

RECURSO ESPECIAL Nº 707.158 - SP (2004/0167980-2)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
REL. P/ : **MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL**
ACÓRDÃO : **CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**
RECORRENTE : PRIMAFER INC S/A
ADVOGADO : MIGUEL PEREIRA NETO E OUTRO
RECORRENTE : EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S/A
ADVOGADO : JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI E OUTRO(S)
RECORRIDO : LOJAS ARAPUÃ S/A E OUTRO
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)
ASSISTENTE : CPE PARTICIPAÇÕES S/A
ADVOGADO : LUIZ AUGUSTO DE SOUZA QUEIROZ FERRAZ E OUTRO
ADVOGADA : VALENTINA AVELAR DE CARVALHO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. DECRETAÇÃO. PELO JUÍZO ORIGINÁRIO NA VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 7.661/1945. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONCESSÃO DE CONCORDATA PREVENTIVA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.101/2005. IMPOSSIBILIDADE. *TEMPUS REGIT ACTUM*. INVIABILIDADE DA CONCORDATÁRIA EM CUMPRIR AS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS.

1. Inviável aplicar-se, *in casu*, a Lei nº 11.101/2005, pois não se divisa na hipótese questão de direito intertemporal, uma vez que a *quaestio* volta-se ao princípio do *tempus regit actum*, máxime pelo fato de a estreita via do recurso especial impedir sua aplicação à norma ainda não vigente.

2. Em sendo o Decreto-lei nº 7.761/45 o instrumento legal vigente à época do julgado, estando patenteadada a inviabilidade da concordatária em cumprir as obrigações assumidas no pedido formulado e tratando-se de processo falimentar que vem se arrastando há onze anos, merece reforma o julgado recorrido, uma vez que o Juiz de Primeiro Grau, com acerto, já decretara a falência.

3. Ante o exposto, conheço dos recursos especiais e dou-lhes provimento.

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os senhores ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos recursos especiais e dar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias, que lavrará o acórdão.

Votou vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

Brasília, 03 de março de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS
(JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 707.158 - SP (2004/0167980-2)

RECORRENTE : PRIMA FER INC S/A
ADVOGADO : MIGUEL PEREIRA NETO E OUTRO
RECORRENTE : EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S/A
ADVOGADO : JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI E OUTRO(S)
RECORRIDO : LOJAS ARAPUÃ S/A E OUTRO
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)
ASSISTENTE : CPE PARTICIPAÇÕES S/A
ADVOGADO : LUIZ AUGUSTO DE SOUZA QUEIROZ FERRAZ E OUTRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por LOJAS ARAPUÃ S/A e ARAPUÃ COMERCIAL S/A contra decisão que rescindiu a concordata da empresa, decretou a falência e declarou ineficaz a transferência do ativo da concordatária à co-recorrente, ARAPUÃ COMERCIAL S/A (fls. 166/175).

A empresa LOJAS ARAPUÃ S/A requereu, em 22 de junho 1998, a concessão de concordata preventiva, propondo o pagamento de seus débitos no prazo de dois anos, na proporção de 40% no primeiro ano, e de 60% no segundo (fls. 178/188). O pedido foi inicialmente deferido (fls. 206/211).

Em 31 de julho de 2002, após inúmeras vicissitudes, o Juízo da Sexta Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo decidiu que "tendo em vista o não pagamento das prestações pela concordatária, impositiva a rescisão da concordata e conseqüente decreto de quebra, com fundamento nos arts. 150, inciso I e § 3º e 175, § 1º, inciso I e § 8º, todos da Lei de Falências". Acrescentou, ainda, que "incabível o acolhimento do plano de reestruturação apresentado pela concordatária. Na vigente legislação falimentar, a concordata já é um favor legal conferido ao comerciante insolvente, sendo que inexistente amparo legal para a imposição do plano de reestruturação aos credores não aderentes. (...) Não se trata, é óbvio, de impor a vontade da minoria dos credores à maioria deles, diante do grande percentual dos credores optante ao plano apresentado. À toda evidência, trata-se de rescisão de concordata decorrente do inadimplemento daquilo que a impetrante propôs-se a fazer quando ajuizou o seu pedido em 22 de junho de 1998. (...) Patenteada a inviabilidade da concordatária cumprir as obrigações assumidas no pedido que formulou, dado o não pagamento dos débitos no prazo proposto e os resultados de seus balancetes, que há muito demonstram a existência de prejuízo constante, deixaram de existir os pressupostos para manutenção do favor legal." (fls. 166/175)

Superior Tribunal de Justiça

O Tribunal de origem deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelas empresas (fls.02/26), restabelecendo a concordata preventiva, conforme acórdão assim ementado:

Concordata preventiva - convolação em falência - fundamento de falta de pagamento e de condições, bem como impossibilidade de impor à minoria o plano de recuperação adotado pela maioria - se o plano de recuperação não havia sido aprovado, não se podia decretar a quebra sob a alegação da falta de pagamento que dele dependia - se a concordata é um concurso de credores que devem ser colocados em igualdade de condições e a falência é uma execução coletiva, pode sim ser imposta à minoria a vontade da maioria e nunca o inverso - doutrina e jurisprudência - recurso provido (fls. 777/790)

As partes opuseram embargos de declaração (fls. 793/797, 801/805, 807/817). Foram acolhidos os embargos das agravantes, LOJAS ARAPUÃ E ARAPUÃ COMERCIAL, e rejeitados os aclaratórios da PRIMAFER INC. S.A. e EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A., restando a decisão assim ementada:

Embargos de declaração - Inconformismo manifestado sobre a forma de pedido para suprimento de omissões e esclarecimento de contradições - desnecessidade de específica manifestação sobre diversos dispositivos legais, bastando a decisão sobre a tese jurídica - embargos de declaração das agravantes pleiteando apenas o reforço nos argumentos para rebater os embargos das agravadas - recursos das agravantes acolhido e rejeitados os das agravadas. (fls. 822/829)

Inconformadas, as agravadas interpuseram recursos especiais, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF, alegando, em síntese, respectivamente:

- PRIMAFER INC. S.A.: a) violação ao art. 535, I, do CPC; b) negativa de vigência aos arts. 150, I e 175, § 1º, I e § 8º, do Dec-lei 7.661/1945, visto que a agravante deixou de depositar de forma integral as parcelas a que se obrigou quando da impetração do favor legal; c) que o plano de reestruturação da empresa, o qual deveria contar com a concordância de todos os credores, prevê a transferência de todos os ativos e recebíveis à empresa subsidiária, implicando o esvaziamento do patrimônio das LOJAS ARAPUÃ em prejuízo dos credores, pois os efeitos da concordata não atingem diretamente a subsidiária; d) contrariedade aos arts. 74 e 177 do Dec-lei 7.661/1945, visto que, somente após a decretação da quebra e atuação do síndico, a Concordatária terá condições de demonstrar de forma válida e eficaz a possibilidade de continuidade de seus negócios, podendo socorrer-se dos institutos jurídicos da concordata suspensiva ou da continuação dos negócios da empresa; e) existência de divergência jurisprudencial.

- EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A.: a) vulneração dos arts. 150, I e 175, § 1º, I e § 8º do Dec-lei 7.661/1945, pois a ausência do depósito em dinheiro pela

Superior Tribunal de Justiça

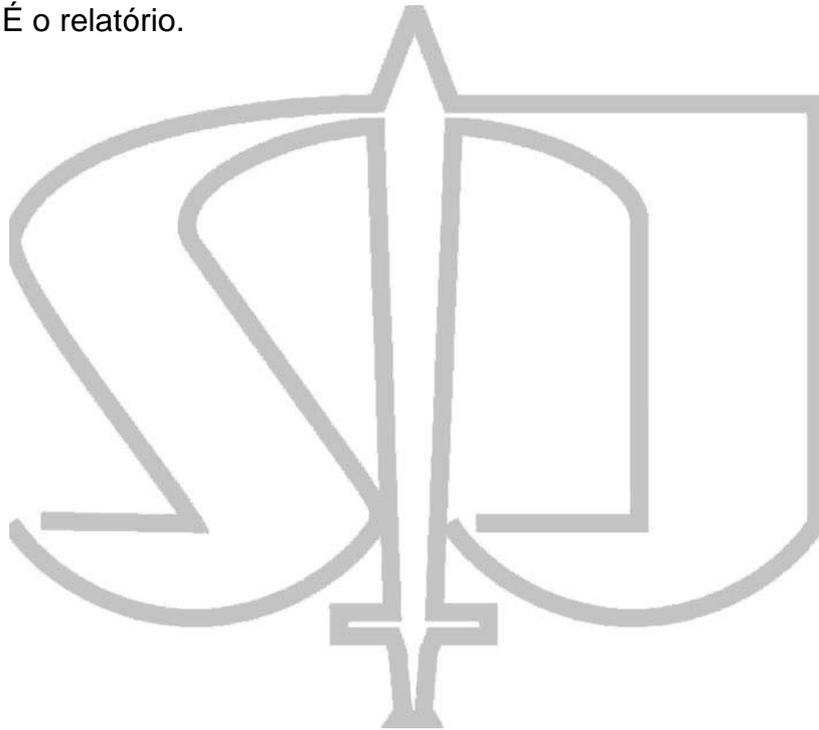
concordatária acarreta a decretação de falência; b) existência de divergência jurisprudencial.

Apresentadas contra-razões às fls. 959/988 e 1030/1041.

Admitidos os recursos especiais pelo Tribunal de origem (fls 1058/1064), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial do recurso da PRIMAFER INC. S.A. e, na parte conhecida, pelo seu parcial provimento, e pelo provimento do recurso da EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 707.158 - SP (2004/0167980-2)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : PRIMAFER INC S/A
ADVOGADO : MIGUEL PEREIRA NETO E OUTRO
RECORRENTE : EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S/A
ADVOGADO : JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI E OUTRO(S)
RECORRIDO : LOJAS ARAPUÃ S/A E OUTRO
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)
ASSISTENTE : CPE PARTICIPAÇÕES S/A
ADVOGADO : LUIZ AUGUSTO DE SOUZA QUEIROZ FERRAZ E OUTRO

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Primeiramente, cabe ressaltar que o acórdão recorrido não possui vício a ser sanado por meio de embargos de declaração, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe foram postas e submetidas.

Ademais, não cabe alegação de violação ao artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente (AgRg no Ag 685.087/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 25.10.2005; EDcl em RESP 561372/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 28/06/2004, p.276).

3. Verifica-se, também, que a matéria relativa aos arts. arts. 74 e 177 da Lei de Falências, não foi objeto de debate no acórdão recorrido. Desatendido, portanto, o requisito do prequestionamento, nos termos da súmula 211/STJ.

