugnação, será aberto prazo de 5 (cinco) dias para que o devedor sobre ela se manifeste”. Passado este período de argumentos, terá o juiz o prazo de 5 (cinco) dias para decidir acerca da homologação do plano.

Art. 164, §5º Decorrido o prazo do §4º deste artigo, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para apreciação de eventuais impugnações e decidirá, no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do plano de recuperação extrajudicial, homologando-o por sentença se entender que não implica prática de atos previstos no art. 130 desta Lei e que não há outras irregularidades que recomendem sua rejeição.

Ainda em relação à sentença, complementa Fazzio Junior (2014, p. 639):

Qualquer decisão judicial sobre o plano, positiva ou negativa, o recurso cabível será sempre de apelação sem efeito suspensivo. De tal arte que, se o juiz homologar o plano, embora haja recurso do Ministério Público ou de algum credor discordante, o que foi homologado começa a produzir efeitos. A prática efetiva do instituto da recuperação vai dizer da conveniência ou inconveniência dessa solução processual que enseja a execução provisória do plano de recuperação extrajudicial.

Percebe-se que apesar de terem sido apresentadas as impugnações e os recursos, os efeitos da homologação decretada pelo juiz já começam a ser válidos, mesmo durante o período de análise dessas impugnações.

Cabe ainda dizer que o instituto da recuperação extrajudicial, embora estando em curso, não impede qualquer outro pedido: tanto de recuperação judicial como um possível pedido de decretação de falência, caso o devedor não esteja

cumprindo o acordo. Nesse sentido, a lei é clara ao estabelecer que o plano de recuperação judicial não suspende ações ou execuções contra o devedor (art. 161, §4º, LRE).

Nota-se, portanto, que o instituto da recuperação extrajudicial trouxe avanços significativos para o empresário em crise, possibilitando a negociação de suas dívidas diretamente com os credores, de forma rápida, menos onerosa e segura para ambos.

2.2 CONCEITO, FUNÇÃO SOCIAL E FASES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Nesta etapa, faz-se uma abordagem sobre o processo de recuperação judicial, conhecendo suas características gerais, conceito e objetivos. Busca-se compreender a importância deste instituto ao auxiliar a recuperação do empresário em crise econômico-financeira.

A sua conceituação se encontra no art. 47 da LRE:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Além desse conceito acima citado, deve-se entender os princípios da preservação e da função social da empresa, os quais foram utilizados para fundamentar todo este novo diploma legal, sendo importantes para nortear os estudos acerca deste tema.

A lei é muito clara ao destacar seu essencial objetivo: manter viva a atividade da empresa. Essa meta decorre do incentivo à prática das funções empresariais, com base em sua função social, fazendo com que, assim, o princípio da preservação da empresa assuma significativo valor para o interesse social.

Ainda dentro desse contexto, acerca do princípio da preservação da empresa, segundo Jardim e Milano (2017, não paginado):

O princípio da preservação da empresa não se limita a atender os anseios individuais do empresário, mas, sim, salvaguardar os interesses da coletividade. Portanto, o princípio da preservação da empresa tem por escopo assegurar que a empresa atinja sua função social.

Portanto, o empresário, ou quem detém o controle da empresa, deve atuar e manter a saúde financeira dela, não apenas para o seu bem próprio, mas sim em benefício de toda a sociedade, fazendo jus ao relevante valor social desempenhado por ela.

Nesse sentido, comentam Freitas e Pereira (2004, p. 58) acerca da função social da empresa:

[...] a função da empresa (ou seja, a função social dos bens de produção) implica a conjunção de todos aqueles princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal: o princípio da função social da empresa exsurge como uma articulação de vários conceitos e princípios distintos, na busca do bem estar coletivo. Logo, pensar na função social da empresa é conformar a atividade empresarial considerando o interesse coletivo e social, ou seja, superando o caráter meramente individualista em sua estrutura fundamental, repaginando as várias relações jurídicas sobre as quais se constrói a malha social por meio da empresa, pautando-as a partir do interesse social e do bem comum.

Salienta-se que a lei apenas normatiza o essencial, concedendo lacunas que autorizam variados acordos entre os credores e as inúmeras classes de devedores. Dessa forma, há determinados acordos balizados pela lei, com a finalidade de impedir que determinada classe de credores absorva todos os recursos do devedor e tenha vantagem sobre os demais.

Analisando a LRE, Coelho (2014, p. 161) critica a vulnerabilidade expressa na lei:

O modelo brasileiro da recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre indeferimento do benefício e decretação de falência, cria o ambiente propício ao nascimento da “indústria da recuperação judicial”. O credor, na Assembleia em que estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, tenderá a aprovar qualquer *rabisco malfeito*, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor.

Há, enfim, uma expressa atenção à eficiência e à celeridade no processo de recuperação acordado. Um ponto positivo disso é a grande possibilidade de concordância entre devedor e credores, porém considera-se como fator negativo as imensas lacunas expressas no texto legal, oportunizando inúmeras questões e, até mesmo, o questionamento da legalidade dos mecanismos de recuperação acordados no plano.

Acerca desse assunto, comenta Fazzio Junior (2015, p. 120):

O objetivo da recuperação passa, é natural, pela maximização das possibilidades dos credores ou, pelo menos, evidencia sensível esforço no sentido de que tais rendimentos sejam superiores aos que, eventualmente, aqueles credores receberiam numa falência do devedor. Também é inegável horizonte legal à viabilização da empresa devedora, não para proteger seus sócios ou administradores, mas com o fito de conservar os empregos que oferece e continuar produtiva no mercado.

Ao iniciar o processo, faz-se necessário um estudo para verificar se de fato a empresa possui viabilidade de recuperação e qual o caminho mais adequado para a sua reestruturação. Caso esse caminho não seja viável, será decretada a falência dela, o que se mostra, muitas vezes, como a alternativa mais coerente.

Nesse sentido, segundo Jordan e Warren (1993, p. 657 apud PUCKI apud COELHO, 2014, p. 161):

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para seus credores.

Através da literatura especializada da área, entende-se que se a empresa estiver gerando resultados positivos para o mercado, mesmo quando tiver uma planta produtiva atrasada e um número excessivo de funcionários, atrairá investidores interessados em adquiri-la ou até mesmo fazer parte de sua sociedade. Assim sendo, será inserido capital novo e se abrirá novas possibilidades para a sua atualização fabril, pois os investidores percebem que podem lucrar com isso. Por outro lado, defende-se que se a empresa não estiver gerando riqueza e também não tiver atraído nenhum empreendedor, deverá o Estado intervir para resguardar o interesse de todos que estão atrelados a ela, como empregados, fisco, consumidores, comunidade, etc.

Da leitura do parágrafo anterior, depreende-se que a recuperação serve para sanar possíveis oscilações do sistema econômico, as quais tenham surgido com o passar do tempo, e não para atuar no papel da iniciativa privada, intervindo para resolver totalmente os problemas existentes na empresa. Por isso o plano de

recuperação deve conter uma análise crítica sobre a viabilidade da recuperação e um estudo aprofundado sobre o impacto da empresa perante a sociedade, no caso de uma falência, flexibilizando seu resgate quando este for negativo.

Dentre esta análise crítica, embora não estejam expressamente evidenciados, Fazzio Junior (2015, p. 133) cita os pressupostos que devem ser avaliados para que uma recuperação seja viável:

- importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional;
- mão de obra e tecnologia empregadas;
- volume do ativo e do passivo;
- tempo de constituição e funcionamento do negócio; e
- faturamento anual e nível de endividamento da empresa.

Observa-se que este rol não é apenas indicativo e pontual, os pressupostos devem ser analisados como um todo e devem considerar o meio em que a empresa está inserida. Cita-se como exemplo uma empresa com relevante importância social em determinada área, gera muitos empregos e movimentava o comércio local, entretanto, em contrapartida, ela não possui um faturamento anual razoável ou até possui um endividamento alto, impossível de ser liquidado mesmo vendendo todo o seu passivo. Dessa forma, apesar dos diversos pontos favoráveis, se tornaria inviável executar um processo de recuperação.

Comenta ainda, Fazzio Junior (2015, p. 121):

Sempre é bom ter em mente que os planos de recuperação, quaisquer que sejam as vias de resgate eleitas, devem ser flexíveis. Isto significa que devem manter compatibilidade com as condições do mercado sem relegar os interesses econômicos que imediatamente incidem sobre a empresa devedora. A busca do equilíbrio entre os interesses dos credores e o atendimento do interesse público e social é que vai revelar o acerto ou desacerto de determinado plano de recuperação. As lacunas legais que, anteriormente, anunciamos têm papel decisivo nessa operação de subsunção das soluções propostas às características de cada conjuntura.

Reflete-se que a natureza jurídica também é questionada na LRE, em seu §4º do art. 56 a lei é clara ao salientar que se “rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral dos credores, o juiz decretará a falência do devedor”. Porém, em seu art. 58, §1º a lei expressa uma alternativa, caso isso ocorra, para que possa ser concedida a recuperação judicial:

[...] o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§1º e 2º do art. 45 desta Lei.

Analisando as duas hipóteses previstas no ordenamento, conclui-se que ambas necessitam de total ou parcial concordância da classe de credores para que seja concedido o seu deferimento, mas esse estudo será aprofundado adiante. Nesse contexto, ressalva Tomazette (2017, não paginado):

Mesmo com o consentimento dos credores, é essencial a concessão judicial para a prática dos atos da recuperação. Diz-se que ela é judicial justamente porque só pode ser concedida judicialmente e, para tanto, ela pressupõe o exercício do direito de ação. Exercido o direito de ação e atendidos os requisitos impostos pela Lei nº 11.101/2005, o Poder Judiciário irá conceder a recuperação, permitindo a prática dos atos necessários à superação da crise. A intervenção do Poder Judiciário é essencial para realizar o controle formal da recuperação.

Portanto, verifica-se a importância da intervenção do Poder Judiciário neste processo, a fim de fiscalizar e mediar o acordo entre o devedor e os credores, porém não é ele que recuperará a empresa. O intuito é supervisionar o cumprimento das medidas compreendidas no plano e legalmente concedidas por um período determinado, chamado de período de observação. A permissão da recuperação judicial propiciará à empresa executar uma série de atos com o objetivo de superar a crise econômico-financeira, preservando, assim, todos os interesses que a rodeiam e quem dela depende.

Para um melhor entendimento acerca do procedimento da RJ, pode-se dividi-lo em 3 (três) etapas, são elas: a fase postulatória, a fase deliberativa e a terceira e última fase, a fase de execução.

A fase postulatória está subdividida em dois atos judiciais, o primeiro momento é o da petição inicial, no qual a empresa pleiteia a sua própria recuperação judicial e indica a relação de credores. Nesse sentido, para iniciar o processo de

recuperação judicial, o empresário solicitará ao advogado, devidamente inscrito na OAB, a elaboração da petição inicial, acompanhada dos devidos documentos necessários para a propositura da ação, conforme estabelecido no rol art. 51 da LRE:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Assim, a petição inicial da empresa recuperanda deve apresentar todos os requisitos citados para que seja deferido o processo, sem esquecer-se de protocolar junto todos os demonstrativos contábeis, a relação de credores e de empregados e as demais certidões necessárias. Verifica-se a necessidade de a empresa estar com todos os documentos e demonstrativos organizados, antes de iniciar o processo de recuperação.

