



Princípios Latino-Americanos para a Celebração de Acordos Extrajudiciais de Reestruturação Financeira*

2 de outubro de 2024

* Este documento foi elaborado por Aurelio Gurrea Martínez e Adolfo Rouillon. Por seus valiosos comentários e sugestões, os autores gostariam de expressar sua gratidão aos numerosos colegas e amigos do Instituto Ibero-Americano de Direito e Finanças e, em particular, a Daniel Carnio Costa, Cristian Díaz Ordóñez, Juan Luis Goldenberg, Susana Hidvegi, Carlota Palazzo, Bruno Pineda, Nicolás Polanía, Sheila Christina Neder Cerezetti, Paúl Noboa Velasco, Luis Manuel Meján, Nydia Remolina, Francisco Satiro e Omar Victoria Contreras. Estamos muito gratos a Daniel Carnio Costa e Sheila Christina Neder Cerezetti pela assistência na tradução deste documento para português, e a Cristian Díaz Ordóñez e Carlota Palazzo pela assistência na preparação da tradução deste documento para inglês.

Motivação

O Direito concursal pode ter um impacto significativo no crescimento e na competitividade de um país, na medida em que pode afetar variáveis essenciais para a promoção do seu crescimento econômico, tais como o acesso ao crédito (que dependerá em grande parte do tratamento que os credores recebam em caso de insolvência do devedor), ou o empreendedorismo, a inovação, a utilização de dívida ou o início oportuno do processo (os quais são fatores que, em boa medida, dependerão do tratamento recebido pelo devedor no processo concursal).¹ Portanto, a concepção e a eficiência de um sistema concursal afetam a economia de um país, mesmo que um devedor não atenda ao pressuposto objetivo para utilizar os procedimentos concursais e, assim, estes não sejam empregados. De fato, esses últimos cenários podem ser consequência, precisamente, de uma regulamentação concursal pouco eficiente e atraente, que motive devedores e credores a evitarem os processos dessa natureza a todo custo ou a assumirem níveis subótimos de dívida e risco, a fim de minimizar o risco de crise econômico-financeira.²

Nas últimas décadas, diversos países da América Latina, incluindo Argentina, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, Guatemala, México, Panamá, Peru, República Dominicana e Uruguai, realizaram reformas significativas em seus sistemas concursais. Apesar de tais esforços legislativos, os procedimentos concursais continuam sendo subutilizados na maioria dos países da América Latina.³ A título de exemplo, o México – apesar de ser a maior economia da América Latina depois do Brasil – teve uma média anual de cerca de 40 processos dessa natureza no período compreendido entre 2000 e 2020.⁴ Em outros países, como é o caso do Equador, os números têm sido ainda menores, com o registro de um total de 27 pedidos de abertura de procedimentos de reorganização no período entre 1997 e 2021.⁵ No caso de países como Argentina, Brasil, Chile e Colômbia, o número de processos concursais é consideravelmente

¹ Aurelio Gurrea Martínez, *Objetivos y fundamentos del Derecho concursal*, em Aurelio Gurrea Martínez e Adolfo Rouillon (dirs.), *DERECHO DE LA INSOLVENCIA: UN ENFOQUE COMPARADO Y FUNCIONAL* (Bosch, 2022) p. 29.

² Stijn Claessens e Leora F. Klapper, 'Bankruptcy around the world: explanation of its relative use' (2005) 7 *American Law and Economics Review* 253; Marco Celentani, Miguel García Posada e Fernando Gómez Pomar, 'The Spanish Business Bankruptcy Puzzle and the Crisis' (2010) FEDEA Documento de trabajo 11; Aurelio Gurrea Martínez, 'La escasa utilización de los procedimientos concursales: Causas, implicaciones y la necesidad de un cambio de paradigma en el estudio y el diseño del Derecho concursal en Iberoamérica' (2017) 1 *Estudios de Derecho Empresario* 49.

³ No caso da pessoa física e, em particular, da pessoa física não empresária, muitos países latino-americanos nem sequer possuem um processo concursal.