Para que se configure o prequestionamento, é necessário que o Tribunal *a quo* se pronuncie especificamente sobre a matéria articulada pelo recorrente, emitindo juízo de valor em relação aos dispositivos legais indicados e examinando a sua aplicação ou não ao caso concreto (AgRg no Ag 998.033/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 25/08/2008; AgRg no Ag 985.902/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 26/05/2008; EDcl no Ag 894.040/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJ 03/12/2007 p. 322).

Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que, repita-se, não ocorreu no presente caso.

Superior Tribunal de Justiça

4. Apontam, também, dissídio jurisprudencial frente a precedentes proferidos por essa Corte que analisaram situação análoga.

Verificada a divergência, conheço o recurso pela alínea "c", do inciso III, do art. 105, da CF.

Cuida-se de pedido de concordata formulado por conhecida loja de departamentos, "Arapuã", que chegou a ocupar o topo de vendas de mercadorias no varejo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deixou de convolar a concordata em falência, mesmo não havendo o pagamento de nenhuma das parcelas do favor legal, pois entende que:

"A circunstância de a agravante ter criado uma segunda empresa não implica necessariamente em ter cometido alguma irregularidade porque esse direito não é vedado por lei e, em linha de princípio, admite-se e mais: a boa-fé é que se presume, não a má-fé. É perfeitamente possível supor, sem o cometimento de qualquer heresia jurídica, que a essa criação seria um mecanismo legítimo de defesa porque com a nova poderia permanecer mantendo suas atividades, fato que não ocorreria com a falência decretada; bem por isso conduta dessa natureza não me impressiona a ponto de decretar ou manter um decreto de quebra. Acrescento que de nada adiantaria uma tentativa de ludíbrio, se fosse o caso, que não presumo, repito, porque a nova empresa seria objeto da desconsideração da personalidade jurídica dela, pela "disregard" e abrir-se-ia seu patrimônio a ser alcançado.

A prova documental, os fatos postos, a presunção da boa fé, a aplicação da teoria da desconsideração são elementos condutores do raciocínio lógico formador dos indícios de probabilidade, pelos quais apresentam mais razões para crer neles do que naqueles de mera possibilidade que guardam mais motivos para não se crer porque desprovidos de base sólida de convencimento.

(...) Isto que dizer serem do mais alto grau e relevância os fundamentos pelos quais a falência não se justifica neste caso, em contrapartida àqueles de menor relevo e de grau inferior conducentes à quebra.

Também por isso, minha convicção está formada no sentido de comportar acolhimento o inconformismo". (fls. 789/790)

Não se conformam os credores PRIMAFER INC S/A (crédito de R\$ 3.505.000,00) e EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A (crédito no valor históricos de R\$ 82.000.000,00).

O argumento central dos recursos é de que, com a ausência do depósito em dinheiro das parcelas vencidas, tendo em conta que a concordata foi requerida em 22 de junho de 1998, surge a imposição legal de decretação da quebra (art. 175, § 1º, I e § 8º do Dec-lei 7.661/1945), consoante entendeu o julgador de primeiro grau.

E, de fato, o não pagamento das parcelas devidas, no caso, ensejaria mesmo a decretação da quebra, consoante inúmeros precedentes, sendo que a proposta

de pagamento em debêntures não socorre a empresa (REsp 302954/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/04/2002, DJ 20/05/2002 p. 135).

5. Contudo, antes mesmo de se proceder o exame da causa, sob o ângulo da Lei revogada (Dec-lei 7.661/1945), cumpre verificar que há aparente conflito intertemporal de leis, tendo em conta o "Plano de Recuperação da Empresa" apresentado, havendo regra de transição prevista no art. 192, § 2º, da Lei 11.101/2005.

É bem verdade que o assunto não foi abordado pela partes, pela compreensível razão de que os recursos especiais são datados, respectivamente, de 20 e 21 de novembro de 2003 (fl. 855 e 880), sendo que a nova Lei de Recuperação da Empresa teve vigência a partir de 9 de junho de 2005.

6. Nesse passo, o art. 192 da Lei 11.101/2005 prevê que a Lei nova não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência.

Porém, o art. 192, § 2º da Lei 11.101/2005 dispõe que a existência de pedido de concordata anterior a sua vigência não obsta o pedido de recuperação judicial, salvo se o devedor "houver descumprido obrigação no âmbito da concordata".

Confira-se o inteiro teor do dispositivo:

Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

(...)

§ 2º A existência de pedido de concordata anterior à vigência desta Lei não obsta o pedido de recuperação judicial pelo devedor que não houver descumprido obrigação no âmbito da concordata, vedado, contudo, o pedido baseado no plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte a que se refere a Seção V do Capítulo III desta Lei.

Marcelo Vieira von Adamerk, ao discorrer sobre o tema, refere que essa expressão, "que não houver descumprido obrigação no âmbito da concordata", "não pode ser interpretada de forma literal (de modo a abranger o incumprimento de qualquer obrigação), mas deve ser entendida de acordo com as regras do Dec-lei 7.661/1945, de sorte que, por incumprimento de obrigação no âmbito da concordata, deve-se entender apenas e tão-somente aquelas situações que levariam a rescisão ou convalidação de concordata em falência, descritas, por exemplo, nos arts. 140, 150, 158 e 162 da antiga lei" (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord) Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 610).