Depois de protocolada a petição inicial, o juízo competente a analisará para posterior despacho, iniciando, então, o processo de recuperação judicial. Para esse procedimento, é necessário que as partes legitimadas para requerer tal ato, o

empresário ou a sociedade empresária, tenham instruído o pedido de forma correta. Essa fase possui respaldo jurídico no art. 52 da Lei de Recuperação e Falências, que em conjunto com o seu deferimento, deverá também executar as ações previstas em seus incisos:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – Nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembleia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do **caput** deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores.

Caso todos os documentos relacionados no artigo 51 estiverem corretos, juntamente com os pedidos da petição inicial, o juiz deferirá ou não o pedido de recuperação judicial, se deferido, inicia-se, neste ato, o processo para o devedor. Juntamente com o deferimento, o juiz deverá ainda realizar uma série de atos: nomear um administrador judicial, dispensar as certidões negativas do devedor, suspender as ações ou execuções contra o devedor e intimar o Ministério Público (MP).

Finalizados os procedimentos iniciais e após o despacho do juiz, entrar-se-á na segunda fase do processo, a fase deliberativa. Nessa etapa será iniciada a verificação dos créditos, posteriormente ocorrerá a deliberação e a votação do plano de reorganização da sociedade. É nesse período que aparece a figura do administrador judicial, conforme está disposto no art. 7º, da LRE:

Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

Destaca-se que os procedimentos a serem seguidos pelos administradores para essa fase estão elencados entre os artigos 7º e 20 da LRE.

Segundo Tzirulnik (2005, p. 65):

Os poderes que a lei lhe confere muitas vezes independem de autorização judicial, embora suas ações estejam sujeitas a supervisão do juiz competente, não para lhe tirar a autonomia, mas para a prevenção de conflitos e dúvidas. O devedor, os credores e terceiros diretamente interessados também poderão fiscalizar os atos do administrador judicial.

O processo de verificação e habilitação dos créditos incumbe legalmente ao administrador judicial e, se este achar necessário, poderá requisitar o auxílio de profissionais ou empresas terceirizadas para esta tarefa. Nessa fase é discutido o plano de recuperação judicial, o qual possui relevante importância e norteia todo o processo. A análise e a elaboração do plano possui um prazo máximo de 60 dias e, após este prazo, deverá ser apresentado em juízo, conforme determina o art. 53 da LRE.

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência [...].

Após a verificação, o juiz ordenará a publicação do edital para informar aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação judicial. A partir dessa publicação, a assembleia geral de credores terá o prazo de 30 dias para analisar e apresentar qualquer divergência em relação à verificação e aos créditos apontados pelo administrador, conforme determina o *caput* e parágrafo único do art. 55 da LRE. Estando todos os credores em concordância com os documentos e créditos aferidos

pelo administrador, seguirá o procedimento com o deferimento do juiz, para que seja iniciada a terceira fase da recuperação.

Com a conclusão da primeira e segunda fase do processo, inicia-se a terceira e última, a fase de execução. Nessa etapa, coloca-se em prática todos os planos traçados nas duas primeiras fases, ou seja, será executado o plano de recuperação apresentado e aprovado pelos credores.

Nesse sentido, comenta Martins (2016, p. 159):

Proferida a decisão na qual concedeu o benefício da reorganização da empresa, a recuperada permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano recuperatório que se venceram até o prazo de 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, e posteriormente a referido prazo, o procedimento recuperatório deverá ser encerrado por decisão judicial do juízo falimentar.

Caso o advogado da parte se esqueça de protocolar a petição com algum dos documentos necessários, poderá este solicitar ao juiz um pedido de complementação, para que apresente os documentos faltantes no prazo máximo de 10 dias. Conforme cita Almeida (2012, p. 356):

Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação da assembleia geral para a constituição do Comitê de Credores, na forma prevista no art. 36 da lei sob comento. Após o deferimento do processamento do pedido, o devedor, salvo aprovação da assembleia geral de credores, não poderá dele desistir.

Aprovado o plano, sem objeções, concederá o juiz o início do processo de recuperação, obedecendo-se aos requisitos que serão abordados a seguir.

2.3 REQUISITOS PARA REQUERER E MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Nesta seção, apresentar-se-ão os requisitos a serem obedecidos pela empresa recuperanda para usufruir do instituto da recuperação judicial e os meios possíveis disponibilizados pela lei no intuito de auxiliar no sucesso do plano de recuperação.

Como muitos dos procedimentos submetidos para apreciação do judiciário, a recuperação judicial também está ligada ao preenchimento de certos requisitos legais. Esses requisitos são os mesmos necessários para requerer a recuperação extrajudicial, previstos no art. 48 da LRE, quais sejam:

Art. 48 O devedor, ao requerer o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, deverá estar exercendo regularmente as suas atividades há mais de 2 (dois) anos, atender aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I - Não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II - Não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - Não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial que é a Falência;

IV - Não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na lei falimentar.

§1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

§ 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.

Devido à importância do artigo mencionado ao processo de recuperação judicial e para um melhor entendimento, detalhar-se-á sua explicação.

Primeiramente, solicitará a recuperação judicial apenas o devedor que, no momento do pedido, exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos. A comprovação desse requisito é simples, basta o devedor exibir uma certidão fornecida pela Junta Comercial, comprovando que a empresa está regularmente inscrita e em atividade no período indicado em lei. Não será concedida a recuperação para empresas com menor tempo de operação, pois se presume que em um período inferior ao previsto em lei, ela ainda não esteja consolidada e que, por isso, não tenha relevante importância para a economia, em todos os seus níveis (COELHO, 2014).

Destaca-se uma exceção para esse requisito, como salienta Coelho (2014, p. 170):

Em relação à comprovação do exercício regular da atividade por pelo menos dois anos, abre a lei uma exceção para o produtor rural pessoa jurídica. Este devedor pode fazer a prova do exercício regular de sua atividade, durante o biênio exigido pela lei, mediante a exibição da DIPJ tempestivamente entregue (§ 2º, acrescido pela Lei n. 12.873/2013). Trata-se de mais uma alternativa de comprovação prevista em lei. Note-se que a pessoa jurídica exercente de atividade rural somente terá direito à recuperação judicial se for empresária; vale dizer, apenas terá o direito a medida de saneamento visando à preservação dos efeitos da falência se estiver exposta ao risco de falir. Para ser empresária esta pessoa jurídica deve ter seus atos constitutivos regularmente arquivados na Junta Comercial, até mesmo em vista do regime próprio dos produtores rurais que são empresários apenas quando registrados no Registro de Empresas (CC, art. 971).

Verifica-se que o legislador não se esqueceu do produtor rural e ainda criou uma exceção, este foi privilegiado na hora de comprovar o exercício da sua atividade, podendo ser através da apresentação da Declaração de Rendimentos da Pessoa Jurídica (DIPJ).

Como segundo requisito, o requerente não poderá ser falido e, se já tiver sido, deve comprovar através de sentença transitada em julgado que todas as responsabilidades decorridas da falência foram extintas. Nesse caso, a referida lei faz referência aos empresários que tiveram a falência decretada em empresa anterior, os quais não poderão mais gozar deste instrumento. Nesse sentido, conforme cita Sztajn (2007, p. 226):

O requerente, isto é, a pessoa natural ou jurídica empresária, não pode ser falida. Razão para que se impeça aceitação do pedido de recuperação tem que ver com a noção de patrimônio. A unicidade patrimonial de cada pessoa e a relação biunívoca entre sujeito e patrimônio, (conjunto de posições ativas e passivas avaliáveis economicamente e pertinentes a um sujeito) impossibilita que um mesmo empresário, ou sociedade empresária, cujos ativos estejam sendo liquidados para pagar seu passivo, ao mesmo tempo disponha de outro ativo dedicado ao exercício de outra e diferente atividade econômica. Portanto, a falência, até que sejam declaradas extintas as obrigações do falido, constitui impedimento legal para a organização de nova atividade e, conseqüentemente, para o pedido de recuperação judicial da empresa.

Portanto, só darão prosseguimento ao processo os devedores que estiverem ainda no estágio de pré-falência.

A terceira hipótese aponta que somente solicitará a recuperação judicial o devedor que não tiver usufruído deste benefício (recuperação judicial) há pelo menos 5 (cinco) anos. Em resumo, ele terá que aguardar no mínimo o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para obter novamente o direito de concessão. Em um prazo menor ao mencionado, se a empresa já tiver usufruído da recuperação judicial e estiver novamente em crise, presume-se falta de competência do controlador da empresa para explorar a atividade econômica em que a empresa está inserida (COELHO, 2014).

O quarto requisito imposto pela LRE indica que o requerente não deverá ter usufruído do benefício da recuperação judicial, nos últimos 8 (oito) anos, em seu plano especial. Assim como no item anterior, este se aplica às empresas que usufruíram da recuperação judicial em seu plano especial, quais sejam, as

microempresas e as empresas de pequeno porte. Nesse ponto, acrescenta Sztajn (2007, p. 226):

Para essas empresas o plano de recuperação abrange apenas créditos quirografários, com exceção dos relativos a repasses de recursos oficiais, e o prazo de pagamento não deve exceder aos 36 meses, entre outras previsões. As normas, que preveem tratamento diferenciado para essas empresas, reconhecem a conveniência de separar as atividades não apenas por setor da economia, mas também por seu porte (tamanho, participação em mercados), na esteira do que preconiza o direito, que é tratar desigualmente aos desiguais.

Observa-se que a lei procurou diferenciar o tratamento para as empresas de menor porte, baseando-se principalmente no valor que elas possuem para o setor da economia a qual estão inseridas. Ressalta-se, assim, o tratamento diferenciado dado pela lei para estas empresas, previsto nos arts. 70 a 72 da LRE.

E, por último, no quinto requisito, poderá requerer a recuperação judicial a empresa que não tenha sido condenada ou não tenha, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei. Esse é o último requisito legitimando a atividade empresária, e faz menção ao sócio controlador ou administrador que tenha sido condenado por qualquer crime patrimonial que esteja previsto em lei. Coelho (2014, p. 171) comenta:

Considera a lei que o controle ou administração da empresa em crise por criminoso é indicativo de potencial uso indevido do instrumento. Evidentemente, uma vez reabilitado o sócio controlador ou administrador condenado, tem-se por cumprido o requisito, legitimando-se, em decorrência, a sociedade empresária ao pedido de recuperação judicial.

É importante destacar que tais requisitos são cumulativos, ou seja, há necessidade do preenchimento de todos para requerer a recuperação judicial, se não cumprido qualquer um deles, não será concedido o benefício.

A LRE também traz um rol dos meios possíveis ao alcance do empresário para lograr êxito no processo de recuperação, tais meios estão taxados no art. 50 da LRE.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

§1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

Em seu inciso I, a lei buscou a possibilidade das partes interessadas discutirem acerca do plano de recuperação, ou seja, concedeu aos credores e devedores a possibilidade de conversarem sobre o plano e o aprovar.

O inciso II aborda as alternativas de recuperar a reorganização societária, como a troca de comando da empresa. Conforme cita Bezerra Filho (2013, p. 146):

Cisão é a operação na qual a sociedade transfere parte de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, extinguindo-se a sociedade original se houver transferência integral do patrimônio e permanecendo existente se a transferência for parcial. Na incorporação, uma ou mais sociedades são absorvidas por uma terceira, que sucede as incorporadas de forma completa. Na fusão, duas ou mais sociedades se unem, formando uma terceira sociedade, uma sociedade nova. Transformação é um gênero, operação pela qual a sociedade passa de um tipo para outro, sem que haja necessidade de dissolução ou liquidação.