⁴ IFECOM, 'Estadísticas en materia concursal' (www.ifecom.cjf.gob.mx/resources/PDF/informesEst/2.pdf).

⁵ Nesse sentido, ver a Explicação dos Motivos do Decreto-Lei de Reestruturação Empresarial proposto pelo Governo do Equador em 2023 (<https://asobanca.org.ec/wp-content/uploads/2023/07/Decreto-Ley-Reestructuracion-Empresarial.pdf>).

superior ao de outros países da região.⁶ De todo modo, levando em consideração o número de empresas nesses países, as cifras relativas dos procedimentos concursais empresariais continuam sendo inferiores às observadas em outras economias de tamanho semelhante.⁷

O escasso uso dos procedimentos concursais deve-se, provavelmente, a uma combinação de fatores econômicos, culturais e institucionais. Entre eles, sem dúvida, estão o estigma da insolvência e a aversão de devedores e credores aos processos concursais que, embora às vezes associada a fatores sociológicos ou culturais, podem refletir ainda um problema institucional: a existência de procedimentos pouco atrativos para devedores, credores ou ambos.⁸ Na maioria dos países da América Latina, os processos concursais são lentos, caros e complexos. Além disso, por vezes carecem de ferramentas efetivas que permitam a reorganização de empresas viáveis e evitem o comportamento oportunista de devedores ou credores. Tudo isso, logicamente, aumenta o medo e a aversão quanto aos processos concursais por parte de todos os agentes econômicos.

A subutilização do direito concursal e a baixa atratividade dos procedimentos concursais não apenas trazem consequências prejudiciais para devedores e credores envolvidos em uma situação de crise, mas também, como mencionado, afetam os níveis gerais de empreendedorismo, inovação, competitividade e acesso ao crédito em um país. Além disso, na medida em que a eficiência do direito concursal afetará o montante recuperado pelos credores expostos a um devedor em crise, um sistema concursal ineficiente também pode levar ao aumento dos créditos irrecuperáveis das instituições bancárias, atingindo, assim, a estabilidade

⁶ Por exemplo, no Brasil foram apresentados 1.405 pedidos de recuperação judicial e 983 pedidos de falência em 2023 (<https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>). En Argentina, em período de 2016-2019 foram abertos 5.407 concursos preventivos e falências em apenas três jurisdições (Cidade de Buenos Aires e províncias de Buenos Aires e Córdoba). Neste sentido, ver Centro de Economía Política Argentina, 'Concursos preventivos y quiebras de empresas entre 2016 y 2020' (<https://centrocepa.com.ar/informes/272-concursos-preventivos-y-quiebras-de-empresas-entre-2016-y-2020.html>). Na Colômbia, foram apresentados 1.420 pedidos de reorganização em 2023 (https://www.larepublica.co/empresas/se-presentaron-mas-solicitudes-de-insolvencia-empresarial-en-2023-que-en-pandemia-3866177#:~:text=En%20Colombia%2C%20con%20corte%20a,dura%20de%20la%20historia%20reciente.)). No Chile, segundo estatísticas da Superintendência de Insolvência e Reempreendedorismo, apenas 49 processos de reorganização empresarial foram iniciados em 2023. No entanto, foram registrados 1.098 processos concursais de liquidação. Portanto, os números agregados de processos concursais continuam a ser notavelmente superiores aos observados em outros países da região.

⁷ Para uma análise pioneira acerca do uso relativo de processos concursais ao redor do mundo, ver Stijn Claessens e Leora F Klapper, 'Bankruptcy around the World: Explanations of Its Relative Use' (2005) 7(1) *American Law and Economics Review* 253. Deve-se levar em conta, no entanto, que o referido estudo foi realizado de acordo com a legislação falimentar que existia antes da onda de reformas concursais que foram realizadas na América Latina no final dos anos 90 e início do século XXI. Como consequência destas reformas e da maior atratividade dos processos concursais após algumas delas, o número de processos aumentou significativamente em alguns destes países, como evidenciado pela experiência de países como o Brasil, Chile e Colômbia.

