



Universidade de São Paulo
Faculdade do Direito do Largo São Francisco
DCO5925 – Direito Societário e Empresa em Crise
Docentes Responsável:
Professor Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo
Seminarista: Paula Cristina Mariano Marques

A decisão da sociedade pela falência ou pela RJ

14/09/2020

Organograma da apresentação

- 1 • Introdução
- 2 • Requisitos da RJ e da Falência
- 3 • Decisão pela RJ ou pela Falência
- 4 • Mudança no curso do processo
- 5 • Bibliografia

Introdução

Preferência pela RJ em prejuízo da falência – função social da empresa.

“A destruição de riqueza e bem-estar criados com o exercício da empresa, somado ao fato de que estas, sociedades ou não, têm função e responsabilidade social, levou ao abandono, pelas legislações europeias, da ideia de que era melhor retirar do mercado aqueles comerciantes falidos, os menos eficientes na preservação da atividade, ou mais propensos a assumir riscos, de forma a sanear mercados. Se for possível preservar o exercício de atividades econômicas, balizadas por ações mais cautelosas, inequívoco que a adoção de medidas para preservar as empresas em crise, desde que viáveis, é solução mais adequada.”

- Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005 / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg 220.

Introdução

Preferência pela RJ em prejuízo da falência – função social da empresa.

“Com a fonte produtora em atuação, respeitados os postos de trabalho e dada a devida atenção aos interesses dos credores, torna-se possível buscar finalidades a longo prazo, a serem atingidas com a preservação da empresa, aqui entendida como atividade empresarial (ou seja, no sentido funcional, de acordo com os conhecidos perfis de Asquini).

A ambição do legislador não se esgota no resultado momentâneo, embora necessário. Quer estender-se no tempo, viabilizando a continuação do exercício da atividade, o que se dará com a recuperação da empresa, ou mesmo – tão ambiciosa é a meta – até se vier a ser decretada sua falência.”

- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, n.60, Abr./2013, p.307.

Requisitos da Recuperação Judicial

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda 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 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. (Renumerado pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Requisitos da Falência

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

- I – por deliberação da assembleia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;
- II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;
- III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;
- IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do **caput** do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do **caput** do art. 94 desta Lei.

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

- I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;
- II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;
- III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: (...)

Decisão pela RJ ou pela Falência

“O conjunto de institutos e normas relativos ao reconhecimento de situações de insolvência e insolvabilidade, estas, causas de liquidação do negócio, enquanto aquelas, dado não configurarem estado de patrimônio negativo, permitem planejar a recuperação da empresa, não pode ignorar os efeitos e as consequências das medidas que recairão sobre pessoas com diferentes interesses na solução da dificuldade. De um lado, os sócios das sociedades, mesmo aquelas em que a limitação da responsabilidade pelas obrigações sociais é limitada, em face da possível perda do investimento; de outro, os credores, porque conforme a probabilidade de recuperar os créditos, imputarão, ao precificar o risco, todos os custos de transação ou efeitos ex post de suas decisões. Também não convém, para desestimular comportamentos negligentes ou oportunistas, conceder benefícios econômicos sem impor aos administradores ou empresários, o dever, e portanto o ônus de, no uso de recursos escassos, agirem com cautela e eficiência na sua alocação.

O sistema escolhido em cada país pelos legisladores, deve sopesar as opções entre liquidação e recuperação de maneira a não onerar a sociedade com a outorga de benefícios privados. Esse o enfoque adotado nos comentários que se seguem, eficiência e distribuição de benefícios e ônus na recuperação judicial da empresa em crise.”

- Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005 / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg 220.

Decisão pela RJ ou pela Falência – Sociedade

Enquanto o pedido de Recuperação Judicial dá preferência para a manutenção do devedor na administração do negócio e permite uma chance de soerguimento, a decisão dos administradores e sócios pelo pedido de autofalência deve ponderar:

- Afastamento do devedor de suas atividades
- Vencimento antecipado de dívidas
- Apuração de responsabilidade dos sócios e administradores
- Responsabilidade penal

OBS: art. 122, IX – competência privativa da assembleia geral

Decisão pela RJ ou pela Falência – Poder Judiciário

Enunciado 44 da I Jornada de Direito Comercial:

“A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.”

