

COLETÂNEA DA ATIVIDADE NEGOCIAL

ANDRÉ LEMOS JORGE

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

NEWTON DE LUCCA

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RENATA MOTA MACIEL

(ORGANIZADORES)



LVII. Concessão da recuperação judicial e convalidação da recuperação judicial em falência

Marcelo Barbosa Sacramone

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/05, consagrou a empresa como importante instrumento de política pública e de desenvolvimento econômico nacional.

Separada do conceito de empresário, a empresa, concebida juridicamente em seu perfil funcional como atividade econômica, foi elevada a fim para a tutela dos interesses de todos os por ela afetados. Sua preservação assegura não apenas os interesses dos credores na maior satisfação de seus créditos, mas também dos empregados na manutenção de seus postos de trabalho, dos consumidores com a redução de preços e aumento da concorrência, e da coletividade em que inserida em virtude da manutenção dos contratos e da circulação de riqueza.

Diante de crise econômico-financeira que acomete o empresário devedor e que poderá ser apenas temporária e reversível, a Legislação conferiu a recuperação judicial como alternativa ao empresário para superá-la. Para que não se estimulasse o comportamento oportunista do credor em resistir à composição individual para obter todas as vantagens da reestruturação da dívida enquanto os ônus fossem suportados por apenas alguns credores, o instituto da recuperação judicial foi criado como uma forma de permitir a negociação coletiva com todos os credores.

Essa negociação coletiva somente poderia ser realizada mediante a criação de um ambiente favorável a tanto. Os custos de transação foram reduzidos, com o controle da simetria informacional por meio do administrador judicial; desestimularam-se os comportamentos oportunistas dos credores, com a determinação de suspensão de todas as ações e execuções em face da recuperanda por 180 dias; e organizou-se o processo de negociação com o estabelecimento de uma Assembleia Geral de Credores e quóruns de votação.

Entretanto, a recuperação judicial, com a manutenção do empresário devedor na condução de sua atividade, nem sempre será o melhor para a proteção dos interesses públicos a que o instituto foi destinado. Os problemas que causaram a crise econômica do devedor podem não ser transitórios ou superáveis, mas poderão ser decorrentes de uma ineficiência do empresário, de falhas gerenciais ou da inadequação dos produtos ou serviços às necessidades dos consumidores.

Nessa situação de inviabilidade da condução da atividade econômica conforme plano de recuperação judicial, a falência poderá ser economicamente mais eficiente à proteção de todos os interesses. A atividade econômica poderá ser preservada por meio de sua transferência a outro empresário que a desenvolva de forma mais eficiente.

A liquidação dos ativos na falência permitiria a diverso empresário adquirir o conjunto de ativos para desempenhar a atividade, com a melhor alocação dos diversos fatores de produção. Se inadequada a atividade à demanda do mercado, mesmo a liquidação separada dos ativos permitirá melhor alocação dos recursos escassos, simplesmente por meio do aproveitamento dos bens úteis em finalidade diversa e que melhor os aproveite.

A concessão de uma recuperação judicial de um empresário com atividade econômica inviável apenas acarretaria maior perda de valor a todos os envolvidos. A manutenção de uma atividade ineficiente consome os recursos escassos. O não adimplemento dos contratos permite ganho de vantagem competitiva em relação aos demais, com prejuízos à livre concorrência. O não recolhimento de impostos impede a destinação de recursos pelo Estado à mitigação dos problemas sociais e e benefício da coletividade em que a empresa atua. Por fim, a não retirada do agente econômico deficitário ainda implica aumento do risco do crédito, com redistribuição dos referidos custos a todos, mas notadamente aos empresários mais necessitados e com maior possibilidade de inadimplemento, o que reduz a possibilidade de sucesso mesmo das recuperações judiciais de atividades econômicas viáveis e afeta os próprios postos de trabalho que se procurava, num primeiro momento, preservar.

A experiência do Decreto-Lei 7.661/45 e que atribuiu ao Judiciário o poder de preservar a atividade e assegurar a proteção dos interesses de todos os afetados, mediante a concessão da concordata ao comerciante de boa fé, revelou-se um fracasso. A falta de estrutura adequada para se

aferir a viabilidade da atividade desenvolvida pelo devedor, a assimetria informacional e a onerosidade para obtê-la fizeram com que o Judiciário resolvesse os danos aos interesses apenas imediatamente perceptíveis, descurando dos efeitos de longo prazo. A concordata revelou-se, assim, um mecanismo comumente utilizado pelos devedores com atividades inviáveis para prosseguirem atuando, mesmo com agravamento da crise e deterioração do patrimônio garantidor dos credores.