⁸ Aurelio Gurrea-Martínez, *REINVENTING INSOLVENCY LAW IN EMERGING ECONOMIES* (Cambridge University Press, 2024) pp. 285-290.

do sistema financeiro. Portanto, o desenho de um procedimento concursal eficiente e atrativo é fundamental para o crescimento e a competitividade de uma economia.

No entanto, os procedimentos concursais não são os únicos mecanismos para solucionar as possíveis dificuldades financeiras que um devedor possa ter. Junto a eles, existem outros procedimentos, às vezes qualificados como "híbridos", que contêm elementos dos procedimentos concursais formais (como a existência de suspensão de execuções ou de regra de maioria para a aprovação de um plano), conquanto geralmente sejam negociados fora do processo concursal.⁹ Esses procedimentos híbridos incluem os acordos extrajudiciais sujeitos à homologação judicial previstos em países como Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Uruguai e República Dominicana, que, em certa medida, assemelham-se aos "pre-packs" dos Estados Unidos.

Da mesma forma, outra figura fundamental para resolver situações de crise econômico-financeira que, no entanto, é subutilizada na América Latina são os acordos extrajudiciais de reestruturação financeira ("workouts"). Por meio desses mecanismos, devedores e credores alcançam uma solução negociada para o problema das adversidades financeiras sem qualquer tipo de intervenção judicial. De fato, com raras exceções, os acordos extrajudiciais de reestruturação financeira nem sequer costumam ser regulados na legislação concursal. Normalmente, são promovidos através de princípios ou boas práticas publicados por Bancos Centrais, associações profissionais ou organismos internacionais.

O uso de acordos extrajudiciais de reestruturação financeira é uma tendência crescente em nível internacional, que complementa – e não substitui – os procedimentos concursais formais e que apresenta notáveis benefícios como mecanismo de solução de crise, especialmente em jurisdições que não possuem um sistema concursal eficiente, como ocorre na maioria dos países da América Latina. Com efeito, a celebração de um acordo extrajudicial de reestruturação financeira apresenta inúmeras vantagens, entre as quais está a de evitar os custos econômicos e reputacionais de um processo concursal, o que pode ser benéfico para todas as partes envolvidas, ao evitar a destruição de valor e, assim, favorecer a maximização do grau de satisfação dos credores e a reorganização de empresas viáveis que estejam enfrentando

⁹ Para uma análise de procedimentos híbridos e outros mecanismos alternativos de reorganização empresarial, ver Adolfo Rouillon, *Mecanismos alternativos de reorganización de empresas: acuerdos extrajudiciales y procedimientos híbridos*, em Aurelio Gurrea Martínez e Adolfo Rouillon (dirs.), *DERECHO DE LA INSOLVENCIA: UN ENFOQUE COMPARADO Y FUNCIONAL* (Bosch, 2022) pp. 225-269.

problemas financeiros. Além disso, esses acordos possuem um grau de flexibilidade e confidencialidade que, normalmente, falta nos procedimentos concursais formais. Mais importante ainda, é necessário considerar que os procedimentos concursais costumam ser necessários quando há uma coletividade de credores e os comportamentos oportunistas de alguns deles, ou os custos de coordenação entre todos os credores, dificultam a realização de um acordo que seja benéfico para todas as partes envolvidas. Portanto, o uso de ferramentas concursais que, por exemplo, permitam suspender o início de ações judiciais contra o devedor ou substituir a regra da unanimidade pela regra da maioria pode ser necessário para se alcançar um acordo que permita a reestruturação de uma empresa viável com dificuldades financeiras. Da mesma forma, as ferramentas concursais podem ser necessárias para outros fins, como a destituição de administradores que não sejam honestos ou competentes, a revisão de transações prejudiciais ou oportunistas realizadas pouco antes do concurso, ou o acesso a normas especiais que favoreçam a obtenção de financiamento por empresas em crise.

