

Sérgio Campinho

Professor de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Candido Mendes – UCAM – Faculdade de Direito – Centro, onde também coordena o Curso de Especialização em Direito Empresarial, em nível de pós-graduação. É advogado militante no Estado do Rio de Janeiro, sócio da sociedade de advogados denominada Campinho Advogados e consultor jurídico da Confederação Nacional da Indústria – CNI.

FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

O Novo Regime da Insolvência Empresarial

4ª EDIÇÃO
Revista e atualizada

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2009

abdr 
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DOS ADVOGADOS
RECUPERADORES
Respeite o direito autoral!

Capítulo 10

INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

74 — LEGITIMAÇÃO ATIVA

No sistema instituído pela Lei nº 11.101/2005, a legitimação ativa para o pedido de recuperação judicial, diferentemente de outras legislações¹²⁵, compete ao devedor empresário (artigo 48). Não se admite, assim, sua implementação pelos credores, administrador judicial, Ministério Público, ou de ofício pelo juiz.

A recuperação judicial, em situações especiais, pode também ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, ou pelo inventariante, no caso do espólio do empresário individual. Está legitimado, outrossim, o sócio remanescente¹²⁶, nos termos da

125 No Direito francês, a abertura do processo de recuperação judicial pode ser feita por iniciativa do próprio devedor, por um de seus credores, ou pelo Procurador da República (Ministério Público). O Tribunal de Comércio, competente para processar o feito, ainda pode fazê-lo de ofício (artigos L.621-1 e L.621-2 c/c artigo L.622-1, do Código de Comércio da França, com redação dada pela Lei nº 85-98, de 25 de janeiro de 1985 — “relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises”. Cf. Françoise Pérochon e Régine Bonhomme, *Entreprises en Difficulté/Instruments de crédit et de Paiement*, 6. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003, p. 112). Em Portugal, os sujeitos com legitimidade processual ativa são o devedor, os sócios de responsabilidade ilimitada, qualquer credor e o Ministério Público (artigos 18, 19 e 20, do Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de março. Cf. Catarina Serra, ob. cit., p. 15).

126 Há quem sustente que a expressão “sócio remanescente” deva ser interpretada como “sócio minoritário”. Contudo, não nos parece acertada a ótica defen-

parte final do parágrafo único do artigo 48. Esse ponto merece reflexão.

Na verdade, em se tratando de sociedade empresária, quem requer a recuperação judicial é a própria pessoa jurídica, por intermédio do seu órgão de administração. Portanto, a regra, ao referir-se a sócio remanescente deve ser entendida em um contexto peculiar. Parece-nos que o objetivo é o de contemplar aquelas situações da unipessoalidade temporária das sociedades contratuais (Código Civil, artigo 1.033, inciso IV), quando o sócio único, pelo contrato social, não integra a administração da sociedade, que ficava exclusiva nas mãos do sócio que dela se retirou ou faleceu, por exemplo. Mas deve ficar claro que, mesmo nessas condições, o requerimento é feito em nome da sociedade empresária, pois durante o período de unipessoalidade não desaparece a sua personalidade jurídica. Apenas, nessa situação excepcional e transitória, quem vai fazer presente a vontade da pessoa jurídica será o sócio que remanesceu.

75 — CONDIÇÕES PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Para que possa o devedor veicular o seu pedido de recuperação judicial e, assim, venha ele a ser processado, de modo a assegurar-

dida. A uma, porque a figura do “sócio remanescente” é dotada de conceito jurídico próprio, diverso, como curial, daquele relativo ao “sócio minoritário”; a duas, porque se o legislador objetivasse contemplar a legitimação do sócio minoritário teria o dito expressamente e não empregaria qualificação jurídica com perfil distinto e independente daquele (ao se referir a “sócio remanescente” propositalmente visou o legislador a legitimar essa figura jurídica, cabendo lembrar que a lei não se vale de palavras vãs); a três, porque a recuperação judicial tem natureza contratual e, por certo, a manifestação de vontade da sociedade deve se realizar nos termos estabelecidos para a validade das deliberações dos sócios, sendo assim, oportuno, expressamente legitimar aquele sócio que remanesceu no quadro social; a quatro, porque, no caso específico da sociedade limitada, a recuperação judicial vem decidida em assembléia ou reunião de sócios, restando a minoria vencida submetida à vontade da maioria, nos precisos termos do § 5º, do artigo 1.072 do Código Civil. Esse mesmo princípio se aplica às demais sociedades empresárias de natureza contratual, por aplicação da inteligência que se extrai do artigo 1.010 do Código Civil; e, a cinco, em razão da evidente insegurança desse requerimento de recuperação judicial, formulado pelo sócio minoritário, para a empresa desenvolvida pela sociedade, porquanto, após o deferimento do processamento, há o potencial risco de decretação da falência da sociedade, conforme se verifica nas hipóteses concentradas no artigo 73, da Lei nº11.101/2005.

lhe o oferecimento de um plano de recuperação a ser submetido ao crivo de seus credores, precisa atender, cumulativamente, algumas condições de ordem pessoal ou subjetiva relacionadas em lei. O artigo 48 se ocupa em exteriorizá-las.