Diante desse cenário, a alocação do poder pela Lei 11.101/05 foi realizada de forma a concentrar a decisão da viabilidade ou não da atividade do empresário devedor naqueles que sofreriam todos os seus efeitos imediatos. Os credores obteriam todos os benefícios de uma decisão correta e suportariam todos os custos de eventual insucesso imediatamente com a redução do patrimônio do devedor e, por consequência, do montante de adimplemento de seus créditos. Teriam, assim, os maiores incentivos econômicos a tomarem a decisão mais consciente.

Desta forma, o art. 58 da Lei 11.101/05 conferiu à maioria dos credores sujeitos à recuperação judicial o poder de aprovar o plano de recuperação judicial ou convolar o processo de recuperação em falência. A aprovação poderá resultar da falta de objeção oposta pelos credores, o que demonstra a concordância tácita desses aos termos propostos no plano de recuperação judicial pelo devedor.

Poderá resultar também da aprovação da maioria dos credores em Assembleia Geral dos Credores. Referida aprovação poderá ocorrer nos termos do art. 45 da Lei 11.101/05. Por esse quórum ordinário de aprovação, todas as classes dos credores sujeitas à Assembleia devem aprovar o plano de recuperação judicial, por maioria. Essa maioria será contada entre os presentes na Assembleia Geral na classe dos credores trabalhistas e dos empresários de pequeno porte e microempresários, independente do valor de crédito. Nas classes dos credores titulares de créditos assegurados por garantia real e dos credores quirografários, a maioria necessária para a aprovação será tanto de credores presentes na Assembleia Geral quanto maioria dos créditos presentes da respectiva classe.

Além do quórum ordinário, a aprovação poderá ser pelo quórum alternativo, conhecido por *cram down*. Para tanto, será considerado aprovado o plano que, deliberado pela Assembleia Geral de Credores, tenha obtido, cumulativamente, o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia,

independentemente de classes; a não rejeição da maioria das classes de credores presentes; na classe que houver rejeitado o plano, tenha ocorrido voto de pelo menos 1/3 dos credores e/ou dos créditos, conforme a classe analisada, e, se nessa classe, não tiver ocorrido tratamento diferenciado entre os credores.

Caso obtida a aprovação do plano de recuperação judicial, o juiz deverá conceder a recuperação judicial, mesmo que a atividade empresarial seja inviável economicamente. Não lhe é atribuída qualquer discricionariedade para sua concessão ou para a convalidação da recuperação judicial em falência.

A Assembleia Geral de Credores é autônoma para deliberar sobre a viabilidade econômica, mas permite, como qualquer outro negócio jurídico, a verificação dos requisitos de validade pelo judiciário por ocasião de eventual homologação¹. Ao Judiciário compete apenas verificar eventual abuso de direito do próprio devedor, ao contrariar princípios cogentes e pressupostos da recuperação judicial ao propor seu plano de recuperação judicial, ou eventual abuso dos credores, ao votar com má-fé, sem avaliar sua melhor posição enquanto credor.

Não obtida a aprovação do plano de recuperação judicial pela deliberação assemblear dos credores, a recuperação judicial será convalidada em falência, conforme art. 73 da Lei 11.101/05. Além da rejeição, a decretação da falência poderá ocorrer caso os credores, a qualquer momento durante o procedimento recuperacional, deliberem por maioria a decretação da falência; caso o plano de recuperação judicial não seja tempestivamente apresentado; se as obrigações vencidas durante os dois anos do período de fiscalização não forem cumpridas; ou se houver o reconhecimento de quaisquer dos pressupostos da decretação da falência em razão de crédito não sujeito à recuperação judicial.

Na hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência, ainda que tenha ocorrido a novação pela recuperação judicial anteriormente aprovada, as obrigações do devedor serão reconstituídas nas condições originalmente contratadas. A novação recuperacional é condicionada à não decretação da falência durante o período de fiscalização. Caso ocorra essa convalidação, serão apenas deduzidos os valores eventualmente pagos

¹ Enunciado 44 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ: “a homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade”.

durante a recuperação judicial aos credores para a devida verificação dos créditos no procedimento falimentar, mas os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação judicial presumem-se válidos, a menos que praticados em conluio fraudulento para prejudicar a coletividade dos credores.

Referência e sugestão de leitura para aprofundamento

SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo, Saraiva, 2018.

O título dado a esta obra: “Coletânea da Atividade Negocial” é, indubitavelmente, uma justa homenagem à memória do saudoso professor Sylvio Marcondes. Fora ele quem, na Exposição de Motivos do então Projeto de Código Civil, que se converteu na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (atual Código Civil brasileiro, em vigor desde 11 de janeiro de 2003), haveria de esclarecer, de forma lapidar: “Do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de atividade negocial, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar. A partir dos verbetes, escolhidos com o objetivo de tratar de questões atuais sobre a empresa, os agentes econômicos e a atividade negocial, buscou-se apresentar os principais temas do direito empresarial contemporâneo.

Organizadores