A despeito disso, a maioria das empresas da América Latina são microempresas e pequenas e médias empresas que, por definição, têm poucos credores. De fato, mesmo as empresas latino-americanas de maior porte geralmente têm uma estrutura de dívida concentrada nas mãos de alguns credores principais. Portanto, os problemas de coordenação que existem em empresas com uma estrutura financeira mais dispersa, como se observa em grandes companhias de capital aberto de países como os Estados Unidos (o que, precisamente, justifica a abertura de um procedimento de natureza coletiva como o concurso de credores), não existem no caso da maioria das empresas latino-americanas. O maior grau de concentração de dívida existente nas empresas da América Latina facilita a negociação entre o devedor e os credores e torna a celebração de um acordo extrajudicial de reestruturação financeira muito mais factível, desde que haja um clima de confiança e cooperação entre o devedor e os credores e se busque a reorganização de uma empresa que seja economicamente viável e, portanto, tenha maior valor em funcionamento do que em liquidação,¹⁰ o que será o resultado desejado não só para o devedor, mas também para a coletividade creditícia.¹¹

¹⁰ Quanto ao conceito de empresa viável, ver Michelle, J. White, 'Corporate Bankruptcy as a Filtering Device: Chapter 11 Reorganization and Out-of-Court Debt Restructuring' (1994) 10(2) *Journal of Law, Economics, and Organization* 169; John Armour, 'The Law and Economics of Corporate Insolvency' (2001) ESRC Centre for Business Research University of Cambridge, Working Paper 197, p. 4.

¹¹ É claro que outra condição essencial para o sucesso dos acordos extrajudiciais é o ambiente regulatório. Por exemplo, em algumas jurisdições, os administradores de empresas insolventes têm o dever de iniciar processo concursal ou podem ser pessoalmente responsáveis por novas dívidas contraídas pela empresa, o que pode desencorajar acordos extrajudiciais. Da mesma forma, existem regulamentações de natureza diversa, como tributárias, trabalhistas, societárias e administrativas, que desestimulam ou, pelo menos, não promovem a celebração de acordos extrajudiciais. Portanto, os países que desejem incentivar ativamente a conclusão de acordos extrajudiciais de reestruturação financeira deveriam realizar uma revisão global do seu ambiente legal e institucional, a fim de

Para facilitar esse clima de confiança que favoreça a celebração de acordos extrajudiciais entre devedores e credores e, assim, evitar os custos econômicos, temporais e reputacionais associados à abertura de um processo concursal que, às vezes, pode não ser desejável nem necessário para resolver os problemas de crise do devedor, o Instituto Ibero-Americano de Direito e Finanças decidiu criar um grupo de trabalho com o propósito de publicar este documento.¹² Nele, além dos motivos que fundamentam os acordos extrajudiciais de reestruturação financeira (especialmente no contexto das empresas latino-americanas), elaboramos uma série de princípios que denominamos “*Princípios Latino-Americanos para a Celebração de Acordos Extrajudiciais de Reestruturação Financeira*”.

Esses princípios foram elaborados a partir da análise das principais práticas e documentos sobre acordos extrajudiciais de reestruturação financeira publicados internacionalmente, entre os quais se incluem: (i) os Princípios para a Celebração de Acordos Extrajudiciais de Reestruturação Financeira promovidos pelo Banco da Inglaterra (“London Approach”)¹³; (ii) os Princípios Globais para a Celebração de Acordos Extrajudiciais publicados pela INSOL International¹⁴; (iii) os Princípios Asiáticos de Acordos Extrajudiciais publicados pelo *Asian Business Law Institute* e pelo *International Insolvency Institute*¹⁵; (iv) a “caixa de ferramentas” sobre acordos extrajudiciais do Banco Mundial¹⁶; (v) o documento sobre acordos extrajudiciais elaborado pelo *Financial Stability Board*¹⁷; e (vi) os Princípios para a Celebração de Acordos Extrajudiciais de Reestruturação Financeira publicados pela Associação de Bancos de Singapura¹⁸. Após uma análise desses

identificar e, quando apropriado, remover obstáculos regulatórios que possam existir para o alcance desses acordos. Para uma análise das medidas que poderiam ser tomadas e dos obstáculos que deveriam ser removidos, ver Adolfo Rouillon, *Mecanismos alternativos de reorganización de empresas: acuerdos extrajudiciales y procedimientos híbridos*, em Aurelio Gurrea Martínez e Adolfo Rouillon (dirs.), *DERECHO DE LA INSOLVENCIA: UN ENFOQUE COMPARADO Y FUNCIONAL* (Bosch, 2022) pp. 260-269.

