

INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL NO SISTEMA LUSO-BRASILEIRO

Jean Carlos Fernandes



D'PLÁCIDO
EDITORA

Insolvência Empresarial no Sistema Luso-Brasileiro

Jean Carlos Fernandes



Copyright © 2014, D'Plácido Editora.
Copyright © 2014, Jean Carlos Fernandes.

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtor Editorial

Tales Leon de Marco

Capa

Tales Leon de Marco

(Sobre imagem de Sxc.hu)

Diagramação

Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



D'PLÁCIDO
EDITORA

Editora D'Plácido

Av. Brasil, 1843, Savassi

Belo Horizonte - MG

Tel.: 3261 2801

CEP 30140-002

Catálogo na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica

Fernandes, Jean Carlos.

Insolvência Empresarial no Sistema Luso-Brasileiro -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-007-3

1. Direito Comercial 2. Falência de empresas 3. Insolvência I. Título II. Direito Comercial III. Insolvência Empresarial

CDU349

CDD 342.2

“(…) Nada é realmente novo e sem precedentes, e nada desaparece sem deixar vestígios.”

Zygmunt Bauman

Nota do autor

O presente trabalho surge como resultado final de um estudo desenvolvido no âmbito do curso de pós-doutoramento em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no período de abril de 2013 a abril de 2014, originalmente intitulado *A insolvência empresarial no direito brasileiro e a experiência portuguesa: uma análise da delimitação do princípio da preservação da empresa em um Estado Democrático de Direito, sob a supervisão do Professor Doutor Alexandre Soveral Martins*.

Penso que um sistema de insolvência deve se orientar pela distribuição dos riscos, previsibilidade, tratamento justo e transparência, no âmbito de uma economia de mercado, na busca da preservação da unidade produtiva viável e na maximização do valor dos ativos em uma liquidação célere e eficiente.

Mas, como ninguém caminha sozinho, devo agradecer às pessoas e entidades que contribuíram para a realização da pesquisa e ao longo da minha vida acadêmica e profissional.

Primeiramente, agradeço a Deus por todas as alegrias, pela saúde e pela força que me concedeu, para que conseguisse chegar até aqui. Ao Divino Espírito Santo, luz na minha vida.

Gostaria de agradecer ao Professor Doutor Alexandre Soveral Martins por todo o apoio e também por ter me ajudado durante o período em que estive na Universidade de Coimbra.

À Faculdade de Direito de Coimbra, nas pessoas dos Professores Doutores Rui Cunha Martins e Jónatas Machado pela oportunidade que me concederam na aceitação do meu projeto de pesquisa para o curso de pós-doutoramento e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais – Fapemig pelo fomento concedido.

Também gostaria de agradecer a meus pais, Jésus Dias Fernandes e Sebastiana Catariana Fernandes por tudo aquilo que me ensinaram e pelos muitos momentos de dificuldades que enfrentamos, mas que não impediram que me dessem todos os apoios necessários, financeiro e humano, desde o início na Escola Estadual Dom Carloto, em Caratinga, Minas Gerais.

Outro agradecimento em especial para a minha querida esposa Carla e nossas filhas Estela e Betina, pelo apoio constante e com as escusas pelo tempo furtado de suas companhias durante o período em que estive em Coimbra.

Belo Horizonte, julho de 2014.

Jean Carlos Fernandes.

Sumário

Prefácio	11
Apresentação	15
1. Introdução	17
1.1. A interlocução entre Direito, Economia e Judiciário no sistema de insolvência empresarial.....	17
1.2. A distribuição dos riscos e a necessária simetria de informações na insolvência empresarial.....	18
1.3. Os objetivos de um sistema de insolvência empresarial eficiente.....	20
1.4. O papel do Judiciário em um ambiente de insolvência empresarial.....	26
2. O regramento dogmático da recuperação judicial de empresas no direito brasileiro	29
2.1. Os destinatários do regime recuperacional brasileiro.....	29
2.2. A recuperação judicial ordinária.....	34