Superior Tribunal de Justiça

Assim, verifica-se que, do ponto de vista processual, não se pode dizer que as recorridas não cumpriram suas "obrigações no âmbito da concordata", até mesmo porque o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou a aplicação dos arts. 150, I e 175, § 1º, I e § 8º do Dec-lei 7.661/1945.

Ademais, ainda que a empresa deva preencher os requisitos previstos no art. 51 da Lei 11.101/2005, de fato, já possui um plano de recuperação aprovado pela grande maioria de credores, o que indica a plausibilidade do pedido de recuperação judicial.

7. Sabe-se que a finalidade que permeia a nova lei é a recuperação e soerguimento da empresa.

Busca-se, portanto, corrigir as disfunções da empresa, a fim de resguardar o "ativo social" por ela gerado, ou seja, o equilíbrio dos interesses públicos e privados a ela relacionados. O art. 47 da Lei 11.101/2005 dispõe, de forma clara, que 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.

Logo, decretar a falência neste momento seria não só desconsiderar os reflexos econômicos e sociais decorrentes dessa decisão, mas também desprezar o mecanismo intertemporal criado pela norma que atualmente rege a matéria.

Por isso, antes mesmo de se avaliar a quebra da recorrida, à luz do Dec-lei 7.661/1945, é importante perquirir sobre a oportunidade de aplicação da nova legislação, norma de ordem pública e cogente.

Vicente Ráo, ao analisar a problemática do conflito de normas jurídicas no tempo observa que:

"Mais acertado nos afigura, nesta difícil matéria, abandonar todos os anteriores conceitos, em particular os da retroatividade e irretroatividade das normas jurídicas, em troca de um conceito mais científico, tal o consistente na graduação da força obrigatória das mesmas normas, segundo a natureza da matéria sobre a qual dispõe (que também é um critério classificador das próprias normas), partindo-se, sempre, do pressuposto de não poderem atingir, jamais, os fatos, atos e seus conseqüentes direitos e efeitos já produzidos no passado, sob o império de normas anteriores, e reconhecendo-se-lhes, apenas, a força de alcançarem os efeitos presentes e futuros destes direitos, em certos e determinados casos.

(...)

As novas normas objetivas, em relação às anteriores, podem revelar, segundo sua natureza, maior ou menor intensidade de força obrigatória. Revelam maior intensidade quando alcançam os efeitos, que sob sua vigência se produzirem, dos fatos, atos e direitos verificados sob o império da

norma anterior; revelam menor intensidade e cedem ante a persistência da norma anterior, quando esta continua, apesar de revogada, a disciplinar os efeitos de certos atos, fatos ou direitos, verificados ou constituídos sob sua vigência.

Incluem-se na primeira categoria as normas de direito público e as de direito privado imperativas, ou de ordem pública, as quais traduzem, ou necessariamente se pressupõe que traduzem, um interesse comum ou contêm alterações produzidas pela própria evolução da vida social.

Figuram na segunda categoria as normas que disciplinam as relações que o direito subordina à vontade individual do agente, ou das partes, como são, em princípio, as de natureza contratual.

Não já razão, portanto, para se falar em retroatividade ou irretroatividade porque, dentro do conceito acima exposto, não se admite a alteração dos atos, fatos e respectivos direitos e efeitos produzidos no passado, mas, tão-só, em certos casos, a nova disciplina de seus efeitos atuais e futuros." (RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 407/408)

Confira-se, ainda, incipiente jurisprudência da Casa sobre o tema:

I - Não ofende o Art. 535 do CPC o acórdão que, apesar de rejeitar embargos declaratórios, examina todas as questões postas pelo embargante.

II - A Súmula 99, ao declarar a legitimidade do Ministério Público para recorrer nos processos em que oficia como fiscal da lei, refere-se estritamente à defesa de interesses indisponíveis. Não alcança, pois, a concordata, onde se envolvem apenas interesses disponíveis do comerciante e de seus credores quirografários.

III - No moderno Direito falimentar, o interesse social preponderante é manter a empresa em atividade (L. 11.101/05, Art.

1º). Por isso o Ministério Público carece de interesse para pleitear a desconstituição da concordata.

IV - "O despacho que manda processar a concordata é irrecorrível." (3ª Turma - REsp 125126/Menezes Direito) V - A teor da Lei 11.101/05 (Art. 192), os processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, continuarão sob regência do Dec-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945.

VI - § 1º Ao vedar a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, o § 1º do Art. 192 parece entrar em conflito com seu caput, afastando dos velhos falidos a regência da lei antiga e retirando-lhes o direito à concordata suspensiva. Fosse esse o sentido do § 1º, ele seria inconstitucional, porque atentaria contra os princípios da igualdade e do direito adquirido, reduzindo os velhos falidos a situação inferior à dos novos (que contam com a possibilidade de recuperação judicial).

VII - O conflito, entretanto, é aparente. Em substância, o § 1º consagra norma autônoma, desvinculada do caput. O preceito nele contido determina que, enquanto as falências decretadas antes da Lei nova regem-se integralmente pela lei velha; as novas falências – em curso, mas não decretadas antes do estatuto novo – são insuscetíveis de resultar em concordata.

(REsp 971215/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 15/10/2007 p. 268)

8. Por outro lado, cabe destacar que o Juiz de primeiro grau irá avaliar se

estão preenchidos os requisitos legais para o deferimento da recuperação judicial. Caso contrário, passível está a empresa, a critério do juiz, ter decretada sua falência, observado o art. 99 da Lei 11.101/2005.