Enunciado 46 da I Jornada de Direito Comercial:

“Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.”

Decisão pela RJ ou pela Falência – Poder Judiciário

“O Juiz, ao receber os autos para examinar a deliberação da assembleia, exerce, como não poderia deixar de ser, o controle de legalidade afeto à função jurisdicional. (...) O controle judicial deve referir-se à legalidade das deliberações”.

“Ao ingressar na análise econômico-financeira do plano o juiz estará ultrapassando o limite correspondente ao controle da legalidade. Estará penetrando no exame do mérito das negociações, e este é um terreno reservado exclusivamente às partes. Não lhe cabe substituí-las, e sim verificar se o acordo a que chegara tem ou não respaldo jurídico.”

- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, n.60, Abr./2013, p.307.

Decisão pela RJ ou pela Falência – Credores

Os vários interesses de grupos (credores, trabalhadores) declarados são sintetizados na ideia da preservação da empresa, verdadeiro ponto comum de encontro desses interesses. É aí e só aí que presume a Lei haver convergência entre esses interesses durante o processo de recuperação da empresa. Essa presunção é correta. Interesses de credores, interesses de trabalhadores e mesmo interesses de acionistas minoritários podem divergir bastante durante o processo de recuperação de empresa. Enquanto para o primeiro grupo a recuperação pode e deve ser – e com frequência é – um instrumento momentâneo, não necessariamente duradouro de preservação e garantia de seus créditos, para o segundo e terceiro grupos a manutenção duradoura da unidade produtiva é mais relevante. Entre esses últimos a convergência não é absoluta: enquanto os trabalhadores, no caso típico, não precisam se preocupar com recuperação da lucratividade a curto prazo, que pode levar a administração a assumir posturas empresariais arriscadas, para os minoritários a lucratividade a curto prazo é talvez o único e principal objetivo.

- Calixto Salomão Filho em Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005 / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg 220.

Mudança no curso do processo

Assembleia geral, durante o processo recuperatório, curvou-se à evidência de não existir mais a possibilidade de reorganizar a empresa, deliberando pela sua falência, e nisso o *quorum* fora pinçado na presença dos credores, mas não há uma vinculação e submissão do juízo na decisão a ser tomada.

Decerto, a assembleia constatou alguma condição ou fato superveniente que enseja o imediato estado falimentar, a fim de não onerar ainda mais a empresa e dificultar o recebimento dos créditos.

A expressão soberania da assembleia geral, em sua decisão, não significa, em absoluto, que o Juízo da recuperação estará diante de camisa de força. Compete-lhe avaliar o terreno, verificar todas as hipóteses e, se for viável, reconvocar assembleia para dispersar dúvidas, calibrar ergonomia, otimizar resultados, a fim de que conclua, de forma justa e fundamentada, em torno da quebra.

Competirá ao juízo refletir, com base em dados concretos, a conveniência e oportunidade de se decretar a quebra e se o custo-benefício superar a simples pretensão de recuperação, quando então o estado provisório de crise irá se revelar definitivo.

Os motivos ensejadores da deliberação da assembleia poderão ser revistos pelo juízo, acaso não se convença dessa situação: porém, deverá fundamentar a respectiva decisão, para que nela sobejem elementos convincentes, adstritos à realidade empresarial.

Nesse aspecto, ao colocar o juízo imposição de mero observador, descurou-se o legislador de atribuir relevância no seu papel, o que não se justifica, em razão da especialização de varas e câmaras especializadas, daí por que comporta a análise judicante o exame dos pressupostos do estado falimentar.

TOLEDO, Paulo Campos Salles de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 5ª ed. Coord. Paulo Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abraão. São Paulo, Saraiva, 2016, pg. 305.