2.3. A recuperação judicial simplificada para microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).....	47
2.4. A recuperação extrajudicial.....	51
2.5. As posições particularizadas de alguns credores na recuperação judicial de empresas.....	56
2.5.1. O disposto no § 5º do artigo 49 da Lei n. 11.101/2005.....	56
2.5.2. Os créditos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação.....	61
2.5.3. A disciplina dos créditos fiscais na recuperação judicial de empresas	65
2.5.4 O credor titular da posição de proprietário fiduciário na recuperação judicial da empresa: uma análise da cessão fiduciária de títulos de crédito (trava bancária) e a posição do Superior Tribunal de Justiça.....	71

3. A delimitação do princípio da preservação da empresa no regime de recuperação de empresas instaurado no direito brasileiro e a experiência portuguesa.....79

3.1. Questão de ordem: o conteúdo normativo dos princípios.....	79
3.2. Premissas desafiadoras.....	84
3.3. Primeira premissa: a recuperação da empresa viável em crise e o princípio da preservação da empresa.....	87
3.4. Segunda premissa: falência célere e eficiente no pagamento dos credores e na preservação produtiva dos bens do devedor insolvente.....	104

3.5. Terceira premissa: a conciliação de múltiplos interesses no sistema de insolvência empresarial, respeitando-se as garantias creditícias.....	116
3.6. O modelo português e a mudança de paradigma.....	126
Conclusões.....	137
Bibliografia.....	141

Prefácio

Foi com grande satisfação que recebi e aceitei o convite para apresentar, através deste prefácio, a obra do Professor Doutor Jean Carlos Fernandes, intitulada “Insolvência empresarial no sistema Luso-Brasileiro”. Essa satisfação justifica-se, antes de mais, por ver publicado um estudo que será certamente muito apreciado pelos juristas de língua portuguesa e por todos os que se interessam pelo direito da insolvência.

O trabalho realizado pelo Professor Doutor Jean Carlos Fernandes será útil tanto aos práticos do direito como aos que procuram olhar além da espuma dos dias que cobre as dificuldades que envolvem as economias brasileira e portuguesa. Com efeito, a obra que estou a prefaciá-la não se limita a percorrer as soluções legais. Tem um horizonte muito mais largo. Nela vemos feito o enquadramento histórico e dogmático dos problemas, sendo evidente que o autor não se fica pela árvore, mas conhece bem a floresta. As primeiras páginas logo o mostram, pois revelam como a articulação entre Direito e Economia é fundamental quando estão em causa as vertentes do jurídico que envolvem as empresas. E essa articulação está presente ao longo do texto. É o que vemos, por exemplo, na análise que é efetuada ao regime a que estão sujeitas as companhias aéreas quanto à suspensão de ações e execuções.

O voo da águia é ainda identificável na enumeração e análise de um conjunto de premissas que ajudam a

compreender as soluções legais. Tais premissas são assim apresentadas: “a recuperação da empresa viável em crise e o princípio da preservação da empresa”; “falência célere e eficiente no pagamento dos credores e na preservação produtiva dos bens do devedor insolvente”; “a conciliação de múltiplos interesses no sistema de insolvência empresarial, respeitando-se as garantias creditícias”.

As preocupações práticas estão, no entanto, sempre presentes. Para além de nos dar uma panorâmica geral do andamento do processo de recuperação judicial ordinária do direito brasileiro, o autor também nos brinda com um estudo do regime da recuperação judicial simplificada para microempresas e empresas de pequeno porte. E, mesmo aqui, somos constantemente solicitados a questionar o que resulta da lei. É isso que vemos, designadamente, na identificação de inconstitucionalidades resultantes de tratamento mais desfavorável das micro e pequenas empresas.

Um livro como o prefaciado não poderia deixar de lado a recuperação extrajudicial de empresas. A exigência de homologação do acordo privado permite que a desconfiança perante soluções extrajudiciais seja atenuada. É, precisamente, por dar grande relevo ao enquadramento jurídico da recuperação de empresas que o Professor Doutor Jean Carlos Fernandes se debruça em profundidade sobre os preceitos que, em Portugal, regulam o Processo Especial de Revitalização e o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial.