Anteriormente ao advento da LRE, ocorreram vários casos nos quais a empresa recuperanda continuava sob a mesma administração que a colocou em

crise, contudo, quando notava-se a falência iminente, nada mais havia a ser feito. Esclareceu-se essa situação através dos incisos III, IV e V, os quais preveem e possibilitam a alteração na diretoria da empresa, podendo, assim, sob o olhar de uma nova administração, existir uma maior possibilidade de recuperação. Acerca desse tema, complementa Coelho (2014, p. 195):

A alteração do controle societário pode ser total ou parcial; no primeiro caso, opera-se a venda do poder de controle, enquanto no segundo, a admissão de novo sócio no bloco controlador. Espera-se, de qualquer forma, que a alteração seja acompanhada de medidas de revitalização da empresa, como aumento de capital e mudanças na administração. Sem elas, é improvável que a simples mudança no controle societário leve à superação da crise.

Os incisos VI e VII citam como meio de recuperação o aumento de capital social e, também, o trespasse ou arrendamento dos estabelecimentos. O trespasse trata-se de um negócio jurídico de venda do estabelecimento comercial em sua integralidade a um terceiro, transferindo a este todos os direitos de propriedade. A venda deste estabelecimento compreende todos os bens corpóreos e incorpóreos, móveis ou imóveis, que sejam indispensáveis para a continuidade do negócio. Já o arrendamento é uma modalidade na qual o proprietário concede a outrem, mediante contrato, o uso e gozo de seu bem, mediante uma remuneração fixa pré-estabelecida. Ressalta-se que tanto o trespasse quanto o arrendamento, quando realizados, deverão ser registrados na junta comercial para produzirem efeitos perante terceiros (SZTAJN, 2007).

Os encargos e horários são tratados no inciso VIII, nele o legislador indicou a necessidade de um sacrifício e esforço coletivo, englobando os diretores e os empregados, para a superação da crise econômico financeira, visto que os encargos trabalhistas, muitas vezes, são os responsáveis pelo grande déficit da empresa.

Em relação ao inciso IX, Bezerra Filho (2013, p. 148) esclarece: “É possível a dação em pagamento de dívida, desde que os credores concordem em receber determinados bens em substituição ao pagamento. [...] a substituição da dívida anterior por nova dívida, pode ser meio eficaz para recuperar o empresário.”

O inciso X abre a possibilidade de constituição de uma sociedade de credores, deixando a opção de escolha aos interessados. Contudo, a lei não delimita o tipo de sociedade a ser constituída. Nesse sentido, explana Sztajn (2007, p. 242):

Difícilmente a opção recairá sobre uma forma societária em que haja sócios de responsabilidade ilimitada, portanto restam duas alternativas: a limitada e a anônima. Nos dois casos, o capital social seria integralizado com os créditos contra o devedor e, portanto, os credores subscritores seriam solidariamente responsáveis pela solvência do devedor. Surrealista imaginar que alguém, cujo crédito já é de liquidação duvidosa, aceite esse novo risco, sem alguma garantia; essa garantia pode estar na obrigatoriedade de a sociedade em crise fazer dação em pagamento de alguns bens que permitam operar a nova sociedade, ou que se siga à matrícula o trespasse de estabelecimento ou, após aprovar a cisão da sociedade, a versão da parcela cindida naquela organizada pelos credores. Em qualquer hipótese é preciso que a nova sociedade possa operar, exercer atividade e buscar lucros (SZTAJN, 2007, p. 242).

A constituição de uma sociedade é matéria complexa e deve ser discutida com todos os credores, tendo em vista que o objetivo de toda sociedade é gerar lucros. Outra análise a ser feita é sobre a preservação dos credores em garantia, sua prioridade de recebimento nos créditos e privilégios e o quanto este modelo será atrativo e vantajoso para eles.

Um ponto de grande valia para a empresa é o estabelecido no inciso XI, o qual abre a possibilidade da venda parcial dos bens da empresa, a fim de gerar caixa e cobrir dívidas. No entanto, o empresário precisa tomar algumas providências antes de realizá-la, pois somente poderá desfazer-se de algum patrimônio da empresa se deferido o plano de recuperação, sempre com a anuência dos credores. Caso a realize sem essas imposições, sofrerá as sanções cabíveis e, até mesmo, responderá pelo crime de fraude contra credores.

A equalização dos encargos financeiros tratada no inciso XII refere-se à possibilidade de uniformizar os encargos das dívidas existentes. Segundo Araújo (2009, p.119):

A medida deve ser tomada como uma renegociação do passivo. Através dessas negociações, bancos e empresas de fomento mercantil devem equalizar, isto é, padronizar os encargos financeiros e seus créditos, ajustando-os a uma proporção de lucratividade das atividades exploradas pela recuperanda. A função precípua da equalização é reduzir encargos financeiros a uma medida justa e produtiva financeiramente.

Nota-se certa similaridade desse inciso com a redação contida no inciso VIII, onde um remete à “redução de salários” e outro à “equiparação de encargos”. Nesse sentido, ambos denotam o esforço coletivo a ser feito para que a empresa consiga sair do período de crise de forma saudável.

Os incisos XIII e XIV tratam do usufruto e da administração compartilhada da empresa. Há várias formas de empregar o instituto do usufruto: é possível fazer usufruto dos rendimentos da empresa, o usufruto pode conceder a liberdade de eleger um novo administrador aos credores, ou, ainda, os credores podem se tornar usufrutuários da empresa e administrá-la. Considera-se a última alternativa como a de maior interesse dos credores, pois se empenharão em fazer com que a empresa prospere, a fim de garantir o recebimento de sua dívida (ARAÚJO, 2009).

Em seu inciso XV, a lei estabelece a alternativa de utilização de títulos pela empresa para captar recursos. Dessa forma, por exemplo, se ela possui títulos negociáveis na bolsa de valores, poderá emitir debêntures ou *commercial papers*. Debênture é um “Título de crédito originário de um empréstimo contraído por uma empresa, cujos direitos do detentor do papel estão especificados no documento de emissão” (BANCO CENTRAL, 2003) *Commercial papers* são títulos privados, de curto prazo, emitidos por uma empresa de sociedade anônima (SA) (INVESTEDUCAR, 2014). Este segundo não tão utilizado no Brasil, mas operado principalmente nos Estados Unidos.

Em seu último inciso, o XVI, a lei possibilita a criação, com o consenso dos credores, de uma Sociedade de Propósito Específica (SPE), cujo objetivo seria adjudicar em pagamentos dos créditos, os ativos do devedor. As SPE's são um modelo pelo qual se constitui uma nova empresa com objetivo específico, normalmente com prazo determinado de existência (SEBRAE, 2018).

Por fim, no parágrafo primeiro o legislador menciona os bens adotados como objeto de garantia real, porém para serem utilizados necessitam de aprovação do credor titular da garantia, o que, na prática, denota poucas, senão nulas, as chances de concordância deste credor sobre a possibilidade disto ocorrer.

Bezerra Filho (2013. p.151) comenta a lacuna deixada em aberto pela lei nestes dois últimos parágrafos do artigo, em específico, a questão do câmbio, expressa em seu § 2º:

A lei, para efetivamente permitir possibilidade de recuperação, teria que talvez ter sido mais incisiva, possibilitando uma interferência mais direta nas relações estabelecidas entre devedores e credores na recuperação. O prejuízo à empresa em recuperação e o favorecimento ao credor em moeda estrangeira é evidente, configurando ademais retrocesso à antiga lei de 1945, que em seu art. 213 determinava a conversão pelo câmbio do dia em que fosse declarada a falência ou mandada processar a concordata.

Assim, percebem-se os diversos pontos não preenchidos na interpretação da LRE e este entendimento dúbio contribui desfavoravelmente para que a empresa em crise se recupere.

2.4 EFEITOS E ENCERRAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste tópico, procura-se entender em uma breve síntese os efeitos gerados pela recuperação judicial perante a empresa, alguns desses efeitos já estão especificados na LRE, como se analisará abaixo, outros são oriundos dos casos concretos. São eles: novação, suspensão das ações e execuções, certidão negativa tributária, execução fiscal e também alienação ou venda das UPI's.

Um dos efeitos gerados pela recuperação judicial é a possibilidade de novação dos créditos anteriores ao pedido. A novação está expressa no *caput* do art. 59 da LRE, e consiste em extinguir uma obrigação por outra:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.
[...]

Em outras palavras, o devedor contratará uma nova dívida com o credor com a finalidade de substituir ou extinguir a anterior, tal entendimento está expresso no art. 360 do Código Civil. Na recuperação judicial, especificadamente, ela está relacionada aos créditos existentes antes da data do pedido, mesmo que ainda não tenham vencido, e obriga a todos os credores.

Acerca de seus efeitos, complementa Pacheco (2016, não paginado):

A novação estabelecida pelo art. 59 da LRE é limitada em seus efeitos, pois não se estende os coobrigados, fiadores e demais obrigados de regresso do empresário devedor. Assim ao contrário do que em princípio fixado, a novação não extingue completamente a obrigação original, que continua exigível dos coobrigados, fiadores e demais obrigados de regresso na totalidade das condições em que foi inicialmente constituída.

Utilizada a novação pelo devedor e sendo aprovada a novação das dívidas no plano de recuperação judicial, esta terá validade caso o plano seja cumprido, se convolar em falência do devedor, serão excluídos os seus efeitos.

Outro efeito gerado pela recuperação judicial é a suspensão das ações e execuções. Este efeito está previsto no art. 6º da LRE, “[...] o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor” e cabe ao devedor informar aos juízos competentes. Ressalta-se que este efeito não abrange as ações de quantia ilíquidas, previstas no 3º do art. 49, conforme citado acima.

O prazo máximo de suspensão dessas ações será de 180 dias, contados a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, conforme o art. 6º, §4º da LRE.

A Certidão Negativa Tributária também é um dos efeitos decorrentes do pedido de recuperação judicial. Sobre esse efeito, assim dispõe o art. 57 da LRE:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de 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.

Acerca desse ato, analisa-se, em um primeiro momento, que se a empresa está passando por uma crise financeira, certamente deixará de recolher seus tributos, o que em tese lhe impediria de prosseguir com a recuperação judicial. Porém, esse efeito é duramente criticado por doutrinadores e tribunais, pois há o entendimento de que deve ser concedida a recuperação mesmo se a empresa possuir dívidas tributárias. Destaca-se, inclusive, a previsão legal da LRE, em seu art. 68, sobre a possibilidade de parcelamento de dívidas tributárias para as empresas em recuperação judicial.

Portanto, conforme posicionamento de Coelho (2014), entende-se ser dispensável a apresentação de certidão negativa para prosseguimento do plano de recuperação empresarial, já que, considerando a crise passada pela empresa, ela possivelmente terá um passivo tributário.

Não incorrem efeitos sobre as dívidas de natureza fiscal. A execução fiscal trata-se de um procedimento realizado pela União, Estados, Municípios e suas autarquias, para cobrar judicialmente as dívidas decorrentes de impostos do devedor. Na recuperação judicial, mesmo com a previsão legal para que as execuções em face do devedor sejam suspensas, a execução fiscal, conforme determina o parágrafo 7º do art. 6º da LRE, não engloba este rol.

O devedor, possuindo dívidas tributárias, solicitará o parcelamento da dívida, suspendendo, assim, a sua exigibilidade, conforme determina o Código Tributário Nacional (art. 155, §§3º e 4º). Em decorrência desse parcelamento será possível obter as certidões negativas de débitos tributários, um dos requisitos essenciais para o deferimento do processo de recuperação judicial.