José da Silva Pacheco esclarece que:

"É claro que o pedido de recuperação judicial seja feito ao próprio juízo em que tem curso a concordata e, uma vez deferido o pedido de processamento da recuperação judicial, com observância do artigo 192, § 2º, primeira parte, combinado com o disposto no art. 51 e seguintes, extingue-se o processo de concordata, passando os seus credores a titulares de créditos de recuperação judicial, na forma prevista pela § 3º do artigo 192, abrindo-se prazo para os demais credores se habilitarem e para que qualquer credor apresente as suas objeções (artigo 52, inciso III).

Contudo, até a fase de decretação da falência, incide e é aplicável o Decreto-Lei nº 7.661/45. Na sentença incide e deve ser aplicado o disposto no art. 99, incisos I a XII e respectivo parágrafo único da nova Lei e, posteriormente, tem esta plena aplicação." (PACHECO, José da Silva. Das Disposições Transitórias relativas ao processo de falência e recuperação judicial. ADV advocacia Dinâmica. Boletim Semanal n. 32, ano 25, 2005. p. 620-618. esp. p. 618)

9. Ante o exposto, conheço dos recursos e lhes dou parcial provimento para, de ofício, conceder à empresa o prazo de 30 dias para apresentar o pedido de recuperação, nos moldes do art. 192, § 2º c/c art. 51 e ss. da Lei 11.101/2005, sob pena de decretação da quebra, tudo a ser analisado pelo Juiz sob a ótica da nova legislação.

RECURSO ESPECIAL Nº 707.158 - SP (2004/0167980-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. DECRETAÇÃO. PELO JUÍZO ORIGINÁRIO NA VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 7.661/1945. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONCESSÃO DE CONCORDATA PREVENTIVA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.101/2005. IMPOSSIBILIDADE. *TEMPUS REGIT ACTUM*. INVIABILIDADE DA CONCORDATÁRIA EM CUMPRIR AS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS.

1. Inviável aplicar-se, *in casu*, a Lei nº 11.101/2005, pois não se divisa na hipótese questão de direito intertemporal, uma vez que a *quaestio* volta-se ao princípio do *tempus regit actum*, máxime pelo fato de a estreita via do recurso especial impedir sua aplicação à norma ainda não vigente.

2. Em sendo o Decreto-lei nº 7.761/45 o instrumento legal vigente à época do julgado, estando patenteadada a inviabilidade da concordatária em cumprir as obrigações assumidas no pedido formulado e tratando-se de processo falimentar que vem se arrastando há onze anos, merece reforma o julgado recorrido, uma vez que o Juiz de Primeiro Grau, com acerto, já decretara a falência.

3. Ante o exposto, conheço dos recursos especiais e dou-lhes provimento.

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO):

Ab initio, valho-me, a seguir, do relato do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, para que a lide possa ser devidamente equacionada:

1. Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por LOJAS ARAPUÃ S/A e ARAPUÃ COMERCIAL S/A contra decisão que rescindiu a concordata da empresa, decretou a falência e declarou ineficaz a transferência do ativo da concordatária à co-recorrente, ARAPUÃ

Superior Tribunal de Justiça

COMERCIAL S/A (fls. 166/175).

A empresa LOJAS ARAPUÁ S/A requereu, em 22 de junho 1998, a concessão de concordata preventiva, propondo o pagamento de seus débitos no prazo de dois anos, na proporção de 40% no primeiro ano, e de 60% no segundo (fls. 178/188). O pedido foi inicialmente deferido (fls. 206/211).

Em 31 de julho de 2002, após inúmeras vicissitudes, o Juízo da Sexta Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo decidiu que "tendo em vista o não pagamento das prestações pela concordatária, impositiva a rescisão da concordata e conseqüente decreto de quebra, com fundamento nos arts. 150, inciso I e § 3º e 175, § 1º, inciso I e § 8º, todos da Lei de Falências". Acrescentou, ainda, que "incabível o acolhimento do plano de reestruturação apresentado pela concordatária. Na vigente legislação falimentar, a concordata já é um favor legal conferido ao comerciante insolvente, sendo que inexistente amparo legal para a imposição do plano de reestruturação aos credores não aderentes. (...) Não se trata, é óbvio, de impor a vontade da minoria dos credores à maioria deles, diante do grande percentual dos credores optante ao plano apresentado. À toda evidência, trata-se de rescisão de concordata decorrente do inadimplemento daquilo que a impetrante propôs-se a fazer quando ajuizou o seu pedido em 22 de junho de 1998. (...) Patenteada a inviabilidade da concordatária cumprir as obrigações assumidas no pedido que formulou, dado o não pagamento dos débitos no prazo proposto e os resultados de seus balancetes, que há muito demonstram a existência de prejuízo constante, deixaram de existir os pressupostos para manutenção do favor legal." (fls. 166/175)

O Tribunal de origem deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelas empresas (fls.02/26), restabelecendo a concordata preventiva, conforme acórdão assim ementado:

Concordata preventiva - convação em falência - fundamento de falta de pagamento e de

Superior Tribunal de Justiça

condições, bem como impossibilidade de impor à minoria o plano de recuperação adotado pela maioria - se o plano de recuperação não havia sido aprovado, não se podia decretar a quebra sob a alegação da falta de pagamento que dele dependia - se a concordata é um concurso de credores que devem ser colocados em igualdade de condições e a falência é uma execução coletiva, pode sim ser imposta à minoria a vontade da maioria e nunca o inverso - doutrina e jurisprudência - recurso provido (fls. 777/790)