¹² Embora alguns dos princípios propostos neste documento sejam aplicáveis a todos os tipos de devedores, os principais destinatários destes princípios são as empresas e, sobretudo, as empresas que assumem a forma de sociedade comercial.

¹³ Bank of England, ‘The London Approach’ (1993) Quarterly Bulletin 110-115 <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/quarterly-bulletin/1993/the-london-approach.pdf>>.

¹⁴ INSOL International, ‘Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts II’ (*INSOL International*, 2017).

¹⁵ International Insolvency Institute and Asian Business Law Institute, ‘Guide on Conducting an Out-of-Court Workout in Asia’ (2022) <<https://abli.asia/abli-publications/guide-on-conducting-an-out-of-court-workout-in-asia/>>

¹⁶ World Bank Group, ‘A Toolkit for Corporate Workouts’ (2022) <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36838/A-Toolkit-for-Corporate-Workouts.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

¹⁷ Financial Stability Board, ‘Thematic Review on Out-of-Court Corporate Debt Workouts’ (2022) <https://www.fsb.org/2022/05/thematic-review-on-out-of-court-corporate-debt-workouts/#:~:text=FSB%20jurisdictions%20have%20adopted%20a,in%20response%20to%20COVID%2D19._>

¹⁸ The Association of Banks in Singapore, ‘Principles & Guidelines for Restructuring of Corporate Debt’ <<https://abs.org.sg/docs/library/principles-amp-guidelines-for-restructuring-of-corporate-debt/1eea89f299c69658b7dff00006ed795.pdf>

documentos, selecionaram-se as práticas que, em nossa opinião, podem ter maior adequação ao contexto latino-americano e incluíram-se ou expandiram-se alguns princípios que acreditamos serem essenciais para a bem-sucedida celebração de um acordo extrajudicial de reestruturação financeira.

PRINCÍPIOS LATINO-AMERICANOS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS DE REESTRUTURAÇÃO FINANCEIRA

A) Início e adequação do acordo extrajudicial de reestruturação financeira

Princípio 1. Adequação do acordo extrajudicial de reestruturação financeira. Quando uma empresa estiver enfrentando ou preveja enfrentar dificuldades financeiras, recomenda-se que examine a adequação de celebrar, com todos ou vários de seus credores, um acordo extrajudicial de reestruturação financeira antes de requerer a imediata abertura de um processo concursal.

Princípio 2. Viabilidade econômica e financeira do devedor. Um acordo extrajudicial de reestruturação financeira só deve ser considerado se a empresa que enfrenta problemas financeiros for economicamente viável e gerar ou espera gerar no futuro fluxo de caixa suficiente para cumprir com as obrigações assumidas no acordo.

B) Deveres dos devedores e credores durante a negociação

Princípio 3. Boa-fé e confidencialidade. As negociações entre o devedor e os credores devem ser realizadas de boa-fé para se alcançar uma solução viável e construtiva. As partes deverão preservar a confidencialidade tanto das informações prestadas durante a negociação como dos acordos e propostas destinados à celebração do acordo de reestruturação.

Princípio 4. Deveres do devedor: informação e transparência. O devedor deve fornecer aos credores e seus assessores todas as informações que possam ser relevantes para tomarem uma decisão informada no processo de negociação. Durante o período de negociação, o devedor deverá assumir, entre outros, os seguintes compromissos: (i) não iniciar um processo concursal; (ii) não realizar atos que excedam o curso normal dos negócios ou operações societárias extraordinárias; e (iii) não alterar a situação econômica ou jurídica que os credores tinham no início da negociação.