Uma parte considerável da obra é dedicada ao estudo dos “créditos garantidos por penhor, sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários”. E bem, pois é sabido que essas são garantias muito utilizadas no que poderemos chamar “grandes negócios”, permitindo muitas vezes evitar que seja exigido o assumir de responsabilidades pessoais por sócios, administradores ou gerentes. Aqui, como noutros passos do livro, o Professor

Doutor Jean Carlos Fernandes dialoga com os contributos de outras arenas jurídicas. Assim, o leitor interessado é solicitado a confrontar as soluções do direito brasileiro com as que resultam da Diretiva 2002/47/CE sobre acordos de garantia financeira e é convocado a olhar para o regime europeu das insolvências transfronteiriças (Regulamento 1346/2000), recordando-nos que este último é um tema importantíssimo em economias cada vez mais abertas.

A perspetiva crítica adotada revela-se também na apreciação efetuada ao enquadramento jurídico dos créditos fiscais na recuperação judicial de empresas. O autor considera mesmo existir um “injustificado privilégio”. É, aliás, um tema que muito interessa aos juristas portugueses, pois também no retângulo lusitano se discutem “privilégios” paralelos.

Neste livro, é-nos constantemente fornecida informação pertinente acerca de decisões judiciais relevantes para os assuntos abordados. O autor mostra estar a par, aliás, de importantes e atuais sentenças, como se comprova através do estudo relativo à cessão fiduciária de títulos de crédito, e não se fecha à doutrina estrangeira, antes com ela dialogando.

Por tudo o que se disse acima, é de prever que este “Insolvência empresarial no sistema Luso-Brasileiro” faça um belo caminho. Nada que me surpreenda, pois foi-me dada a grata oportunidade de ter sido orientador do Professor Doutor Jean Carlos Fernandes durante a sua estadia na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para a realização do seu pós-doutoramento. Ao longo das nossas conversas, logo se evidenciaram o espírito arguto e a solidez dos conhecimentos do distinto jurista.

Assim, só posso terminar com os votos de que continue a escrever e a publicar.

Coimbra, Pátio das Escolas, em julho de 2014.

Alexandre Soveral Martins

Professor Doutor da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Apresentação

Este trabalho do Doutor Jean Carlos Fernandes vem mais uma vez confirmar inteiramente a aposta do Programa de Pós-Doutoramento por parte do instituto *Ius Gentium Conimbrigae*, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no sentido de incentivar a investigação científica de excelência por académicos de estatura reconhecida, num ambiente de fraterna e mutuamente enriquecedora interação crítica e dialógica. A este nível, o Programa auto-compreende-se essencialmente como discussão entre pares, tendo por objetivo desenvolver uma ampla e diversificada rede de parceiros da discussão jurídica coimbrã (*Socii in Collatione Juridica Conimbrigensi*) que se encontram para explorar, debater e investigar, num clima de inteira liberdade intelectual e a partir de diferentes perspetivas, os mais prementes temas da atualidade nas áreas da democracia e dos direitos humanos. No imediato, o resultado pretendido é elaboração e publicação de artigos científicos e monografias de elevado nível como esta que agora se submete à publicidade crítica. A médio e longo prazo temos em vista aprofundar a aproximação entre instituições académicas e docentes universitários. Para já, resta-nos expressar o nosso gozo por mais esta obra que vê a luz do dia.

Jónatas Machado

Professor Associado
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1.1. A interlocução entre Direito, Economia e Judiciário no sistema de insolvência empresarial

Para a apreensão dos postulados do sistema de insolvência empresarial são decisivos os conselhos de Cesare Vivante, no sentido de que deve o estudioso do direito comercial conhecer a fundo a estrutura técnica e a função econômica dos institutos que pretende abordar.

A correta compreensão dos institutos jurídicos é inerente ao operador do direito, ainda mais quando estreitamente entrelaçados com questões de ordem econômica. É importante, assim, o estudo do novo sistema recuperacional e falimentar na fronteira do Direito e da Economia ou, como muitos preferem, a partir da Análise Econômica do Direito.¹

¹ CASTELAR e SADDI esclarecem o uso da expressão “análise econômica do direito”, uma das vertentes de *Law & Economics*. “Sua tradução mais literal é ‘Direito e Economia’, e é ela que será usada no livro. Mas acreditamos ser preciso justificar tal escolha. Claramente, a expressão em português, apesar de sua tradução fiel, não denota o mesmo sentido de uma outra expressão, que é “Análise Econômica do Direito”. Alguns autores brasileiros preferem o termo Economia do Direito’, enquanto outros ainda ‘Direito do desenvolvimento’. Não há, evidentemente, expressão melhor ou pior; decerto que é equivocada a expressão ‘Direito Econômico’ como conceituada nas

Um sistema de insolvência deve se orientar pela distribuição dos riscos, previsibilidade, tratamento justo e transparência entre os interessados, no âmbito de uma economia de mercado², procurando preservar a unidade produtiva viável e maximizar o valor dos ativos em uma liquidação célere e eficiente, com um Judiciário consciente do seu papel para o desenvolvimento econômico.

É importante, pois, analisarmos cada uma dessas vertentes: distribuição dos riscos, eficiência e o papel do Judiciário.

1.2. A distribuição dos riscos e a necessária simetria de informações na insolvência empresarial

No tocante à distribuição dos riscos na relação que se estabelece entre devedor e seus credores, a capacidade destes de iniciar procedimentos legais contra aquele para apresentar as suas pretensões reduz o risco do empréstimo e, consequentemente, aumenta a oferta de crédito e dos investimentos.³

A previsibilidade das regras de repartição dos riscos deve ser clara na legislação falimentar. Os credores e terceiros

faculdades de Direito, porque esta cuida da intervenção do Estado na Economia, da matéria de leis que se aplicam à concorrência, por vezes à regulação, à moeda ou ao crédito” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, Introdução, p. XXVII).

² FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL. *Pour des Procédures D’Insolvabilité Ordonnées et Efficaces*. Département juridique Fonds monétaire international 2000. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>.> Acesso em: 14 junho 2013.

³ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook_s.pdf.> Acesso em: 14 junho 2013.

interessados estão frequentemente em condições para gerir os seus riscos quando a aplicação dessas regras é bastante previsível. No entanto, quando as regras ou a sua execução, são dificilmente previsíveis, todos os credores e terceiros interessados perdem a confiança e estão menos dispostos a investir e, em especial, conceder crédito.⁴

Ademais, uma característica comum a todos os processos de insolvência empresarial é a sua natureza coletiva, devendo conferir, por isso, tratamento eficiente e justo⁵ aos credores em uma mesma situação. No interesse dos credores, no entanto, a legislação deve procurar coibir fraudes e favoritismos que frequentemente se encontram em empresas enfrentando dificuldades financeiras.

Finalmente, e não menos importante, tem-se a transparência decorrente das informações simétricas. Durante

⁴ “8) Segurança jurídica: deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes” (BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC nº 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet (MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 343-383).

⁵ Analisando o binômio eficiência/justiça, Rachel Sztajn esclarece, citando George, J. Stigler, que “se a eficiência é fundamental para o economista, a justiça é o elemento que rege a discussão jurídica; que a dificuldade está em ajustar a eficiência econômica, que parte de comportamentos reacionais, com a busca por justiça (talvez se referisse à justiça distributiva) baseada no comportamento humano, e que este, o comportamento humano, não é determinado de forma tão rigorosa como se predica em Economia, pois há pessoas para as quais riqueza importa pouco ou nada, outras que não detêm informações, e que tais pessoas nunca celebrarão acordos ótimos, notadamente se operarem em situações novas ou não-falimárias” (SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2006, n. 144, pp. 221-235).

A perspectiva crítica adotada revela-se também na apreciação efetuada ao enquadramento jurídico dos créditos fiscais na recuperação judicial de empresas. O autor considera mesmo existir um ‘injustificado privilégio’. É, aliás, um tema que muito interessa aos juristas portugueses, pois também no retângulo lusitano se discutem ‘privilégios’ paralelos.

Neste livro, é-nos constantemente fornecida informação pertinente acerca de decisões judiciais relevantes para os assuntos abordados. O autor mostra estar a par, aliás, de importantes e atuais sentenças, como se comprova através do estudo relativo à cessão fiduciária de títulos de crédito, e não se fecha à doutrina estrangeira, antes com ela dialogando.

Por tudo o que se disse acima, é de prever que este Insolvência empresarial no sistema Luso-Brasileiro faça um belo caminho.”

Alexandre Soveral Martins

Professor Doutor da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livriadplacido.com.br

ISBN 9788584250073



9 788584 250073