As partes opuseram embargos de declaração (fls. 793/797, 801/805, 807/817). Foram acolhidos os embargos das agravantes, LOJAS ARAPUÁ E ARAPUÁ COMERCIAL, e rejeitados os aclaratórios da PRIMA FER INC. S.A. e EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A., restando a decisão assim ementada:

Embargos de declaração - Inconformismo manifestado sobre a forma de pedido para suprimento de omissões e esclarecimento de contradições - desnecessidade de específica manifestação sobre diversos dispositivos legais, bastando a decisão sobre a tese jurídica - embargos de declaração das agravantes pleiteando apenas o reforço nos argumentos para rebater os embargos das agravadas - recursos das agravantes acolhido e rejeitados os das agravadas. (fls. 822/829)

Inconformadas, as agravadas interpuseram recursos especiais, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF, alegando, em síntese, respectivamente:

- PRIMA FER INC. S.A.: a) violação ao art. 535, I, do CPC; b) negativa de vigência aos arts. 150, I e 175, § 1º, I e § 8º, do Dec-lei 7.661/1945, visto que a agravante deixou de depositar de forma integral as parcelas a que se obrigou quando da impetração do favor legal; c) que o plano de reestruturação da empresa, o qual deveria contar com a concordância de todos os credores, prevê a transferência de todos os ativos e recebíveis à empresa subsidiária, implicando o esvaziamento

Superior Tribunal de Justiça

do patrimônio das LOJAS ARAPUÃ em prejuízo dos credores, pois os efeitos da concordata não atingem diretamente a subsidiária; d) contrariedade aos arts. 74 e 177 do Dec-lei 7.661/1945, visto que, somente após a decretação da quebra e atuação do síndico, a Concordatária terá condições de demonstrar de forma válida e eficaz a possibilidade de continuidade de seus negócios, podendo socorrer-se dos institutos jurídicos da concordata suspensiva ou da continuação dos negócios da empresa; e) existência de divergência jurisprudencial.

*- EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A.:
a) vulneração dos arts. 150, I e 175, § 1º, I e § 8º do Dec-lei 7.661/1945, pois a ausência do depósito em dinheiro pela concordatária acarreta a decretação de falência; b) existência de divergência jurisprudencial.*

Apresentadas contra-razões às fls. 959/988 e 1030/1041.

Admitidos os recursos especiais pelo Tribunal de origem (fls 1058/1064), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial do recurso da PRIMAFER INC. S.A. e, na parte conhecida, pelo seu parcial provimento, e pelo provimento do recurso da EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A. "

Conforme bem sintetizado pelo eminente relator, cuida-se de pedido de concordata formulado por conhecida loja de departamentos, "Arapuã", que chegou a ocupar o topo de vendas de mercadorias no varejo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deixou de convolar a concordata em falência, mesmo não havendo o pagamento de nenhuma das parcelas do favor legal, assim fundamentando:

"A circunstância de a agravante ter criado uma segunda empresa não implica necessariamente em ter cometido alguma irregularidade porque esse direito não é vedado por lei e, em linha de princípio, admite-se e mais: a boa-fé é que se presume, não a má-fé. É perfeitamente possível supor, sem o cometimento

Superior Tribunal de Justiça

de qualquer heresia jurídica, que a essa criação seria um mecanismo legítimo de defesa porque com a nova poderia permanecer mantendo suas atividades, fato que não ocorreria com a falência decretada; bem por isso conduta dessa natureza não me impressiona a ponto de decretar ou manter um decreto de quebra. Acrescento que de nada adiantaria uma tentativa de ludíbrio, se fosse o caso, que não presumo, repito, porque a nova empresa seria objeto da desconsideração da personalidade jurídica dela, pela "disregard" e abrir-se-ia seu patrimônio a ser alcançado.

A prova documental, os fatos postos, a presunção da boa fé, a aplicação da teoria da desconsideração são elementos condutores do raciocínio lógico formador dos indícios de probabilidade, pelos quais apresentam mais razões para crer neles do que naqueles de mera possibilidade que guardam mais motivos para não se crer porque desprovidos de base sólida de convencimento.

(...) Isto que dizer serem do mais alto grau e relevância os fundamentos pelos quais a falência não se justifica neste caso, em contrapartida àqueles de menor relevo e de grau inferior conducentes à quebra.

Também por isso, minha convicção está formada no sentido de comportar acolhimento o inconformismo". (fls. 789/790)

Não se conformando os credores PRIMAFER INC S/A (crédito de R\$ 3.505.000,00) e EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A (crédito no valor históricos de R\$ 82.000.000,00), ajuizaram os recurso especiais ora analisados.

O argumento central dos recursos é de que, com a ausência do depósito em dinheiro das parcelas vencidas, tendo em conta que a concordata foi requerida em 22 de junho de 1998, surge a imposição legal de decretação da quebra (art. 175, § 1º, I e § 8º do Dec-lei 7.661/1945), consoante entendeu o julgador de primeiro grau.

De plano, me permitiria elogiar, ainda que meu elogio nada acrescente aos méritos do Sr. Ministro Relator, a precaução demonstrada, em conceder um prazo para que a parte venha a apresentar, em Primeiro Grau,

Superior Tribunal de Justiça

um plano de recuperação.