Bibliografia

- ADAMS, Edward S.; Finche, Jason K, Coordinating Cross-Border Bankruptcy: How Territorialism Saves Universalism, Columbia journal of European Law, 2008-2009, vol15.
- ÁLVAREZ, Manuel María Sánchez. “Modelos de insolvencias transfronterizas y conceptos de centro de intereses principales y establecimiento”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n. 11, 2009.
- BENEDETTELLI, Massimo V. “Centro degli interessi principali del debitore e fórum shopping nella disciplina comunitária delle procedure di insolvenza transfrontaliera”. Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, n. 2, 2004.
- CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013.
- CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; SATIRO, Fernando. “A Insolvência Transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação”. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles e SATIRO, Fernando (Org). Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.121-140
- CLARK, Leif. M. Ancillary and Other Cross-Border Insolvency Cases Under Chapter 15 of the Bankruptcy Code. Newark: LexisNexis, 2008.
- DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. A universalidade do juízo da recuperação judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- FARIA, José Eduardo. O Estado e o Direito depois da crise. São Paulo: Saraiva, 2011.
- Fletcher, Ian F., Insolvency in Private International Law, 2^o. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- FUMAGALLI, Luigi. “Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza”. Rivista di Diritto Processuale, n. 3, 2001.
- Hannan, Neil - Cross-border insolvency _ the enactment and interpretation of the UNCITRAL Model Law-Springer (2017)
- Kilborn, Jason; Markell, Hon. Bruce A.; Wessels, Bob-International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters-Oxford University Press (2009).
- LOPUCKY, Lynn M. Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach", Cornell Law Review, v. 84, 1998.
- MACIAS, Isabel Candelario. A articulação entre o Regulamento (CE) n. 1.346/2000, relativo aos processos de insolvência comunitários, e a Ley n. 22/2003, sobre o regime concursal espanhol. Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, n. 155/156, ano XLIX, agosto-dezembro/2010.
- MART, P. St. J. International Insolvency: ancillary winding up and the foreign corporation. International and Comparative Law Quarterly.
- MUNIAIN, Roman Oriá Fernandez. La quebra internacional. Revista de derecho privado, febrero, 1998.

Bibliografia

- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Um estudo sobre as empresas multinacionais no Brasil. Rev. adm. empres. [online]. 1976, vol.16, n.1, pp. 42-45, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rae/v16n1/v16n1a06.pdf>, acessado em 01/10/2013.
- POTTOW, John A. E. “Procedural incrementalism: a model for internacional bankruptcy”. Virginia Journal of International Law, vol. 45, n. 4, 2005.
- REGULAMENTO EUROPEU (CE) n° 1.346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000.
- RECHATEINER, Beat Walter. “Homologação de sentenças estrangeiras no Brasil: breves considerações”. Revista Direito e Desenvolvimento, v. 3, n. 5, jan./jun., 2012.
- _____. “A insolvência internacional sob a perspectiva do direito brasileiro”. In: Paiva, Luiz Fernando Valente de (Ed.). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- STARACE, Vincenzo. “La disciplina comunitária delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere”. Rivista di Diritto Internazionale, n. 2, 2002.
- TOLEDO, Paulo Campos Salles de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 5ª ed. Coord. Paulo Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abraão. São Paulo, Saraiva, 2012.
- _____. *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo. Quartier Latin: 2012.
- _____. *A Reforma da Lei de Falências e a experiência do Direito Estrangeiro*. In: Revista do Advogado 36. São Paulo: AASP, 1992.
- _____. *A Disciplina Jurídica das Empresas em Crise no Brasil: Sua Estrutura Institucional*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 122, 2001.
- _____. *Recuperação judicial: a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE*. In: Revista do Advogado 83, São Paulo: AASP, 2005.
- _____. *A Lei de Recuperação de Empresas: uma visão geral*. In: Revista Jurídica UniCOC 2. Ribeirão Preto: UniCOC, 2005.
- _____. *Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas*. In: Revista do Advogado 105. São Paulo: AASP, 2009.
- UNCITRAL. Lei Modelo sobre Insolvência Transfronteiriça. Disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law, acessado em 30.05.2020.
- VALVERDE. Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falências. Volume I. 3ª edição. São Paulo: Forense, 1962.
- WARREN, Elizabeth. “Bankruptcy Policymaking in an imperfect world”. Michigan Law Review, pp. 336-387.