Passamos à sua análise individualizada:

I — Exercício regular da atividade há mais de dois anos. No momento do ajuizamento de seu pedido, necessita o devedor empresário demonstrar que exerce de forma regular a sua atividade em prazo maior que dois anos. A prova *prima facie* a ser produzida resulta na exibição, pelo empresário individual, de certidão passada pela Junta Comercial de sua inscrição e, pela sociedade empresária, de igual certidão de registro de seu contrato social ou estatuto, conforme o caso.

Em face dessa exigência legal, estão proibidos de requerer recuperação judicial os denominados empresários de fato ou irregulares, expressão consagrada para aqueles que exercem a atividade sem registro, muito embora passíveis de falência.

A regularidade do exercício não resulta apenas do registro inicialmente realizado, mas pressupõe o exercício legal da atividade¹²⁷, reclamando, por exemplo, que o empresário, pessoa natural ou jurídica, encontre-se com a escrituração regular de seus livros, devidamente autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis, obrigação da qual só pode ser isentada por disposição de lei especial (Código Civil, artigo 1.181).

Eventual alteração do ramo de atividade há menos de dois anos não prejudica o preenchimento da condição. Como regra restritiva de direito, não se pode lhe emprestar visão ampliativa. A exigência é o exercício regular da atividade própria de empresário há mais de dois anos, independentemente, pois, do ramo explorado.

127 O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, fazendo referência expressa ao entendimento por nós aqui articulado nas razões de decidir, assim já entendeu: "simples registro na Junta Comercial não é suficiente para o reconhecimento de exercício regular da atividade empresarial, quando há elementos robustos de práticas de graves irregularidades, inclusive com instauração de inquérito policial para apuração de infrações penais de grande potencial de lesividade. A recuperação judicial é instituto criado para ensejar a preservação de empresas dirigidas sob os princípios da boa-fé e da moral" (Apelação Cível nº. 501.317.4/4-00, da Comarca de São Paulo, julgamento em 28.05.2008, Relator Desembargador Pereira Calças, votação unânime).

Duas outras situações, resultantes da introdução pela Lei Complementar n.º 128/2008 de um § 3º ao artigo 968 e de um parágrafo único ao artigo 1.033, ambos do Código Civil, merecem destaque neste tópico, em função da nova figura criada: a transformação registral.¹²⁸

A primeira hipótese se verifica quando o empresário individual resolve admitir sócio ou sócios, passando, desse modo, o exercício da empresa, até então por ele desenvolvido de forma individual, a ser realizado por sociedade empresária. Faculta-se-lhe, pois, requerer ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária que, assim, venha ele constituir.

O segundo caso consiste na transformação do registro de sociedade empresária para o de empresário individual, com o objetivo de evitar a dissolução de pleno direito da pessoa jurídica, ante a falta de pluralidade de sócios, verificada num certo estágio da vida social. O requerimento, portanto, deverá ser formulado ao Registro Público de Empresas Mercantis pelo sócio remanescente, no prazo de cento e oitenta dias, este contado da constatação do fato. Ocorrerá, destarte, uma efetiva sucessão da sociedade pelo empresário individual, restando extinta a pessoa jurídica, independentemente de dissolução ou liquidação.

A transformação registral garante, dessa forma, a permanência da regularidade do exercício da atividade empresária, que não sofre solução de continuidade, diante da alteração do titular da empresa. Em sendo assim, haverá o cômputo do exercício anterior para que se possa atingir o prazo de mais de dois anos do exercício regular da atividade por lei exigido. Em outros termos, o empresário individual ou a sociedade empresária requerente da recuperação judicial poderá legitimamente aproveitar o período de exercício regular anterior à implementação da transformação registral, para somá-lo àquele realizado após o evento.

Há, contudo, que se observar, na situação da transformação do registro de sociedade empresária para o de empresário individual,

que se o sócio único remanescente permanecer na exploração da empresa após aquele prazo de cento e oitenta dias, sem que tenha requerido a transformação, deverá ser ele considerado empresário irregular, estando-lhe, assim, obstada a recuperação judicial. Mesmo que, posteriormente, venha a se estabelecer regularmente, com a realização de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, o tempo anterior de regularidade da sociedade já dissolvida não lhe aproveita, face à interrupção verificada, passando o prazo de mais de dois anos a fluir da data desse novo registro.

Antes de encerrar este tópico, impende abordar questão que já se colocava no Direito anterior, espelhada na formulação de Trajano de Miranda Valverde¹²⁹: “Se de menos tempo datar o exercício legal do comércio, poderá o devedor requerer concordata preventiva? Parece-nos que sim, pois o fim do preceito é afastar do benefício o comerciante que, tendo exercido irregularmente a profissão, procurou legalizar a sua situação com o objetivo de pedir a concordata. Provado, portanto, que já antes da legalização vinha o devedor comerciando, é claro que se não datar aquela de mais de dois anos, estará ele impedido de pedir concordata preventiva”.

Carvalho de Mendonça¹³⁰ expressava a mesma opinião, ao perfilar as condições de ordem moral para fazer jus o devedor à concordata: “1ª — Que o devedor tenha a firma inscrita no registro do comércio desde dois anos antes, ou há menos tempo, se não data de dois anos o exercício do comércio”.

Todavia, nunca nos pareceu, como na lei atual também não nos parece, acertada a conclusão. Do preceito se extrai, como antes igualmente se extraía, não só a necessidade do exercício legal da atividade, mas também que assim o proceda por mais de dois anos o empresário. Fixa-se um período mínimo de execução regular da empresa para que possa fazer jus ao processo de sua recuperação. Irrelevante o fato de encontrar-se o empresário exercendo regularmente a atividade desde a origem de seu exercício ou não. Num ou noutro caso deverá estar por mais de dois anos realizando regularmente a sua empresa. Assim, têm-se presentes duas condições dis-

128 Temos denominado essa novel figura jurídica de transformação anômala ou imprópria, a fim de distingui-la daquela própria ao tipo societário (cf. abordagem em nossa obra *O direito de empresa à luz do novo código civil*, 10ª ed., item 14.1, do capítulo 14).

129 Ob. cit., 2. v., p. 290.

130 Ob. cit., v. VIII, p. 511.

tintas: (1ª) o exercício regular da atividade e (2ª) pelo prazo superior a dois anos¹³¹.

Da conclusão insta, portanto, salientar a situação especial do empresário rural. Consoante os artigos 971 e 984 do Código Civil de 2002, é a ele facultado, seja pessoa natural ou jurídica, requerer a sua inscrição no Registro Público de Empresas da sua sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado ao empresário sujeito a registro, para todos os efeitos legais. Mesmo que há mais de dois anos viesse de fato exercendo sua atividade econômica em moldes empresariais, somente poderá fazer uso do pedido de recuperação judicial se o seu registro na Junta Comercial distar de mais de dois anos, sem o que não estaria atendida a condição legal do exercício regular da atividade.

II — Não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as suas responsabilidades. A exigência de não ser o pretendente à recuperação judicial falido mostra-se óbvia, vez que a medida tem por escopo evitar seja decretada a falência. Caso tenha o devedor desfrutado, anteriormente, do estado de falido, o fato, por si só, não impede possa ele, voltando a exercer a atividade empresarial, postular recuperação judicial. O evento não lhe resulta em vitalício impedimento à obtenção da medida. Mas reclama encontrem-se extintas, de forma definitiva, as responsabilidades decorrentes daquele estado.

A falência impõe ao devedor a pena de inabilitação para o exercício de qualquer atividade empresarial, limitação essa que perdura desde a decretação até o trânsito em julgado da sentença que venha a extinguir suas obrigações. Só aí estará apto a retomar suas atividades, mas, mesmo assim, se não tiver sofrido condenação por crime preconizado na Lei de Recuperação e Falência.

Ainda após a cessação da inabilitação deverá, no seu retorno à atividade empresarial, observar o prazo de exercício regular por mais de dois anos, a fim de atender a condição anteriormente ex-

131 O menor emancipado empresário não poderá valer-se do instituto da recuperação, porquanto não conseguirá preencher justamente este requisito de exercer regularmente a atividade há mais de dois anos (cf. item 12 supra, no qual o tema foi abordado).

planada, porquanto o tempo de exercício interrompido pela falência não pode ser levado em conta¹³².

Por evidente, essa situação fica restrita ao empresário individual, porque é causa de dissolução das sociedades empresárias a decretação da falência (Código Civil, artigos 1.044, 1.046, 1.087 e Lei nº 6.404/76, artigo 206, inciso II, alínea c). Assim, não há como ter sido decretada falida e poder voltar ao exercício da atividade após a inabilitação legal, pois, ao final do processo de falência, terminada a fase de liquidação do ativo e pagamento do passivo, com a sentença de seu encerramento, a sociedade estará extinta.

III — Não ter, há menos de cinco anos (ou oito anos, conforme o caso), obtido concessão de recuperação judicial. Como escrevia adequadamente Rubens Requião¹³³ em relação à concordata, o instituto não poderia ser visto como “uma panacéia da qual a todo o momento se possa lançar mão”. A lição vem albergada na nova lei, que mantém a idéia de um interstício mínimo entre o requerimento da recuperação judicial e a obtenção de recuperação judicial anterior.

Na hipótese do plano especial para microempresas e empresas de pequeno porte, o prazo de cinco anos elastece para oito. A opção legal, entretanto, não nos pareceu coerente. O artigo 179 da Constituição Federal determina seja dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento diferenciado, compreendido, assim, como favorecido, eis que o objetivo da norma é o de incentivá-las. Nesse cenário é que emerge o plano especial de recuperação disciplinado na Seção V, do Capítulo III, da Lei nº 11.101/2005. Portanto, não faz sentido a previsão de um intervalo maior para se poder requerer nova recuperação judicial por aqueles que fizeram uso, anteriormente, do plano especial. O seu manejo, desse modo, vem desestimulado, porquanto poderá, em caso de novo pedido, servir de entrave à sua obtenção.

IV — Não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada, por sentença passada em julgado, por qualquer dos crimes previstos na Lei de Recuperação

132 Nelson Abrão, ob. cit., p. 192.

133 Ob. cit., v. II, p. 31.

e Falência. Conforme já apregoava Miranda Valverde¹³⁴, a vida pregressa do requerente da recuperação judicial há de apresentar-se isenta de mácula de certos crimes que, na visão da lei, o tornam indigno de obter a sua recuperação. Equiparados ao devedor, na medida de sua culpabilidade, para todos os efeitos penais, se acham, dentre outros, os administradores e os sócios da sociedade empresária (artigo 179). Por isso, a restrição não se limita ao devedor empresário individual, mas também se estende ao fato de a sociedade contar com administrador (diretores e membros do conselho de administração, se houver) ou sócio controlador condenado, com sentença definitiva, por qualquer dos crimes previstos em lei, a saber: (a) fraude a credores (artigo 168, *caput*); contabilidade paralela (§ 2º, do artigo 168); violação de sigilo empresarial (artigo 169); divulgação de informações falsas (artigo 170); indução a erro (artigo 171); favorecimento de credores (artigo 172); desvio, ocultação ou apropriação de bens (artigo 173); aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens (artigo 174); habilitação ilegal de crédito (artigo 175); exercício ilegal de atividade (artigo 176); violação de impedimento (artigo 177); omissão dos documentos contábeis obrigatórios (artigo 178).

A opção do legislador, quanto à extensão dos efeitos da condenação criminal definitiva anterior de administrador ou sócio controlador, de modo a impedir a pessoa jurídica de obter recuperação, não nos agradou. Comungamos com a posição defendida por Jorge Lobo¹³⁵: “[...] o moderno Direito Concursal, ao separar a sorte da pessoa dos sócios, acionistas ou dirigentes da empresa, não admite a extensão dos efeitos da condenação criminal de qualquer daqueles à sociedade, de molde a paralisar suas atividades”.

Os indivíduos sem idoneidade para continuar no controle ou na administração da sociedade devem ser afastados, mas a empresa por eles desenvolvida deve prosseguir enquanto viável, visto que os interesses nela envolvidos superam a condição pessoal de sócio ou administrador. A liberdade na confecção do plano de recuperação permite esse afastamento (artigos 50, incisos III e IV, e 64, inciso VI), razão pela qual vimos como uma involução à regra legal.

A petição inicial do pedido de recuperação judicial, que deverá estar conformada, no que for pertinente, aos termos do artigo 282 do Código de Processo Civil, apresentará a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira e será instruída com: (a) as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: (i) balanço patrimonial; (ii) demonstração de resultados acumulados; (iii) demonstração do resultado desde o último exercício social; (iv) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; (b) a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; (c) a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; (d) certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado¹³⁶ e as atas de nomeação dos atuais administradores; (e) a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; (f) os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas institui-

136 A menção legal a “ato constitutivo atualizado” deve ser entendida não apenas como tradutora daquele que se encontra em vigor, mas também daquele que esteja conformado com as exigências da legislação vigente. Este é um ponto de aferição da regularidade da pessoa jurídica requerente. Portanto, após vencido o prazo para as sociedades empresárias adaptarem seus atos constitutivos às disposições do Código Civil de 2002 (*caput*, do artigo 2.031, com redação dada pela Lei nº 11.127/2005), sem que tenha assim procedido a requerente, estará ela a inobservar um requisito formal do pedido, o qual deve ser suprido, sob pena de seu indeferimento.

134 Ob. cit., 2. v., p. 224.

135 *Direito concursal*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 59.

ções financeiras; (g) certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; (h) a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado, facultando-se ao juiz determinar o depósito em cartório, em original ou cópia.

No que pertine às demonstrações contábeis que devem instruir o pedido, as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas pela Lei Complementar nº 123/2006, poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados.

A relação de credores, como se disse, espelhará o valor atualizado do crédito. Essa atualização obedecerá o critério previsto no contrato ou, em sua falta, se fará pelos índices de correção monetária dos débitos judiciais, é o que sustentamos.

Faltando qualquer desses documentos necessários à instrução do pedido não deverá o juiz indeferir a petição, mas sim determinar que o requerente a complete no prazo de dez dias, aplicando-se o estatuído no artigo 284, do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o artigo 189, da Lei nº 11.101/2005. A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é clara a respeito: “Em obséquio ao princípio da instrumentalidade do processo, não estando a inicial acompanhada dos documentos indispensáveis, deve o juiz determinar o suprimento e, não, indeferir de plano a inicial”¹³⁷.

Outrossim, não se pode olvidar que a orientação pretoriana do mesmo Tribunal Superior agasalha a tese de que o prazo do artigo 284 do Código de Processo Civil é, a critério do juiz, prorrogável, não sendo ele peremptório, mas dilatatório, dando margem de arbítrio ao julgador. Dessa maneira se pronunciou a sua Primeira Turma: “A prorrogação de prazo para emendar a inicial não causa ofensa à regra do art. 284 do CPC”¹³⁸. No mesmo sentido, a sua Tercei-

ra Turma: “Como já pacificou a Corte, não é peremptório o prazo previsto no art. 284 do CPC, podendo o magistrado prorrogá-lo a seu critério”¹³⁹.

Completando o requerente a instrução da petição inicial, ainda que após o prazo de dez dias para isso concedido, impõe-se ao juiz recebê-la, consoante entendeu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proclamando ser “injustificável o indeferimento da exordial pelo simples fato da emenda tardia”¹⁴⁰.

Sendo o devedor requerente sociedade empresária, será ele formulado pela iniciativa de seu órgão de administração, a quem incumbe fazer presente a vontade da pessoa jurídica no mundo exterior. É por seu intermédio que exterioriza a sua personalidade jurídica. O dirigente com os correspondentes poderes irá nomear advogado para veicular a pretensão.

Mas o órgão de administração deverá agir pautado na decisão dos sócios, tirada em conformidade com a disciplina própria da lei societária de regência do tipo pertinente.

Na sociedade anônima e na sociedade em comandita por ações (Lei nº 6.404/76, artigo 280 e Código Civil/2002, artigo 1.090), a matéria vem regulada no artigo 122 da respectiva lei (Lei nº 6.404/76). É de competência privativa da assembléia geral autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata (inciso IX). Não mais sendo contemplado no direito positivo a figura da concordata, deve a regra, para atingir o seu fim, ser aplicada à recuperação judicial, que a substituiu, como meio mais eficiente de preservação de empresas. Em caso de urgência, entretanto, permite-se que o pedido seja aforado pelos administradores, com a anuência do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente o órgão de deliberação máximo da companhia para manifestar-se sobre a matéria (parágrafo único). Seria a hipótese, por exemplo, de um requerimento de quebra formulado por credor, em valor elevadíssimo, apoiado na impontualidade do cumprimento de uma obrigação líquida (artigo 94, inciso I), situação provoca-

137 REsp nº 83.751-SP, 4ª Turma, decisão unânime, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ nº 100/197.

138 AgReg. no REsp nº 273.289-MG, decisão unânime, Rel. Min. Francisco Falcão, RSTJ nº 147/77.

139 REsp nº 118.141-PR, decisão unânime, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicada no DJU, Seção I, em 25/05/1998, p. 102.

140 REsp nº 38.812-BA, decisão unânime, Rel. Min. Pedro Aciole, publicada no DJU, Seção I, em 10/10/1994, p. 27.191.

dora do pleito recuperatório no prazo de contestação do pedido (artigo 95), ante a ausência de recursos para pagar esta e outras que poderiam, em cascata, desaguar no mesmo curso. O *quorum* para deliberação será o ordinário, prescrito no artigo 129 da Lei nº 6.404/76, ou seja, o da maioria absoluta dos votos de acionistas presentes à assembléia, não se computando os votos em branco.

Na sociedade limitada a questão também será de deliberação dos sócios reunidos em assembléia ou reunião (Código Civil/2002, inciso VIII, do artigo 1.071 e artigo 1.072). Igualmente ao que se viu na Lei das S/A, o inciso referenciado apropria-se da concordata. Para se cumprir o conceito teleológico da lei, não há como deixar de incluir, em leitura moderna da norma, com os olhos da atualidade, a recuperação judicial em substituição ao velho instituto concordatário. Nunca se pode olvidar que a idéia central da concordata faz-se presente como um dos meios de recuperação, consistente na “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas” (inciso I, do artigo 50). O *quorum* de deliberação será o correspondente a mais da metade do capital social (Código Civil/2002, inciso II, do artigo 1.076). No âmbito das sociedades em nome coletivo e em comandita simples, a matéria será decidida por maioria absoluta de votos, contados segundo o valor das cotas de cada sócio (Código Civil/2002, artigos 1.010, 1.040 e 1.046).

77 — DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Encontrando-se a petição inicial instruída nos termos das exigências do artigo 51, verificados no item anterior, o juiz deferirá o pedido do devedor e mandará processar a recuperação judicial. Cumpre frisar que este ato inicial do juiz não é o de concessão da recuperação judicial, mas simples determinação de seu processamento. A sua concessão demandará a realização de uma série de atos processuais, sendo os de maior relevo a apresentação do plano de recuperação pelo devedor e sua submissão à manifestação dos credores, momentos esses necessários à conclusão do acordo processual a ser levado à confirmação judicial.

Ao deferir o processamento, no mesmo ato o juiz determinará certas providências indispensáveis à formação e desenvolvimento regular do processo de recuperação judicial. Deste modo: (a) nomeará o administrador judicial; (b) determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; (c) ordenará a suspensão das ações e execuções relativas a créditos sujeitos a seus efeitos promovidas em face do devedor, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam; (d) determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores; (e) ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento; o juiz mandará, ainda, expedir edital, para publicação no órgão oficial, que conterà: (i) o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; (ii) a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; (iii) a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos não relacionados na lista apresentada pelo devedor¹⁴¹ e para que os credores ofereçam objeção ao plano de recuperação judicial a ser apresentado pelo devedor¹⁴².

A partir desse momento, o devedor, para conferir exato conhecimento àqueles com quem negociar sua situação, empregará, em todos os atos, contratos e documentos firmados, após o seu nome empresarial, a expressão “em Recuperação Judicial” (artigo 69, *caput*)¹⁴³.

O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação do deferimento do processamento da recuperação judicial no regis-

141 Vide item 61 *supra*.

142 Vide itens 89 e 90 *infra*.

143 Sustentamos deva o emprego da expressão realizar-se desde o momento em que se defere o processamento da recuperação judicial. Não só pela necessidade de sua publicidade, mas também porque o texto legal se utiliza, propositalmente, do vocábulo “procedimento”, o que denota que é a sujeição ao procedimento de recuperação judicial e não a sua concessão propriamente dita que impõe na indicação do nome empresarial a expressão “em recuperação judicial”.

tro correspondente, a fim de dar a publicidade necessária (parágrafo único do artigo 69). Quando da concessão propriamente da recuperação deverá expedir novo ofício dando conhecimento da decisão. Sendo ela denegada, declarando-se a falência, a comunicação se fará nesse sentido (artigo 99, inciso VIII).

78 — NATUREZA JURÍDICA DO ATO JUDICIAL

O Decreto-Lei nº 7.661/45 adotava semelhante disciplina para o processo preliminar da concordata. Assim é que o § 1º, do artigo 161 dispunha que, estando em termos o pedido, o juiz ordenaria o seu processamento, “proferindo despacho” em que determinava uma série de providências, dentre as quais a nomeação do comissário — que fazia as vezes do administrador judicial —, a marcação de prazo para habilitação e a suspensão das ações e execuções por créditos sujeitos a seus efeitos.

Vê-se que o conteúdo do ato judicial que o artigo 52, da Lei nº 11.101/2005 se refere é bastante parecido e visa à semelhante objetivo. Embora o texto atual não se utilize da palavra “despacho”, cremos ser essa a natureza jurídica do ato que defere o processamento da recuperação judicial. É um despacho de mero expediente. Ainda que esse despacho tenha um viés decisório, o seu conteúdo vem definido e limitado em lei, dele não se podendo fugir ou inovar.

79 — RECURSO DO DESPACHO DO PROCESSAMENTO

A questão de se saber se o despacho de processamento da concordata, no âmbito do Decreto-Lei nº 7.661/45, era ou não passível de recurso, desafiou e aguçou interessantes estudos e opiniões.

Miranda Valverde¹⁴⁴ sempre o viu sob as vestes de “um despacho decisório de conteúdo determinado, do qual não cabe recurso algum”, por marcar o início da concordata.

Nelson Abrão¹⁴⁵ também abraçava igual conclusão: “Do despacho que manda processar a concordata não cabe recurso algum”.

José da Silva Pacheco¹⁴⁶ aumentava o coro: “Se manda processar a concordata, recurso não há”.

Jorge Lobo¹⁴⁷, entretanto, de forma diversa formulava seu pensamento: “Ousamos discordar, porque a decisão, que manda processar a concordata, tem caráter constitutivo, produzindo seríssimos efeitos, tanto para o concordatário, quanto para os seus credores quirografários: para aquele porque passa a ter a sua administração fiscalizada (arts. 149 e 167); para estes porque têm suspensas as ações e execuções (inciso II do art. 161), não se podendo negar aos credores o recurso de agravo de instrumento à superior instância, pleiteando o reexame da questão. Anote-se, ademais, que, com a nova redação do art. 161, o escrivão, cumpridas as formalidades do art. 160, fará, imediatamente, os autos conclusos ao juiz, que, se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, não vier devidamente instruído ou quando estiver inequivocamente caracterizada a fraude, declarará, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, aberta a falência, observando o disposto no parágrafo único do art. 14, não podendo haver dúvidas de que as irregularidades ou omissões da inicial, a má instrução do pedido e a denúncia de fraude poderão ser apontadas por qualquer credor desde o momento inicial do processo. Ora, se o credor pode, desde logo, intervir nos autos e chamar a atenção do juízo para esses relevantes fatos, parece curial que possa também recorrer do despacho que nega o seu pedido, o mesmo podendo dizer-se da legitimidade do Ministério Público, sobretudo após a edição da Lei nº 8.131, de 1990, que deu nova redação ao art. 210 da Lei de Falências. Contra a sentença que decreta a falência, cabe recurso de agravo de instrumento”.

O Superior Tribunal de Justiça, no enfrentamento do tema, fixou pacífica orientação da sua irrecurribilidade. A respeito, colhe-se o enunciado da Súmula nº 264: “É irrecurível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva”.

Parece-nos que a mesma conclusão deve ser confirmada para o ato do juiz que determina o processamento da recuperação judi-

146 *Processo de falência e concordata*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 655.

147 *Ob. cit.*, p. 85.

144 *Ob. cit.*, 2. v., p. 300.

145 *Ob. cit.*, p. 196.

cial, porque, como sustentamos no item anterior, sua natureza é a de despacho de mero expediente, cujo conteúdo é por lei definido, funcionando apenas como medida necessária a assegurar o movimento regular do processo. É, dessa feita, irrecorrível.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, fazendo explícita referência ao nosso posicionamento, também desse modo entendeu: “O ato que apenas defere o processamento da recuperação judicial tem a natureza de despacho de mero expediente, mercê do que, é irrecorrível” (Agravo de Instrumento n.º 533.546.4/8-00, da Comarca de Itú, julgamento em 31.10.2007, unânime, Relator Desembargador Pereira Calças).

Diferentemente será aquele ato do juiz que denegar o processamento da recuperação, indeferindo o pedido do devedor, seja porque não é legitimado para fazê-lo, seja porque não atende às condições do artigo 48, ou, ainda, por apresentar seu requerimento com instrução deficiente, após instado a corrigi-lo pelo juiz, desatendendo o comando do artigo 51. Nas hipóteses, o magistrado extinguirá o processo sem a análise de seu mérito. Da decisão caberá apelação do devedor. O cenário construído vem arrimado no mandamento do artigo 189, que garante a aplicação supletiva do Código de Processo Civil aos procedimentos previstos na Lei n.º 11.101/2005.

Não se pode olvidar o fato de ao juiz, quando do deferimento do processamento da recuperação judicial, ter escapado alguma irregularidade que obstará o seu prosseguimento, como a própria legitimidade do requerente ou a falta de preenchimento das condições pessoais do artigo 48. Inclusive, o próprio devedor pode ter dificultado essa aferição, mediante a apresentação de documentos fraudulentamente confeccionados. Nesse caso, qualquer interessado pode denunciar a situação (credores, administrador judicial, Ministério Público e comitê de credores, se houver), fazendo surgir um incidente a ser apreciado pelo magistrado, eis que, se do despacho de processamento não cabe recurso, não há que se falar em preclusão.

Rejeitando a objeção apresentada e mantendo, assim, o processamento da recuperação, caberá o recurso de agravo de instrumento dessa decisão de caráter tipicamente interlocutório; acolhendo,

porém, o incidente formulado, indeferirá o pedido, extinguindo o processo de recuperação judicial sem análise do mérito, desafiando a decisão, neste caso, o recurso de apelação.

Sustentamos, nas condições apresentadas, não poder o juiz, ao indeferir o processamento da recuperação judicial, decretar a falência, ante a inexistência de previsão legal. A decretação da falência ou a convalidação da recuperação judicial em falência têm natureza sancionatória e, destarte, não se pode admiti-las senão nas situações expressamente cominadas em lei. São as hipóteses de não apresentação do plano de recuperação pelo devedor no prazo legal (artigos 53 e 73, inciso II), de rejeição do plano de recuperação pela assembléia-geral de credores (§ 4.º, do artigo 56 e artigo 73, inciso III), cujos fatos ensejam a decretação da falência, e do não cumprimento, pelo devedor em recuperação judicial, das obrigações assumidas no plano de recuperação respectivo, circunstância que implicará a convalidação da recuperação judicial em falência (§ 1.º, do artigo 61 e artigo 73, inciso IV).

80 — DESISTÊNCIA DO PEDIDO

Terá o devedor plena liberdade de formular desistência de seu pedido até que sobrevenha o despacho de processamento da recuperação judicial. Após o deferimento de seu processamento, somente poderá fazê-lo se contar com a aprovação da assembléia-geral de credores (§ 4.º, do artigo 52). Manifestado o pleito nessas condições, haverá a convocação da assembléia-geral para dele conhecer e se pronunciar. Não se chegando à obtenção do quorum legal para a deliberação da aprovação do pedido de desistência (artigo 42), ter-se-á a matéria por rejeitada. Nesse caso, prosseguirá o processo de recuperação nos termos da lei.

Mas a desistência, em aplicação dos princípios gerais que norteiam o Processo Civil comum, só deverá ser admitida até o final da fase de processamento da recuperação. Concedida por sentença, não há mais espaço para a iniciativa, porquanto a decisão, ainda que com perfil homologatório, representa julgamento de mérito¹⁴⁸.

148 Sobre o tema, elucida Humberto Theodoro Júnior, “O limite temporal do direito de desistir da ação é a sentença, de sorte que não é concebível desistência

Capítulo 11

EFEITOS EM RELAÇÃO AOS CREDORES

81 — CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO

Não são todos os credores que ficarão sujeitos ao pagamento a ser acordado na recuperação judicial os quais, conseqüentemente, não integrarão a assembléia-geral que venha a ser instalada para dele deliberar ou decidir qualquer outro incidente que se manifeste no respectivo processo.

Escapam à recuperação judicial os créditos tributários, de que os impostos, as taxas e as contribuições são espécies (Código Tributário Nacional, artigo 191-A, com redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, Lei nº 11.101/2005, artigo 57 e § 7º, do artigo 6º). A estes créditos voltaremos no item 92 infra.

Não se sujeitam igualmente a seus efeitos as importâncias entregues ao devedor decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação (§ 4º, do artigo 49) e aqueles créditos titularizados pelo proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, por arrendador mercantil, pelo proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, para os quais prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observando-se a tutela a eles garantida na legislação específica (§ 3º, do artigo 49).

Afora as exclusões anotadas, encontram-se sujeitos à recuperação judicial todos os demais créditos existentes na data do pedido,

da causa em grau de apelação ou outro recurso posterior, como os embargos infringentes e o recurso extraordinário. Como ensina José Alberto dos Reis, se a causa está pendente de recurso interposto pelo autor, pode este desistir do recurso, mas não pode desistir da ação. Com a desistência do recurso opera-se o trânsito em julgado da decisão recorrida: com a desistência da ação far-se-ia cair a decisão de mérito, 'e não é admissível que o autor, mesmo com a aquiescência do réu, inutilize uma verdadeira sentença que tem o alcance de pôr termo ao litígio' (*Comentários ao código de processo civil*, ed. 1946, v. III, p. 476)" (ob. cit., p. 284). Nessa mesma ordem de idéias, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSO CIVIL — DESISTÊNCIA DA AÇÃO — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A desistência da ação é instituto de natureza eminentemente processual, que possibilita a extinção do processo, sem julgamento do mérito, até a prolação da sentença. Após a citação, o pedido somente pode ser deferido com a anuência do réu ou, a critério do magistrado, se a parte contrária deixar de anuir sem motivo justificado. Antes da citação, o autor somente responde pelas despesas processuais e, tendo sido a mesma efetuada, deve arcar com os honorários do advogado do réu. 2. Hipótese dos autos em que a empresa desistiu da ação depois de ter ocorrido a citação da Fazenda. 3. Recurso especial provido" (REsp nº 435.688/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, decisão unânime, publicada no DJU, Seção I, em 29/11/2004, p. 274).