Ressalta-se, ainda, que há ressalvas quanto à dispensa de apresentação de certidões negativas para a empresa em recuperação judicial, como no caso do devedor prestar serviços ao poder público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais, conforme determina o art. 52, II, da LRE:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

[...]

Importante destacar que os interessados em celebrar contratos com alguma empresa em recuperação verificarão tais certidões emitidas pelos cartórios de distribuição por conta própria, se assim acharem necessário, para a realização da transação.

Acerca dos bens do devedor, efetuada a distribuição do pedido de recuperação judicial, não poderá o devedor desfazer-se ou alienar bens, conforme determina o art. 66:

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

Com relação à alienação ou à venda das UPI's (Unidades Produtivas Isoladas), ambas podem ocorrer, desde que a Assembleia de Credores as tenha aprovado no plano e seja uma medida designada para a reestruturação da empresa. Entendem-se como UPI's os ativos separados, produtivos e independentes da empresa mãe. Nesse caso acima mencionado, o procedimento está previsto no art.

140 da LRE, com a observação de que o adquirente desta UPI não estará sujeito a assumir qualquer obrigação do devedor.

Muitos são os efeitos gerados ao empreendedor em crise quando este opta pela recuperação judicial. Contudo, todos esses efeitos visam resguardar o seu patrimônio ou ganhar fôlego para reerguer a empresa, como por exemplo, no caso da suspensão das execuções ou na renegociação das dívidas tributárias.

Após o cumprimento de todas as exigências legais impostas no plano de recuperação judicial, vencidas no prazo de 2 (dois) anos após a sua concessão, o juiz decretará o encerramento da recuperação judicial por sentença, conforme dispõe o art. 63 da LRE:

Art. 63. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no *caput* do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará:

I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do *caput* deste artigo;

II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;

III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;

IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;

V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

Ao fim do processo de recuperação, tendo a empresa logrado êxito no cumprimento do plano, o juiz decretará o seu encerramento e determinará o pagamento das custas de todo o processo.

Se, após o prazo de 2 (dois) anos, o devedor tiver descumprido alguma das obrigações impostas no plano, as ações dos credores em decorrência desse ato deverão ser realizadas individualmente, podendo executar a obrigação assumida ou requerer a falência da empresa, com fundamento no art. 94 da LRE.

Durante esse estudo, notou-se que tanto o processo de recuperação judicial quanto o extrajudicial trouxeram avanços para a empresa em crise, resguardando direitos para o devedor, para os credores e, também, possibilitando inúmeras formas de recuperação.

Entretanto, ao longo de sua vigência, com as alternativas de recuperação propostas em lei sendo colocadas em prática por diversas empresas, ainda não há

um entendimento claro acerca de todos os seus recursos. Nesse sentido, analisa-se que esses recursos ainda geram certa desconfiança ou não transparecem uma segurança jurídica adequada ao credor, como no caso do financiamento durante a recuperação judicial que se estudará no próximo capítulo.

3 O FINANCIAMENTO COMO AUXILIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste capítulo se abordará os pontos importantes sobre como a utilização de financiamentos para a empresa, durante o processo de recuperação judicial, é fundamental para a sua recuperação.

Verificar-se-á, dentre os impedimentos impostos no plano de recuperação, a chamada “trava bancária”, e como uma política de estímulo às instituições bancárias poderia contribuir para as empresas em crise-econômico financeiras. No decorrer do estudo, se esclarecerá também a importância da revisão nos trâmites burocráticos e da classificação imposta pelo Banco Central ao devedor em crise.

A utilização do *DIP Financing* como uma alternativa de contribuição para o êxito da recuperanda no cumprimento do plano é um ponto a ser explanado. Buscar-se-á, ainda, analisar o processo de recuperação de uma empresa bem sucedida nesse processo e como a modalidade de financiamento *DIP Financing* contribuiu para o seu desenvolvimento.

3.1 CONCEITO E FORMAS DE FINANCIAMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Quando a empresa está passando por uma crise econômico-financeira, o devedor, caso disponha de recursos ou ativos, poderá convertê-los em dinheiro, alienando imóveis, antecipando recebíveis ou descontando títulos. Já se ele não possui este “crédito”, existem mecanismos oferecidos pela lei, sendo um deles a suspensão de ações e execuções contra o devedor, de modo a auxiliar no seu fluxo de caixa.

Todavia, se o devedor não possuir fundos para suprir as suas operações necessárias, terá que recorrer a terceiros, bancos ou investidores em busca de crédito e financiamentos. Nesse sentido, cabe destacar o conceito de financiamento, um contrato entre cliente e uma instituição financeira ou terceiro, o qual já determina o destino dos recursos obtidos, e, possivelmente, oferece algum bem como forma de garantia da dívida (BANCO CENTRAL, 2018).

Ainda nessa seara, segundo Dias (2014, p. 85 apud MENDES, 2009, p. 97):

A falta de incentivos aos fornecedores de produtos e serviços, inclusive o crédito, forçaria a empresa em dificuldades a comprar seus insumos à vista, sem a possibilidade de acesso ou utilização de qualquer ferramenta de crédito, o que dificultaria bastante a reversão de seu estado de crise.

O aporte feito pelo investidor contribui para a recuperação da crise econômico-financeira, tanto na inclusão de capital novo como na substituição da dívida por uma participação no quadro societário da empresa. Dessa maneira, a empresa obtém crédito no mercado, passando confiança aos credores e a todos que dependem dela como fonte de serviços e renda.

Aponta-se outro fator positivo: com esta ingestão de capital a empresa se torna mais atrativa para o mercado e, conseqüentemente, atrai mais investidores ou potenciais compradores. Estes podem adquirir de forma parcial ou total as suas operações.

Embora em alguns casos haja possibilidade de recuperação da empresa, mesmo sem a obtenção de novas dívidas, a possibilidade de um financiamento ajudaria o devedor a ter uma recuperação mais acelerada, com mais recursos para suprir as dívidas emergenciais. Contudo, essa ingestão de capital novo deve ser avaliada pelo devedor, haja vista que cada decisão tomada é associada a um nível de risco, conforme afirma Kirschbaum (2014, p. 87 apud KIRSCHBAUM, 2009, p. 23):

É importante ressaltar também que a decisão de captar novos recursos não pode prescindir de respaldo financeiro, na medida em que envolve o risco de elevação do passivo sem o respectivo aumento do ativo com a geração de um saldo positivo, além do risco de perda de oportunidade de maximizar o valor obtido com a disposição dos elementos do ativo.

Destaca-se que nem todas as empresas usuárias desse crédito lograram êxito em sua recuperação. Antes de sua concessão, cabe ao investidor analisar se o devedor não pretende apenas retardar uma convolação de falência ou se não contempla as qualidades necessárias para negociar com seus credores um plano de recuperação viável. Segundo análise do inciso VI do art. 50 da LRE feita por Sztajn (2007, p. 239):

A entrada de novos investidores – seja mediante o aporte de recursos, seja convertendo dívida em capital – altera a composição (divisão) do capital entre os antigos membros da sociedade. Uma vez que se trata de investimento permanente, ainda que se permita a cessão futura das participações, é inegável o impacto da capitalização sobre a estrutura de poder no curto prazo. Eventuais preferências dos sócios na subscrição de aumentos de capital serão afastadas pela adesão destes ao plano.

Em suma, essa ingestão de recursos via *equity* (capital próprio) seria um modelo ideal de financiamento, visto que novos sócios fariam parte da operação e auxiliariam a empresa a prosperar, visando o lucro gerado como o retorno do investimento. Acrescenta-se que, dessa forma, a empresa receberia dinheiro novo sem o ônus de juros algum, diferente de financiamentos obtidos em instituições financeiras.

O grande impasse demonstrado nessa equação é que normalmente a empresa recuperanda necessita de recursos urgentes, pois se encontra em situação calamitosa. Nessa perspectiva, embora a ingestão de capital seja de grande valia, ela necessita da aprovação do conselho de acionistas, da administração em empresas SA, ou, para as de sociedade limitada, de três quartos dos titulares do capital social. Sendo assim, na maioria dos casos a empresa acaba encontrando uma resistência por parte de administradores mais controladores.

No Brasil, essa modalidade de obtenção de recursos via *equity* encontra ainda mais relutância, conforme esclarece Souza Junior e Pitombo (2007, p. 513 apud FASSI; GEBHARDT, 2000, p. 523):

A falência, [...], não demanda insolvência real do devedor, mas simplesmente a ocorrência de uma das hipóteses previstas em lei (impontualidade, execução frustrada e prática de atos falimentares). Por outro lado, mesmo em caso de efetiva insolvência, pode ocorrer que certos credores desistam de habilitar seus créditos, na maioria das vezes levados pelo custo de manter-se acompanhando o processo falimentar sem uma real perspectiva de recebimento. Desses fatores, entre outros, decorre que, apesar de incomum, é possível que, após o pagamento dos credores e da realização das restituições cabíveis, haja ainda saldo de bens e/ou recursos na massa. É esse o saldo que deve ser devolvido ao falido, que pode ter perdido a administração e disposição de seus bens em prol dos credores durante a falência, mas não perdeu a propriedade.

Essa hipótese não é vantajosa e nem atrativa ao novo sócio, já que não possui nenhum amparo da Lei caso a recuperação convole em falência. Por conseguinte, apenas receberá algum ativo se houver ativo remanescente, após o pagamento de todos os credores, e, também, será responsabilizado por dívidas anteriores ao seu ingresso, podendo ser lesado até mesmo em seu capital pessoal.

Acerca da legitimidade para a contratação de novos empréstimos, a LRE, em seu art. 64, destaca que seus administradores serão mantidos durante o curso da recuperação judicial, salvo as hipóteses elencadas em seus incisos, e durante esse processo serão fiscalizados pelo comitê de credores:

Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;

II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei;

III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;

IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas:

a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial;

b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular;

d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do *caput* do art. 51 desta lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial;

V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê;

VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do *caput* deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

Nesse caso, se o administrador eleito pelo sócio ou pelos acionistas está desempenhando a sua tarefa com zelo e sendo útil para a empresa, não há motivo para removê-lo de sua função. Se não estiver exercendo sua função corretamente durante o processo de recuperação judicial, poderá o juiz destituí-lo. Entretanto, conforme entendimento de Dias (2014, p. 96): “Até a deliberação acerca do plano de recuperação judicial, qualquer decisão de financiamento ou investimento afeta as perspectivas de viabilidade da empresa e deve contemplar a possibilidade de falência, o que justificaria a mudança na estrutura de poder da empresa”.

Se o devedor for afastado no curso da recuperação judicial, porém, essas decisões não necessitarão de aprovação na assembleia geral de credores, pois todas as decisões que contemplem endividamento da empresa serão submetidas à aprovação do juiz pelo comitê de credores, conforme elencado no art. 27 da LRE.

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

II – na recuperação judicial:

c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente,

a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

Em muitos casos, quando o devedor tenta buscar uma alternativa para lhe auxiliar a sair da crise econômico-financeira, através da procura por um investidor ou financiador, conforme o porte da empresa, verifica-se que, num primeiro momento, pode ser atrativo a este financiador, mas normalmente nessa etapa ele se depara com uma grande dívida e acaba se afastando.

Outra alternativa seria a obtenção de recursos através dos bancos, entretanto, nesse estágio possivelmente os bancos já sejam credores desta empresa, fazendo com que relutem para colocar capital novo ou, se o fizerem, acabam por cobrar juros altíssimos do devedor, dado o grau de risco de inadimplimento, tornando, assim, inviável essa forma de crédito.

3.2 IMPEDIMENTOS À EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: “TRAVA BANCÁRIA” E EXIGÊNCIAS DE PROVISIONAMENTO

Notam-se os muitos avanços trazidos após a promulgação da LRE, contudo com o passar dos anos e após ter sido posta em prática por várias empresas, conclui-se que ela não é tão efetiva e necessita de aprimoramentos. Neste tópico, busca-se entender alguns impedimentos comprometedores da efetividade do plano de recuperação judicial, quais sejam: as “travas bancárias” e as exigências de provisionamento.

Inicialmente, contextualiza-se “trava bancária” como um recurso adotado pelo banco credor com o objetivo de proteger o seu direito de recebimento da dívida da empresa recuperanda.

Cabe recapitular que os créditos não abrangidos pela recuperação judicial estão elencados no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, como já visto anteriormente. Nesse contexto, aborda Sandes (2011, p. 15):

A partir da entrada em vigor da LRF, os bancos passaram então a privilegiar uma nova forma de contratação, ou melhor, de garantia aos empréstimos concedidos aos empresários, que se convencionou denominar “trava bancária”. Esta consiste na cessão fiduciária dos recebíveis da empresa. Uma vez ocorrendo a inadimplência por parte do empresário ou o ajuizamento de seu pedido de recuperação judicial, os valores pagos por seus clientes (oriundos de suas vendas ou prestação de serviços realizados) são imediatamente retidos pelo banco, que impossibilita a

movimentação financeira daquela conta até que ele próprio esteja pago (daí por que se denomina “trava”). Esse instituto, além de retirar do empresário a opção de planejar seu fluxo financeiro (pois o banco retém para si a integralidade dos valores a ele devidos antes de todos os demais), prejudica sobremaneira a atividade empresarial, podendo comprometer, inclusive, processo de recuperação. E, quando alguma empresa está em recuperação judicial – obviamente, porque enfrenta problemas financeiros –, o que mais ela precisa é de capital de giro para poder continuar suas atividades e, assim, poder se recuperar (SANDES, 2011, p. 15).

É inegável que esse impedimento ao recebimento dos recursos perante a empresa contribui de maneira negativa para sua recuperação, pois desconsidera a necessidade e a importância do recurso para que a recuperanda tenha êxito ao longo do processo. Ademais, complementa Sandes (2011, p. 15):

Ocorre que a “trava bancária”, cada vez mais utilizada pelos bancos, afasta qualquer possibilidade de a empresa contar com recursos disponíveis para girar seu negócio. Dessa forma, a recuperação da atividade empresarial, escopo maior da lei, fica impossibilitada de se realizar. A reflexão que se torna necessária é que esse privilégio concedido aos bancos (nefasto à sobrevivência da empresa em recuperação) não pode prevalecer em casos de recuperação judicial, pois o interesse geral deve ser privilegiado em detrimento do interesse exclusivo das instituições financeiras. E o interesse geral deve ser entendido como a perpetuação da atividade empresarial, afastando o risco de quebra da sociedade. Mantendo-se a eficácia dessa cláusula que permite aos bancos “travar” as operações cotidianas da empresa em recuperação, apropriando-se das receitas de suas atividades, a recuperação judicial está fadada ao insucesso, e seu destino será o mesmo da sua antecessora, a concordata: o absoluto descrédito desse instituto. Cabe, assim, ao Poder Judiciário, ao analisar as questões controversas da Lei 11.101/05, adequá-la ao seu próprio escopo de propiciar a recuperação do negócio, afastando as cláusulas contratuais que autorizam a malsinada “trava bancária”.

Entende-se, então, que a “trava bancária” se materializa na indisponibilidade de créditos recebíveis da empresa devedora em recuperação judicial, em benefício do pagamento do empréstimo previamente cedido pela instituição bancária, sem que eles sejam submetidos ao plano de recuperação.

Observa-se esse privilégio determinado em lei às instituições financeiras perante os demais credores, nos quais seus créditos não estão sujeitos ao plano de recuperação judicial, surgindo, dessa forma, demasiadas discussões sobre esse tema nos tribunais brasileiros. Previamente à crise, o assunto já era controverso e muitas empresas recorreram ao judiciário para esclarecer tal questão.

Sobre esse tema foi proferida a seguinte decisão pelo STJ:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS DECORRENTES DE CESSÃO FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO DOS CONTRATOS PERANTE O CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N 211 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. Precedentes desta Corte. 2. A tese levantada no agravo regimental acerca da ausência de registro perante o cartório de títulos e documentos, e a consequente violação dos arts. 1.361, § 1º do Código Civil e 66-B da Lei 4.728/65, não foi debatida pela Corte estadual, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial. Inafastável a incidência dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1482441/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 16/09/2015).

No caso em questão, a empresa recuperanda tentou pleitear a inclusão dos créditos decorrentes de cessão fiduciária sob os efeitos da recuperação judicial, o qual não foi provido, favorecendo assim a instituição bancária. Diante do exposto, nota-se que o STJ deu uma maior importância à proteção da alienação fiduciária perante o crédito quirografário e, por isso, diante de tal proteção, esses créditos não se sujeitaram à recuperação judicial.

Contudo, atualmente, muitas empresas têm ainda procurado o judiciário para esclarecer essa questão e solicitar a quebra da “trava bancária”. Nesse sentido, cita-se a recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mudando o entendimento acerca desse tema. Na oportunidade, o desembargador Carlos Alberto Garbi, relator do caso analisado pela 2ª Câmara, proferiu a seguinte decisão:

A retenção de substancial importância dos recebíveis da empresa, em favor de contrato que tinha o seu cumprimento ajustado em parcelas, retira os meios essenciais ao cumprimento de outras obrigações e as condições necessárias ao próprio plano de recuperação. (BRASIL, TJSP; Embargos de Declaração 2048753-61.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Embu das Artes - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 06/10/2017; Data de Registro: 06/10/2017).

A ação foi movida pela empresa Bronzearte, em recuperação judicial desde fevereiro de 2017, contra um sindicato de bancos que reúne Citibank, Bradesco e Santander.

Ademais, salienta-se que o princípio do *par conditio creditorum* (tratamento igualitário dos credores) desempenha um importante papel na aplicabilidade da LRE, tanto na recuperação quanto na falência. Esse princípio estabelece o tratamento de forma igualitária para todos os credores, ou seja, nenhum credor deve ser beneficiado em detrimento de outro. Segundo Restiffe (2008, p. 3): “O princípio informativo, porque universal, do direito falimentar do tratamento igualitário dos credores, ou seja, da igualdade entre os credores, é aplicável, proporcionalmente, em relação aos créditos da mesma natureza, respeitados, ainda, preferências e privilégios”.

Assim, esse princípio deve ser aplicado dentro da mesma classe de credores e garantir para todos em igualdade o recebimento dos créditos advindos do patrimônio do devedor. Todavia, no tocante à recuperação judicial, verifica-se que as “travas bancárias” desconsideram tal princípio, pois ao bloquear os recebíveis da empresa recuperanda quita-se a dívida apenas de um credor (as instituições bancárias), desrespeitando os demais credores.

Em se tratando das instituições bancárias, analisa-se o papel de suma importância desempenhado por elas dentro do processo de recuperação. Além de possuir o privilégio no recebimento dos créditos da recuperanda, são elas também que possuem o poder de auxiliar a empresa a obter recursos ou até fornecê-los.

Por mais que a lei conceda incentivos a quem viabiliza créditos à empresa em crise, como no caso dos credores extraconcursais, créditos estes decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, o art. 67 da LRE preceitua que em uma eventual convolação de falência, na qual os tribunais e os credores contribuam para a viabilização da recuperação, faz-se necessário também o incentivo das autoridades financeiras.

Nesse sentido, comentam Waisberg e Franco (2016, não paginado):

Ainda que a aprovação do plano signifique uma situação extremamente controlada e uma melhor estrutura de capital, a regulação do CMN e do BC simplesmente desconsidera tudo isso, determinando a redução do *rating* da empresa em recuperação. Isso, na prática, inviabiliza a operação financeira para o banco.

Verifica-se a crítica realizada pelos autores à regulamentação atual da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Banco Central (BC) perante as empresas em recuperação judicial, frisando sobre os limites inviáveis de certas

operações financeiras entre a empresa em crise e a instituição bancária. Esclarece-se que o *rating* (classificação) se trata de uma espécie de classificação de risco da empresa perante as instituições financeiras nacionais e internacionais, e baseia-se na avaliação de riscos de inadimplemento feita pelo banco e na capacidade de pagamento da empresa tomadora do crédito. O órgão responsável por editar tais normas é o Comitê da Basileia e, além da classificação de risco, também normatiza toda a segurança do sistema financeiro mundial (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2013).

No Brasil, esta classificação é normatizada e fiscalizada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central (BC) em 9 (nove) escalas, na ordem crescente de risco: AA, A, B, C, D, E, F, G e H, conforme determina a Resolução nº 2.682 de 1999 do Banco Central.

Inúmeros são os fatores avaliados, em relação ao devedor e seus garantidores e em relação à operação da empresa, para que a nota seja atribuída e seu crédito classificado. Após a instituição financeira classificar o crédito da recuperanda, inicia-se o obstáculo do provisionamento bancário. Nesse contexto, segundo a regulamentação imposta pelo CMN e o BC, a instituição bancária deverá provisionar no Banco Central um percentual, este é variável conforme a classificação de risco sobre o valor emprestado. Os percentuais estão normatizados no art. 6º da Resolução nº 2.682/1999 do BC, *in verbis*:

Art. 6º A provisão para fazer face aos créditos de liquidação duvidosa deve ser constituída mensalmente, não podendo ser inferior ao somatório decorrente da aplicação dos percentuais a seguir mencionados, sem prejuízo da responsabilidade dos administradores das instituições pela constituição de provisão em montantes suficientes para fazer face a perdas prováveis na realização dos créditos:

I - 0,5% (meio por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível A;

II - 1% (um por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível B;

III - 3% (três por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível C;

IV - 10% (dez por cento) sobre o valor das operações classificados como de risco nível D;

V - 30% (trinta por cento) sobre o valor das operações classificados como de risco nível E;

VI - 50% (cinquenta por cento) sobre o valor das operações classificados como de risco nível F;

VII - 70% (setenta por cento) sobre o valor das operações classificados como de risco nível G;

VIII - 100% (cem por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível H.

De fato, não há uma norma ou um artigo específico obrigando as instituições financeiras a provisionarem as dívidas das empresas recuperandas como H, mas, na prática, esta classificação em H é uma “regra”. Isso significa que as instituições financeiras são obrigadas a provisionar no Banco Central, a fim de garantir a operação, 100% do valor a ser emprestado. Conseqüentemente, não é atrativo para a instituição bancária, pois a quantia depositada compulsoriamente rende um valor muito abaixo do que se estivesse em circulação no mercado.

Além disso, a Resolução nº 2.682/1999 do BC trata a homologação do plano de recuperação judicial como uma renegociação da dívida, fazendo com que a empresa continue no nível mínimo de classificação no *rating*. Verifica-se isso no artigo 8º, parágrafo 3º da resolução:

Art. 8º A operação objeto de renegociação deve ser mantida, no mínimo, no mesmo nível de risco em que estiver classificada, observado que aquela registrada como prejuízo deve ser classificada como de risco nível H.
Parágrafo 3º. Considera-se renegociação a composição de dívida, a prorrogação, a novação, a concessão de nova operação para liquidação parcial ou integral de operação anterior ou qualquer outro tipo de acordo que implique na alteração nos prazos de vencimento ou nas condições de pagamento originalmente pactuadas.

Em suma, o *rating* (classificação) da empresa tomadora do crédito será mantido mesmo ela tendo renegociado a sua dívida, dificultando, assim, a obtenção de crédito perante as instituições bancárias. Evidencia-se, então, na análise da normativa do Banco Central e do posicionamento do Conselho Monetário Nacional, a predisposição em não querer beneficiar as empresas em recuperação judicial.

Acerca desse tema, segundo Waisberg e Franco (2016):

[...] um dos pontos que deveriam ser melhorados é que o BC pode normatizar no sentido de que esta suspensão prevista pelo art. 6º, § 4º da Lei de Recuperação de Empresas seja interpretada como um acordo de inação com o devedor para que os créditos não sejam executados (*standstill* de pagamentos) ou como uma prorrogação das parcelas vincendas durante este período. Com isso, os bancos credores reestruturariam a dívida sem sofrer prejuízo maior e reduziriam as necessidades de provisionamento.

Nota-se a sugestão dos autores sobre um posicionamento do Banco Central, visando aperfeiçoar e normatizar o ordenamento vigente durante o *stay period* (período de suspensão) da empresa. Tal mudança possibilitaria à empresa a

obtenção de uma melhor classificação de risco durante a análise de crédito efetuada pelas instituições bancárias nesse período de recuperação, possibilitando a redução do provisionamento por parte dos bancos e a redução dos juros sobre o financiamento do tomador. Por conseguinte, aumentaria as chances de êxito na recuperação.

Nesse sentido, ressalta-se a incoerência da CMN ao manter a classificação H para a empresa que detém o plano de recuperação aprovado. Considerando o objetivo de preservação das operações de créditos e das instituições financeiras, seria mais seguro efetuar essa classificação após a aprovação do plano, visto que a norma não permite a revisão do percentual de provisão, mesmo tendo ocorrido a renegociação, a prorrogação ou a novação da dívida.

Dentro dessa perspectiva, o crédito e/ou dinheiro novo são essenciais para a manutenção da atividade empresarial, pois garantem o princípio da função social da empresa perante a sociedade. Portanto, faz-se necessária a revisão da norma que determina a classificação de risco (*rating*) perante as empresas com plano de recuperação judicial aprovado, levando em conta novos fatores de mercado para a sua mensuração.

Destaca-se ainda que tal mudança viabilizaria uma maior possibilidade de obtenção de empréstimos na modalidade *DIP Financing*, a ser analisada no próximo tópico.

3.3 DIP FINANCING E ANÁLISE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A

Esta etapa tem como objetivo entender o conceito e o funcionamento do instituto do *DIP Financing* na recuperação judicial, e analisar o plano de recuperação de uma empresa brasileira específica, a OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A, a qual logrou êxito em sua recuperação usando esse recurso.

Sob a premissa de se utilizar os meios legais constantes na LRE, especificamente o art. 47, que trata dos princípios da recuperação judicial, apresenta-se a oportunidade da empresa em recuperação seguir operando, agregando valor para si e para toda a sociedade. Porém, tal proposição não será efetiva caso a empresa não consiga preservar a sua operação durante o processo

de recuperação judicial e se ela não dispuser de recursos ou de capital de giro para colocar em prática e cumprir o plano de recuperação aprovado.

A aprovação do plano de recuperação é, sem dúvida, um passo importante para a empresa em crise, mas mais difícil ainda é a retomada da confiança dos parceiros comerciais, convencendo-os a fornecer recursos ou crédito para manter viva a sua operação, como comenta Dias (2014, p. 85):

A concessão de novos recursos ao devedor em crise não é importante apenas para atender às necessidades imediatas de caixa, mas também transmite a ideia de que os credores que financiam empresas nesta situação acreditam na viabilidade do negócio e estão menos inclinados a rejeitar o plano de recuperação e a votar pela falência. Isso aumenta a confiança dos fornecedores que vendem a crédito, dos empregados e dos clientes que desejam preservar o devedor como uma fonte de produtos e serviços.

Várias são as formas previstas em lei para a obtenção de novos recursos por parte da recuperanda, entre elas está a obtenção de dinheiro novo através de financiamentos na modalidade *DIP* ou *DIP Financing*, porém vários aspectos impedem a sua ampla utilização.

Previamente a adentrar-se ao tema em questão, urge entender o significado de *DIP Financing* e sua conceituação. Segundo o TMF Group (2017, não paginado):

O *DIP Financing* (*debtor-in-possession*) é uma modalidade de novo financiamento para uma empresa que está em processo de recuperação judicial, ou seja, que já possui um plano aprovado ou em discussão por seus credores para o pagamento de suas dívidas. A sua principal finalidade é suprir a falta de caixa presente na empresa para financiar despesas operacionais como pagamento de fornecedores, salários, despesas administrativas, etc. Nesse sentido, o *DIP Financing* garante que a companhia continue gerando caixa para manter sua operação, bem como propicia o pagamento de todos os demais credores, assegurando assim as condições necessárias para o cumprimento do plano de recuperação. Por característica, este tipo de financiamento deverá ser prioritário em detrimento ao pagamento dos demais créditos do plano de recuperação, e também compartilhará as garantias em grau de igualdade perante os demais credores, sob as mesmas condições.

Em suma, essa modalidade é apenas a ingestão de dinheiro novo através de linhas de crédito específicas para as empresas em recuperação judicial, ou um financiamento feito pelos próprios credores, contribuindo para a reorganização empresarial.

Esse tipo de financiamento é pouco utilizado no Brasil. No estado de São Paulo, por exemplo, onde há maior demanda de processos, em análise no site do TJ/SP, entre os anos de 2014 até 2018, de todos os pedidos de recuperação consta a utilização do *DIP Financing* em apenas 14 deles (TJ/SP, 2018). Entretanto, embora seja pouco utilizado, possui regulamentação na LRE, em seu art. 67, dispondo:

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

Na análise do artigo, verifica-se o benefício expresso na lei para aqueles que concedem crédito ao devedor no curso do processo de recuperação judicial: em uma eventual falência o crédito cedido será considerado extraconcursal, ou seja, o credor investidor tem privilégio no recebimento dos créditos em relação a outros credores. A tentativa do legislador em criar um incentivo e/ou resguardar o investidor, privilegiando-o no recebimento dos demais credores, parece ter sido insuficiente na prática. Conforme cita Dias (2014, p. 175):

A prioridade de pagamento em relação aos créditos preexistentes somente tem sentido quando decretada a falência da empresa recuperanda. Até lá, novos financiamentos por ela contraídos serão pagos independentemente da satisfação dos créditos sujeitos à recuperação e vice-versa. Esse mecanismo afasta os potenciais financiadores, acentua o problema do subinvestimento e, mesmo que o credor conceda crédito à recuperanda, há um sério risco de mau uso dos recursos captados e direcionamento de parte ou da totalidade deles para pagamento dos credores preexistentes.

O autor aborda um importante questionamento, a destinação do uso desses recursos captados durante o processo de recuperação judicial e sua aplicabilidade no cumprimento do plano. Em nada incentiva o financiador injetar recursos, mesmo tendo prioridade no recebimento, se estes poderão ser utilizados para o pagamento de credores que, pela lei, receberiam após ele, ressaltando que ele só teria prioridade no recebimento em uma possível convolação de falência.

Verifica-se que a lei é omissa quando se trata do pagamento de novos créditos durante a recuperação judicial e não prevê nenhuma compensação ao risco assumido pelo financiador em um possível inadimplemento no curso de seu cumprimento.

Para uma melhor abordagem do tema, analisou-se um estudo feito pela organização TMA Brasil (*Turnaround Management Association* do Brasil), no ano de 2010, sobre a obtenção de financiamentos pelas empresas em recuperação judicial no Brasil. Nessa pesquisa, entrevistaram-se potenciais financiadores (fornecedores, empresas e bancos) que levantaram uma série de entraves à sua utilização (TMA BRASIL, 2010). Os argumentos citados em relação às empresas em crise foram as questões culturais, a abertura de informações da empresa, as dúvidas quanto a sua gestão e também as dúvidas quanto aos contratos de dívidas. Acerca das questões culturais surgiu o seguinte entendimento por parte da TMA Brasil (2010, não paginado):

[...] há uma percepção de que a RJ representa uma derrota do empresário, e, conseqüentemente, quando uma empresa entra com o pedido de RJ geralmente é feito sem planejamento e como último recurso para se proteger de execuções. Além disso, quando uma empresa começa a sofrer uma crise financeira, há geralmente uma demora para implementar ações de correção de rumo, uma vez que todos esperam que o mercado volte. Assim, a RJ é vista mais pelo lado da proteção contra execuções e menos do ponto de vista de recuperação propriamente dito. Há, na maioria das vezes, pouca preocupação na elaboração e implementação de um plano de reestruturação crível para discussão com os credores; [...].

Nota-se que o Brasil se aproxima da implementação da recuperação judicial, pois para sua aplicabilidade ser de fato efetiva, além dos fatores previstos em lei, são necessários amadurecimentos culturais da sociedade.

No tocante a abertura de informações e controle de gestão, há certa dificuldade, principalmente em pequenas e médias empresas, sobre a confiabilidade dos dados fornecidos e na gestão atuante, considerando que esta gestão pode ter sido o motivo da crise econômico-financeira. Referente aos contratos de dívidas, por inúmeras vezes nem o próprio gestor detém controle de tais documentos, gerando um transtorno maior para a viabilização do plano (TMA BRASIL, 2010).

Em relação aos bancos, foram identificados outros entraves, entre eles, alguns já estudados anteriormente, como as “travas bancárias” e o provisionamento.

Outro ponto pertinente da pesquisa se refere à questão cultural enraizada nos bancos, principalmente os de grande porte, pois possuem uma preferência pelo alongamento da dívida a uma solução mais rápida, como a viabilização de dinheiro novo (TMA BRASIL, 2010).

A questão da pouca utilização do *DIP Financing*, previsto da LRE, por parte das empresas resulta em poucos exemplos de seu respaldo para com os credores. Além disso, a insegurança jurídica é um fator relevante, pois por mais que a LRE contemple inúmeras possibilidades de recuperação, algumas decisões de juízes, divergentes do constante na lei, deixaram as instituições financeiras receosas. Nesse sentido, comenta Bauch (2018):

[...] ao afastar o que determina a lei e encontrar um sentido não permitido pelos limites semânticos do texto com base em princípios e efeitos que não possuem suficiente densidade teórica, o julgador abre um caminho para a aplicação desmedida da lei dentro do processo de recuperação judicial, fulminando a segurança jurídica necessária para que o instituto possa cumprir seu papel.

Ao proferir uma decisão afastando o determinado em lei, o juiz não traz uma insegurança apenas às instituições bancárias, mas a todo o processo de recuperação, porquanto abre precedentes para as mais diversas compreensões sobre o tema em debate. Como, por exemplo, em decisão recente proferida pelo STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear. 2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58. 3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF. 4. No caso, foram preenchidos os requisitos do incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois "presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito

perfez a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento. 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores. 6. Recurso especial não provido. (BRASIL. STJ. Recurso Especial no REsp 1337989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018).

Aponta-se que o magistrado não considerou todos os requisitos elencados no parágrafo 1º do art. 58, os quais devem ser cumpridos cumulativamente, e optou por dar provimento à decisão, sob a ótica do “princípio da preservação da atividade empresarial”. O texto admite apenas a conclusão de que, não obtido o quórum do artigo 45, a recuperação judicial será concedida somente com a presença de todos os requisitos elencados no parágrafo 1º do artigo 58.

Ainda relacionado aos entraves alçados às instituições bancárias, está o raso conhecimento acerca do *DIP*. Atualmente, não há uma área especializada nos bancos para conduzir a concessão de crédito às empresas em recuperação judicial.

Nessa mesma ideia do pouco conhecimento da modalidade *DIP* pelos bancos estão também incluídos os fornecedores. Eles são os principais fomentadores da atividade, demandando, por consequência, a elevação do capital de giro necessário, e, desse modo, limitando os recursos da reorganização empresarial.

Esses são apenas alguns dos obstáculos impostos, certamente a aplicabilidade da LRE necessita de aperfeiçoamento, como já apontado pelos operadores do direito. Recentemente, foi encaminhado ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, um projeto de lei sob o nº 10.220/18 que trata da nova lei de falência e da recuperação judicial e extrajudicial. A discussão a seu respeito será bastante longa, mas, se aprovado, contribuirá para a sua aplicabilidade. A segurança jurídica conferida pelo projeto abrange todos os envolvidos no processo de recuperação e tem como premissa, entre outros recursos, impulsionar e promover o uso do *DIP Financing*. Assim sendo, a Lei necessita de modernização e este projeto de lei será apenas o primeiro passo para torná-la mais eficiente.

Entre as melhorias propostas no projeto de lei está a alteração do art. 69, que tratará “do financiamento do devedor e do grupo devedor durante a recuperação judicial”, conferindo maior respaldo jurídico aos financiadores das empresas em recuperação judicial e estimulando o uso do *DIP Financing*, além de ainda visar maior celeridade e credibilidade aos institutos da Recuperação Judicial e Falência.

Percebe-se, então, que apesar dos entraves existentes, é possível a utilização de financiamentos como forma de recuperação da empresa em crise. No Brasil há, no presente, poucos casos que tenham usufruído deste recurso, talvez por falta de conhecimento, mas as empresas que o utilizaram, conseguiram aumentar a sua probabilidade de recuperação, como no caso relatado a seguir, da empresa OGX Petróleo e Gás Participações S/A.

A partir de agora, se analisará o procedimento adotado pelo grupo OGPARG, controlador da empresa OGX Petróleo e Gás Participações S/A, que protocolou o pedido de recuperação judicial, Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001 TJ/RJ, em 30 de outubro de 2013 com dívidas superiores a R\$ 11,2 bilhões. Essa empresa não possuía passivos trabalhistas ou fiscais, período em que a empresa sofreu um revés em seus investimentos e, entre todos os recursos adotados para sua recuperação, aderiu a modalidade de *DIP Financing* para lograr êxito em sua recuperação.

Inicialmente, destaca-se que para fins dessa análise chamar-se-á a empresa apenas de OGX. Trata-se de uma empresa brasileira, com capital aberto e com operação no exterior, seu principal objetivo é a exploração de petróleo e de gás natural nas bacias marítimas brasileiras.

A história da OGX inicia ao final do ano de 2007, quando o seu detentor Eike Batista, sob a premissa de constituir a maior empresa petrolífera do país, procurou investidores para a realização de tal empreendimento. A captação de recursos continuou durante o ano de 2008, e nessa época, a empresa protocolou junto à CVM (Comissão de Valores Mobiliários) seu pedido de IPO (*Initial Public Offering* ou Oferta Pública de Ações). De fato, até o momento da oferta pública de ações, não havia ainda uma empresa constituída. Havia sim um projeto e concessões obtidas junto à ANP (Agência Nacional do Petróleo) para exploração de várias bacias, com estudos e estimativas otimistas de produção, a expectativa era de que a OGX figuraria entre as maiores produtoras de petróleo do mundo. Porém, após iniciar as operações nas primeiras bacias, não se concretizaram as conjecturas previstas. Por consequência do baixo faturamento, a empresa não conseguia suprir as suas

despesas e suas ações despencaram, instaurando, portanto, a sua crise e o seu consequente pedido de recuperação judicial (TERRA, 2013).

O pedido de recuperação foi feito em conformidade com os requisitos impostos pela Lei nº 11.101/2005 - LRE, estes vistos no último tópico do primeiro capítulo desse trabalho, e contemplam as empresas brasileiras OGX Petróleo e Gás Participações S.A. (OGX Participações), OGX Petróleo e Gás S.A. (OGX Petróleo e Gás) e também as internacionais, como a OGX International GMBH (OGX International) e OGX Áustria GMBH (OGX Áustria).

Uma importante decisão tomada pela empresa foi a de prognosticar e se preparar para um processo de recuperação, previamente ao seu pedido, iniciando uma reestruturação econômico-financeira, como consta do item 46 do pedido.

Item 46. As impetrantes, mesmo antes do ajuizamento desta ação, já deram início a um vigoroso programa de reestruturação econômico-financeira, certas de que lograrão êxito em mostrar a seus credores os enormes benefícios decorrentes da reestruturação de sua dívida, em comparação com o cenário de uma indesejável falência, que implicaria, necessariamente, a caducidade das concessões e, por consequência, a perda integral dos valores investidos (OGPAR, 2014, p. 13).

Percebe-se, assim, o compromisso da empresa perante seus credores, de viabilizar a melhora da sua situação e honrar seus valores, continuando a contribuir com a sua função social.

Acerca do plano de recuperação propriamente dito, muitas foram as alternativas utilizadas para compor uma recuperação viável, para essa análise irá se considerar apenas a obtenção dos empréstimos *DIP Financing*.

A fim de se verificar a importância de uso do *DIP Financing*, consta no plano de recuperação que essa modalidade foi fundamental para a obtenção dos demais empréstimos, como citado em OGPARG (2014, p. 27):

A segurança da contratação do Empréstimo DIP conferiu à OGX as condições necessárias para dar continuidade ao desenvolvimento de suas atividades, bem como à busca por novos investimentos. Nesse sentido, a OGX rapidamente se tornou mais atrativa para outros investidores, viabilizando a celebração dos instrumentos relativos aos Empréstimos-Ponte e ao Empréstimo Adicional.

Ressalta-se que a utilização dessa alternativa foi fundamental para a reestruturação da empresa. Como forma de garantia, o grupo OGX onerou alguns

de seus bens, já relacionados no plano e homologados pelo juízo, conforme os arts. 66 e 67 da LRE. Fez-se a obtenção desses recursos em 3 (três) etapas distintas e suas garantias foram relacionadas no item 4.3.5 do plano:

Item 4.3.5. Constituição das Garantias DIP. Sem prejuízo da senioridade, extraconcursalidade e correspondente proteção que recaem sobre os Recursos Novos, nos termos dos Artigos 67, 84, 85 e 149 e demais disposições legais aplicáveis da Lei de Falências, a OGX e os Garantidores, conforme aplicável, em garantia ao integral e pontual cumprimento das obrigações sob o Empréstimo DIP e Empréstimo Adicional, com autorização do Juízo da Recuperação a teor do Artigo 66 da Lei de Falências, quando aplicável, outorgaram e outorgarão as Garantias DIP, nos termos dos seguintes Contratos de Garantia DIP (OGPAR, 2014, p. 31).

Entre as garantias relacionadas pela empresa para obtenção do *DIP Financing* estão a alienação fiduciária, a cessão fiduciária e o penhor, todas realizadas através de contratos com seus investidores e, inclusive, sobre as operações da OGX e suas subsidiárias. Além de contar com a garantia fidejussória, na forma de fiança prestada por todos os garantidores.

A validação do *DIP Financing* possibilitou outra forma de obtenção de novos recursos com a aprovação do empréstimos-ponte e do empréstimo adicional. Assim, necessita-se entender o propósito de cada uma dessas alternativas e sua conceituação. Em se tratando do empréstimo-ponte, define o BNDES (2014):

Financiamento a um projeto com o objetivo de agilizar a realização de investimentos por meio da concessão de recursos no período de estruturação da operação de financiamento de longo prazo, à qual o empréstimo-ponte deve estar, necessariamente, associado.

Em outras palavras, é uma forma rápida de suprir a demanda de dinheiro, até definir a operação e obter um empréstimo de longo prazo.

No caso desse plano em análise, o empréstimo adicional se refere ao Contrato de Pré-Pagamento de Exportação, ou seja, ocorreu um adiantamento no pagamento dos produtos (petróleo ou gás) por parte dos compradores, a fim de gerar recursos para a empresa.

Conforme explana o Banco Central (2014):

O ACC (adiantamento sobre contrato de câmbio) é uma antecipação parcial ou total da moeda nacional relativa ao preço da moeda estrangeira vendida ao banco autorizado a operar no mercado de câmbio, pelo exportador, para

entrega futura, feita antes do embarque da mercadoria ou da prestação do serviço.

Trata-se de mais uma alternativa usufruída durante o plano, o qual a empresa fez uma pré-venda do seu produto e gerou receita para seu fluxo de caixa.

Sobre o *DIP Financing* foram emitidas debêntures, em 3 (três) séries, cada qual com as suas respectivas características e valores.

Como comentado anteriormente, são muitos os fatores e entraves para a obtenção deste tipo de empréstimo por parte das instituições bancárias, contudo, neste caso, obteve-se o *DIP Financing* através dos investidores externos. Para atrair esses investidores e garantir o seu recebimento, consideraram-lhes como extraconcursais, possuindo preferência no recebimento sobre os demais credores, como prevê a legislação em seus artigos 67, 84, 85 da LRE. Tal preceito consta no item 4.3.4 do plano:

Item 4.3.4. Extraconcursalidade do Empréstimo DIP. Nos termos dos Artigos 67, 84, 85 e 149 e demais disposições legais aplicáveis da Lei de Falências, as Debêntures foram emitidas no âmbito da Recuperação Judicial. O crédito correspondente às Debêntures é e sempre será considerado extraconcursal para todos os fins de direito, inclusive em caso de superveniência de falência da OGX, ainda que as Debêntures sejam subscritas pelos Credores e se verifique o Aumento de Capital Mediante Capitalização de Crédito, devendo ser pago com precedência sobre todos os Créditos Concursais e Créditos Extraconcursais, observado o disposto nos Artigos 84, 85, 149 e demais disposições aplicáveis da Lei de Falências (OGPAR, 2014, p. 31).

Mas esse não foi o único fato garantidor aos credores, como já visto, um dos pontos que deveriam ser trabalhados na estruturação de uma possível reforma na LRE é a destinação dos recursos obtidos por meio destes empréstimos. Como a LRE não possui uma orientação específica para isso, a empresa optou por inserir no plano de recuperação a destinação destes recursos, garantido a todos os credores e investidores que os recursos obtidos se destinariam à reestruturação da empresa, sem nenhum desvio de finalidade, assim como está descrito no item 4.3.3:

4.3.3. Destinação dos Recursos Novos do Empréstimo DIP. Os Recursos Novos do Empréstimo DIP, foram e serão destinados ao pagamento de obrigações extraconcursais, financiamento de determinados investimentos em capital e despesas operacionais para manutenção das atividades da OGX, bem como para o pagamento de despesas relacionadas ao presente processo de Recuperação Judicial, conforme orçamento acordado expressamente previsto na Escritura de Emissão de Debêntures e no Contrato de Subscrição (OGPAR, 2014, p. 31).

A destinação dos recursos garante uma segurança para todo o processo e também abre possibilidades para novos investidores aderirem ao plano.