Princípio 5. Deveres dos credores: cooperação e trégua. Os credores participantes do acordo têm o dever de cooperar com o devedor, bem como entre si, com o objetivo de alcançar a bem-sucedida reestruturação financeira do devedor. Para facilitar esse objetivo, recomenda-se que, desde o início da negociação, os credores celebrem um pacto de não agressão (“moratória” or *standstill*) no qual se comprometam a não pedir a abertura de processo concursal com relação ao devedor nem iniciar ou continuar ações de execução contra o patrimônio do devedor durante

um prazo determinado que seja suficiente para a preparação e consideração do acordo de reestruturação. Além disso, recomenda-se que o acordo estabeleça as possíveis causas que permitam a rescisão antecipada da moratória, assim como a possibilidade de se prorrogar o prazo da moratória por acordo das partes.

C) Participação de comitês e especialistas

Princípio 6. Criação de um comitê de credores e possível designação de um credor “líder”.

Quando houver uma multiplicidade de credores que impeça a comunicação eficaz e dificulte a negociação entre o devedor e os credores, recomenda-se a criação de um comitê de credores que, se for o caso, possa ser representado por um “credor líder”, a fim de garantir a fluidez na troca de informações e facilitar a realização dos pactos necessários para a conclusão do acordo de reestruturação.

Princípio 7. Intervenção de consultores jurídicos e financeiros. Recomenda-se que o devedor e os credores estejam assistidos por consultores jurídicos e financeiros que tenham uma reconhecida trajetória e reputação profissional e um elevado conhecimento técnico na área de reestruturações, finanças corporativas, contabilidade, governança corporativa e direito concursal.

Princípio 8. Intervenção de mediadores e árbitros. Recomenda-se a designação de mediadores independentes quando a falta de confiança ou as dificuldades de comunicação entre as partes possam dificultar a celebração de um acordo que seja benéfico para o devedor e para os credores. Também é recomendável contar com a possibilidade de se submeter à arbitragem a resolução das disputas que possam surgir entre as partes durante a negociação do acordo de reestruturação.

Princípio 9. Remuneração de profissionais envolvidos. Recomenda-se que, no início da negociação, sejam estabelecidas as condições de remuneração e pagamento dos honorários dos profissionais envolvidos e, se for o caso, prevejam-se outros gastos que possam surgir até a celebração do acordo de reestruturação. Também é recomendável acordar como devem ser distribuídos e suportados os gastos e honorários decorrentes da participação de mediadores e outros especialistas independentes, bem como outros custos derivados de serviços profissionais prestados no interesse comum. Salvo acordo em contrário entre as partes, recomenda-se que os gastos ocasionados pela participação de mediadores e outros especialistas independentes que

atuem no interesse coletivo do devedor e dos credores, assim como os honorários devidos aos possíveis consultores do comitê de credores (se existir), sejam assumidos pelo devedor. Além disso, recomenda-se que os custos de assessoria jurídica e financeira prestada individualmente ao devedor e a cada um dos credores sejam assumidos por cada uma das partes que contratem tais serviços profissionais.

D) Administração e financiamento do devedor

Princípio 10. Administração e representação do devedor. Recomenda-se que, durante a negociação do acordo extrajudicial de reestruturação financeira, a empresa devedora continue sendo gerida por seus próprios administradores. No entanto, em casos nos quais haja falta de confiança nos administradores ou, no seu caso, sócios controladores do devedor, recomenda-se a designação de um especialista independente para atuar como supervisor do devedor durante o processo de negociação do acordo.

Princípio 11. Financiamento do devedor e tratamento do dinheiro novo. É recomendável que o novo financiamento obtido pelo devedor durante o processo de negociação do acordo extrajudicial de reestruturação financeira tenha uma classificação preferencial na ordem de prioridade dos créditos, seja mediante a concessão de uma garantia real sobre os bens livres do devedor (se houver) ou por meio de um acordo dos credores envolvidos na negociação que, voluntariamente, decidam subordinar seus créditos preexistentes aos novos créditos eventualmente contraídos pelo devedor durante o período de negociação do acordo.