Contudo, lamentavelmente a estreita via do recurso especial impede que tal medida seja implementada, uma vez que o que se pode discutir, em tal sede é se houve, ou não, violação à lei federal.

Conforme bem apontou o eminente Ministro Otávio Noronha, esta Corte Superior não aprecia, em sede de especial, direito superveniente, por uma razão simples: não pode se ter como violada uma lei quando essa norma não vigia ao ser proferida a sentença.

Viola-se uma lei quando ela é contrariada, quando se deixa de aplicá-la, contudo não há como aplicar ao caso uma norma que ainda não existia.

Sabemos que não vem ao caso fazer aqui todo um histórico das leis que tratam da falência. Trata-se de *quaestio* que vem desde o Código Comercial, na sua redação inicial, porque o Código continua em vigor na parte especial, da lei de quebra, desde do Decreto-Lei nº 738, Decreto-lei nº 7.661/45.

Tampouco, não nos parece ser possível aplicar-se ao caso a Lei nº 11.101/2005, pois com todas as vênias ao Sr. Ministro Relator, não se divisa aqui uma questão de direito intertemporal. A hipótese que nos parece ajusta à hipótese volta-se ao princípio do *tempus regit actum*.

A lei violada é o Decreto-lei nº 7.761/45, instrumento legal vigente à época do julgado. Consequentemente, o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, com todas as vênias, não podia ter decidido, como fez, restabelecendo a concordata preventiva, uma vez que o Juiz de Primeiro Grau, com acerto, já decretara a falência.

O MM julgador de primeiro grau, com acerto fundamentou a quebra nestes termos:

"Patenteada a inviabilidade da concordatária cumprir as obrigações assumidas no pedido que formulou, dado o não pagamento dos débitos no prazo proposto e os resultados de seus balancetes, que há muito demonstram a existência de prejuízo constante, deixaram de existir os pressupostos para manutenção do favor legal."

Veja-se que o Juízo Originário decretou a falência com base na lei vigente à época, porque não foram cumpridas – não vou fazer toda uma digressão sobre as leis de quebra, malgrado não me pareça difícil, porque até já escrevi um pouco sobre isso - as condições impostas.

In casu, a questão que importa saber é se a falência foi

Superior Tribunal de Justiça

decretada de forma legal, isso é, se está bem fundamentada.

Não há dúvida - e aqui vai o meu louvor renovado ao eminente Ministro Relator - que hoje vivemos a hora e a vez da recuperação da empresa. Pegamos isso da teoria francesa. A Lei nº 11.101/2005 agasalhou isso, aliás em boa hora, mas essa não é a lei de regência do caso em análise, sublinhe-se.

Estamos diante de uma questão de falência que vem se arrastando há onze anos e os esclarecimentos feitos pelos advogados nesta sessão, respondendo a uma questão do eminente Ministro João Otávio de Noronha, mostram o pífio valor que foi pago, até então.

Ora, com as vênias devidas, e sem querer simplificar a questão, verifica-se que há dois recursos especiais que pedem a falência, requerendo que se restaure a decisão *a quo*, proferida em nível de Primeiro Grau.

Portanto, apreciando os recursos especiais, vou pedir as mais respeitadas vênias ao eminente Ministro Relator, uma vez que não vejo como contornar e convolar a regra do Decreto-lei nº 7.661/45.

Aplicar ao caso a Lei nº 11.101/2005, ainda que dessa norma se pudesse extrair alguns artigos, mostra-se inviável no presente momento processual pelas razões expostas, máxime no estado em que as coisas chegaram, no particular.

Não tenho nenhum prazer em decretar uma falência, mas, com as vênias devidas ao eminente Ministro Relator, por quem tenho muito respeito e admiração, não vislumbro como deixar de dar provimento a ambos os recursos especiais, para que a falência seja decretada.

Ante o exposto, conheço dos recursos especiais e dou-lhes provimento, para reformar a respeitável decisão do Tribunal *a quo* e restabelecer a não menos respeitável e, a meu ver, correta decisão de Primeiro Grau.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 707.158 - SP (2004/0167980-2)

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias, com a vênia devida ao Sr. Ministro Luís Felipe Salomão, porque penso que realmente houve violação dos dispositivos legais invocados da Lei de Falências, e, também, porque é estranha à técnica dos recursos extraordinários a aplicação **ex officio** de uma lei posterior que, ao tempo em que a concordata deveria ter sido cumprida, e não foi, e não existia no mundo jurídico.

Com a devida vênia do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, conheço dos recursos especiais e lhes dou provimento para restabelecer a sentença de Primeiro Grau.

RECURSO ESPECIAL Nº 707.158 - SP (2004/0167980-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, também rogo vênias ao Sr. Ministro Relator, embora compreendendo as razões de seu voto, para acompanhar a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias, por entender que é inviável sequer a aplicação do art. 535, porque a omissão se revelou muito grave, na medida em que, existente a Lei de Falências desde 2005, com a nova Lei de Recuperação Judicial, sequer houve alegação de fato novo nos autos, sequer foi dada, também, abertura de vista à parte contrária para se manifestar, o que era o mínimo que se poderia esperar para se inovar numa discussão, ainda que com todas as restrições existentes no recurso especial.

De outro lado, ainda que isso seja uma questão fática, parece-me, é incontroverso que a concordatária pagou quase nada em doze anos. Quer dizer, o que se pagou foi irrisório, apenas os pequenos credores, em valores de até duzentos e cinquenta mil reais, quando, na verdade, só o crédito de uma das empresas requerentes é de oitenta e dois milhões de reais.