Após o longo processo de reestruturação que inclusive gerou o afastamento do Sr. Eike Batista do controle acionário da empresa e alterou o nome da companhia para OGpar, na data de 02 de agosto de 2017 determinou-se o encerramento da recuperação judicial, conforme publicado em comunicado emitido pela empresa:

Rio de Janeiro, 02 de Agosto de 2017 - A Óleo e Gás Participações S.A. – Em Recuperação Judicial (Bovespa: OGXP3; OTC: OGXPY.PK) e OGX Petróleo e Gás S.A. – Em Recuperação Judicial (Bovespa: OGSA3; OTC: OXPY.PK) (respectivamente, “OGpar” e “OGX”, e em conjunto, “Companhias”), nos termos do artigo 157, parágrafo 4º da Lei nº 6.404/76 e da Instrução CVM nº 358/02 informam aos seus acionistas e mercado em geral que foi proferida, na data de hoje, decisão do Juízo da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro que decreta o encerramento do processo de recuperação judicial das Companhias, da OGX Austria GmbH e da OGX International GmbH (OGPAR, 2017, p. 1).

Após esse estudo, constata-se a importância da utilização de financiamentos para que a empresa logre êxito no processo de recuperação judicial. Ressaltam-se os diversos fatores que culminaram nessa decisão, mas certamente sem a obtenção de dinheiro novo, a fim de gerir toda a operação e cumprir com as obrigações contraídas, talvez a sua recuperação não tivesse sido tão rápida.

Felizmente, a OGpar cumpriu todas as etapas propostas no plano, reestruturando o seu controle societário e continuando o processo de extração de petróleo e gás. Certamente, este case (caso) de sucesso servirá como balizador e exemplo para outras companhias em recuperação judicial.

Estudou-se, portanto, no decorrer desse capítulo, os impedimentos relativos à obtenção de financiamento no ordenamento jurídico brasileiro, seu conceito, os impedimentos e as “travas” impostas pelas instituições bancárias às empresas em recuperação judicial. Além disso, analisou-se o plano de recuperação no qual a empresa recuperanda tenha utilizado desse e de outros recursos para ter sucesso em seu cumprimento.

4 CONCLUSÃO

Diante do momento atual e da crise econômica instaurada em nosso país, torna-se cada vez mais comum as empresas não conseguirem manter a sua saúde financeira e cumprirem as obrigações perante os credores e funcionários. Como último recurso para sair dessa crise, a empresa pode se utilizar da recuperação judicial, apresentando um plano de recuperação para aprovação de seus credores.

Por muitas vezes esse plano de recuperação é limitado e não atende à demanda crítica das empresas, fazendo com que elas busquem alternativas não tão usuais propostas pela LRE.

Já há um consenso entre alguns empresários e juristas que os procedimentos adotados no âmbito da recuperação judicial necessitam ser esclarecidos, melhor interpretados pelo Poder Judiciário e aprimorados pelo legislador, com a finalidade de fornecer maior segurança jurídica aos envolvidos no processo. Cita-se como exemplo a ser discutido a dificuldade de comunicação entre os credores e a empresa, esta comunicação atualmente se dá através de uma convocação de ofício e após reuniões presenciais para tomada de decisão por parte dos credores. Trata-se de uma etapa morosa e necessita de modernização.

Outro fator importante, merecedor de destaque, são as linhas de crédito e a dificuldade do empresário em receber uma ingestão de capital novo na empresa. Atualmente, a lei de recuperação judicial privilegia as instituições financeiras, ou seja, os contratos de alienação garantidos com a tal “trava bancária” não podem ser incluídos no rol de débitos da ação, pois eles possuem a sua autonomia de cobrança. Com a utilização dessa ferramenta, a instituição bancária retém valores essenciais para a recuperação da empresa.

Uma possível mudança na classificação da empresa perante o Banco Central, que atualmente é “H”, como analisado no trabalho, auxiliaria as empresas em crise econômico-financeira a captar recursos nas instituições bancárias. Outro ponto a ser destacado e analisado pelo Banco Central são as exigências de provisionamento, as quais travam a liberação de recursos ao empreendedor, uma política mais flexível para as empresas em crise possivelmente auxiliaria nesse processo.

Um maior incentivo aos bancos e um juro menor aos empreendedores, com linhas de crédito específicas para as empresas em recuperação judicial também são fatores a serem considerados.

Notou-se, ainda, o uso moderado da modalidade de *DIP Financing* pelas empresas ao adentrar-se na crise, talvez pela falta de conhecimento do advogado que os auxilia no processo ou devido aos poucos casos que a utilizaram. Uma regulamentação específica para esse tipo de financiamento e uma maior segurança ao investidor amparado pela lei contribuiria para que se difundisse o seu uso. Assim como no caso analisado da empresa OGX, que logrou êxito em sua recuperação, muitas outras empresas se encontram na mesma situação e poderiam se beneficiar dessa alternativa.

Conclui-se, então, que apesar de todos os avanços trazidos pela LRE desde a sua promulgação, existem ainda muitos fatores a serem revisados e aprimorados para torná-la de fato efetiva. Entretanto, acredita-se que o Poder Público já entendeu sobre a necessidade dessa revisão, e a proposição do projeto de lei, o qual visa maior segurança às negociações das empresas em recuperação judicial, transmite a ideia de que o legislador está atento e comprometido em manter viva a atividade de empreender.

Além disso, embora sejam poucos os casos de financiamentos, se o Poder Judiciário zelar para que eles sejam bem sucedidos, priorizando uma interpretação da LRE conforme o princípio da função social da empresa, isso fará com que a credibilidade dos financiadores aumente, beneficiando, assim, as empresas que, de boa-fé, tentam se recuperar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AS CONTROVÉRSIAS Relacionadas à Trava Bancária no Âmbito da Recuperação Judicial. **Revista Brasileira do Direito comercial**, Porto Alegre, v. 8, 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **FAQ - Câmbio - Exportação e importação**.

Brasília, DF, set. 2014. Disponível em:

<https://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/expimp.asp>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. **FAQ - Empréstimos e financiamentos**. Brasília, DF, mar. 2018. Disponível em:

<https://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/servicos9.asp> Acesso em 31 out. 2018

_____. **Resolução nº 2682, de 21 de dezembro de 1999**.

Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Brasília, DF, dez. 1999. Disponível em:

<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf>. Acesso em: 11 Out. 2018.

BAUCH, Leandro Araripe Fragoso. **O instituto da recuperação judicial e a (in)segurança jurídica**. Conjur, 2018. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2018-jul-03/leandro-bauch-recuperacao-judicial-inseguranca-juridica>>. Acesso em: 13 Out. 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar PLC 10220/2018**.

Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=165883>. Acesso em: 01 nov. 2018. Texto Original.

BRASIL. **Decreto nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Brasília, DF, fev 2005. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. STJ. **Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no REsp 1482441 / PE 2014/0238964-4**. Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ: 16/09/2015. STJ, 2018.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1482441&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. **STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial**: AgRg no REsp 1337989 / SP 2011/0269578-5. Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 04/06/2018. STJ, 2018.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1337989&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 nov. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Lições de direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo Atlas 2015.

FREITAS, Elaine Cristina Ferreira de; PEREIRA, Frank Sérgio. Função social da empresa. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 7, n. 13, p. 54-62, 2º semestre 2004.

HANOFF, Roberta Volpato. **O que é Recuperação Extrajudicial e quais as vantagens para a sua empresa?** Florianópolis: Studio Estratégia – Advocacia e Governança Corporativa, 2017. Disponível em:

<<http://www.studioestrategia.com.br/o-que-e-recuperacao-extrajudicial/>>. Acesso em: 25 set. 2018.

INVESTEDUCAR. **O que são Commercial Papers?** São Paulo: Investeducar, 2014.

Disponível em: <<https://www.investeducar.com.br/o-que-sao-commercial-papers/>>. Acesso em: 31 out. 2018.

JARDIM, Maria Augusta B. C.; MILANO, Ingrid A. A aplicação dos princípios da função social e da preservação da empresa na recuperação judicial. **FESP/PR Publica**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 1-7, 2017. Disponível em:

<<http://publica.fesp.br/index.php/publica/article/view/79/13>> Acesso em: 02 set. 2018

MARTINS, Adriano de Oliveira. **Recuperação de empresa em crise: a efetividade da autofalência no caso de inviabilidade da recuperação**. Curitiba: Juruá, 2016.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, volume 1. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016

OGPAR. **Plano de Recuperação Judicial OGX**. Rio de Janeiro: OGPARG, 2014. Disponível em: <http://ri.ogpar.com.br/download_arquivos.asp?id_arquivo=ED6725E9-25B7-4812-847D-C728CD09E767>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. **Encerramento do processo de Recuperação Judicial**. Rio de Janeiro: OGPARG, 2017. Disponível em: <http://ri.ogpar.com.br/download_arquivos.asp?id_arquivo=B4AB3393-DB51-484C-BD74-75F648B9AE93>. Acesso em: 18 out. 2018.

PACHECO, F. D. B. **Os efeitos da recuperação judicial de empresas**. Goiânia: BPA Advogados associados, 2017. Disponível em: <<http://bpaadvogados.com.br/os-efeitos-da-recuperacao-judicial-de-empresas/>>. Acesso em: 22 set. 2018

RECUPERAÇÃO. In: **Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa**. Porto: Porto, 2003-2018. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/recuperao>>. Acesso em: 18 out. 2018.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas: de acordo com a Lei 11.101/05 de 09.02.2005**. São Paulo: Manole, 2008. Disponível em: <<https://ucsvirtual.ucs.br/startservico/PEA/>>. Acesso em: 07 set. 2018.

SANDES. Leonardo de Almeida Sandes. A trava bancária. Estado de Minas. **Caderno de Opinião**, 2011.

SEBRAE. **O que é Sociedade de Propósito Específico (SPE) e como funciona**. Brasil: SEBRAE, 2018. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-sao-sociedades-de-proposito-especifico,79af438af1c92410VgnVCM100000b272010aRCRD>> Acesso em: 31 out. 2018.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.) **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

SOUZA, Nathália Guerra de; SANTOS, Jonábio Barbosa dos. A Lei de Falência e Recuperação de Empresas e sua Contribuição para a Materialização da Função Social da Empresa. **Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor**, Porto Alegre, v. 1, p. 118-134, 2014.

SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.) **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 219-269.

TERRA. **Entenda o que deve ocorrer com OGX após recuperação judicial**. São Paulo: Terra, 2013. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/economia/entenda-o-que-deve-ocorrer-com-ogx-apos-recuperacao-judicial,6fb036951c802410VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 18 out. 2018.

TMA Brasil. **Financiamento de Empresas em Recuperação Judicial: Importância, Dificuldades e Estímulos**. São Paulo: TMA Brasil - Comitê de Soluções Financeiras, 2010. Disponível em:

<http://www.tmabrasil.org/sites/default/files/imce/materias/papers/paper_financiamento_da_recuperacao.pdf>. Acesso em: 12 out 2018.

TMF Group. **DIP Financing: uma importante opção para recuperação judicial de empresas no Brasil**. São Paulo: TMF Group, 2017. Disponível em:

<<https://www.tmf-group.com/news%20insights/articles/2017/november/dip%20financing%20brazil/>>. Acesso em: 12 out. 2018

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**, v. 3: falência e recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAISBERG, Ivo; FRANCO, João Roberto Ferreira. Provisão bancária e recuperação judicial. **Valor Econômico**, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em

<<https://www.valor.com.br/legislacao/4612563/provisao-bancaria-e-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 10 out. 2018.