Não me convenci também de que haja alguma intenção concreta, por parte do concordatário, de querer realmente solver suas dívidas.

De modo que, com a devida vênias, conheço dos recursos especiais e dou-lhes provimento para restabelecer a sentença de Primeiro Grau, acompanhando a divergência.

RECURSO ESPECIAL Nº 707.158 - SP (2004/0167980-2)

VOTO ORAL

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Sr. Presidente, no início, eu pensava até em pedir vista dos autos, mas a questão já está bem tratada, bem debatida. Quero, primeiro, ressaltar que sou um grande defensor do instituto da recuperação de empresa. Penso que a decretação da falência deve ser evitada tanto quanto for possível. Primeiramente, temos que afastar o empresário. A empresa tem um objetivo que transcende os interesses dos proprietários. Hoje, a empresa é um bem social, tem uma função social.

O que me deixa perplexo é como as coisas estão acontecendo no Brasil de modo geral. Numa concordata que está sendo processada e que ainda não se realizou nenhum pagamento, pretende-se emitir debêntures? Pergunto: quem vai comprar debêntures dessa empresa? Quem conhece o mercado de capitais não vai querer. Venho de larga experiência em mercado de capitais. Até o momento a concordatária não honrou nenhum dos seus compromissos financeiros. Todo mundo sabe que a engenharia financeira deveria ter sido feita antes do pedido de concordata.

O instituto de recuperação de empresa no Direito Saxônico é deveras interessante, e seria muito bom que se aplicasse no Brasil, mas não o fizeram, porque o empresário falido não tem nada, o empresário falido tem dívida; quem tem crédito, nesse caso, são os credores. É melhor que credores promovam a recuperação da empresa, afastando-se, inclusive, o devedor da administração. É lógico que o Judiciário está ali para inibir abusos.

Mas não é assim que funciona na sistemática latina.

Aliás, brinco com meus alunos e digo a eles que dou um prêmio para quem apontar um processo de falência que tenha sido rigorosamente processado nos termos da lei. No Brasil, o processo de falência é arquivado. O processo de concordata raramente é cumprido, se não dá acordo, o que é sempre fora das condições da concordata, convola em falência e é abandonado.

Superior Tribunal de Justiça

Tudo isso nos faz desmerecer institutos importantes, com larga repercussão social no emprego, porque do outro lado tem um credor que tem credores também. Já tive oportunidade de ver empresários que quebraram, porque o seu principal comprador o fraudara com pedido de concordata e, com isso, eles também não tiveram como honrar os seus compromissos. A questão vai em cadeia. Quantos pequenos fornecedores de móveis não deveria ter a Arapuã? Também estão em dificuldades, certamente.

No caso, se eu vislumbrasse oportunidade de uma recuperação séria, não importa, pode até manter o empresário quando se mostra que a iliquidez decorre de infortúnio, ou do momento econômico, não sei se é o caso. Mas, diante dessa situação fática, do substrato fático apurado nos debates, nos esclarecimentos prestados pelo Sr. Ministro Relator e dos próprios advogados, no caso, manter o devedor na administração da empresa é atentar contra os interesses dos credores. No caso, pouco importa se o credor é de nacionalidade estrangeira, aliás, o País tem interesse que o capital externo aqui aporte como fonte propulsora do desenvolvimento econômico.

Preocupa-me muito, ver uma concordata convolar-se em falência. Examinei a possibilidade de baixar o processo em diligência, mas os votos que me antecederam mostraram que tal caminho não é viável. Essa conclusão retiro dos próprios debates, das informações aqui prestadas pelo Ministro Relator e até pelos advogados das partes.

Quero destacar, louvar e aplaudir o espírito do Sr. Ministro Relator no sentido de buscar uma solução que não fosse a falência. Esse é o papel do juiz comprometido com o destino social; mas, neste momento, o precedente poderia ser desastroso para esta Casa. Estaríamos definindo uma nova técnica de admissibilidade do recurso especial, a qual não poderia certamente ficar restrita ao caso sob apreciação.

Peço vênias, pois sensibilizou-me a posição adotada pelo Sr. Ministro Relator, sensibilizou-me sua compreensão, mas, na técnica processual, não tenho como deixar de acompanhar a divergência; por isso, conheço dos recursos especiais e dou-lhes provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

**ERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2004/0167980-2

REsp 707158 / SP

Números Origem: 2572174 71837598

PAUTA: 03/03/2009

JULGADO: 03/03/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PRIMA FER INC S/A
ADVOGADO : MIGUEL PEREIRA NETO E OUTRO
RECORRENTE : EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S/A
ADVOGADO : JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI E OUTRO(S)
RECORRIDO : LOJAS ARAPUÁ S/A E OUTRO
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)
ASSISTENTE : CPE PARTICIPAÇÕES S/A
ADVOGADO : LUIZ AUGUSTO DE SOUZA QUEIROZ FERAZ E OUTRO

ASSUNTO: Comercial - Concordata - Conversão / Convolução em Falência

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **MIGUEL PEREIRA NETO**, pela parte RECORRENTE: PRIMA FER INC S/A

Dr(a). **RICARDO CHOLBI TEPEDINO**, pela parte RECORRIDA: LOJAS ARAPUÁ S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, conheceu dos recursos especiais e deu-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias, que lavrará o acórdão.

Votou vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 03 de março de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária

