

Coordenação

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR
ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PTOMBO

COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

Lei 11.101/2005

ANTONIO MARTIN / ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PTOMBO

CALIXTO SALOMÃO FILHO / CARLOS KLEIN ZANINI

EDUARDO SECCHI MUNHOZ / ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR / GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERGOSA / JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

José MARCELO MARTINS PROENÇA / LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

MARCELO VON ADAMEK / MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALES

MAURO RODRIGUES PENTEADO / PAULO SALVADOR FRONTINI / RACHEL SZTAIN

RICARDO BERNARDI / VERA HELENA DE MELLO FRANCO

BIBLIOTECA
LILCA, HUCK, OTRANTO, CANA RUA
E MESSINA, ADVOGADOS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Camara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência : 1 of 1. / 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza Junior. Antonio Sérgio A. de Moraes Ptombo. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Vários colaboradores
ISBN 85-203-2798-2

1. Falências – Leis e legislação – 2. Falências – Leis e legislação – Brasil 3. Recuperação judicial (Direito) – Leis e legislação – Brasil I. Souza Junior, Francisco Satiro de. II. Ptombo, Antônio Sérgio Alcinei de Moraes

05-7676

CDU—347.736(81)(094.56)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis comentadas : Falência : Direito comercial 347.736(81)(094.56)

EDITORIA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

LEI 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

MAURO RODRIGUES PENTEADO

1. Considerações gerais: a lei e o Brasil real

Quem é convidado a comentar o bloco introdutório de uma nova lei, em obra coletiva, tem por implícito, ainda que à míngua de diretrizes de coordenação, que lhe cabe tecer algumas considerações preliminares e gerais acerca das especificidades histórico-culturais e do perfil estrutural de todo o diploma legal. Embora nem sempre frequentes em comentários deste jaez, o esboço rentativo oferece a vantagem de melhor situar os comentários tópicos das duas centenas de artigos no contexto do sistema maior em que se inserem, apresentando, em contrapartida, a aparente desvantagem de a avaliação geral introdutória não vir a ser compartilhada pelos demais autores – como certamente aqui não o será, ainda que proveniente de colegas quase todos da mesma cepa. Pois, como Nietzsche, “estamos longe hoje da ridícula pretensão de decretar que o nosso pequeno canto seja o único a partir do qual tenhamos o direito de ter uma perspectiva”.

De uma avaliação preliminar e geral, fica a impressão que a Lei veio carregada de boas intenções, destinada a aprimorar o que atualmente vem designado pela expressão “sistema de garantias e de recuperação de créditos”. Isto se verifica desde logo com a falência, que não deixa de ser a forma empresarial pela qual é liquidado o patrimônio do devedor, visando evitar ou minimizar, tanto quanto possível, as perdas que certamente experimentarão, nessa situação-limite, em maior ou menor grau segundo sua classificação no quadro-geral e as garantias com que tiveram o cuidado de se forrar, antecipadamente. O instituto vem remogado, com fórmulas empresariais e mais eficientes de realização do ativo do devedor (arts. 140 a 145 – não tão novas, porque a Lei 11.101 apenas explicita didaticamente o que já permitia o art. 123 do Dec.-lei revogado, soluções agora postas em letra de fôrma e às quais os bons falencistas recorriam, com não pouca frequência), além de um regime comum de administração profissional sofisticado, que aparentemente só vai funcionar em sua inteireza nas grandes liquidações empresariais (Capítulo II). Pretendeu-se manter o mesmo sistema anterior, que erigia a impontualidade e o seu risco iminente como fatos geradores da quebra (Dec.-lei 7.661/1945, arts. 1.º e 2.º),

mas a técnica adotada comprometeu o desiderato, pois ao partilhá-los em três incisos, no art. 94, perde força ou cai por terra tudo o que foi elaborado e decidido por mais de um século a respeito dos atos e negócios indicados no inc. III (praticados mediante fraude e simulação), que doravante são aparentemente "perdoados", se fizeram "parte do plano de recuperação judicial". que aliás o próprio devedor pode pleitear, no prazo de contestação (art. 95). Vai ser necessário despendar muita tina e paciência para explicar a distinção, e o que é mais difícil, conferir eficácia plena ao que dispõe o art. 94, III, no caso de pedido de falência.

As recuperações representam efetivamente soluções inovadoras (Capítulos II e VI), mas não tanto assim, posto que já constaram de nosso direito positivo, há mais de um século (v. item 3, "a" e "b", abaixo). A recuperação judicial, sucedâneo da concordata (art. 198), conserva a solução desta, que é a moratória (arts. 50, I e 71), acompanhada de muitos outros mecanismos empresariais com grande potencial de subtrair o devedor da situação de crise econômico-financeira em que se encontra (art. 50, II a XVI), com substancial diferença: doravante quem sobre ela dá a palavra final são apenas os credores (arts. 55, 56 e 58), não obstante a função social que é reconhecida na atividade negocial do devedor, e os demais centros de interesses que possam considerar relevante sua preservação (art. 47). E a recuperação extrajudicial, proposta e negociada pelo devedor com parte de seus credores, de extrajudicial só tem o nome, pois para que produza os efeitos pelos últimos alviados (equiparação do plano a título executivo *judicial*), depende de intervenção muito acentuada, e no mérito, do Poder Judiciário (art. 164).

Mas fica a impressão, também, de que a Lei 11.101 situa-se distante do Brasil *real*, pois seu objetivo, declarado em compromissos internacionais do Executivo com o FMI, foi o de criar ambiente favorável de mercado para que transitem mais facilmente as empresas que hoje dominam, segundo princípios da velha *lex mercatoria*, a economia mundial, mercê tuita reforçada aos credores com maior poder econômico, que soem forrar-se com garantias reais (arts. 71, I e 83, II), conforme explicitado mais abaixo. Ao invés de aprovar uma lei especial, para grandes devedores e credores – aproveitando inclusive o exemplo de países desenvolvidos, que requerem capital social mínimo para a constituição de S/A¹ – o legislador optou por revogar o Dec.-lei 7.661/1945, instituindo regime único (salvo o limitado plano especial previsto nos arts. 70 a 72), extremamente sofisticado, de recuperação de empresas e liquidação judicial das inviáveis, cuja operacionalização será extremamente difícil. Difícil, mas não impossível, pois um país que conviveu e tornou moça bonita aquele que chegou a ser chamado "Frankstein", ou seja, o Dec. 3.708/1919, que durante mais de oito décadas regulou as sociedades empresárias mais utilizadas entre nós, as limitadas, certamente saberá implementar esse novo diploma legal, a despeito de seus vícios de concepção.

No Brasil *real* (excluída obviamente a economia informal), segundo os dados mais atualizados² e confiáveis, catalogados pelo Ministério da Justiça, através de seu Departamento Nacional de Registro do Comércio, verificou-se a constituição, no período de 1985 a 2003, neste País continental com milhares de municípios e comarcas, de 8.915.890

empresas, sendo 51,25% delas "firmas individuais", 48,23% sociedades limitadas e apenas 0,002% sociedades por ações. Não se espera que esse imenso percentual de 99,48% de empresas (das quais apenas um índice reduzido se aproveitará do plano especial facultativo, ou moratória, de que tratam os arts. 70 a 72), saiba ou tenha experiência em lidar com Assembleias-Gerais, ou com o regime dualista de administração, neste figurando órgão colegiado facultativo (o Comitê de Credores), e também um órgão executivo, profissionalizado (art. 21). Quanto a este último, é indubitável o avanço, desde que se tenha presente que a Lei requer duas modalidades de administração profissional especializada, uma para recuperar, e outra para liquidar a empresa.

Grosso modo, essa é a avaliação geral: uma Lei bem trabalhada, a despeito de algumas impropriedades técnicas e sistema não de todo adequado (v.g., as disposições comuns do Capítulo II), que merecerá elogios dos protagonistas da economia global, porque aprovou boas soluções das *guidelines* de organismos internacionais; democrática – porque aprovada em processo legislativo regular, pelos Poderes competentes da União (Constituição, arts. 2.º e 61 a 66), sem embargo de várias inconstitucionalidades em que incorreu – mas que cria inúmeros problemas na sua operação, dificuldade que talvez venha a ser de somenos, a julgar pela criatividade e proficiência da comunidade jurídica nacional. Enfim, não o *monstrum temporibus*, mas o da "vida perdurável", a que alude Jacques Le Goff, é que dirá o quanto acertou e o quanto errou o legislador, segundo a insuperável co-essencialidade do gênero humano.

2. Fatores econômicos e políticos determinantes da conversão do Projeto de Lei 4.376/1993 na Lei 11.101/2005

De longa data a sociedade brasileira reclamava a atualização ou reforma do Dec.-lei 7.661/1945,³ de ótima qualidade técnica, mas editado para um País preponderantemente agrícola e ainda pouco urbanizado, que sequer dispunha de indústria de base (a primeira siderúrgica só veio a produzir no final dessa década). Talvez por isso apresentava opção limitada para a solução das dificuldades econômicas transitorias e superá-

¹ Por todos Waldério Bulgarelli, nas reflexões que fez em conferências proferidas no Instituto e na Associação dos Advogados de São Paulo, publicadas sob o título A Reforma da Lei de Falências e Concordatas, p. 49 e ss., onde, alinhou, dentre outras, as seguintes observações: "O que está em crise não é bem o regime falimentar, mas as relações econômicas, os programas, as diretrizes político-econômicas (...) as novas realidades introduzidas pelo incremento da revolução industrial e tecnológica haviam de influir sobremaneira no processo, que já se manifestava emperrado e sujeito a fraudes (...) deram-se assim conta os credores de que deveriam reforçar as garantias, pois do contrário não haveria esperanças de pagamento. Para tanto procuraram subtrair-se do princípio da igualdade, criando uma série de privilégios, como o penhor, hipoteca e ainda o surgimento da alienação fiduciária, do *leasing* – ações diretas – e as resgates, como o contrato de câmbio etc. Com o que sobraram apenas os quinquagratários, valia comum em que são alojados os pequenos e médios credores, e basicamente os fornecedores, sendo que a maioria deles passou a se resignar do processo, justamente pela pequenez dos créditos ou pela impossibilidade de obter o seu ressarcimento em confronto com os credores privilegiados. Não se pode ocultar, por outro lado, o fato incontável que a quebra das empresas põe em jogo não somente os credores, mas, uma série de interesses que gritavam em torno da empresa, como os trabalhadores, os clientes, os fornecedores, o Estado, por meio dos tributos e da produção econômica e muitas vezes a própria comunidade onde se situa a empresa".

² V., a respeito, nosso *Alimentos de capital das sociedades anônimas*, itens 3, 4, 37, 1 e 40.

³ Consulte-se o site: www.dnrc.gov.br.

veis do devedor comerciante (a moratória, atualmente mantida no art. 50, I, da nova Lei, mas que era traduzida na fórmula concordata-“favor legal”). Os meios e modos empresariais de liquidação, na falência – expandidos e privilegiados na Lei 11.101 (arts. 140 *usque* 144) – revestiam-se formas processuais (arts. 117 a 119), e as mais eficientes, empresariais, vinham escondidas, sem a enunciação didática que a nova Lei oferece, no art. 123 do diploma legal revogado.

A transformação substantiva experimentada pela economia brasileira na segunda metade do século passado levou o Executivo, no Governo Itamar Franco, apesar da xenofobia e atraso que lhe são atribuídas, a submeter Mensagem ao Congresso, convertida no Projeto de Lei 4.376/1993, já prevendo a fórmula moderna da “recuperação da empresa”, tanto através de “plano de recuperação econômica e financeira” apresentada pelo devedor (arts. 9.º e ss.), seja através de concordata preventiva, remogada e também qualificada “como meio de recuperação da empresa” (art. 28).⁴

A chamada “vontade política”, de que decorre a transformação de idéias e projetos em lei, parece ter sido a mesma que vem informando as últimas reformas legislativas, e mesmo Emendas constitucionais de interesse do empresário, como já anotamos alhures.⁵ Somente após o Poder Executivo federal haver assumido compromisso perante o Fundo Monetário Internacional para aprovar uma nova lei de falências, visando melhorar o “ambiente” e os chamados “marcos legais” do mercado brasileiro, é que a tramitação do Projeto ganhou impulso e passou a figurar com prioridade na agenda do Congresso, acabando por ser aprovado, com profundas modificações e a incorporação de mecanismos indicados em diretrizes (“principles and guidelines”) de organismos internacionais,⁶ en-

⁴ Os textos do Projeto e sua Exposição de Motivos foram publicados no Diário do Congresso Nacional, Seção I, 22.02.1994, p. 1.974-1.989.

⁵ V. a respeito, o nosso, et alii, *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, p. 213, onde registramos, em nota: “Consta do item 36 do Memorando de Política Econômica que integra o Acordo firmado com o Fundo Monetário Internacional, em setembro de 2001: ‘O governo (...) também continuará a colaborar estreitamente com o Congresso com vistas à aprovação do Projeto de lei que altera a Lei das Sociedades Anônimas, destinado a melhorar a transparência e a governança corporativa nessas empresas, bem como uma nova Lei de falências’ (fonte: ‘Boletim Focus’, do Banco Central do Brasil’, 12.09.2001)”. Registre-se que ambos os compromissos já foram cumpridos: o primeiro pela Lei 10.933/2001, e o segundo pela Lei ora comentada.

⁶ Por exemplo, os compilados pelo Banco Mundial, “Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems”. Na abertura do documento, o Banco informa: “These principles will be used to guide system reform and benchmarking in development countries”. O texto, atualizado até abril de 2001, foi publicado na *RDM*, v. 122/75-172. O fato tem confirmação oficial: Marcos de Barros Lisboa, Odílio Ribeiro Damazo, Bruno Carazza dos Santos e Ana Carla Abião Costa (os dois primeiros, Secretário e Secretário Adjunto de Política Econômica do Ministério da Fazenda, o terceiro, Coordenador-Geral daquela Secretaria, e a última, Analista do Dep. de Estudos e Pesquisas do BACEN) informam que “a aprovação da nova Lei de Falências e recuperação de Empresas constitui um marco na agenda de aperfeiçoamento institucional que o governo vem implementando na economia brasileira. Em consonância com as melhores práticas adotadas internacionalmente (World Bank, 2001), a nova Lei estimula o investimento, o crédito e o emprego no Brasil” (no artigo A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, p. 41). O artigo expõe as bases teóricas da nova Lei, segundo análise macro-econômica que não dedica uma linha sequer ao Brasil real mencionado no texto.

contrados em leis de países desenvolvidos,⁷ sem maior tradição nos cinqüenta anos de nosso direito imediatamente anterior – embora o método de atribuir aos credores preponderância na recuperação tenha sido testado até 1945, e sem sucesso, desde o velho Código Comercial de 1850 (v. item 3, abaixo).

2.1 *O novo Quadro-Geral de Credores e o pólo de interesses favorecido: maiores credores privados*

Para avaliar de que direção política provém determinada lei de falências, basta examinar o dispositivo em que os juristas mais experimentados sustentam residir o seu código genético, a saber, aquele que estabelece a escala de classificação de créditos, para efeito de pagamento e rito aos credores, com o produto da realização do ativo do devedor falido. No regime anterior, como sabido, da combinação do *caput*, I e § 1.º do art. 102, do Dec.-lei 7.661/1945, com o art. 186 do Código Tributário Nacional, apareciam no topo do Quadro-Geral de Credores, antes dos créditos privilegiados: (1.º) a totalidade do valor da indenização por acidente de trabalho; (2.º) a totalidade dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas; (3.º) os créditos tributários; e (4.º) os créditos com direito real de garantia. A Lei comentada simplesmente equiparou os dois primeiros, limitando-lhes o teto preferencial, invertendo a ordem do 3.º e do 4.º, com o que passam agora os créditos privados com garantia real – e também os passíveis de restituição – na frente dos créditos tributários (art. 83, I a III, c.c. Lei Complementar 108, que deu nova redação ao art. 186 do CTN).

Cabe abrir parênteses para lembrar que o Plano Especial de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte não alcança, igualmente, os credores com garantia real, posto que limitado “exclusivamente” aos credores quirografários (art. 71, I).

É despiçando acrescentar que somente os grandes credores privados, ou aqueles de que depende o devedor, são os que conseguem agregar aos seus créditos garantias reais, que, na falência, os situa, doravante, em posição preferencial aos créditos da Fazenda Pública e a parcela dos créditos trabalhistas. Para obviar dúvidas, também os créditos privados passíveis de restituição, nos termos da Lei Falimentar, têm preferência em relação aos créditos tributários; e as muitas tributárias foram transferidas para a penúltima posição do Quadro-Geral de Credores; depois, até, dos créditos quirografários, eis que preferem, apenas, aos créditos subordinados (Lei 11.101, art. 83, VII).

2.2 *A Lei Complementar 118: rebaixamento do grau de preferência dos créditos tributários*

Para lograr tal solução, foi promulgada, em 09 de fevereiro de 2005, a Lei Complementar 118, acrescentando parágrafo único ao art. 186 do Código Tributário Nacional, com três incisos: o I e o III, os dois únicos do parágrafo que têm natureza tributária, cui-

⁷ Como o modelo norte-americano do “Chapters 7 e 11” do Código de Insolvências, e das leis francesas sobre o “redressement judiciaire”, soluções que têm experimentado críticas em seus países, por não haverem alcançado solucionar o conteúdo, o complexo problema da empresa em crise. Sobre estas últimas, v. JEANTIN, Michel e LE CANNU, Paul. *Droit commercial*. Instruments de payment et de crédit. Entreprises en difficulté, *passim*.

dam da nova classificação dos débitos fiscais, situando-os abaixo dos créditos com garantia real,⁸ e o inc. II, *que trata de matéria trabalhista*, limita os valores e condições da preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho.⁹

Cabe abrir breve parêntese para sublinhar, no que respeita aos débitos tributários, que quanto à responsabilidade por sucessão, na aquisição de bens empresariais, a referida Lei Complementar abriu notável exceção à regra geral que constava do art. 133 do Código Tributário Nacional, que atribui ao adquirente de “fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual”, a responsabilidade pelos tributos devidos pelo fundo ou estabelecimento, devidos até a data do ato. “I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou atividade; III – subsidiariamente, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo”.

A esse artigo a Lei Complementar acrescentou três parágrafos, o primeiro deles dispondo que o mandamento (§ 1.º) “(...) não se aplica, na hipótese de alienação judicial: “I – em processo de falência; II – de filial ou unidade produtiva, em processo de recuperação judicial”. Os novos §§ 2.º e 3.º acrescentados ao artigo alinham algumas normas de proteção da Fazenda Pública, nesses casos (aquisição por pessoas relacionadas ao devedor e permanência em depósito, na falência, por um ano, do produto da alienação), que pouco restringem a larga finca aberta pelo § 1.º.

2.3 *Idem*. Lei Complementar 118: créditos decorrentes da legislação do trabalho

Não obstante a extravagância da forma de limitação e rebaixamento parcial dos créditos derivados das relações de trabalho – levados a cabo por dispositivo do Código Tributário Nacional – cabe assinalar que a nova classificação dos créditos trabalhistas ainda deve passar por juízo de constitucionalidade,¹⁰ a despeito do respaldo que parece contar, em tratado internacional.

Limitando a discussão a esses tratados, cujos direitos e garantias são incorporados e equiparados àqueles assegurados pela Constituição (art. 5.º, § 2.º), vale lembrar que as Convenções Internacionais do Trabalho promulgadas pelo Dec. 41.721, de 25 de junho de 1957 (“revogado” pelo Dec. 95.461/1987), e aprovadas pelo Dec. Legislativo 24, de 29 de maio de 1956, aparentemente não conferem suporte à discriminação levada a cabo

pela Lei, a despeito de sua confusa redação.¹¹ E na verdade não conferem, se postos em confronto com fundamentos e princípios que informam a Lei maior, constantes dos arts. 1.º, III e 170, *caput* (“dignidade da pessoa humana”; “valorização do trabalho humano”), “conforme os ditames da justiça social”), Nem mesmo a exceção restritíssima do art. 151 da nova Lei de Falências supera o óbice, na medida em que determina o pagamento, tão logo haja disponibilidade de caixa, apenas dos “créditos trabalhistas de natureza *essencialmente* salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador”. Trata-se de concessão insignificante, dada a natureza alimentar da remuneração do trabalhador, e, ainda mais, que do fato de a norma do art. 83, I da Lei 11.101 abranger, também, os créditos decorrentes de acidentes do trabalho, no limite que impõe.

Quidã em razão da interpretação dada a essas Convenções, que a chamada “globalização” e as modernas tendências de política econômica ainda têm que respeitar – patrimônio da civilização, que são – os créditos trabalhistas, por inteiro, deixaram de ser classificados após os credores privados, com garantia real (art. 83, I), ou mais abaixo, ainda.

3. Breve notícia histórica da falência. Falência e meios preventivos de sua declaração, no direito anterior

O histórico puramente narrativo do instituto da falência e dos meios preventivos de sua declaração consta de qualquer manual, curso de direito falimentar ou dos habituais comentários.¹² Neste ponto serão feitas referências ao direito anterior apenas na medida em que contribuam para compreender a estrutura, o perfil e as soluções da Lei 11.101, que no geral não são assim tão novas, como tem sido apregoadas.

Instituto tão antigo quanto a história do direito comercial, a falência surgiu de forma incipiente já a partir do século XIII, inspirado no *concursum creditorum* do direito romano que, juntamente com os agregados do direito canônico, formava o direito comum, aplicável a devedores comuns e aos comerciantes – absorvendo os usos e costumes derivados das decisões dos juízes consulares, das corporações de mercadores. Veio assim timbrado pelo rigorismo e por sanções penais severas, que buscavam reprimir os abusos perpetrados por devedores desonestos, maculados pela infâmia, traduzida na sentença *decolor ergo fraudator*. Guardadas as variações de povo para povo, a falência ingressa na *Ordinance* de Luiz XIV, de 1673, com o princípio romano *da par condicio creditorum*, e daí para o *Code de Commerce* de 1807, marcado pela intolância contra os devedores

⁸ Art. 186 (...). Parágrafo único. I – o crédito tributário não pretere aos créditos extracurrais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do bem gravado; (...) III – a multa tributária pretere apenas aos créditos subordinados.

⁹ Art. 186 (...). Parágrafo único. (...) II – a lei poderá estabelecer limite e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho.

¹⁰ Segundo informação do site do Supremo Tribunal Federal, maio de 2005, “a Confederação Nacional dos Profissionais Liberais (CNPJ) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin 3.424), com pedido de liminar, contra dispositivos da Lei 11.101/2005, a nova Lei de falências. A entidade sindical contesta três artigos da norma”: o art. 83 (inc. I, alínea c, inc. VI e parágrafo único); o art. 86 (inc. II); e o art. 84 (inc. V). O relator da ação é o Ministro Carlos Velloso.

¹¹ “(...) 1. Em caso de falência ou de liquidação judicial de uma empresa, os trabalhadores seus empregados serão tratados como credores privilegiados, seja pelos salários que lhes são devidos a título de serviços prestados no decorrer do período anterior à falência ou à liquidação e será prescrito pela legislação nacional, seja pelos salários que não ultrapassarem limite prescrito pela legislação nacional. 2. O salário que constitua crédito privilegiado será pago integralmente antes que os credores comuns possam reivindicar sua parte. 3. A ordem de prioridade do crédito privilegiado pelo salário, em relação aos outros créditos privilegiados, deve ser determinada pela legislação nacional”.

¹² Sobre todos, das três espécies: LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*; REQUILÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, em 2 volumes; e VALVERDE, Trujano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, em 3 volumes.

falidos, consagrada em célebre frase de Napoleão.¹³ As idéias humanísticas e liberais amenizaram ainda na França o rigor do Código, já na década de 30 do século XIX, passando a história do instituto por uma bifurcação, apartando-se o direito penal falimentar do aprimoramento das regras técnicas de melhor tutela dos credores, vinculadas por princípios econômicos que consideravam, de um lado, as repercussões do fenômeno no sistema de créditos, fundamental para a atividade comercial, e, de outro, o fato de que a quebra pode advir sem dolo ou culpa, devido aos riscos e os azares inerentes à atividade profissional do comerciante.

Ao tempo do Brasil Império, é possível identificar pelo menos cinco períodos mais relevantes em que se desdobrou a disciplina legal da falência e dos meios de sua prevenção.

(a) O primeiro deles iniciou-se com a aprovação do Código Comercial (Lei 556, de 25 de junho de 1850), que em sua Parte III cuidava “Das Quebras”, em 106 dispositivos (arts. 797 *usque* 906), sob os influxos da legislação e da doutrina francesas.

O critério fundamental para a caracterização da falência residia na cessação de pagamentos (art. 797).¹⁴ A falência poderia ser (1.º) casual, (2.º) com culpa ou (3.º) fraudulenta (art. 798); no primeiro caso, quando a insolvência decorresse de “acidentes”, de casos fortuitos ou força maior (art. 799), dentre os quais se incluíam os que sucediam com comerciantes em situação regular (livros, documentos e contabilidade) e solvente, porém insolvente, isto é, com fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mas sem a liquidez necessária para fazê-lo pontualmente (art. 800). No segundo, a culpa decorria das hipóteses arroladas no art. 800, dentre as quais se incluía a venda de mercadorias a preços inferiores aos correntes, o que a Lei 11.101/2005 qualifica como liquidação precipitada de ativos (art. 94, III, *a*). Também era taxa de culpa (art. 801), a falência decorrente de escrituração irregular ou de ausência do devedor comerciante, valendo notar que esta última hipótese figura no art. 94, III, *f* da Lei ora comentada. Por fim, a falência fraudulenta (art. 802), que comportava “cúmplices” (art. 803), decorria, dentre outras causas, da verificação de despesas fictícias, desvio de fundos e ausência ou falsificação de livros, hipóteses hoje previstas nas disposições penais da Lei 11.101/2005 (arts. 168 e ss.).

Em suma: o critério determinante da falência ou quebra, no regime do Código Comercial, era o da cessação de pagamentos pelo devedor comerciante, mesmo que ele dispusesse de superávit patrimonial, pelo risco que a impositividade apresentava e apresentava para o meio empresarial e para o sistema público de crédito, tanto que a nova Lei continua a perfilhar esse mesmo critério, aperfeiçoado em razão de fatores através dos quais a cessação de pagamentos se exterioriza, ou seja, a impositividade qualificada e a defesa frustrada, em execução individual (Lei 11.101/2005, art. 94, I e II).

Para a recuperação da empresa individual e coletiva em crise, o Código Comercial adotava duas soluções: a concordata e a moratória, esta última semelhante à concordata

¹³

Loaré registrou a comparação do Imperador: “Em toda a falência existe um corpo de delito, visto que prejudica os credores. É possível que ele não tenha má intenção, embora isso seja raro; mas o falido se defenderá. Um capitão que perde seu navio, por naufrágio, se recolhe desde logo à prisão; se se lhe reconhece que a perda de seu navio é consequência de um acidente, põe-se o capitão em liberdade” (cf. REQUILÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 12).

¹⁴

“Art. 797. Todo o comerciante que cessa os seus pagamentos entende-se quebrado ou falido”.

preventiva do Dec.-lei 7.661/1945. Mas com a diferença essencial de que na codificação a concordata era inteiramente dependente da aprovação dos credores – sistema de que se afastou o Dec.-lei 7.661/1945 (arts. 177 a 185), mas que retorna com a Lei 11.101/2005, divulgada com grande alarde como “novidade” (arts. 55, 56 e 58, para a recuperação judicial; art. 161, para a recuperação extrajudicial). A concordata somente poderia ser requerida após o encerramento da instrução do processo da quebra, momento em que eram nomeados administradores em substituição ao devedor, e chamados os credores, por carta de escrivão ou por editais, para se pronunciarem sobre a solução que melhor lhes convinha (art. 842). Verifica-se, assim, que a concordata tinha, no sistema do Código Comercial, o caráter de concordata suspensiva, de que tratou o Dec.-lei 7.661/1945. Os credores deveriam apresentar-se a “reuniões” presididas pelo juiz comissário (arts. 844 a 847), não havendo diferença *substancial* entre essa reunião e a Assembléia-Geral de Credores, de que trata a Lei comentada (arts. 35 e ss.). As deliberações, tomadas pela maioria dos credores presentes, vinculavam os credores ausentes (art. 844) – exceto no caso da concordata, pois para ela o art. 847 exigia *quorum* qualificado: aprovação por credores que representassem a maioria destes em número (votação por “cabeça”) e 2/3 dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Aprovada com base nesse duplo critério deliberativo, a concordata alcançava todos os credores, com certas ressalvas (art. 852).

É fácil constatar que a Lei 11.101/2005 adotou os mesmos critérios, no caso da recuperação judicial (arts. 45 e 58, § 1.º). Há outra semelhança entre o Código Comercial e a nova Lei, dizendo respeito à origem da solução para superar a crise da empresa: na Lei recém promulgada o Plano de Recuperação deve ser apresentado pelo devedor (art. 53); no velho Código Comercial era facultado ao falido apresentar “projeto de concordata”, para aprovação dos credores (art. 846).

(b) Foi o Dec. 917, de 24 de outubro de 1890, obra do grande Carlos de Carvalho, que introduziu expressamente a impositividade como fator determinante da falência (art. 1.º),¹⁵ de modo semelhante ao que consta da Lei 11.101/2005 (art. 94, I). E entre os “meios de prevenir e obstar a declaração da falência” (rubrica do Título XI), instituiu a moratória (art. 107 a 119), a cessação de bens (art. 131), a concordata suspensiva (art. 51 e ss.) e o “*acordo extrajudicial com os credores*”, também designado concordata preventiva ou *extrajudicial* (arts. 120 a 130).

É notório que a idéia que está por detrás desta última solução é a mesma em que se baseia, com maior sofisticação, a recuperação extrajudicial de que tratam os arts. 161 a 165 da Lei 11.101/2005. E que alguns meios preventivos da falência, contemplados no Decreto de 1890, também foram erigidos em “meios de recuperação judicial”, pela Lei 11.101/2005, art. 50, I, VII, XI, XIII etc.).

(c) Em 16 de agosto de 1902 sobreveio a Lei 859, regulamentada pelo Dec. 4.855, de 02 de junho de 1903, procurando corrigir as falhas do Dec. 917, e instituindo as figuras do “estado dos negócios” (não obstante o qual a impositividade sem relevante razão de direito importava na declaração da falência – art. 1.º, *caput*), e do “estado de falência” (atos

¹⁵

“Art. 1.º. O commerciante, sob firma individual ou social, que, sem relevante razão de direito (art. 8.º), deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa (art. 2.º), entende-se *fallido*”.

e negócios descritos no § 1.º do art. 1.º – semelhantes aos que constam no art. 94, III, da Lei 11.101/2005).

(d) A Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908 representou “uma síntese bem formulada dos princípios que animavam o Dec. 917, de 1908”, palavras de Valverde, que sobre os referidos diplomas legais tecer ponderações que merecem reflexão, diante da orientação da Lei 11.101/2005: “Credores e devedores haviam de encontrar, como encontraram, o amparo que a lei pode dar às pretensões honestas. *Afronte só não seria punida se os maiores interessados sempre, fingindo os credulantes aos rigores da lei, se se conceder aos credores demorada autonomia na organização falimentar*”.¹⁶

(e) Para vedar as fendas que a legislação anterior criara, foi editado o Dec. 5.746, de 09 de dezembro de 1929, sem alterar-lhe o sistema, ou, como asseverou o seu relator, na Câmara dos Deputados, aperteiçoá-la “no seu maquinismo, e naqueles pontos em que o aparelho mostrou não funcionar com a devida precisão”.

Finalmente, em 21 de junho de 1945, foi editado o Dec.-lei 7.661, agora inteiramente revogado (Lei 11.101/2005, art. 200), inspirado em Projeto da lavra de Trajano de Miranda Valverde, porém ajustado com a colaboração dos Professores Filadelfo Azevedo, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Hahemann Guimarães, Consultor-Geral da República e do advogado Luís Lopes Coelho, além das contribuições dos Professores das Arcadas, Nôe Azevedo e Canuto Mendes de Almeida, catedráticos, e Sylvio Marcondes, Livre-Docente de Direito Comercial.

Suas linhas gerais estão proficientemente elucidadas na Exposição de Motivos, subcrita pelo Ministro Alexandre Marcondes Machado, que requer transcrição, ainda que alongada, para cotejo crítico com a mudança radical operada pela opção legislativa adotada em 2005: “O anteprojeto suprime na administração da falência a figura do liquidatário. O processo de falência compreende duas fases bastante peculiares: na primeira, prepondera a investigação da vida econômica do falido e o exame da sua conduta no exercício profissional; na segunda, cuida-se da solução patrimonial da falência. Ambos os períodos, entretanto, se desenvolvem na unidade do processo da falência, cuja administração, por isso, não deve ser cindida. Com essa preocupação, o anteprojeto revigora a função do síndico, ampliando-lhe os deveres e assegurando-lhe a estabilidade. Tais medidas oneram o titular do cargo, mas o exercício deste constitui dever do comerciante em benefício do interesse coletivo do comércio, onde estão integrados os seus próprios interesses. Por força do princípio aceto, suprime a assembleia de credores, divisorsa das fases do processo, pois não há transmissão de poderes. E, porque a concordata não é objeto de votação, tal supressão nenhum inconveniente apresenta. Somente há lugar para a assembleia de credores, quando estes querem deliberar sobre a forma de se realizar a liquidação, e nesse caso, o projeto prevê a sua intervenção (...). O anteprojeto conceitua a concordata sob critério diverso do vigente. No direito atual, a formação da concordata depende da livre manifestação dos credores, através de quorum de votação, reservando-se ao juiz, simplesmente, a homologação do acordo com o devedor. A lei cogita apenas das condições em que a deliberação da maioria obriga a minoria. É peculiar ao instituto, no direito vigente, a imposição da

deliberação da maioria sobre a vontade dos dissidentes. O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar. A preponderância da maioria, nas deliberações coletivas, somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob a pressão do seu interesse individual, delirando o interesse coletivo da deliberação e tornando ilegítima a sujeição da minoria. *E a verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informante do processo falimentar. Atendendo a esse princípio, consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes, o exame e discussão das condições do pedido do devedor em face das exigências da lei*”.¹⁷

4. Cotejo entre a sistematização do Dec.-lei 7.661/1945 e a da nova Lei Falência e concordatas. O novo perfil da falência e dos procedimentos de recuperação

O Dec.-lei 7.661 desdobrava-se diretamente em 14 Títulos, subdivididos em Seções, os 9 primeiros dedicados inteiramente à falência (art. 1.º usque 138), disciplinadas, a seguir, as concordatas, preventiva e suspensiva, em apenas um Título (X, dos arts. 139 a 185). O Título seguinte trata dos crimes falimentares, e os três últimos das disposições especiais, gerais e transitórias. A disposição topológica da matéria, a própria sistematização da lei anterior e o número de artigos dedicados às concordatas evidenciavam que a preocupação maior do legislador residia no concurso de credores, no processo de execução coletiva, visto que a concordata era então tratada como “favor legal”, direito potestativo do devedor, considerando que a moratória era solução suficiente para equacionar a crise econômico-financeira da atividade negocial – e na verdade é, embora não a única, tanto que foi mantida, e sintomaticamente em primeiro lugar, no rol de meios e modos previstos para a recuperação judicial (Lei 11.101, art. 50, I).

Já a Lei 11.101 vem dividida em oito Capítulos, o primeiro abrangendo as “disposições preliminares” (definindo o seu âmbito de incidência – arts. 1.º e 2.º – o juízo universal competente da falência, e o foro das recuperações – art. 3.º), o penúltimo, as “disposições penais” (arts. 168 a 188) e, o último, as “disposições finais e transitórias” (arts. 189 a 201).

Do núcleo dos segmentos restantes, o Capítulo II trata das “disposições comuns à recuperação judicial e à falência”, em quatro seções. Assinale-se, desde logo, que não parece adequada a técnica de aglutinar em “disposições comuns” normas aplicáveis a procedimentos com objetivos e estrutura inteiramente diferentes, um para a superação da crise econômico-financeira da empresa, e outro de concurso coletivo de credores para liquidação do patrimônio das empresas inválveis, o que poderá gerar confusões e dificuldades na aplicação da Lei.

A Seção I (“Disposições Gerais”) discrimina os créditos não exigíveis na recuperação judicial e na falência (art. 5.º), bem como o funcionamento do juízo universal, concorrentemente com os juízos singulares, com base em princípios de economia processual

¹⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 17, nossos os grifos.

¹⁷ Nossos os grifos. Além das publicações oficiais, a íntegra da Exposição de Motivos pode ser encontrada em VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 221-230.

(art. 6.^o), mais apriorizados do que os aplicáveis à execução coletiva e ao concurso civil de credores (CPC, art. 762).¹⁸ A Seção II cuida “da verificação e da habilitação dos créditos” (arts. 7.^o a 20.^o) a Seção III, “do administrador judicial e do Comitê de Credores” (arts. 21 a 34), sendo este último órgão facultativo (art. 28); e, a Seção IV, “da Assembleia-Geral de Credores” (arts. 35 a 46), também facultativa, em princípio (arts. 36, § 2.^o, 56 e 145), matéria que é complementada em outros artigos, sobretudo no art. 58, § 1.^o, que estabelece *quorum* deliberativo especial, diverso daquele previsto nessa Seção.

A seguir vem o Capítulo III (arts. 47 a 72), dedicado à recuperação judicial, segundo topologia indicativa da ênfase que a nova Lei empresta a esse procedimento, que “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” (art. 47). Para as microempresas e empresas de pequeno porte está previsto Plano Especial de Recuperação, mais simplificado (Seção V, arts. 70 a 72), porém muito limitado, pois a moratória que prevê, agora para pagamento parcelado em 36 meses, com cunância de 180 dias, abrange apenas parte dos credores quirografários (art. 71, I, II e III).

Na sequência aparece o Capítulo que trata da “convolação da recuperação judicial em falência” (IV – arts. 73 e 74), seguido do Capítulo mais extenso da Lei, que em 86 dispositivos disciplina a falência (V – arts. 75 a 160), em moldes semelhantes aos do Dec.-lei revogado, mas com modificações de tomo, sobretudo no que tange aos meios e modos empresariais de realização do ativo do falido (arts. 142, 144 e 145).

Por fim, regula a Lei a “recuperação extrajudicial” (Capítulo VI, arts. 161 a 167), de forma ampla, que não é tão “extrajudicial” como sua designação dá a entender (v. item 14, abaixo), caracterizando-o como um negócio jurídico privado bilateral entre o devedor e parte de seus credores, que pode ou não ser homologado judicialmente (art. 162), mas que se o for passa a constituir título executivo judicial (art. 161, § 6.^o). Essa modalidade de negócio jurídico, que pode ser alvo de outras formas de acordos (art. 167), não abrange, *ex vi legis*, determinados credores (art. 161, § 1.^o – os “titulares de créditos de natureza tributária, derivadas da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3.^o, 86, II do *caput*”), nem os demais credores que não se dispuserem a aderir ao Plano (art. 161, § 4.^o).

5. Estrutura organizacional da falência e das recuperações

Substituindo o regime de administração unitária antes exercida pelo síndico credor ou dativo e pelo comissário-credor, nomeados pelo juiz – e adotando sistema dualista de

¹⁸ “Art. 762. Ao juízo da insolvência concorrerão todos os credores do devedor comum, § 1.^o As execuções movidas por credores individuais serão remetidas ao juízo da insolvência. § 2.^o Havendo, em alguma execução, dia designado para a praça ou leilão, far-se-á a arrematação, emantando para a massa o produto dos bens”. A jurisprudência vem aminorando o rigor do dispositivo, em homenagem ao princípio da economia processual, decidindo que “no juízo da insolvência, somente deverão ser remetidas as execuções movidas por credores individuais, e não toda e qualquer ação” (Cl. decisão coligida por NEGRÃO, Theodoro e GOUVEIA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, 36. ed., nota 2 ao artigo citado, p. 845).

administração, composto por órgão de deliberação colegiada, facultativo (art. 28), o Comitê de Credores (arts. 26 a 34), e por outro de administração executiva, profissionalizada (o administrador judicial, arts. 21 a 25) – a nova Lei situa os credores em posição preponderante nos procedimentos das recuperações, embora de menor relevo nas falências, reforçando substancialmente o papel da Assembleia-Geral (arts. 35 a 46), antes confinada a posição subalterna (Dec.-lei 7.661/1945, arts. 122 e 123).

Percebe-se, desde logo, a influência do atual modelo legal das sociedades por ações na nova estrutura organizacional da falência e das recuperações, o que apresenta certas vantagens, que podem mitigar a grande deficiência da Lei 11.101/2005, que não estabelece com clareza o padrão para o exercício do direito de voto pelos credores, nas assembleias – o que permitiu ao Judiciário construir um vetor ou paradigma, apoiado nos princípios do Código Civil de 2002, e, sobretudo, mercê da aplicação analógica das soluções muito mais apriorizadas da Lei 6.404/1976 (principalmente o art. 115), e da experiência de quase três décadas de vigência dessa lei acionária, entre nós.¹⁹

Porque a matéria será aprofundada nos comentários aos artigos pertinentes, cabe, neste passo, apenas esboçar breve visão geral sobre a nova estrutura organizacional dos procedimentos de falência e das recuperações.

5.1 Assembleia-Geral de Credores

À Assembleia-Geral de Credores, embora órgão facultativo, a Lei assina papel não relevante que lhe foi dedicada uma seção inteira, com nada menos do que doze artigos bem encorpados (Cap. II, Seção IV, arts. 35 a 46) – além de referências em inúmeros outros dispositivos, de menor ou maior importância (v.g., art. 58, § 1.^o). Apesar disso o órgão não é de funcionamento obrigatório, e nem delibera na recuperação extrajudicial, podendo ser convocado pelo juiz (art. 36, *caput*), (i) a pedido de credores (art. 36, § 2.^o), ou (ii) obrigatoriamente, neste último caso se houver objeções ao plano de recuperação apresentado pelo devedor (art. 56), ou para deliberar sobre formas especiais de realização do ativo, na falência (art. 35, II, c). Na primeira hipótese, o funcionamento da Assembleia-Geral poderá desde logo tornar mais sofisticada e efetiva a administração da falência e da recuperação judicial, pois o conclave poderá constituir o Comitê de Credores (art. 26), órgão administrativo colegiado que passa a competir com o juiz, na fiscalização das atividades do administrador judicial, e no zelo “pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei” (art. 27, I, a e b). A Assembleia-Geral de Credores também não é convocada na recuperação judicial de microempresas ou empresas de pequeno porte (art. 72).

¹⁹ Como sabido, a Lei das S/A estabelece, no art. 115, que “o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia”, dispositivo em torno do qual há vasta literatura, que aborda temas tais como o abuso do direito de voto, a “tirania da maioria”, o conflito de interesses etc. E o dever que tem o acionista de votar “no interesse da companhia”, e não no seu, individual, vem sendo interpretado, no sentido de que o *interesse da companhia* corresponde ao interesse comum a todos acionistas, “*in quoniam tali*” – que, transportado para a assembleia-geral de credores, implicaria em afirmar que o credor deve votar nessas conchaves tendo em mira o interesse comum de todos os credores, sem perder de vista a função social da atividade comercial do devedor e os demais centros de interesse estabelecidos no art. 47 da nova Lei (v. a respeito, o nosso *Aprimoramentos de capital das sociedades anônimas*, p. 253 e ss.).

Os demais casos de convocação da Assembleia vêm previstos em vários outros mandamentos da nova Lei, tais como os arts. 35, 52, 56, 65, 73, 99, 145.

Embora não seja de sua competência a nomeação do administrador executivo (art. 52, I e 99, IX) – nem a sua substituição e a indicação do substituto, como preconizava o Projeto aprovado pelo Congresso, em dois dispositivos, vetados²⁰ – é atribuição da Assembleia-Geral, como assinalado, estruturar a administração dualista, merecê a constituição do órgão de deliberação colegiada, o Comitê de Credores, escolhendo e substituindo os seus membros, tanto na recuperação judicial, quanto na falência (art. 35, I, b e II, b).

Disciplinando detalhadamente a instalação, o funcionamento e as formas de deliberação do conclave – inclusive com um muito curioso dispositivo, de constitucionalidade duvidosa (Constituição, art. 5.º, XXXV), que veda ao Poder Judiciário deitir “provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para suspensão ou adiantamento da Assembleia-Geral de Credores” (art. 40) – a Lei atribui a esse órgão de deliberação colegiada poderes capitais, que incluem, em ambos os procedimentos, a competência residual para deliberar sobre “qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores” (art. 35, I, f e II, d).

Na recuperação judicial compete-lhe deliberar sobre a peça chave para a solução da crise econômico-financeira da empresa, ou seja, a “aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor” (art. 35, I, a), se houver objeção de qualquer credor (art. 56). Na falência, decidir sobre questão também de grande relevância, a saber, a adoção de modalidades especiais de realização do ativo, na forma do art. 145 (art. 35, II, c). E não está prevista a realização de assembleias gerais formais de

²⁰ Trata-se das alíneas *c* dos inc. I e *a* do inc. II do art. 35. Foram as seguintes as razões do veto: “As alíneas *a* e *c* atribuem à Assembleia-Geral de Credores, dentre outras competências, a de deliberar sobre a substituição do administrador judicial e a indicação do seu substituto. Todavia tais disposições conflitam com o art. 52, que estabelece: ‘Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial; observado o disposto no art. 21 desta Lei; (...). Verifica-se o conflito, também, no confronto entre esses dispositivos e o parágrafo único do art. 23, que dispõe: ‘Parágrafo único. Decorrido o prazo do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor’.

Ao que parece, houve um equívoco do legislador ao mencionar o ‘administrador judicial’, parecendo que pretendia se referir ao ‘gestor judicial’, uma vez que, ao prever a convocação da Assembleia-Geral de Credores para deliberar sobre nomes, o projeto refere-se a este último, como se acesa da leitura do art. 65, *verbis*: ‘Art. 65. Quando do afastamento do devedor, nas hipóteses previstas no art. 64 desta Lei, o juiz convocará a Assembleia-Geral de Credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial’.

Há, portanto, no texto legal, um equívoco que merece ser sanado, elidindo-se a possibilidade de a Lei vir a atribuir competências idênticas à Assembleia-Geral de Credores e ao Juiz da recuperação judicial ou da falência, o que ensejaria a incompatibilidade do dispositivo, com inequívocos prejuízos para a sociedade, que almeja a celeridade do processo, e para o próprio Governo Federal, que tem adotado ações que possibilitem alcançar esse desiderato. Finalmente, impõe-se registrar que o veto afastará, de plano, a possibilidade de que seja nomeada para o cargo pessoa que não seja da confiança do juiz”.

credores na recuperação extrajudicial, reitere-se, na medida em que esta solução tem caráter de negócio jurídico privado (v. item 14, abaixo).

5.2 Comitê de Credores

A administração colegiada, nas falências e recuperações, também é facultativa (art. 28 – e, quando não for constituída, suas atribuições serão exercidas pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz), detendo o Comitê de Credores competências comuns, na falência e na recuperação judicial (art. 27, I), dentre as quais se inclui a fiscalização e o exame das contas do administrador judicial, embora este seja nomeado, destituído e substituído pelo juiz (alínea *a*), e a de “zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da Lei”, a despeito, também, de ser essa a função suprema e primordial do magistrado (CPC, art. 125).

Na recuperação judicial, além de fiscalizar a administração das atividades do devedor (art. 27, II, *a*), compete ao Comitê fiscalizar a execução do plano (alínea *b*), além de submeter à autorização do juiz a adoção de medidas tendentes ao prosseguimento da implementação das obrigações do devedor, quando este for afastado da administração (alínea *c*).

A constituição do Comitê depende de deliberação de qualquer das classes de credores (art. 26) e delibera por maioria, com suas decisões constando de ata lavrada em livro próprio (art. 27, § 1.º).

5.3 Administrador judicial

O administrador judicial, nomeado pelo juiz (arts. 52, I e 99, IX) e sujeito à fiscalização deste e do Comitê de Credores (arts. 22, *caput* e 27, I, *a*), exerce as atribuições executivas extensamente indicadas no art. 22. Uma das melhores inovações da Lei 11.101/2005 foi a de retirar as funções executivas, na recuperação e na falência, das mãos do credor, do qual não era lícito esperar nada além do que especialização em seu ramo de atividades, no mais das vezes diversas daquela exercida pelo devedor, e menos ainda o conhecimento necessário para fiscalizar o cumprimento de plano de recuperação empresarial, ou – o que é mais complexo – a liquidação judicial do patrimônio falido, doravante realizada sob formas empresariais típicas e atípicas (arts. 140, 142 e 144).

Como pré-requisitos de nomeação, o art. 21 alude a “profissional idôneo”, a outros profissionais liberais e a “pessoa jurídica especializada” – donde se conclui que todos eles devem ser dotados de conhecimentos específicos e experiência para o bom desempenho de suas atribuições. O que faz prever a criação de um novo mercado, a ser ocupado por profissionais e empresas especializadas, cujas qualificações, para futuras nomeações, deverá incluir o desempenho bem sucedido na implementação de planos de recuperação e na boa liquidação empresarial do patrimônio do falido, que, doravante, obedecendo a formas empresariais, tende a melhorar o sistema de recuperação de créditos. Reitere-se que falência e recuperação judicial são procedimentos com finalidades distintas, o primeiro para liquidar o patrimônio do devedor, e o segundo para viabilizar a superação de sua crise econômico-financeira, ambas requerendo profissionais com especializações diferenciadas.

5.4 *Judiciário. Posição aparentemente secundária, nas recuperações. Especialização*

Apesar de nomear o administrador executivo da falência e na recuperação (arts. 52, I e 99, IX), o juiz terá doravante, segundo a nova Lei, suas atividades jurisdicionais acampanhadas de perto pelo Comitê dos Credores, tal como foi salientado no início do subitem 5.2, supra – inclusive quanto à fiscalização dos trabalhos do administrador judicial que nomeou, competência que não é mais de sua exclusividade.

Além dessa intromissão, na falência – que afinal é um processo judicial, de execução coletiva – ao magistrado foi atribuída função aparentemente secundária, nas recuperações. Na recuperação judicial, tem o poder apenas de deferir o processamento do pedido do devedor (art. 52), mas em princípio não pode julgá-lo, no mérito, eis que neste ponto está limitado a “conceder” a recuperação, desde que cumpridas as exigências legais,²¹ mas desde, também, que o plano respectivo não tenha encontrado objeção dos credores, ou tenha sido aprovado pela Assembleia-Geral (art. 58). O máximo que se permite ao magistrado é convocar a Assembleia de credores para reexaminar deliberação anterior de não aprovação do plano proposto pelo devedor, com o *quorum* menos rigoroso previsto no § 1.º do art. 58. A Lei não obriga o magistrado a adotar tal iniciativa; mas a interpretação ora ensaiada tem presente que o parágrafo citado se acha colocado exatamente no dispositivo que cuida da concessão de plano de recuperação ao devedor – o que não obsta o juiz, que não é mero certorário, a suscitar nova manifestação dos credores, se as circunstâncias, a experiência e a sua especialização assim o recomendarem. Mesmo porque a matéria transcende aos interesses dos credores, que é apenas um, reitere-se, dentre os vários e relevantes centros de interesse alinhados no art. 47, visando a solução da crise econômico-financeira do devedor, titular de empresa que exerce, constitucionalmente, função social (v. item 6, abaixo).

Cabe assinalar, por derradeiro, que as dúvidas que têm sido suscitadas com maior frequência em relação à nova Lei, consistem em saber de que modo o Judiciário exercerá a função que agora lhe foi atribuída, no novo regime da falência e das recuperações, e qual será a sua contribuição para a boa operacionalização da Lei 11.101/2005. A perspectiva, a julgar pelas reações iniciais, não deixa de ser positiva. Primeiro, já se verificam iniciativas concretas, como a do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que criou três Varas especializadas na Capital para cuidar exclusivamente da matéria, sendo do que duas delas já estão funcionando desde 10 de junho, início da vigência da nova Lei; e no Tribunal de Justiça foi criada também uma Câmara especializada para cuidar de matéria falimentar e recuperação de empresas.²² Segundo, pela ação do Ministério da Justiça, através de sua Secretaria de Direito Econômico (SDE), que vem organizando, como já o fez em convênio com a Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, cursos

de especialização para juízes, promotores e procuradores.²³ Mas parece claro que esse otimismo merece ser temperado com boa dose de realismo, senão de ceticismo, em face da realidade atual no campo das falências e concordatas.²⁴

5.5 *Ministério Público*

Por fim, a Lei ainda prevê apenas a intervenção típica do Ministério Público, na falência e na recuperação judicial, em razão do veto oposto ao art. 4.º, mas a atuação do MP tem elástico mais amplo do que a leitura solerada da Lei sugere, como se verá nos comentários a esse artigo, mais abaixo.

6. *A anttese função social da empresa versus soberania dos credores, nas recuperações*

Está definitivamente consolidada entre nós a noção de que a empresa exerce função social, até por determinação constitucional (Constituição, art. 170, *caput* e inc. III). O marco a partir do qual esse salto valorativo na visão da atividade empresarial foi introduzido em letra de forma em nosso ordenamento jurídico reside, por certo, na Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que embora ironicamente promulgada ainda sob o regime autoritário, prescreve, de forma didática, em seu art. 116, parágrafo único, que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Apesar de o referido diploma legal disciplinar as sociedades por ações, dúvidas não ensinham, (i) que o enunciado transcrito aplica-se a toda e qualquer atividade empresarial, exercida individualmente ou através de qualquer outra forma societária; (ii) e que o elenco de interesses extra-societários que a atividade empresarial “deve lealmente respeitar e atender” não se esgota naqueles pólos referidos no dispositivo, pois unidade produtiva geradora de riquezas que é, a empresa, atuando em seguros quadros constitucionais e legais (traduzidos nas expressões em moda, “marcos legais” ou “regulatórios”), criados pela sociedade através do Congresso Nacional, não mais pode pautar-se por interesses exclusivamente egoísticos e na procura obsessiva e predatória de lucros, cabendo-lhe também atender, e por força da Constituição, os direitos dos consumidores, o regime

²¹ Dizemos “em princípio” porque dentre tais exigências legais figura a observação do que dispõe o art. 47, pedra angular do procedimento, e que não se esgota com a tutela dos interesses dos credores.

²² Cf. informação constante do jornal *Valor Econômico*, 06.04.2005, p. E1, que acrescenta declaração do Desembargador Presidente da Associação Paulista de Magistrados, no sentido de que o Tribunal já abriu concurso entre juízes de terceira entrância interessados em assumir as varas especializadas, iniciativa por ele elogiada: “Temos mesmo que apoiar a especialização por temas, como o de falências”.

²³ A experiência foi inspirada em exemplos da Europa e do hemisfério norte de nosso continente, notadamente o Canadá, que permitiu o afastamento de alguns juízes para estudar o novo Código Civil daquele país. Informa-se que a experiência referida no texto será estendida a outros Estados, já estando encaminhada a especialização de mais 40 daqueles mesmos profissionais no Estado de São Paulo (cf. *Valor Econômico*, 01.03.04.2005, p. E-1).

²⁴ Fazendo alusão ao mencionado curso de especialização, o mesmo periódico informa que o Estado do Rio de Janeiro já dispõe, somente na Capital, de oito Varas especializadas, o que não impediu que acumulassem, até o final de 2004, um total de 3.326 ações de falência (cf. *Valor Econômico*, 22.03.2005, p. E-1). Só o tempo dirá, portanto, se a soberania da Assembleia-Geral de Credores, a melhor estruturação e profissionalização da administração, os prazos reduzidos da nova Lei (alguns manifestamente reais) e o papel agora secundário do Poder Judiciário irão ou não imprimir a desejada celeridade à solução da crise econômica da empresa.

de livre concorrência, a preservação do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural do País etc. Em razão dessa função de grande relevo é que a nova Lei estrutura mecanismos que conduzam à sua preservação, superando as naturais crises econômicas e financeiras pelas quais venha a passar o devedor empresarial.

Não se trata, como é óbvio, de uma visão política diferenciada do papel da atividade empresarial, posto que hoje em dia todos os países civilizados, independentemente do regime político que adotam, já incorporaram esses valores, desde o período histórico que sucedeu os primórdios do capitalismo e o transformou, a partir das décadas iniciais do século XX. Mas a quem compete dizer se a empresa está ou não cumprindo adequadamente sua função social, ou se devem ou não ser adotadas medidas próprias para que se mantenha como eixo produtor de riquezas, mesmo ao enfrentar dificuldades críticas? No caso da Lei 11.101/2005 parece que tão importante decisão caberá apenas aos credores, e esse é um aspecto sobre o qual cabem considerações mais detalhadas, pois a discussão de que resultou a opção legislativa é velha de quase um século entre nós, como visto linhas acima (item 3, item “e”, supra).

6.1 Credores, Assembleia-Geral de Credores e função social da empresa devedora

Com efeito, o art. 47 da Lei 11.101/2005, ao estabelecer os objetivos da recuperação judicial, dispõe que o instituto visa “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”.

À dicção do art. 116, parágrafo único da Lei 6.404/1976, o diploma legal comentado indica expressa e diretamente outro centro de interesses extra-societários (que amalgama os credores), o que é curial em uma lei que busca prevenir (recuperações) a execução coletiva e o concurso de credores (a falência), na qual, em tese e quase sempre, na prática, todos aqueles terão perdas, em maior ou menor grau. Mas a nova Lei realinha, explicita e enfatiza a função social da atividade empresarial, qualificando-a como fonte produtora que cabe manter e preservar, em prol do estímulo à atividade econômica, e há aqui, implícita e indiretamente referido, outro centro de interesses, da sociedade em geral e da Fazenda Pública, em particular, que dela recebe tributos – objetivos que, nem sempre, ou raramente, estão na mira dos credores, que segundo a lógica do capitalismo procuram, como razão de eficiência empresarial, proteger e recuperar os seus créditos da empresa em crise.

Sucedendo que o Plano de Recuperação, que deve ser apresentado pelo devedor (art. 53), tem sua apreciação a cargo do exclusivo alvedrio dos credores, que o aprovam tacitamente (art. 55, c.c. art. 58), ou sobre ele deliberam em Assembleia-Geral, que poderá aprová-lo, rejeitá-lo ou modificá-lo (art. 35, I, *d*), podendo inclusive rejeitar a desistência do devedor ao pedido de recuperação, mesmo que tenha ele superado suas dificuldades econômico-financeiras após o deferimento de seu processamento (art. 35, I, *d*, c.c. art. 52, § 4.º).

A discussão sobre o princípio da soberania dos credores no mecanismo concursal, já foi dito, não é nova, sendo muitos os pensadores e juristas de tanto que a ele se opuseram. Para não alongar as citações, incompatíveis com comentários de primeira mão, remetemos o leitor ao que foi exposto no item 3.5, item “e”, supra.

6.2 Item: contrastes entre o papel dos credores nas recuperações e a função social da empresa devedora

A advertência é antiga, mas a realidade pouco mudou, pois é da natureza da atividade empresarial, especulativa no bom sentido da palavra, que o credor persiga seus interesses pessoais, mesmo porque a própria atividade que exerce tem, ela própria, função social. Reconheça-se a evolução na cultura empresarial, traduzida em iniciativas, ainda tímidas, em direção ao atendimento de interesses extra-societários, expressas em relatórios da administração de grandes companhias, algumas, muitas vezes, com grande publicidade e pouca substância, que chegam a constar de tópico apartado (“Relatório Social”), em rubricas como “projetos sociais”, “projetos culturais”, “projetos esportivos”, “programas de qualidade de vida”, “saúde, segurança e meio ambiente”.³⁵ Em face, porém de créditos a recuperar, é natural esperar ações imediatistas e até egoísticas, como é próprio do regime capitalista. Daí porque é de duvidosa sabedoria o veto integral oposto ao art. 4.º da Lei 11.101, que resguardava uma ação mais efetiva do Ministério Público em prol dos interesses da coletividade (v. comentários ao citado art. 4.º, itens 47 e ss. abaixo), pois ao julgar, nas recuperações judiciais e extrajudiciais, foi atribuída função meramente sancionadora da deliberação dos credores (art. 58), em princípio (v. item 5.4, supra).

Ainda que a recuperação judicial não mais se constitua direito unilateral ou potestativo do devedor, um “favor legal”, como afirmavam os comentaristas do Dec.-lei 7.661/1945, parece demasiado atribuir aos credores, sem os necessários contrapessos, a competência para avaliar e deliberar soberanamente sobre “a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor (...) a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores (...) a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47, c.c. arts. 55 e 56). Afinal, a ninguém é dado ignorar o peso do poder econômico no mercado e a necessidade de contrabalançar essa realidade insuprimível, exteriorizada em seus vários segmentos.

7. Poder de controle societário e controle externo dos credores

No que tange às sociedades por ações, o legislador de 1976 não o ignorou, como sabido, mas disciplinou o poder de controle empresarial apenas *interna corporis*, definindo-o em função da titularidade das ações (Lei 6.404/1976, art. 116 e 243, § 2.º). O que não esgota o extenso rol de condições e meios através dos quais tal poder se manifesta e é exercido, *externa corporis*.

O controle externo pelos credores é um desses meios, o que é arguísimo, pelo muito que já foi escrito a respeito, também na literatura jurídica, inclusive a nacional. Apesar disso, não parece que a Lei 11.101 tenha encaminhado soluções adequadas a esse fenômeno co-essencial ao capitalismo, que pode comprometer as boas intenções do legislador, que ao menos poderia ter instituído adequados mecanismos de “freios e contrapesos”, analogamente às soluções bem desenvolvidas pela doutrina política e constitucionalista, a partir do século XVIII (com Montesquieu à frente).

³⁵ Exemplos retirados do Relatório de Administração de uma das maiores empresas de telecomunicações do País (jornal *Valor Econômico*, 30.03.2005, p. A21-A36).

Pois se é certo, como já foi frisado, que a Lei 6.404/1976, com pioneirismo, trouxe para o prosseguimento jurídico a figura do acionista controlador, não é menos exato que o fez de forma incompleta, ao disciplinar apenas o poder de controle *interno*. Sucede que de há muito, a começar por antigos precedentes da jurisprudência norte-americana, passando pela Lei Acionária alemã de 1937 e pelo *Codice Civile* italiano de 1942, inúmeros ordenamentos jurídicos vêm reconhecendo e procurando disciplinar o chamado controle *externo*, que se manifesta, *de fato*, por formas diversificadas, que foi apreendida em alguns textos legais sob o conceito de “influência dominante”.²⁶

Dentre essas formas de influência dominante externa figura, em primeiro lugar, o controle exercido pelos credores da sociedade, que a submetem, em razão do endividamento e da consequente dependência econômica, a sua orientação e aos seus desígnios²⁷ – e não é de se estranhar que venha ocorrer nas recuperações de que trata a lei.

Legem habemus, afinal. Cabe, doravante, ao aplicador do direito, suprir a falha, seja recorrendo aos “princípios gerais” sobre a matéria,²⁸ e, principalmente, ao atual sistema de Direito obrigacional privado unificado, que passou a ter como pedras de toque, como sabido, a função social do contrato e dos negócios jurídicos (CC/2002, art. 421) e os deveres da boa-fé e probidade dos contratantes, “tanto na conclusão, como em sua execução” (*idem*, art. 422) – sabendo-se, tal como sustentamos, que a recuperação, judicial ou extrajudicial, constituem modalidades de negócios jurídicos (cf. itens 13 e 14, abaixo), adstrições, portanto, a esses padrões negociais, que sobretudo a Assembleia-Geral de Credores deve ter presente, ao aprovar, modificar ou rejeitar o plano submetido pelo devedor (Lei comentada, art. 35). E mesmo o credor ao formular, fora da Assembleia, “objeções” ao plano (art. 55).

7.1 Abuso do poder econômico

É sempre haverá, segundo as circunstâncias, como recorrer à legislação de represália ao abuso do poder econômico, atualmente consubstanciada na Lei 8.884, de 1 de junho de 1994. Segundo este diploma legal, que já incorpora o conceito de “posição dominante” (art. 20, §§ 1.º e 2.º), as iniciativas do credor ou credores, diante de devedor que enfrenta crise econômico-financeira podem constituir, conforme o caso, infração da ordem econômica, “independentemente de culpa”, nos termos do citado art. 20, que desde logo indica, como tal, “os atos *sob qualquer forma manifestados*, que tenham por objeto ou pos-

²⁶ V.g., Código Civil italiano, art. 2.359: “(Società controllate e società collegate) Sono considerate società controllate: (...) 2) le società che sono sotto l’influenza dominante di un’altra società in virtù delle azioni o quote da questa possedute o di particolari vincoli contrattuali con essa (...)” – grifamos.

²⁷ É a opinião de Fábio Konder Comparato. Após esclarecer que “as situações (de controle externo) são as mais variadas”, expôs lição que cabe como luva ao argumento do texto: “Há, assim, em primeiro lugar, toda uma situação de hipóteses em que o controle externo resulta de uma situação de endividamento da sociedade. Em razão do seu direito de crédito, cuja execução forçada pode levar a companhia à falência, o credor passa, muitas vezes, a dominar a devedora, comandando a sua exploração empresarial” (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 64, nossos os grifos).

²⁸ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Idem*, p. 77, nota 22 e parte III.

sam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: (...) IV – exercer de forma abusiva *posição dominante* (...). Os trechos grifados indicam a possibilidade, primeiro, de que o ato do credor seja externado na Assembleia-Geral de que trata a Lei (arts. 45 e 58), ou fora dela, se apresentar “objeções” ao Plano (art. 55); e, segundo, que a posição dominante possa decorrer do controle externo mencionado no item anterior.

Ademais, as hipóteses alinhadas em rol não exaustivo nesse dispositivo legal, são melhor minudenciadas no artigo seguinte, que aponta, dentre muitas outras “condutas” que infringem a ordem econômica, “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou *fornecedor*, *adquirente* ou *financiador de bens ou serviços*” (Lei 8.884/1994, art. 21, V). Os grifos, é evidente, supõem o caso de devedor, “adquirente” ou “fornecedor”, que exerce atividade econômica viável, em crise econômico-financeira circunstancial, superável por um dos meios previstos no art. 50 da Lei comentada, diante de condutas abusivas de fornecedor, adquirente ou financiador, e mesmo de credor concorrente que tencione eliminá-lo do mercado. Esta é apenas uma, dentre as 24 hipóteses arroladas exemplificativamente no art. 21 da Lei 8.884/1994, que podem, todas elas, merecer excoção, no caso das recuperações.

8. Falência, falimento, quebra, bancarrota. Noção de falência na Lei 11.101/2005

Falir, do latim *fallere*,²⁹ falar, figura nos léxicos modernos como “suspender os pagamentos, não ter como pagar aos credores, ser mal-sucedido, malograr-se, fracassar”, e os de melhor qualidade até apresentam noção jurídica de falência bem proficiente: “Excoção coletiva do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores, e que tem por fim arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, solver o passivo e liquidar o ativo, mediante rateio, observadas as preferências legais”. O termo falimento é registrado como sinônimo de falência, sobrecarregado da acepção “culpa punível, erro, omissão”.³⁰ Quebra era a palavra portuguesa que mais comumente designava o instituto desde as Ordenações, antes da inclusão da palavra falência na lei, tendo composto a epígrafe do Título I, Parte III, do Código Comercial de 1850, que suprimiu o vocábulo bancarrota, usado no Código Criminal de 1830 para designar a falência fraudulenta.

O estigma da falência como estado que decorre da fraude ou atos delituosos praticados pelo devedor comerciante já foi de há muito superado. Nas palavras de Valverde, escritas na Introdução de seus Comentários, “são inúmeros os fatores que provocam o abalo do crédito. Uns de ordem geral, econômicos, financeiros, políticos, com influência em todos ou alguns ramos da atividade humana; outros, de ordem particular, dizem respeito ao devedor, ao modo por que administrou os seus negócios”.³¹ A falência, processo de

²⁹ Que advém do radical sânscrito *spahl*, vacilar, mover, desviar e do grego *spallien*, falar; em inglês *fall*, *fail*, cair, faltar; em francês *faillir*, *faillite*, enganar, pecar, faltar; em italiano *fallire*, *fallimento*, com o mesmo significado, o que não ocorre em português; em alemão *fallen*, *jeihen*, cair, decair, faltar, cair em falta (cf. Aulic, Cláudio de Figueiredo e Frei Domingos Vieira, citados por CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, p. 7).

³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 754.

³¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 5-6, acrescenta: “As organizações comerciais modernas, quaisquer que sejam, sem ele [o crédito] não podem desenvolver com amplitude os seus negócios, atuar com eficácia no campo largo e aberto pela

execução coletiva empresarial, não se concentra apenas na atuação individual e muitas vezes predatória do falido, que pode destruir o valor econômico da unidade produtiva e de circulação de riquezas, pois as causas de suas dificuldades econômicas, como visto, não decorrem apenas do modo como conduz seus negócios, muitas vezes de boa-fé e com má sorte, mas de fatores conjunturais, de ordem geral ou setorial.

A Lei 11.101/2005, que não define o instituto, prescreve os seus objetivos, no novo sistema de soluções para a crise econômica da atividade negocial, nessa mesma linha: “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização dos bens ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (art. 75). Trata-se de concepção atual, segundo a qual o instituto, embora conduza à dissolução e extinção da atividade empresarial individual (Lei 11.101/2005, art. 102), e da sociedade empresária (idem, c.c. Código Civil, 994, § 2.º, arts. 1.044, 1.051 e 1.087 e Lei 6.404/1976, art. 206, II, c), deve obedecer ao que denominamos, em outra obra, a “lógica” do capitalismo.¹² Se entre a dissolução e a extinção do devedor falido medeia um procedimento de liquidação, nada mais natural que este se faça “otimizante” os bens, ativos, recursos produtivos e os intangíveis, mercê seu melhor aproveitamento, na sua transferência ou re-inserção no mercado. *in natura* ou em moeda, o que permite não só a preservação de toda a riqueza patrimonial da empresa, que não se limita à soma dos bens individuais, como melhor atende aos interesses dos credores, pela maximização dos valores a partilhar, por rateio.

9. Execuções singulares e coletivas civis: insolvência e concurso de credores

A execução civil singular, diante da cessação generalizada de pagamentos pelo réu, dá lugar à execução coletiva contra devedor insolvente. É isto porque a primeira pressupõe o inadimplemento pontual, pois “realiza-se a execução *no interesse do credor*, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados” (CPC, art. 612 – grifo nosso). Se forem vários os inadimplementos, e a penhora recair sobre os mesmos

concorência. A mobilização do crédito, entretanto, o seu valor no sistema circulatório das riquezas, é uma conquista recente. Podendo originar-se das mais variadas transações, das quais ocupa o primeiro lugar a compra e venda, reveste o crédito a forma legal de documento ou papel em que materializa. Aparece, assim, no mundo dos negócios como um valor em si, facilitando por isso ao seu portador novas operações, a procura de capitais disponíveis, indispensáveis ao movimento regular do comércio. As consequências são sempre desastrosas. Desaparece, imediatamente, confiança, base do crédito, que o devedor inspirava às pessoas com quem transacionava, e não só os credores, mas ainda terceiros, conhecedores do fato, passam a considerá-lo indivíduo suspeito, traçam-lhe um círculo de isolamento, que mais e mais se estreita, e do qual raros são os que saem com dignidade. Insolvente o devedor, levanta-se, inevitável, o conflito de interesses entre ele e os credores, e ainda entre estes, cada qual procurando tirar da situação o melhor proveito. Não se resolveria tal conflito, ou se-lo-ia tardiamente, com graves desvantagens para todos os interessados, se diversas vias judiciais ficassem abertas à ação peculiar de cada credor, tendente a efetivar o seu direito sobre o patrimônio do devedor, que perderia, extraordinariamente, com esse fracionamento, o seu valor econômico. Surge, então, no desenvolvimento das instituições jurídicas, o processo de execução coletiva. A idéia, relativamente nova, de que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores, preside o regular funcionamento do instituto e o disciplina.”

¹² V. a respeito o nosso *Dissolução e liquidação de sociedades*, p. 5.

bens, “cada credor conservará o seu direito de preferência” (idem, art. 613), mas as execuções, diversas e em juízos diferentes, continuarão singulares.

Na esfera civil, somente a *insolvência* dá lugar à execução coletiva, ou seja, “toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor” (CPC, art. 748). A insolvência é, portanto, o estado de déficit patrimonial, que precipita, na execução por quantia certa contra devedor insolvente, o concurso de credores (idem, arts. 748 por quantia certa contra devedor insolvente, o concurso de credores (idem, arts. 748 *inque* 786-A), ficando assim afastada, para a execução coletiva civil, a *insolvabilidade*, ou seja, a situação econômica em “que o seu ativo é superior ao passivo” (defesa que o réu pode alegar, nos embargos – CPC, art. 756, II), mas que não dispõe de meios líquidos para cumprir pontualmente suas obrigações, gerando a cessação generalizada de pagamentos. O interesse que preside a execução coletiva civil não é mais o do credor individual, mas o de “*todos os credores do devedor comum*” (CPC, art. 762, c/c CC, art. 957), que concorrerão no juízo “universal” (CPC, art. 751, III), segundo a classificação de seus créditos e seus títulos legais, preferências e privilégios (CPC, art. 769, c/c CC, arts. 955 e ss.).

No pólo passivo da execução contra devedor insolvente podem figurar tanto o devedor não empresário, seu cônjuge (CPC, arts. 748 e 749), seu espólio (idem, art. 759) e as sociedades simples, embora estas sejam ainda referidas no CPC, nesta parte não adaptado ao Código Civil de 2002, como “sociedades civis” (idem, art. 786).

Quanto às sociedades simples, tendo em vista a natureza da execução coletiva civil (especialmente – CPC, arts. 777 a 782), a declaração de insolvência não opera, *ex vi legis*, a sua dissolução (CC, art. 1.033) – diversamente do que sucede com as sociedades empresárias (CC, arts. 994, § 2.º, 1.044, 1.051, I e 1.087; Lei 6.404/1997, art. 206, II, c).

10. Falência e execução coletiva empresarial: insolvência e insolvabilidade

Já no âmbito das relações empresariais, por suas próprias peculiaridades, pelo dinamismo que as matiza e pelos reflexos da quebra no ambiente econômico, a legislação fomenta formula de modo diferente da civil o fato gerador da ação de execução coletiva empresarial. Confeito, a nova Lei de Falências, segundo a tradição de nosso direito, erige a *importunidade* do devedor, desprovida de relevante razão de direito, em fator desencadeador da falência, *verbis*: “Art. 91. Será declarada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados, cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência”.

Mais severamente ainda, a Lei erige inclusive o “*risco iminente*” de *importunidade* em fator determinante da decretação da falência, devido à prática de determinados atos ou negócios jurídicos enumerados no art. 94, II,¹³ ao lado da importunidade qualificada (art. 94, II).

¹³ Nas palavras de Sylvio Marcondes, o Dec. 917, de 1890, que “consubstanciou a nossa primeira lei especial falimentar, onde também se preteriu a *insolvência*, como geratriz da quebra e, ao contrário, apertecendo o índice exterior da *cessação de pagamentos* – que tantas incertezas causara na jurisprudência – fez emergir a falência, da *importunidade* do devedor, ou de deter-

A *insolvência*, portanto, não tem a mesma relevância jurídica para fins de decretação da quebra, daquela com que exsurge no CPC, pois no meio empresarial não é raro o comerciante, mesmo em estado de déficit patrimonial, continuar a honrar seus compromissos, pelo crédito que desfrutava, sem chegar à cessação injustificada de pagamentos ou *impontualidade*, que é a primeira condição *juris da falência*. E a impontualidade (art. 94, I), a impontualidade qualificada (art. 94, II), ou o risco iminente de impontualidade (art. 94, III), são fatos jurídicos que podem ocorrer mesmo quando o valor do ativo seja superior ao total do passivo do devedor, nos casos em que o empresário ou a sociedade empresária fiquem desprovidos de meios líquidos para saldar tempestivamente suas obrigações. Nesse caso tem-se o que a melhor doutrina designa por *insolvabilidade*.

Reitere-se que o velho Código Comercial de 1850, seguindo o modelo do Código Comercial francês, também não considerava a insolvência fator único ou principal da execução coletiva. Dispunha, no livro “Das Quebras” – e como já foi lembrado no item 3, supra – que “todo comerciante que cessa seus pagamentos entende-se quebrado ou falido” (art. 797). Comentando a regra, no contexto, igual do direito francês, Lyon-Caen et Renaut prelecionavam: “Admitindo que a cessação de pagamentos do comerciante é condição essencial da declaração da falência, o Código de Comércio se vincula a um *façor externo*, cuja constatação é possível, e não o estado real da fortuna do comerciante. *Não cogita se ele é solvável ou insolvel, isto é, se seu ativo é superior ou inferior ao seu passivo*. Do que decorrem duas consequências importantes, em sentido inverso: a) o comerciante que tem passivo inferior a seu ativo, mas goza de crédito, graças ao qual consegue satisfazer suas dívidas exigíveis, não pode ser declarado falido; b) ao contrário, um comerciante que não paga suas obrigações, pode ser declarado falido, ainda que pretenda ser solvável e o seja efetivamente”.³⁴

É a posição de Carvalho de Mendonça, com apoio nas lições de Rocco: “Vai perdendo cada dia mais terreno o critério preconizado pelos antigos juristas consultos italianos e abraçado pelo velho direito germânico, a *insuficiência do ativo para cobrir o passivo*, conhecido na teoria sob a denominação de sistema de desequilíbrio econômico. O excesso do passivo sobre o ativo, a simples desproporção aritmética ou o déficit não passa de um *façor apreciável* no domínio da contabilidade. O ativo pode estar ao nível ou apresentar-se superior ao passivo; o devedor, entretanto, incorre em falência se, em virtude de circunstâncias extraordinárias, não dispõe de valores realizáveis bastantes para satisfazer obrigações líquidas no momento exato da prestação. Ao contrário, o passivo pode ser maior que o ativo e o devedor dispor de meios para a execução das suas obrigações a tempo e hora, devido isso a sua habilidade de empresário, à sua capacidade de trabalho etc., em suma, ao seu crédito”.³⁵

minados atos ou fatos que, indicativos do ‘risco iminente’ de impontualidade, caracterizam a falência. O novo sistema, originalidade do direito pátrio, criado por Carlos de Carvalho, permaneceu vigorando, na sucessão das leis posteriores e constitui objeto das arts. 1.º e 2.º do vigente Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945” (Cf. MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*, p. 129-130, grifos do original).

³⁴ No *Traité de droit commercial*, v. 7, n. 55-57, citado por Sylvio Marcondes, *Questões de direito mercantil*, p. 128-129, nosso os grifos.

³⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 192-193.

11. A falência como meio e cobrança. Reforço da (dis)função na nova Lei

Não nos parece exato afirmar, como já tem sido propalado após a promulgação da nova Lei, que a falência perdeu seu caráter de cobrança coercitiva de dívida.³⁶ Ao contrário, essa função sobrevive doravante, e foi até em muito reforçada.

(a) Perdeu esse caráter, sim, no caso de cobrança *imediatamente ou direta* de dívidas de melhor valor, por um único credor, que não atinjam o limite referido no art. 94, I, da nova Lei. E deixou de ser tão célere, pois o prazo para a contestação foi aumentado 24 horas para 10 dias (art. 98).

O que vale dizer que esse meio de cobrança subsiste, com igual força coercitiva, pelo menos em duas hipóteses de cobrança direta: (i) quando um único credor pretender cobrar sua dívida requerendo, com base em obrigação líquida representada por título ou títulos executivos protestados (art. 94, § 3.º, c.c., art. 9.º, parágrafo único), cuja soma ultrapasse o equivalente a quarenta (40) salários-mínimos na data do pedido de falência – por que a cobrança nesse caso provoca a execução coletiva (art. 94, I); (ii) quando um conjunto de credores, concertados, reunirem-se em flúscunsório a fim de perfazer o limite mínimo referido no art. 94, § 1.º.

Nem o fato de o devedor contar com a faculdade de pleitear sua recuperação judicial, no prazo da contestação (art. 95), ameniza essa função de cobrança da falência, que persiste na Lei 11.101/2005, dada a extrema dificuldade de estruturar-se, às pressas, Plano de Recuperação viável, imitativa que já contaria com a objeção declarada, de antemão, daqueles que requereram a execução coletiva. A admitir-se a falência como meio de cobrança, portanto, no contexto do conhecido debate doutrinário a seguir sumariado, a falência continua com essa característica na Lei atual – só que, doravante, privilegiando apenas os grandes credores, ou aqueles que se associarem para valer-se desse procedimento de cobrança.

É importante assinalar que a Lei 11.101/2005 também robusteceu a função de cobrança da falência, *mediatamente*. Primeiro, na recuperação judicial, pois a suspensão das execuções, individuais ou coletivas, se dá por prazo muito limitado, irreel, se se quiser, finto o qual ressurgem por inteiro “o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial” (art. 6.º, § 4.º). Segundo, na recuperação extrajudicial, caso o credor que não se disponha a aderir, ou queira boicotar o plano negociado pelo devedor com os demais, posto que o pedido de homologação não suspende o direito de requerê-la (art. 161, § 4.º).

(b) Se a falência é ou não um meio de cobrança é questão que dividiu a doutrina brasileira. Miranda Montenegro e Carvalho de Mendonça são indicados como os principais autores que a respondem negativamente, mas a opinião deste último grande jurista não é exatamente a que lhe atribuem: “Não é a falência meio normal de obter do credor o cum-

³⁶ Os dados de levantamento nacional realizado pelo SERASA sobre falências requeridas e decretadas, no período de 1994 a 2004, retratam na medida em que o pedido de execução coletiva empresarial vem sendo utilizado com esse propósito: 1994: 12.994 falências requeridas/2.088 falências decretadas; 1995: 33.725/2.721; 1996: 47.183/5.149; 1997: 33.939/5.594; 1998: 30.762/5.476; 1999: 30.962/5.935; 2000: 14.978/5.144; 2001: 12.693/3.919; 2002: 19.915/4.928; 2003: 19.137/5.637; 2004: 13.112/4.316 (Fonte: *Tribuna do Direito*, maio 2005, p. 19).

primeiro exato da obrigação assumida pelo devedor – diz o mestre – se este, por motivos atendíveis ou ainda por culpa, má-fé ou força maior, não a desempenha, nem se acha em condições de desempenhá-la, mas *remédio extraordinário*, que institui o concurso de credores sobre o patrimônio realizável do devedor comum, manifestada que seja a impossibilidade de satisfazer pontualmente os seus compromissos”.³⁷

Em posição diametralmente oposta – mais aderente ao que se passa na praxe empre-sarial e forense – Otávio Mendes sustentava que “o credor que requer a falência de um devedor não se limita a praticar um ato assegurado de seu direito. Ele pretende mais; ele quer, pela liquidação de todo o patrimônio do devedor, obter senão o pagamento integral do que lhe é devido, pelo menos o maior pagamento que for possível conseguit daquela liquidação. Não vemos, portanto, como se possa negar à falência caráter de ‘meio de cobrança’”. Bento de Faria, endossando a tese de Otávio Mendes, era ainda mais enfático: “Se a falência não é meio de cobrança, que é então? Execução coletiva? Mas o objeto de toda a execução é obter um pagamento; o de cobrar, portanto”.³⁸

Mais recentemente Rubens Requião, após asseverar que ambas as posições repou-sam em razões ponderáveis, conclui: “Assim, sob o ponto de vista do credor, a falência, embora uma execução extraordinária e coletiva, constitui um meio de obter a cobrança de seu crédito”.³⁹

12. Natureza jurídica da falência

O assunto traz à baila o tormentoso e às vezes pouco prático problema das “naturezas jurídicas” dos institutos disciplinados pela nova Lei, que aqui cabe referir sinteticamente, dadas as limitações de um inicial comentário à Lei.

12.1 Generalidades

No que diz respeito à falência, muito foi escrito sobre o tema, bastando, neste ponto, mencionar o recenseamento da melhor doutrina. Por todos, o saudoso Rubens Requião,⁴⁰ que além de sustentar, como assinalado, que a falência é um meio extraordinário de execução, coletiva, destaca que o procedimento é de ordem pública, embora voltado ao aten-dimento do interesse comum de todos os credores, que se agregam no juízo universal.

Prossigue o mestre assinalando que essa dupla visão do fenômeno foi muito explo-rada na doutrina italiana: “Na ordem da análise de Jaeger, tanto a *par condicio creditorum* como o saneamento empresarial constituem elementos que se devem levar em conta para a compreensão da finalidade do instituto falimentar, mas ambos os princípios não se so-

bressam dominadores, mas se compõem ou se constituem como elementos imprescindí-veis à garantia geral do crédito, que deve ser promovido e assegurado pelo Estado, através da lei. É claro que a segurança do crédito é elemento essencial para a estabilidade econô-mica e, nos países menos desenvolvidos, instrumento básico para o seu progresso. Tudo isso a lei falimentar pretende realizar”.

É de elementar constatação que essas preocupações permearam a discussão que se travou na fase final do processo legislativo de que resultou a Lei 11.101, tal como adian-tamos no item 2, supra – pois o seu desiderato declarado foi o de criar um ambiente mais seguro e favorável à atividade empresarial (os chamados “marcos legais”), atualmente desenvolvida com mais intensidade mediante práticas e padrões transacionais.

Passa o jurista paranaense a enfrentar a questão recorrente que exsurge ao exami-nar-se o tema: “Constitui a falência um instituto de direito substantivo ou é de direito pro-cessual?”. A resposta que dá, após longas reflexões, de todo aplicáveis à nova legislação, é a de que a “Lei de Falências não foi recebida, em nosso direito processual; seu estudo é mantido tradicionalmente nos currículos universitários, na cadeira de Direito Comercial. Em algumas Universidades, porém, se vai acentuando a tendência de seu estudo autôno-mo. A doutrina o vislumbra como instituto comercialista, sendo versado por seus autores, preocupando moderadamente a pena dos processualistas. Em outros países, entretanto, a falência tem tomado a atenção dos processualistas, como na Itália”.

12.2 Natureza da falência na Lei 11.101/2005

A Lei 11.101/2005 vem situar definitivamente o instituto no âmbito do Direito Co-mercial, que doravante deve ser analisado segundo metodologia multidisciplinar e sob a perspectiva da análise econômico-funcional do direito, que tem diferenciado o estudo da disciplina do direito comercial, na Universidade de São Paulo, primeiro por antiga influên-cia de Tullio Ascarelli, depois de Norberto Bobbio – na atualidade rebatizada pela expres-são “*Law & Economics*”. Mas não só por razões didáticas.

É isto porque a falência passa a ter objetivos voltados à liquidação do patrimônio do devedor sob a égide da conservação e o melhor aproveitamento do valor econômico da unidade produtiva, cujo titular é afastado de suas atividades (art. 75), se empresário individual, ou ingressa em processo de dissolução e liquidação, se sociedade empresá-ria (CC, arts. 994, § 2.º, 1.044, 1.051 e 1.087; e Lei 6.404/1976, art. 205, II, c). Proces-sa-se em juízo universal, indivisível (art. 76), da mesma forma que sucede com o con-curso de credores civil (CPC, art. 751, III), com a intervenção do Ministério Estrialmen-te limitada às hipóteses previstas em lei, em razão do veto oposto ao art. 4.º (v. os co-mentários a esse artigo, especialmente o item 6). A condução administrativa do proce-dimento não fica mais a cargo de síndico escolhido entre os credores, que geralmente não são ser profissionais em matéria de liquidações (Dec.-lei 7.661/1945, art. 60, *caput* e § 2.º, para o concurso civil de credores. CPC, art. 761, I). A administração da falência é agora profissionalizada, exercida preferencialmente por profissional idôneo, advo-gado, administrador de empresas, contador ou *pessoa jurídica especializada* (art. 21), sob a fiscalização do Comitê de Credores (art. 27, I, a), se houver (art. 28), que zelará pelo bom andamento do processo (art. 27, I, b). A alienação dos bens do ativo do deve-dor deve ser realizada mediante negócios jurídicos empresariais (art. 140), e não ape-

³⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 19-20. Por rettrans-crição no site de página acedidos do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 01.09.1899 e 15.10.1926

que afirmaram textualmente que “a falência não é meio de cobrança”. Carvalho de Mendonça é incluído entre os autores que sustentam essa posição, quando em verdade o que diz, tal como consta do texto constante do texto, é que a execução coletiva não é “meio normal” de cobrança.

³⁸ Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 32-33.

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, loc. cit.

⁴⁰ Na bem conhecida Seção sobre a “natureza jurídica da falência”, incluída no Cap. I, Parte I, itens 12 a 17 da *Curso de direito falimentar*, p. 25-39.

nas os previstos no citado dispositivo, mas também através de negócios jurídicos diferentes ou atípicos, propostos pelo administrador judicial ou pelo Comitê de Credores (art. 142), ou aprovados pela Assembleia-Geral de Credores (art. 35, II, c, c.c., art. 145). As formas de alienação dos bens patrimoniais do falido são tipicamente empresariais (art. 142: leilão, por lances orais; propostas fechadas; pregão), diversamente do que ocorre com a execução coletiva civil (CPC, art. 773 – praça ou leilão).

Por esses motivos, e por muitos mais que não caberia aqui esmiuçar, a falência, tem, na nova Lei, no contexto do vigente direito positivo privado, a natureza jurídica de *causa de dissolução* e procedimento de *liquidação judicial* da atividade negocial do empresário e da sociedade, mediante execução coletiva empresarial, que se realiza em juízo universal e indivisível (art. 76), através de princípios processuais reclamados pela natureza da atividade (art. 75, parágrafo único), mercedo procedimento conduzido por administrador judicial profissional (art. 99, IX, c.c., art. 21), nomeado e supervisionado pelo juiz, e do Comitê de Credores, se houver (art. 27, I, d), com a intervenção, quando expressamente prevista, do Ministério Público, e com a participação da Assembleia-Geral de Credores, em negócios jurídicos atípicos de alienação de bens, na realização do ativo.

A falência é *causa* de dissolução da atividade negocial do *empresário* visto que com sua decretação ele é dela afastado (art. 75), perdendo o direito de administrar os seus bens ou deles dispor (art. 103, *caput*), ficando inabilitado para voltar a exercê-la até a sentença que extingue suas obrigações (art. 102, *caput*), ou até a extinção dos efeitos da condenação por crime falimentar ou reabilitação penal (art. 181) – efeitos que deverão ser anotados, por ordem do juiz, no Registro de Empresas Mercantis (art. 99, VIII). A falência também é forma de *liquidação extraordinária* do patrimônio do devedor, que leva à *extinção* temporária da atividade negocial do empresário individual, em contraposição à *liquidação e extinção ordinária*, que sucedem por iniciativa do próprio empresário.

Também no que se refere às sociedades empresárias, a falência é *causa extraordinária* de dissolução (CC, arts. 994, § 2.º, 1.044, 1.051 e Lei 6.404/1976, 1.087, e art. 205, II, c), e forma *extraordinária* de liquidação judicial, que figura ao lado das demais causas e formas de liquidação ordinárias, administrativas e judiciais (CC, arts. 994, § 2.º, 1.034, 1.035, 1.044, 1.051, 1.087, c.c., art. 1.033, 1.ª V e Lei 6.404/1976, art. 206, 1.ª III), finda a qual se opera a *extinção* do contrato social e da respectiva pessoa jurídica, se personalizada a sociedade (CC, art. 51), fato que também deve ser averbado no Registro de Empresas Mercantis (CC, art. 51, § 3.º).⁴¹

13. Natureza das recuperações. A recuperação judicial

Segundo o próprio texto da Lei 11.101/2005, tanto a recuperação judicial, quanto a extrajudicial, constituem sucedâneos da concordata, tanto que os devedores que se achavam, quando da promulgação da Lei, proibidos de requerer a última, nos termos de legislação específica, ficam igualmente proibidos de requerê-las (art. 198). E a recuperação judicial pode se aproximar ainda mais da concordata se o Plano estipular, apenas, a “con-

cessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas” (art. 50, I), o que, na perspectiva do devedor, sempre será a melhor solução. Mas na aproximação reside, paradoxalmente, a nota diferencial entre ambos os institutos: no sistema do Dec.-lei 7.661/1945 a concordata era uma moratória concedida como “favor” legal, unilateralmente requerido pelo devedor, e que seria deferida pelo juiz, desde que presentes os requisitos legais para tanto – mesmo contra a vontade de um, vários ou todos os credores. Dotavante a “concessão” pelo juiz da recuperação judicial pressupõe, *sempre*, a aprovação dos credores, (i) seja pela ausência de objeções de qualquer um deles ao Plano, (ii) seja pela aprovação do Plano pela Assembleia-Geral de Credores (art. 58, *caput*). O mesmo sucede com o plano especial de recuperação judicial para as microempresas e empresas de pequeno porte (art. 72, parágrafo único).

O papel do juiz, como já foi exposto no item 5.4 supra, é em princípio sancionatório, o que leva à conclusão de que a nova Lei disciplinava um negócio jurídico privado, bilateral porque celebrado por duas partes: (i) de um lado o devedor, que apresenta o Plano, e aqui o pólo contratual é unissubjetivo, pouco importando o que deve suceder na prática, ou seja, que tal Plano tenha sido estruturado adrede e de comum acordo com seus principais credores; (ii) do outro lado, na relação bifronte, com direito e obrigações ditos “co-respiciivos”, todos os demais credores, num pólo que é plurissubjetivo.⁴² Composto por aqueles que aceitaram a proposta tacitamente ou pelo silêncio, no prazo previsto no art. 55, durante o qual poderiam ter apresentado objeções (CC, art. 111), ou sujeitos, por força de lei e segundo princípio hoje pouco discutível em matéria empresarial – e os conclaves de acionistas das S/A fazem prova da asserção – à deliberação majoritária da assembleia-geral de credores.

Estas precisões são feitas a propósito das teorias elaboradas a respeito da natureza jurídica das concordatas, que devem ser escurtinadas a partir do novo ditado legal, que traga o perfil das recuperações, tanto a judicial, quanto a extrajudicial, sob prisma nitidamente privado, de índole negocial. Segundo excelente síntese de Requião,⁴³ as teorias sobre a natureza jurídica das concordatas são usualmente classificadas em três grupos: a teoria processual, a teoria da obrigação legal e a teoria contratual. A última delas, já examinada quanto à falência, traduzida para alguns autores em decisão judicial, para outros na concordata processual, deve ser parcialmente afastada pelos motivos já expostos (cf. item 12, supra). A segunda é teoria que foi adotada, conjugadamente com a anterior, no sistema peculiar criado pelo Dec.-lei 7.661/1945, segundo a clássica explicação de Valverde: “A configuração nitidamente processual que a lei imprimiu ao instituto da concordata, quer preventiva, quer suspensiva da falência, não permite mais se duvide de sua feição

⁴¹ É atualmente incontroversa a distinção entre *parte*, centro de interesses, que pode ser composta por um ou mais sujeitos de direito, e *sujeito de direito*, ou seja, quem assume, em negócio jurídico, direitos e obrigações, isoladamente ou em conjunto com outros, integrando ou não a mesma *parte* de determinada relação obrigacional (c. pela presença de vários sujeitos num mesmo pólo de interesses, diz-se que a parte é plurissubjetiva). A distinção, no âmbito do direito comercial, deve muito à elaboração de Ascarelli sobre os contratos plurilaterais, estes, sim, com várias *partes* contratantes, cada uma delas podendo, também, ser uni ou plurissubjetivas (v., a respeito, nos REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 12 e ss.

⁴² A solução do Código Civil e da Lei das S/A, em matéria de dissolução e liquidação de sociedades, é semelhante à encontrada no direito comparado (v., a respeito, nosso *Dissolução e liquidação de sociedade*, *passim*).

característica – um favor que o Estado, através do Poder Judiciário, concede ao devedor comerciante, infeliz e de boa-fé”.⁴⁴ “Favor”, “que o Estado concede através do Poder Judiciário” – repete-se o mestre – que vinha acompanhado da obrigação legal de o devedor cumprir os seus termos, sob pena de decretação da falência.

Segundo tradição antiga de nosso direito (v. item 3 supra), a nova Lei caracteriza a recuperação judicial como um negócio jurídico, com as peculiaridades já acima destacadas, ou seja, que é realizado mediante uma proposta do devedor (o Plano), ao qual podem aderir sem reserva os credores, desde que silenciem no prazo legal das objeções (art. 55), ou então aprovado, integralmente ou com modificações, pela assembleia-geral de credores (art. 35, I, *a*). Trata-se de negócio jurídico privado, realizado sob supervisão judicial, vinculado ao cumprimento das exigências da nova Lei (art. 58, *caput*, 1.ª parte), ou seja, à “forma prescrita ou não defesa em lei” a que se refere o art. 104, III, do Código Civil, dispositivo que inaugura o Título I, Livro III, da Parte Geral, “Do Negócio Jurídico”, no novo sistema de direito privado obrigacional unificado. Uma vez presentes esses requisitos, e havendo consenso entre as partes (aprovação da proposta, tácita ou pela maioria dos credores, em assembleia; concordância do devedor, se for o caso, quanto a modificações que venham a ser contrapropostas ao plano que apresentou), cabe ao juiz apenas “conceder” a recuperação judicial (art. 58 – v. item 5.4 supra).

Quando o negócio se realiza sem a participação da Assembleia-geral de Credores parece que essa conclusão não encontra maiores resistências. O mesmo se dá na hipótese da aprovação do negócio pelo conclave de credores, em virtude da evolução experimentada pelo direito obrigacional, sobretudo nas relações empresariais, com a consagração definitiva do princípio das deliberações majoritárias, ou mesmo de entidades econômicas setoriais, vinculando ausentes e dissidentes, – como ocorre, por exemplo, com o contrato de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores terrestres (Lei 6.729/1979, arts. 17 a 19), ou com o contrato de consórcio empresarial (Lei 6.404/1976, art. 279, VI³⁵). No caso específico, o atual estágio do direito obrigacional empresarial, aliado ao fato de que a deliberação da assembleia-geral é adotada não só em prol do interesse da comunhão ou coletividade dos credores, mas tendo em vista a função social da atividade negocial do devedor e dos demais princípios superiores estabelecidos no art. 47, parece retirar substância dos argumentos articulados pelos opositores da teoria contratuísta.⁴⁶

⁴⁴ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 5.

⁴⁵ V., a respeito, nosso *Consórcios de empresas*, p. 150.

⁴⁶ Reguão, crítico da teoria, faz, entretanto, completa exposição sobre a controvérsia, que parece confirmar a conclusão do texto, se considerada à luz da evolução mencionada e do diado da nova Lei: “Alguns juristas, imbuídos dos princípios do direito das obrigações, vislumbram na concordata um contrato, puro e simples, formado entre o devedor e os credores. O mecanismo processual adotado pela legislação que coloca o instituto da concordata na dependência da aceitação pelos credores da proposta do devedor, induz necessariamente à formulação da teoria contratuísta. Tornam-se embargados os faustos da teoria, quando se deparam com o fato de que existem credores ausentes e dissidentes, que não manifestam sua adesão ao pacto. São obrigados, então, tratando o princípio dogmático de que o contrato resulta da livre manifestação dos contratantes, a admitir que a minoria, ausente ou dissidente, dada a complexidade do contrato de concordata, é constrangida a observá-lo quando a maioria o estipular com o devedor (...) alguns autores, entre-

A qualificação da recuperação judicial como modalidade de negócio jurídico apresenta ainda a grande vantagem adicional a que já nos referimos no item 7, supra, ou seja, submete-a aos princípios e normas de cunho ético hoje inscritas no Código Civil para os negócios jurídicos em geral, especialmente os deveres de probidade e boa-fé (art. 422).

14. Noção jurídica de recuperação extrajudicial. Exclusão legal de certos credores. Espécies

A qualificação jurídica da recuperação extrajudicial como negócio jurídico privado aparentemente é de mais simples sustentação, à vista do disposto no art. 167, que alude a “outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores”, dando a entender que a recuperação extrajudicial, de que trata o Capítulo VI da Lei, em que o citado dispositivo se acha inscrito, também é negócio jurídico privado. Sucede que a própria designação legal do instituto afigura-se inadequada, na medida em que o requerimento de “homologação judicial do plano é facultativa, segundo leira expressa do art. 162 (“o devedor *poderá* requerer...”). Vale dizer que recuperação somente será efetivamente “extrajudicial” na hipótese, pouco provável e até inimaginável, por ora, na prática, de não ser apresentado pedido de homologação do plano, em juízo – o que pouco ou nada interessará aos seus credores, que, sem essa intervenção do Judiciário deixarão de contar com o poderoso instrumento que a lei lhes coloca à disposição, ou seja, a equiparação da sentença de homologação do plano a título executivo judicial (art. 161, § 6.º).

Na verdade a Lei 11.101/2005 contempla duas outras – e as principais – modalidades de recuperação “extrajudicial”, ambas com relevantíssima intervenção judicial, cujos planos, de caráter privado, excluem os créditos tributários, trabalhistas e os de que tratam os arts. 49, § 3.º e 86, II (art. 161, § 1.º).

14.1 Plano inoponível a parte dos credores

A primeira delas se dá quando o Plano não obriga a todos os credores, e é celebrada com credores suficientes para permitir a solução da crise econômico-financeira do devedor, nela havendo intervenção do juízo universal para homologar o plano, mediante sentença que constituirá título executivo “judicial” (art. 161, § 6.º). Ficam fora do plano assim negociado: (a) por força de lei (art. 161, § 1.º), os titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do

tanto, procuram salvar a teoria contratuísta, apelando para o concurso da vontade presumida ou da representação da minoria pela maioria. De acordo com a primeira, aplicada apenas no caso de credores ausentes, imagina-se a maioria presente deliberando em nome da minoria ausente, em virtude de uma modalidade de mandato presumido. Mas a teoria não se presta, porém, para explicar o caso de credores dissidentes que não aceitam os termos da proposta da concordata feita pelo devedor. A segunda teoria sustenta que a maioria não contrata em nome próprio, mas no de todos os credores, inclusive em nome e em representação dos ausentes. Essa representação seria de natureza legal, a qual a minoria seria obrigada a respeitar e a ela se submeter. Como se vê, com esse reparo, a teoria perde efetivamente o caráter contratuísta (“Curso de direito julianiano”, p. 12 e 13). A réplica encontra apoio, de um lado, nos arts. 55 e 58 da nova Lei; e, de outro, nas modernas formas de contratação, que permitem a representação da minoria pela maioria, dentre elas as referidas no texto.

trabalho, assim como aqueles previstos nos arts. 49, § 3.º, e 86, II; e (b) os credores que não aderirem ao Plano, pois na recuperação extrajudicial o pedido de homologação não acarreta a suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação (art. 162, c.c., art. 161, § 4.º).

Nessa espécie de recuperação extrajudicial a intervenção do Judiciário é de suma importância, pois a sua homologação constituirá título executivo *judicial*, nos termos do art. 584, III do CPC. Equivale, portanto, a título judicial decorrente de sentença homologatória de transação, cuja execução somente poderá ser embargada resritivamente, nos termos dos arts. 741 a 743 do CPC. Antes da homologação do Plano os credores poderiam até estar dotados de títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585), mas os embargos, nessa modalidade de execução singular são sabidamente mais amplos, pois além das matérias previstas no art. 741, poderá o devedor alegar “qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa, no processo de conhecimento” (art. 745).

14.2 Plano vinculativo de todos credores

A outra modalidade de recuperação extrajudicial, contemplada no Capítulo VI, *vincula todos os credores*, (art. 163, *caput* e § 1.º). Note-se que o *caput* do artigo inclui o advérbio “também”, indicando que se trata de espécie diversa daquela tratada no dispositivo anterior, o que se deduz, igualmente, do fato que esta modalidade do procedimento vincula “todos os credores por ele abrangidos”. Pois desde que o plano seja subscrito por credores que representem mais de 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos (art. 163), excluídos aqueles referidos no art. 161, § 1.º, a nova Lei o torna obrigatório para a totalidade de uma ou mais espécie de créditos (art. 163, § 1.º), com as especificidades que serão detalhadas no comentário a esse artigo.

Nessas duas modalidades, tratadas unitariamente no art. 164, embora de espécies diversas, como “plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163”, a intervenção judicial é acentuada e extensiva, pois não há nos procedimentos a constituição de Assembléia-Geral e Comitê de Credores, nem nomeação de administrador judicial, cabendo ao magistrado, dentre outras providências, convocar os credores (art. 164, *caput*), receber, mandar processar e decidir sobre as impugnações apresentadas, verificar a existência de fundamentos para a ação revocatória de que trata o art. 130, examinar se há simulação de créditos ou vício de representação dos credores que subscreverem o plano – somente então podendo decidir, no prazo de 5 dias – notoriamente irreal – se homologa ou não o Plano (art. 164, §§ 5.º e 6.º). E cabe não olvidar que por cuidar a ação de que trata o art. 130 de matéria de ordem pública, ou pelos próprios objetivos da recuperação judicial e da falência (arts. 47 e 75), o Ministério Público também detém legitimidade para propor a (art. 132), o que autoriza o juiz, segundo as circunstâncias, a pedir a prévia manifestação de representante daquela instituição, antes de proferir tão relevante decisão, inclusive no caso de serem apresentadas impugnações com base no art. 94, III (art. 164, § 3.º, I), pois nestas podem estar embutidos crimes falimentares.

Nem por isso, entretanto, fica afastada a natureza negocial de tais procedimentos, pelos motivos articulados no item 14, acima, com os adendos ora expostos.

15. Outros acordos privados do devedor com seus credores. Limites, art. 94, inc. III: atos e negócios que ensejam a falência, nos acordos privados e nas recuperações

Também têm a natureza de negócio jurídico privado, que deve ater-se à disciplina própria do Código Civil, as “outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores”, cuja celebração é autorizada no art. 167. Embora o dispositivo silencie, a respeito, diversamente do que sucede com as recuperações extrajudiciais (art. 164, § 3.º, II), o acordo aqui tratado também encontra limite no disposto no art. 94, III, que relaciona os atos e negócios que não podem compor o seu objeto, pois dão ensejo ao requerimento de quebra. Observe-se que este último mandamento não se aplica, em princípio, à recuperação judicial, tal como consta de sua parte final – “em princípio” e com redobrados cuidados, pois não é crível a presença de tais atos e negócios no plano, em sua integralidade e sem que sejam escoinados dos vícios respectivos, visto as suas sete alíneas enunciam fatos que, segundo as circunstâncias, podem até configurar hipótese de ineficácia ou revogação, ou mesmo crime falimentar (v.g., art. 94, III, alíneas “a”, “b”, “d”, que aludem à fraude e simulação).

Art. 1.º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

16. Direito anterior. Comerciantes e sociedades comerciais

O Dec.-lei 7.661/1945, em consonância com a dicotomia que vigorava em nosso direito privado, regido pelo Código Comercial de 1850 e pelo Código Civil de 1916, era aplicável ao comerciante e às sociedades comerciais (arts. 1.º, 2.º, 5.º, 6.º e 9.º, para a falência; arts. 139 e 140, para as concordatas).

16.1 Unificação parcial do direito obrigacional privado. Sociedades civis revestidas de formas comerciais

Assinale-se, desde logo, que a separação entre atividades comerciais e atividades civis não era assim tão radical como às vezes se imagina. Para ficar com apenas dois exemplos, observe-se, no que se refere aos contratos e obrigações mercantis, tanto na disciplina geral, quanto em sua dissolução e extinção, prevaleciam, no Direito anterior, em primeiro lugar, as normas do Código Civil de 1916, aplicando-se o Código Comercial somente quanto às “modificações e rescrições” nele estabelecidas (cf. arts. 121 e 428 deste último diploma legal). O mesmo se dava com certos tipos de obrigações unilaterais: as constantes de títulos de crédito, originalidade e criação do direito comercial, cada vez mais se expandiram, nas relações civis, como é o caso dos cheques e das notas promissórias.

Mesmo quanto às sociedades, o Código Civil de 1916 autorizava que revestissem “as formas estabelecidas nas leis comerciais”, apesar de dispor que seriam “inscritas no Registro Civil, e será civil o seu foro” (art. 1.364). A norma deu margem a abusos, sobretudo em tempos mais recentes, perpetrados por sociedades comerciais cujos títu-

lares mencionavam subtrair-se à falência, tentativa coarctada pelo Judiciário, embora com certa parcimônia.

16.2 Ato do comércio, mercancia, atividade mercantil

No sistema anterior ao Código Civil de 2002 inexistiam regras gerais e concretas que estabelecessem com clareza a distinção entre matéria comercial e atividades civis. Legalmente apenas as sociedades anônimas eram e são reputadas comerciais (Lei 6.404/1976, art. 2.º, § 1.º). Adotando o Código Comercial, por inspiração do Código francês de 1807, o sistema de atos do comércio, a contravérsia girava em torno do conceito de mercancia (Código Comercial, art. 4.º), explicitada sob a forma de enumeração de atos do comércio, pelo art. 19 do revogado Regulamento 737, de 1850, para um País escravocrata e de reduzida urbanização, de economia quase que exclusivamente agrícola e extrativa, sem ainda ter experimentado os influxos da industrialização e da era terciária dos serviços. Daí a norma regulamentar aludir apenas à comercialização de bens móveis, à mediação, a operações de câmbio, bancos, transporte, navegação marítima, comissões, depósitos, consignações e até espetáculos públicos – que representavam, na metade do século XIX, o que efetivamente era a matéria de comércio. Observe-se, entretanto, que mesmo a exploração econômica de serviços, que muitos sustentavam situar-se fora do âmbito mercantil, já constava da velha norma regulamentar.

16.3 Breve nota histórica: do velho ius mercatorum e dos atos do comércio à atividade negocial. A nova lex mercatoria. A empresa e Código Civil de 2002

Para bem delinear o moderno conceito de empresa, e das expressões “empresário” e “sociedade empresária”, que constam do artigo comentado, provenientes e com as precisões que recebem no Código Civil de 2002, é indispensável rememorar que o direito comercial surgiu na Baixa Idade Média (séculos XII a XV), inicialmente imiscuído no direito comum, de formação romano-canônica, para logo dele se desprender, como sistema de normas especiais dos mercadores, que da Europa se espalhou para o mundo então conhecido, compondo o *ius mercatorum*, que com o mesmo assento genético ganhou impulso hodiernamente, como a nova *lex mercatoria*, aviventada pelos ventos da chamada globalização, na dita sociedade pós-industrial.⁴⁷ Desde então, e até o início do século XIX, per-

89

sistiu o direito comercial com essa marca *subjetiva*, pois a tônica era depositada no mercador, tanto nas regras das corporações de ofício, quanto, após afirmação da soberania e criação dos Estados nacionais, pois também assim foi acolhido, no século XIV, por exemplo, pelas *Ordinances* de Luís XIV.

Os ideais da revolução burguesa de 1789 não se compadeciam com a sobrevivência de normas especiais, aplicáveis apenas a uma classe de pessoas, pois afrontava o princípio da *égalité*. A comercialidade, com o Código napoleônico de 1807, deslocou-se do sistema próprio e particular dos comerciantes, para o sistema *objetivo*, que congregava um conjunto de normas aplicáveis a determinados atos predefinidos, dotados daquela qualidade, ou seja, os atos do comércio⁴⁸ – ampliando-se a utilização de institutos mercantis por não comerciantes. E desde então se iniciou, sem solução satisfatória, a contravérsia sobre a natureza dos atos do comércio,⁴⁹ que o próprio Código napoleônico não logrou resolver, e muito menos os que sofreram sua influência, a despeito da tentativa do Código Comercial alemão de 1897, que procurou estruturar um sistema misto, forjando a noção da matéria comercial tanto em relação ao ato, quanto em relação à pessoa. Neste momento já se percebera que a comercialidade não repousa em um ou outro pólo, pela integração inextricável existente entre ambos, que dialeticamente se exigem e se completam, segun-

mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: la sue fonti erano state gli statuti delle potenti corporazioni mercantili. Le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle curie mercatorum. Del pari, per nuova lex mercatoria oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formate da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica del mercato” (p. 219), idéias do original, nosso o grifo). A constatação de Galgano tem grande relevância para os profissionais do direito, mas tem importância maior ainda para aqueles eleitos para exercer os Poderes do Estado de provêem as leis, sobretudo em países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, na medida em que o poder econômico global passou a atuar “senza la mediazione del potere legislativo degli Stati”, o que requer cuidados especiais para que não submeta e engolite os superiores interesses da sociedade em geral, e da atividade privada, em especial, mercê normas e paradigmas provenientes de organismos supranacionais teoricamente neutros, cuja implementação, a julgar pelas experiências recentes, pouco contribuíram para o desenvolvimento das nações inferiorizadas economicamente, que a eles aderiram. A Lei 11.101 constitui exemplo conspício dessa nova ordem de idéias.

48 Observe-se que a palavra “empresa” já figurava no rol dos atos de comércio estabelecido pelo Código francês (*l'acte entrepris de manufactures*). A propósito, Roberto Montessori de longa data já havia assinalado que (no artigo II conceito di impresa negli atti di commercio del art. 3 Cod. di Com., publicado na *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, dirigida por Stafla e Vivante, v. 10, parte I, Villardi, 1912).

49 V., por exemplo, as quase cem páginas que J. X. Carvalho de Mendonça escreveu sobre o tema, tratando dos atos de comércio por natureza (atos de mercancia), atos de comércio por dependência ou conexão, atos fundados em contrato ou declaração unilateral de vontade, atos de comércio quando il Codice francese del 1807 ascriveva fra gli atti repulati di commercio ogni intrapresa di manifatture no faceva che accogliere il risultato di uno sviluppo secolare, del quale si trovano gli inizi immediati nella vita economica giuridica del medioevo italiano. Lo spirito di associazione, che pervase e determinò le principali manifestazioni della vita sociale di quei tempi, determinò anche il fenomeno della produzione, e particolarmente l'esercizio del commercio e della industria consistenti em atos ilícitos e atos de comércio por força ou autoridade da Lei (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, p. 427 e ss.).

do a dialética da complementariedade a que se refere Miguel Reale, na sua obra clássica *O direito como experiência*.

A Revolução Industrial, os inventos técnicos, a produção e comercialização em massa acrescentaram um novo ingrediente ao fenômeno, denotando que a repetição sucessiva de atos isolados, quando praticados de forma profissional e organizada, altera-lhes a substância, porque os atos subsequentes são aperfeiçoados com a experiência haurida na prática, *profissional e organizada*, dos antecedentes. A partir desse momento histórico altera-se também, e substancialmente, o sistema capitalista, antes caracterizado por unidades produtivas e de comercialização que operavam em ambiente de liberdade e livre concorrência, segundo o liberalismo e a prevalência das naturais forças de mercado a que se refere Adam Smith; as novas exigências empresariais levaram à concentração das unidades produtivas e de comercialização, estruturadas a partir dos princípios da especialização e das “economias internas de escala”, desequilibrando as relações de mercado, dando azo ao surgimento das primeiras leis antitruste, do início do século XX.³⁰ Com o avanço da industrialização e da tecnologia, a preponderância do setor de serviços, os novos fatores de produção e as formas mais eficientes de organizá-los empresarialmente, tornaram inadequadas as soluções legais ainda centradas no conceito de *atto de comércio*, que praticados iterativa e profissionalmente, não mais podiam ser disciplinados como atos isolados, reclamando o deslocamento do foco para a *atividade* decorrente de sua prática em série e em massa, já agora com seu campo ampliado, abrangendo a produção e os serviços, ao lado da intermediação, com todas essas atividades sendo exercidas econômica e profissionalmente sob a forma de empresa.

O Código Civil de 2002, que substitui codificações elaboradas antes dessa evolução operada na economia, paulou-se pela noção de *atividade*, acolhendo a empresa pela forma como foi tratada no Código Civil Italiano de 1942.³¹ Como a nova codificação aco-

³⁰ Sobre a concentração empresarial, que não é tão nova assim, e os aspectos econômicos refletidos no texto, v. nosso *Constituições de empresas*, p. 3 e ss.

³¹ Em uma das primeiras grandes discussões travadas entre nós sobre o tema, no VI Congresso Jurídico Nacional realizado em São Paulo, em 1955, Waldemar Ferreira lembrou que na Exposição de Motivos (*Relazione*) da codificação italiana, o Ministro Dino Grandi registrou que “o código não dá a definição da empresa, mas a sua noção resulta da definição de empresário. É empresário quem exerce, profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços (art. 2.082). A empresa é, pois, em sentido instrumental, a organização do trabalho que dá lugar à atividade profissional do empresário, e, em sentido funcional, à atividade profissional organizada pelo empresário”. Do que tirou, o eminente professor paulista, uma aguda conclusão jurídica – ainda muito atual, diante da confusão reinante sobre a matéria – seguida de pitoresca observação, até hoje lembrada: “resultou disso, inequivocamente, não ter a empresa, em face do Código Civil italiano, a subjetividade que se tinha por conferir-lhe, porque essa subjetividade é do empresário, ou seja, do que exerce a atividade profissional, como explorador da universalidade de bens, que constitui a empresa. Ou é assim, ou a empresa e empresário são expressões absolutamente sinônimas. Se se atribuisse subjetividade à empresa, não a teria o empresário. Um desses sujeitos de direito seria demasiado, estaria a sobejar, e a que sobrou foi precisamente a empresa. Não há muito tempo, cinco atos no máximo, exibiu-se fíla cinematográfica americana que alcançou extraordinário sucesso. Intitulava-se *Rebecca, a mulher inquebrável*. No desenrolar dos quadros falados naquela fíla muito se falava daquela dama. Todos a relembavam a cada instante. Exaltavam-lhe a beleza física a par da beleza de espírito e de coração. Os espectadores aguardavam, de momento em momento, a aparição da mulher falada, ama-

heir, também, a concepção mais atual e especializada de *negócio jurídico*, como espécie dos atos jurídicos *in genere*, em que estava centralizada a disciplina, no Código de 1916, a noção econômica de empresa foi apreendida no primeiro pela forma segundo a qual se projeta no campo jurídico, com fulcro principal no sujeito de direitos que a exerce, o empresário ou a sociedade empresária,³² tendo presente aquelas duas noções, ou seja, atividade e negócio jurídico, traduzindo-se na *atividade negocial*, tal como será demonstrado, mais de espaço, no item 18.1. abaixo.

O dualismo atividade comercial-atividade civil, que antes predominava em nosso direito privado, em verdade não constituía óbice ao reconhecimento dessa nova realidade,³³ tanto que em uma das várias versões recebidas pelo Projeto da nova Lei de Falências e Recuperações, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, antes do Código de 2002, o artigo 1.º vinha assim redigido: “Esta lei institui e regula a recuperação e liquidação judicial das pessoas jurídicas e físicas que exercem atividade econômica em nome próprio e de forma organizada. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica: I – aos agricultores que explorem propriedade rural unifamiliar; II – as sociedades civis de trabalho e aos que prestem serviços ou exerçam atividade profissional autônoma de forma individual ou organizada preponderantemente com trabalho próprio e com membros da família”.³⁴

16.4 Evolução jurisprudencial: predominância da substância sobre a forma: falência de sociedades civis e de sociedades irregulares ou de fato, que exploravam atividade de negocial

Por essa razão, a jurisprudência mais recente já vinha se encaminhando na direção de também aderir à prática empresarial, decretando em muitos casos a falência de sociedades civis inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mas que, de fato, exploravam atividade mercantil. Havia, inclusive, quem argumentasse, em abono dessa tese, com o disposto no art. 3.º, inc. IV do Dec.-lei revogado, que autorizava a declaração da falência

da e até desejada. Ela não transitou uma vez sequer diante das máquinas de projeção, mas ficou na retina de todos, como visão imaginária e consoladora. Era a mulher inesquecível... Assim aconteceu com a empresa. É a fórmula apreguada, proclamada, desejada pelos inovadores do direito moderno, embevecidos com a palavra inesquecível...” (Elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do direito comercial, analis publicados na série antiga da *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* (RDM), v. 5, n. 1 e 2, jan.-jul. 1955, p. 12-13). Meio século se passou; o que se verifica é que a empresa ingressou efetivamente em nosso ordenamento jurídico, tanto pelo Código Civil e por inúmeros diplomas especiais, quanto pela lei contida, mas segundo as projeções desse fenômeno econômico no mundo do direito – e não sob a forma de sujeito de direito, como anota Waldemar Ferreira.

³² Pois como obtemperou Sylvio Marcondes, “dentro do direito brasileiro, inclusive o constitucional, o conceito de empresas não é, juridicamente, um conceito unitário. Se assim não é, podemos tratar, no Projeto do Código Civil, do perfil subjetivo da empresa, considerando a figura do empresário, através do exercício da atividade empresarial ou da atividade negocial” (MARCONDES MACHADO, Sylvio, *Questões de direito mercantil*, p. 8).

³³ Como a enxada, sem êxito, porque não encontrou maior ressonância, na doutrina, por Ruy de Souza, em sua obra *O direito das empresas, atualização do direito comercial paulista*.

³⁴ V. a íntegra do referido Substitutivo ao Projeto de Lei 4.373/1993, e o Parecer da Comissão, na RDM, v. 111, jul.-set. 1998, p. 10 e ss.

dos que, proibidos de exercer o comércio, o faziam na realidade, e de fato – preceito cuja *ratio essendi* justificava a extensão da quebra às sociedades civis, e também às chamadas sociedades irregulares e de fato, cuja organizações profissionais empresariais estavam a requerer meio de liquidação judicial mais expedito e apropriado, do que aquele oferecido pelo concurso civil de credores.

17. “Devedor”, na nova Lei. Empresário e sociedade empresária

A nova Lei dispõe que os institutos que disciplina são aplicáveis ao “empresário” e à “sociedade empresária”, que nela “são referidos simplesmente como *devedor*”. A despeito dessa declaração inaugural, a Lei 11.101/2005 vale-se de outras expressões para indicar o sujeito passivo ou o contratante, principalmente os termos e expressões *empresa*, *estabelecimento* e *atividade empresarial* (v. item 20, abaixo), que na lei devem receber qualificação jurídica própria, pois a noção jurídica de empresa penetra no mundo do direito segundo acepções diversificadas e não coincidentes. Foi o que percebeu, pioneiramente, Alberto Asquini, diante de dificuldade semelhante apresentada pelo Código Civil italiano, que propôs solução ainda não superada pela doutrina, diferenciando os vários “perfis” jurídicos do fenômeno econômico da empresa, que não reúne condições para que ingresse em sua totalidade na legislação, a menos que se personalize juridicamente a empresa, o que não se dá em nosso direito positivo, como também não sucede no direito italiano, no qual a moderna doutrina procura fixar a essencialidade da noção na chamada “empresarialidade” (v. item 17.3, abaixo).

17.1 Os conceitos provêm do Código Civil. Tipos e modalidades de sociedades empresárias

Os conceitos de empresário e sociedade empresária, do ponto de vista legal, constam do Código Civil de 2002, e é nele, e na doutrina que vem sendo elaborada em torno da nova codificação de nosso direito privado que deve ser aprofundada a matéria, e não em comentários breves e de primeira mão sobre a nova Lei de Falência e das Recuperações, que em respeito à modéstia não podem ultrapassar breves referências à magna questão – e apenas com o intuito de ministrar despretensiosa contribuição para sua interpretação.⁵⁵

O cerne do conceito consta do art. 966 do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”. O parágrafo único do artigo complementa a definição, ao explicitar as atividades profissionais organizadas dela excluída: “Não se considera

⁵⁵ A nosso ver a melhor explicação didática dos conceitos, exposta com invulgar clareza e fundamentada na doutrina mais autorizada (Asquini, Ascarelli, Ferri, Galgano, Buonocore, Irti, De Martini, Ferrara Jr. e Corsi, Aveliz Nunes, Sylvio Marcondes, Oscar Barreto Filho, Waldirio Bulgarelli, Evaristo de Moraes Filho), é a que consta do *Circo de direito comercial*, v. 1, de autoria do Professor Doutor da Universidade de São Paulo, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (principalmente no Capítulo 3, sobre “O alcance do conceito de ‘empresário’ e de ‘sociedade empresarial’ no Código Civil de 2002 e sua relação com a autonomia do Direito Comercial”). Embora possa haver um ou outro ponto sobre o qual não nos atemos imediatamente com os pontos de vista do autor, é a essa obra que recorreremos, *brevis et causa* e em notas, para melhor explicitar alguns pontos expostos neste item 17.

empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa”. Nos termos do artigo seguinte, “é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade” (art. 967).

O conceito é nuclear, pois a ele faz remissão o Código, indiretamente, ao definir a sociedade empresária, no art. 982: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”.

Nos termos do art. 983, a sociedade empresária deve ser constituída, em princípio, segundo um dos 5 tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092, isto é, sob a forma de sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações. Dada a complexidade da estrutura organizacional das sociedades por ações, tanto a anônima, como a em comandita, atualmente reguladas pelos arts. 1.088 a 1.092 do Código e por extensa lei especial (6.404/1976), o art. 982 determina que “independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedades por ações”.

Também será equiparada a sociedade empresária, inclusive para os efeitos da Lei mencionada, a sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural, desde que seja constituída ou transformada de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, e requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 984).

17.2 Contrato de sociedade, sociedade simples e sociedade empresária

Ambas as espécies de sociedades, a empresária e a simples, têm natureza contratual,⁵⁶ segundo a definição do art. 981 do Código Civil: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

O novo Código, superando as deficiências do Código de 1916, passa a distingui-las, claramente, das *associações*, ao estabelecer, em seu art. 53, que estas se constituem “pela união de pessoas que se organizarem para fins não econômicos”.⁵⁷

⁵⁶ Inclusive a sociedade anônima, não obstante o aspecto institucional que se acentua em algumas delas, sobretudo nas companhias abertas e nas micro-empresas (v., sobre o assunto o nosso *Atributos de capital das sociedades anônimas*, p. 121 e ss.).

⁵⁷ Do cotejo entre o art. 53 e o art. 981, aparecem desde logo duas características que são comuns tanto à sociedade empresária, quanto à sociedade simples, que as aparta das associações: o “o exercício de atividade” (e não “fins”), e a natureza “econômica” dessa atividade. Quanto a esta última, Haroldo Verçosa, focalizando a característica em relação à atividade do empresário e da sociedade empresária, preleciona que “Ascarelli já havia observado, ao cuidar de dispositivo equivalente do Código Civil Italiano de 1942 (art. 2.082), que o termo ‘econômica’, ali encontrado, refere-se a uma atividade criadora de riqueza – e, portanto, de bens, assim entendidos em sua plena acepção jurídica, aí incluídos os serviços. Acrescenta Galgano que o conceito é bastante amplo, correspondente a toda espécie de produtores profissionais, desde que produzam bens ou serviços. A propósito, Ferrara Jr. e Corsi referem-se à noção de ‘empresário e à de ‘empresa’ como correlatas, pois enquanto é empresário quem exerce uma empresa, esta é o exercício de uma atividade econômica organizad”. Com apoio em De Martini e Galgano, o autor prossegue:

17.3 Da empresarialidade: notas diferenciadas entre a sociedade empresária e a sociedade simples. Sociedade simples na forma e na inscrição, e de fato empresarial: fideiúcia

Do cotejo entre os arts. 966 e 981 aparecem os três elementos que distinguem a sociedade empresária da sociedade simples, porque ambas exercem atividade econômica, e também, com maior nitidez, a noção da atividade empresarial, para fins de definição do empresário. Como as sociedades simples situam-se fora do âmbito de incidência da lei comentada, sujeitas que estão, tanto quanto a pessoa natural, não-empresária, ao processo de execução coletiva contra devedor insolvente, regulado pelo CPC – cabe, neste passo, estabelecer a distinção entre ambas em face do que dispõem os artigos citados, que contribui, ao lado das perspectivas apontadas por Asquini, para melhor apreender a “essência da empresarialidade”.³⁸

(i) a sociedade simples reúne pessoas “simplesmente” (e aqui vale a redundância) para o exercício de atividade econômica; na sociedade empresária a atividade econômica exercida deve ser de forma “organizada”.³⁹

“essa atividade não pode corresponder a uma organização destinada ao simples gozo de bens. Não se trata de uma atitude passiva do titular, notando-se um aspecto profundamente dinâmico no papel do empresário. Por sua vez, as atividades econômicas podem ser exercidas como meio ou como finalidade. No primeiro caso o resultado positivo alcançado (lucro) deverá reverter integralmente em benefício da própria atividade, não podendo ser distribuído aos seus titulares. É o caso das associações beneficentes que explorem algum ‘ramo de comércio’ – por exemplo, a fabricação de geléias naturais para venda, cujo produto será utilizado na sua finalidade. A esse respeito, o novo CC, em seu art. 53, resolvendo antiga pendência doutrinária, estabeleceu que as associações serão constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não-econômicos” (...).⁴⁰ pela presença de parte significativa dos elementos sob exame, poderiam ser chamadas de “empresas em sentido técnico”, ou de “empresas civis”, na sujeitas às obrigações gerais das empresárias, aos ônus da atividade e aos seus e benefícios, a não serem virtude de uma exceção legal expressa” (*Curso de direito comercial*, p. 122-123, itálicos do original).

A expressão consta da obra citada Waldirio Bulgarelli (*Teoria jurídica da empresa*, que tem por substituto. Análise jurídica da empresarialidade, p. 19). Explicando o neologismo, o entendo jurista esclarece que é o “termo que utilizamos para exprimir uma idéia geral e abstrata daquilo que é próprio da empresa. E isto, certamente, por influência da doutrina italiana, que utiliza, contudo, a expressão genérica *imprenditoriale*; não estando ausente a inspiração da doutrina alemã, que, por força das próprias características do idioma, só utilizar expressões assim genéricas e abstratas”. Anota o autor, ainda, que “seguramente o termo *empresa* deveria ficar fora do Direito, como, aliás, seria de boa técnica, já que se trata de conceito econômico. Em decorrência do que a empresa não teria lugar no Direito Comercial, pois este se basta com a trilogia ‘empresário, atividade econômica organizada e estabelecimento’ – aliás, como se deu conta, com sagacidade, uma vista corrente doutrinária”. (*Teoria jurídica da empresa*, loc. cit.).

Haroldo Verçosa explica detalhadamente a característica (*Curso de direito comercial*, p. 126 a 129), observando, inicialmente, “que o estudo da organização como elemento essencial da empresa depende de que o Direito vá buscar subsídio em outras ciências, das quais é tributário nesse campo de cogitações – fato que demonstra, mais uma vez, a existência de impedimento na elaboração de uma teoria jurídica da empresa”, acrescentando que “até hoje – e pelo que se sabe do instituto, isto dificilmente acontecerá – ninguém conseguiu construir uma ‘teoria jurídica da empresa’, apesar de ser, talvez, o tema mais versado pelos comercialistas em toda a história do direito comercial”. Esclarece, dentre muitos outros aspectos de ordem prática, que a organização dos fatores de produção (matéria, capital, trabalho, tecnologia) pode alcançar situações-

(ii) na sociedade simples as pessoas se reúnem para o exercício de atividade econômica, fazendo contribuições em bens ou serviços e partilhando entre si os resultados; também a sociedade empresária exerce atividade econômica mercê contribuição dos sócios e partilha dos resultados, mas o faz “profissionalmente”;

(iii) a sociedade simples exerce qualquer atividade econômica; já na sociedade empresária a atividade econômica está voltada para a produção ou a circulação de bens ou serviços;

(iv) Ambas as espécies de sociedades adquirem personalidade jurídica com a inscrição de seus atos constitutivos “no registro próprio” (art. 985): a sociedade empresária vincula-se ao Registro Público de Empresas Mercantis, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 1.150).

Como visto, a sociedade simples é definida por exclusão (art. 982, parte final). E, em princípio, “subordina-se às normas que lhe são próprias”, ou seja, aquelas que constam os arts. 997 a 1.038 do Código Civil” (art. 983, parte final). Sucede que este mesmo artigo faculta, em sua primeira parte, a constituição de sociedade simples segundo os mesmos tipos próprios da sociedade empresária, com exceção das sociedades por ações, que são empresárias independentemente de seu objeto (art. 982, parágrafo único).

A distinção, portanto, entre as sociedades simples em nome coletivo, a sociedade simples em comandita simples e a sociedade simples limitada, e as sociedades empresárias, constituídas segundo esses mesmos tipos, reside nas três primeiras notas diferenciadas acima apontadas (subitem 17.3), cujo aprofundamento desbordaria dos limites destes comentários, porque constam e ainda devem constar de estudos monográficos sobre tais institutos, e dos comentários ao Código Civil.⁴⁰

A quarta nota distintiva – inscrição no registro próprio – merece consideração adicional, porque sua relevância não é absoluta. Mesmo que vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, será a sociedade simples reputada sociedade empresária, para os efeitos da Lei comentada, e só no que tange à falência, se, de fato, exercer atividade própria de empresário, cuja liquidação, via execução coletiva, não se coaduna com os preceitos, rígidos e formais, que o CPC estabelece para a execução por quantia certa contra devedor insolvente, pessoa natural ou sociedade simples. Reitere-se que a pre-

limite, como o de organizações inteiramente automatizadas, constituídas por empresário individual ou sociedade empresária com dois sócios, e outras, que podem servir a terceiros, como as franquadoras, assemelhando, entretanto, que “não há empresa sem organização, diferenciando-se uma das outras, entre outras circunstâncias, pelo nível e dimensão da organização. Microempresários ou pequenos empresários ou, ainda, empresas altamente especializadas em níveis restritos de organização”.

Para outras explicações didáticas e detalhadas da atividade própria do empresário e da sociedade empresária, v. ASCARELLI, Tulio. *Curso de direito comercial*. Há proficientes traduções para o português da Introdução e do Capítulo VII dessa obra clássica, indispensável para a compreensão da matéria. A Introdução, traduzida por Fábio Konder Comparato, consta da RDM, v. 109, jan.-mar. 1998, p. 183-189; a tradução do Capítulo VII, da lavra de Erasmo Valladão A. N. França, que trata da atividade do empresário, sua natureza econômica, dirigida à produção e à troca, cuidando ainda da organização empresarial e das profissões liberais, foi publicada, em tradução na RDM, v. 132, out.-dez. 2003, p. 203 e ss.

valência da substância da atividade empresarial sobre a forma e a inscrição já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência, sob a égide do Dec.-lei revogado, tendência que deverá doravante ser acentuada (v. item 17.1).

17.4 *Sociedades não personificadas. Sociedade em conta de participação: falência e efeitos indiretos das recuperações*

O Código Civil agrupou em subtítulo apartado as sociedades não personificadas (arts. 986 a 996), que compreendem a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação. Ambas aplicam-se “subsidiariamente e no que com ele (contrato social) forem compatíveis, as normas da sociedade simples” (arts. 986).

Para a sociedade em conta de participação, o Código cuida também dos efeitos da falência dos sócios na sociedade; mas ao admitir indiretamente que o sócio ostensivo possa ser empresário (art. 994, § 2.º), também permite que a sociedade experimentalmente indiretamente as vantagens da recuperação judicial ou extrajudicial de que trata a Lei comentada, na medida em que a conta de participação integre o respectivo Plano do empresário, sócio ostensivo. A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário (art. 994, § 2.º). Já a quebra do sócio participante sujeitará o contrato social às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido (art. 994, § 3.º). Não se descarta a hipótese, contudo, da decretação da falência da própria sociedade, se operar *de facto* como sociedade empresária, o que ocorrer, por exemplo, se o sócio participante, infringindo o que dispõe o art. 993, parágrafo único, imiscuir-se e tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, ambos passando a exercer atividade econômica organizada, profissional, descaracterizando o tipo da sociedade em conta de participação (arts. 991 a 996). E houver necessidade ou conveniência de recorrer-se à execução coletiva empresarial, pela expressão da organização empresarial, dados os limites e inadequação do CPC, na matéria.

17.5 *Idem. Sociedade em comum: falência*

Já as sociedades em comum reúnem aquelas sociedades que na vigência do Código Comercial eram designadas “irregulares” – dispunham de contrato social, mas este não se achava arquivado na Junta Comercial – hoje tratadas nos arts. 986 a 990 do Código Civil; e as anteriormente designadas “sociedades de fato”, que sequer dispunham de contrato social, mas que “terceiros podem prová-la de qualquer modo”, como reza o art. 987 do novo Código. Embora, nelas, todos os sócios respondam solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratou pela sociedade (art. 990), pelos mesmos motivos já expostos, também neste caso parece que tais sociedades estão sujeitas a falência, se exercerem, *de facto*, atividade própria de empresário.

18. *Influência do Codice Civile italiano de 1942 na definição de empresário. A decisiva contribuição de Alberto Asquini*

Todo o sistema societário do Código Civil de 2002 sofreu forte influência do Código Civil italiano de 1942, a partir de seu núcleo (art. 966), que reproduz o que consta do art. 2.082 da codificação peninsular (“è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”).

O conceito jurídico de empresa na Itália foi alvo de intensos debates e controvérsias, instaurados a partir da sempre ouvida voz de Vivante, ao prelecionar que “o direito faz seu aquele conceito econômico” (v. subitem seguinte). Tentativas e elaborações foram ensaiadas para que a empresa, que é um fenômeno econômico, recebesse conceito jurídico unitário, o que até agora não parece possível, pois esse fato da economia projeta-se no mundo do direito e nas legislações de forma diversa, e sob esses aspectos diferenciados é que se conduz a sua disciplina. Coube a Alberto Asquini pacificar a polêmica, em clássico artigo sobre os perfis da empresa no Código de 1942,⁶¹ cuja tese, ainda atual, é exposta e esclarecida em magnífica síntese, no próximo subitem. É óbvio que o decurso de mais de sessenta anos a partir desse estudo, muitos outros, e de tomo, foram elaborados sobre a matéria, que também experimentou modificações, na realidade econômica, fatores que mudaram o peso de um outro aspecto da referida análise,⁶² mas não a validade de sua substância, que informa todo o sistema do Livro II, Parte Especial, do Código de 2002. A originalidade do eminente jurista italiano residu em demonstrar as várias perspectivas jurídicas pelas quais a noção econômica de empresa, tal como um poliedro, é captada, pelo direito, pois este não logra apreendê-la unitariamente e como um todo, mas sob vários “perfis”: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; e “corporativo”, na acepção própria que esta palavra assumia no regime autoritário sob o qual o Código italiano foi editado. Mas note-se que mesmo este último ângulo, tal como foi concebido por Asquini, passou a ganhar expressão das mais relevantes na atualidade, pois focaliza a empresa como instituição, e é sob esse aspecto que vem tratada no art. 47 da Lei comentada. A melhor doutrina sobre a teoria jurídica da empresa vem aperfeiçoando essa elaboração original, mas não a abandonou,⁶³ pois a contribuição que oferece para bem disciplinar, e no que aqui interessa, compreender o fenômeno tal como consta na Lei 11.101, ainda não foi superada.⁶⁴

18.1 *Atividade negocial e empresa. A concepção do Código de 2002, segundo Sylvio Marcondes*

Uma lei que tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômica do devedor empresário ou sociedade empresária, judicialmente (art. 47), ou “extrajudi-

⁶¹ Profili dell'impresa, *Rivista Del Diritto Commerciale*, v. 41, I. Há tradução desse artigo para o português, elaborada por Fábio Konder Comparato (RDn, v. 104, out.-dez. 1996, p. 109 e ss.).

⁶² V., a respeito, BULGARELLI, Waldino, *A teoria jurídica da empresa*, passim.

⁶³ PONT, Manuel Broseta, por exemplo, no clássico *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, passim.

⁶⁴ Por todos, Vincenzo Buonacore: “Fra tutti coloro che della ricostruzione del concetto di impresa, e di questo profilo in particolare (rivoluzione), si occuparono immediatamente dopo la promulgazione del codice civile vigente spicca la figura di Alberto Asquini che, oltre ad essere per professione e vocazione un giurista di alto livello e un ricercatore di rara finezza, era stato il vero e proprio artefice della riforma come presidente delle commissioni ministeriali del Progetto di Codice di Commercio del 1940, che da lui prese nome, e del “libro dell'impresa e del lavoro”; in tale qualità rappresentava quindi, e rappresenta tuttora, una fonte non solo autorevole ma particolarmente qualificata ed accreditata. E il compendio del suo pensiero è tratteggiato in un saggio – Profili dell'impresa – che resta ancor oggi un punto di riferimento ineludibile per quanti vogliano indagare sul tema” (BUONACORE, Vincenzo, *L'impresa*, p. 3, nota 2).

cialmente" (arts. 161 e ss.), ou disciplinar a execução coletiva de seu patrimônio, de forma empresarial (art. 75), não pode, ela própria, criar uma noção peculiar de deverdor, dissonante da que consta do regime legal a que estão subordinados tais sujeitos de direito, o Código Civil de 2002. A epígrafe e o art. 1.º da Lei 11.101/2005 confirmam essa orientação, o que requer que aqui seja feita uma breve digressão sobre o Código, ainda novo e mal compreendido, para que os institutos que dele foram aproveitados pela Lei contenha-da possam ser bem compreendidos, em seu contexto.

Foi com base nas precisões de Asquini, acima citadas, que a atividade negocial e a empresa penetraram no Código Civil de 2002. Neste passo é imprescindível passar a palavra ao autor da parte do Anteprojeto que veio a converter-se, exceto quanto à epígrafe e a redação de um artigo inicial,⁶⁵ no Livro II, da Parte Especial do Código de 2002 – Sylvio Marcondes – que em passagem alongada, mas de singular clareza, explica todo seu sistema, que não tem sido de todo bem apreendido, porque está umbilicalmente ligado ao Livro III da Parte Geral, que cuida do negócio jurídico.

"Este Anteprojeto – diz o mestre – tem a seu cargo a matéria das sociedades e do exercício da atividade mercantil, parcela de obra maior, o anteprojeto de código das obrigações. Constitui, portanto, seu primeiro problema ajustar-se ao sistema geral. O Prof. Caio Mário da Silva Pereira, autor do anteprojeto, na parte geral e dos contratos, justificando o método do seu trabalho, explica sua adesão à doutrina do *Rechtsgeschäft*, sustentada no ensinamento de suas 'Instituições de Direito Civil'. Nessa, o conceito de *ato jurídico*, restrito no Código Civil ao que tem por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se alarga como fonte formal de todo comportamento apto a construir direitos subjetivos, constituindo gênero, do qual a declaração de vontade, dirigida no sentido da obtenção de um resultado, constitui espécie, denominada *negócio jurídico*. Daí inscrever este como Título I de seu Anteprojeto, seguido de títulos concernentes a especializações daquele conceito fundamental. E por força da dogmática assim estabelecida ao abrir-se o anteprojeto de Código das Obrigações, pode-se dizer que nessa sua primeira parte se constitui todo um sistema de atos. Atos jurídicos *stricto sensu*, isto é, negócios jurídicos, ou seja – atos negociais (...) *Orta, não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente*

reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade iniciária e permanentemente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstanciam em atividade. Atos negociais e, portanto, atividade negocial. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício. O conceito econômico de empresa – como organização dos fatores de produção de bens ou serviços, para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados – tem sido fonte de contínua discussão sobre a natureza jurídica da empresa, entre os autores que já não consideram suficiente a lição de Vivante, aliás consagrada na doutrina brasileira, de que 'o direito faz seu aquele conceito econômico'. Entretanto, suscitada na hermenêutica dos códigos comerciais do tipo francês, e acirrada a exegese do novo código civil italiano, a disputa encontrou afinal seu remanso. Segundo esclareceu Asquini – apresentando o fenômeno econômico da empresa, perante o direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário, de vez que empresa é conceito de um fenômeno econômico polidético, que assume, sob o aspecto jurídico, em relação aos diferentes elementos nele concorrentes, não um, mas diversos perfis: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição (...) em consonância com a aguda análise do citado mestre italiano, segundo a qual a empresa, fenômeno econômico polidético, assume juridicamente, não um mas diversos perfis – trata-se de fixar, no anteprojeto do Código o seu perfil subjetivo. Considerada a empresa, neste passo, não quanto ao modo de exercício da propriedade pelo titular, e, sim, sob o prisma do próprio titular e das condições que deve satisfazer, a fim de realizar, juridicamente, o empreendimento econômico. A titularidade das obrigações assumidas pelo empresário decorre, diretamente, de atos que pratica, mas indiretamente da atividade que exerce. Por isso, tal exercício está subordinado a normas especiais, que transcendem aqueles atos, pois visam reger direitos e deveres do titular como empresário, e, sendo este pessoa jurídica, também as suas relações internas e externas, necessárias à consecução do objeto social, através da ação empreendedora".⁶⁶

18.2 Perfis jurídicos da empresa, no Código Civil

As lições foram extensas, mas seu proveito indubitável. Porque o Livro II, da Parte Especial manteve todas as soluções do Projeto, com ligeiras alterações e atualizações – exceto a epígrafe, substituída "Da Atividade Negocial", por "Da Empresa", em razão de motivos despidos de técnica e que não convencem, *dada venia*,⁶⁷ pois afinal nele são trata-

⁶⁵ *Problemas de direito mercantil*, p. 135 e ss., índices do original, nossos os grifos.

⁶⁶ Consta do Relatório Ernani Sanyro, "(...) nada impede que, sob a denominação de 'direito de empresa' se determinem também determinadas relações que são de natureza econômica, embora desitadas daqueles requisitos de organização que caracterizam a atividade empresarial propriamente dita. Além disso, o termo (*sic*) 'direito de empresa' terá melhor correspondência com a denominação dos títulos dos demais livros do Código, tais como direito de família, direito das coisas e outros (...) não procede, por conseguinte, a alegação de que o termo 'direito de empresa' (*sic*) seria restritivo da matéria disciplinada em livro em apreço, com o que se evita qualquer

⁶⁷ O próprio Sylvio Marcondes não julgou que a subtração tenha comprometido o trabalho, ou sua concepção, tanto que nele prosseguiu (v. as suas *Questões de direito mercantil*, p. 1-29 e 23 e ss.). Já Luiz Gastão Paes de Barros Leães considera que na retirada houve perda, mas que não comprometeu a concepção que subjaz a todo o Livro II da Parte Especial do Código, *verbis*: "Reformulando o texto anterior, deu o redator ao corpo do Código que disciplina as sociedades e o exercício da atividade profissional a denominação de *atividade negocial*, denominando essa que seria substituída, no Congresso Nacional, por *atividade empresarial*, e, ao depois, por *direito de empresa*, que iria prevalecer no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e no código sancionado. A substituição da denominação 'atividade negocial' e a eliminação do artigo inaugural dedicado aos empresários e às sociedades tiraram do anteprojeto a sua contribuição mais original, ou seja, a noção de *atividade negocial* (técnicos do original) – embora esse conceito se mantenha facilmente preservado como elemento informativo fundamental, permeando as demais disposições do Código relativos ao Direito de Empresa (nosso os grifos)" (A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro, p. 11).

das as sociedades simples, que não são empresárias. O Livro II disciplina a atividade empresarial na linha dos ensinamentos acima transcritos, ou seja, define o sujeito de direito, centro de imputação da atividade empresarial, por isso titularizado a adquirir direitos e contrair obrigações, no exercício da atividade econômica que desenvolve profissionalmente: o empresário individual (art. 966) e o empresário coletivo, as sociedades empresárias (art. 982). É a “empresária” e a “sociedade empresária” que o Código se refere sempre que estabelece normas dirigidas ao titular de direitos e obrigações: nesse mesmo Livro II (v.g., arts. 967 a 972, 979, 980, 982, 983, 984, 1.142, 1.144, 1.150, 1.156, 1.163, 1.166, 1.181, 1.184, 1.185, 1.190, 1.191, 1.194, 1.195) – e também, nos demais Livros do Código, como, por exemplo, no art. 931, que figura no Livro I, embora por outras vezes se valha da palavra empresa para exprimir empresário (v.g., art. 968, IV, “sede da empresa”, equivalente à expressão “sede da sociedade”, que consta do art. 997, II, domicílio especial do titular que exerce a atividade empresarial).

O perfil objetivo aparece e é melhor explicado nos arts. 1.142 a 1.149, que disciplinam o estabelecimento, ou seja, “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (art. 1.142),⁶⁸ figurando, isoladamente, em outros mandamentos, a expressão “patrimônio da empresa” (v.g., art. 978).

O termo *empresa*, usado no seu sentido funcional, ou seja, a empresa enquanto atividade, vem disseminado ao longo de todo o Livro II (v.g., nos arts. 974, *caput* e parágrafos, 1.085, 1.155, 1.172, 1.178, 1.178, 1.184 etc.),⁶⁹ quando o legislador não preferiu empregar a expressões “atividade própria de empresário” (arts. 973), ou “atividade de empresário” (art. 975).

Por fim, o perfil institucional da empresa não figura em letra de forma no Código de 2002,⁷⁰ o que não significa que a ele chegou através do princípio constitucional que assinala a função social da propriedade (Constituição Federal, art. 170, III, e, por extensão, o art. 173, § 1.º, I), até porque a função social da empresa, já afirmada na Lei 6.404/1976 (art. 116), volta a ser expressamente declarada na Lei comentada (art. 47). Frise-se, porém, que o Código não deixa de usar a palavra “empresa” com tal significado (v.g., art. 931).

confusão com a matéria dos “negócios jurídicos”, disciplinada na Parte Geral”. Nesta última parte o eminente parlamentar demonstrou que não dominava, da vez, o sistema do Projeto na matéria de que estava a tratar – pois a modificação, infeliz, vem causando erros e confusões dos mais lamentáveis, como se verifica em alguns Comentários. Cursos e Manuais pós-Código, dos quais tem constado, sem maiores explicações e fundamentação jurídica, que a codificação “adotou a teoria da empresa”, o que vem se repetindo, também, nos Comentários inicias à Lei 11.101/2005. Tudo isso seria pouco, em contraste com a turbulência ainda maior que instaurou na até agora não bem difundida e explicada distinção entre sociedades empresárias e sociedades simples, estas últimas, *ex vi legis*, subtraídas do âmbito de incidência da Lei comentada.

⁶⁸ V., a respeito, BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial, passim*. Também aqui é notória influência do Código Civil italiano de 1942, cujo art. 2.535 reza: *L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa* (2.082).

⁶⁹ V., a respeito, BULGARELLI, Waldirio. *Teoria jurídica da empresa*. Análise jurídica da empresarialidade, p. 402 e ss.

⁷⁰ Criticando a omissão e explicando-a, no contexto da elaboração do Projeto, v. BULGARELLI, Waldirio. *Teoria jurídica da empresa*. Análise jurídica da empresarialidade, p. 333 e ss.

19. A Lei 11.101/2005 adotou o regime jurídico da atividade negocial do Código Civil

Foi com base na disciplina da atividade negocial do Código Civil que a Lei comentada disciplina os institutos da falência e das recuperações, tal como consta de sua epígrafe.

19.1 Recuperações judicial e extrajudicial de empresário individual e de sociedades empresárias regulares

O art. 1.º da Lei 11.101/2005 insere a concepção em comando legal afinado, em primeiro lugar, com o art. 1.º do Código Civil, segundo o qual “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Se essa pessoa, pessoa natural, além dos requisitos gerais sobre capacidade constantes dos arts. 1.º a 10 do Código, reunir os requisitos especiais de capacidade a que aludem os arts. 972 a 980, e, ainda, estiver inscrita no Registro Público de Empresas Mercantis (arts. 967 e 1.150), basta que também preencha as condições mencionadas no art. 48 da Lei comentada para que possa requerer recuperação judicial (porque o *caput* do dispositivo, exige, para tanto, que o devedor “exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos”).

Ou, então, igualmente preenchendo todos esses requisitos, poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial (art. 161, que faz remissão, no *caput*, ao art. 48).

O mesmo sucede com as sociedades empresárias. Constituídas sob tipos societários personalizados (CC, art. 983), incluídas dentre as pessoas jurídicas de direito privado (idem, art. 44, II), sua existência legal começa “com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro (idem, art. 45), no caso o Registro Público de Empresas Mercantis (arts. 985 e 1.150), valendo lembrar que em princípio “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos nos atos constitutivos” (idem, art. 47).

19.2 Falência. Falência do devedor empresário e da sociedade empresária, de fato ou em situação irregular. A falência como causa de dissolução das sociedades empresárias

A falência não é requerida contra a empresa, mas contra o sujeito de direitos e obrigações, seja o devedor empresário individual, seja sociedade empresária (art. 1.º e c. art. 94 da Lei comentada). No que diz respeito às sociedades empresárias, vale reiterar que a declaração da falência constitui uma das causas de sua dissolução (Código Civil, arts. 994, § 2.º, 1.044, 1.051, I, e 1.087; Lei 6.404/1976, art. 206, II, c).

Mas quanto a este instituto, de execução coletiva empresarial, não é de rigor que o devedor esteja em situação regular. Mesmo não inscrito no registro próprio, ou que exerça de fato atividade de empresário, sempre é possível cogitar-se sobre pedido de falência, pelos motivos expostos nos itens 2.2 e 2.3, acima, conforme vinha decidindo a jurisprudência. É de se esperar, inclusive, que essa tendência pretoriana, ainda tímida, venha a se robustecer, por pelo menos quatro motivos: (i) em razão dos princípios éticos e clássicas gerais, sobretudo os de probidade e boa-fé, que passaram a informar mais decisivamente nosso direito privado, a partir do Código Civil de 2002; (ii) porque a liquida-

ção do patrimônio e da organização econômica profissional criada pelo empresário, irregularmente ou de fato, pode não se compadecer com os preceitos rígidos e formais que o Código de Processo Civil estabelece para a execução por quantia certa contra devedor insolvente, pessoa natural ou sociedade simples; (iii) porque a identificação na prática do exercício de atividade econômica profissional organizada, exercida de fato ou irregularmente, passou a ter menos complexidade, superada que foi a velha dicotomia sociedade comercial *versus* sociedade civil; e (iv), porque a função social e os relevantes interesses *extra-societários* e empresariais que a nova Lei agora expressamente reconhece (art. 47), podem reclamar a abertura da via da execução coletiva empresarial, melhor aparelhada para atender a todos aqueles interesses, inclusive o dos credores de boa-fé, pois “visa a proteger e otimizar a utilização produtiva dos bens ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (art. 75).

20. Perfis jurídicos ou acepções da palavra *empresa*, na Lei 11.101/2005

Em virtude da notória deficiência com que a nova Lei recepcionou a disciplina da atividade negocial contida no Código Civil, à qual deveria ater-se, para servir-lhe de norte, “devedor”, “empresário”, “sociedade empresária”, “estabelecimento” e, sobretudo, o termo “empresa”, aparecem encabulados na Lei comentada, ora na acepção técnica correta, ora não, o que requer, a guisa de remate aos comentários deste artigo, a indicação de algumas precisões, para melhor orientar o intérprete.

20.1 *Sujeito de direitos: empresário, sociedade empresária e devedor. Deficiência técnica: o termo empresa empregado como sinônimo de empresário ou sociedade empresária*

Cuidando a Lei da execução concursal e de mecanismos de recuperação da atividade empresarial, não seria de esperar outra solução que não fosse a de centralizar e imputar as normas tendo como vertente principal o sujeito de direitos e obrigações, tal como acta exposto, o que a empresa não é, em nosso direito, razão porque tanto a epígrafe quanto o art. 1.º aludem a empresário e sociedade empresária – no dispositivo comentado acrescidos da bem intencionada e técnica asserção de que aqueles serão “doravante referidos simplesmente como *devedor*”. Que ficou só na intenção, pois já no art. 3.º surge a palavra *empresa*, e não *devedor*, na aceção subjetiva (“filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”). É também sob o perfil subjetivo que a palavra *empresa* é empregada, sem rigor técnico, nos arts. 12 e 53. III (“empresa especializada”), e nos arts. 7.º, 12.º, parágrafo único e art. 22, I, h, (“empresas especializadas”).

O art. 2.º refere-se a “empresa pública”, também no sentido subjetivo, mas aqui se trata de tipo especial de pessoa jurídica, “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo” do Poder Público, criada como meio de descentralização da Administração Pública, como será explicitado no item 23 ao comentário do art. 2.º. Corretamente o termo “empresário” figura no art. 97, § 1.º, ao dispor sobre um dos requisitos que o credor deve preencher para requerer a falência do devedor, e no art. 105, IV, que trata da autofalência.

20.2 *Empresa e estabelecimento: o aspecto objetivo ou patrimonial*

A base patrimonial da empresa, seu perfil objetivo, corresponde ao estabelecimento, conceito jurídico próprio do Código Civil, acima apenas esboçado, e que será detalhado nos itens 42 a 44 dos comentários ao art. 3.º. Não obstante, com flagrante erro, o art. 50, XIII alude a “usufruto da empresa” como um dos meios de recuperação judicial, e por quatro vezes a “alienação da empresa”, ao cuidar da realização do ativo, na falência (art. 140, incs. I e II, § 3.º e 142, § 1.º), quando em verdade está tratando de negócios jurídicos típicos a que se referem o art. 1.144 do Código Civil, ou seja, a usufruto e alienação do estabelecimento. O curioso é que igual equívoco deixou de ser repetido quando a Lei cuida, no inc. VII do mesmo art. 50, do “trespasse ou arrendamento do estabelecimento”.

A palavra “empresa” é utilizada com duplo sentido no art. 75, um deles o aqui tratado (“intangíveis da empresa”), já o termo “estabelecimento” ora é empregado segundo a extensão com que o Código Civil o disciplina, ora com significado menos amplo, como um dentre os vários estabelecimentos de que é titular o empresário ou a sociedade empresária. Na primeira aceção aparece nos arts. 94, III, e 109 (a este, combinado com o art. 99, XI, poder-se-á atribuir extensão menor), e também no art. 129, VI. Com extensão menor, ou seja, não como o “todo complexo de bens organizados para o exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária”, a que se refere o art. 1.142 de nossa codificação civil, figura como “principal estabelecimento” nos arts. 3.º e 94, III, d, e como “estabelecimentos”, no art. 99, XI.

20.3 *Empresa e atividade: a aceção funcional*

Sob o aspecto funcional, ou seja, a empresa enquanto atividade profissional econômica organizada, a nova Lei recorre a expressões diversas: “atividade empresarial”, nos arts. 27, II, c, 102, 105, § 2.º e 181, I; “atividades empresariais”, no art. 96, VIII, e “empresa”, no art. 75, no duplo sentido já mencionado; e nas disposições penais (art. 181, III – que inclui, entre os efeitos da condenação por crimes previstos na Lei comentada, a “impossibilidade de *gerir empresa* por mandato ou por gestão de negócio”, expressão que deve ser entendida por “impossibilidade de exercer, por mandato ou gestão de negócios, atividade econômica privativa de empresário ou sociedade empresária”).

20.4 *Empresa e interesses extra-societários ou empresariais: função social e preservação*

Por derradeiro, exsurge no artigo fundamental da nova Lei a palavra *empresa*, empregada em um de seus significados jurídicos mais relevantes, o institucional, dado que reside no art. 47 a regra basilar que deve orientar não apenas a recuperação judicial, mas também os processos de homologação da recuperação extrajudicial, e mesmo a decretação da falência, provimentos jurisdicionais que jamais podem perder de vista o que provém da Constituição e agora consta do dispositivo citado: a “empresa” exerce função social e deve ser tanto quanto possível preservada. “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim (...) o estímulo à atividade econômica”.

Art. 2.º Esta lei não se aplica a:

- I – empresa pública e sociedade de economia mista;
- II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

21. Direito anterior. Razões de ordem pública para a exclusão de determinadas atividades negociais da falência, da recuperação, ou de ambas. Compatibilização e adaptação da legislação extravagante

O Dec.-lei 7.661/1945 não continha dispositivo específico que excepcionasse certas atividades empresariais do âmbito de sua incidência, pois a exclusão, direta, de determinadas atividades negociais ao regime da falência e dos meios preventivos de sua decretação se dava, como ainda se dá, por estipulação contida em leis especiais. Poder-se-ia até sustentar que a inovação tem cunho didático – didatismo precário, ou pelo menos provisório, pois nada impede que novos diplomas legais venham a excluir outras atividades da falência e das recuperações, se assim o determinar o interesse pública. Por esse motivo o art. 2.º, é impreciso, e também inconstitucional, na imperatividade de sua dicação, como se verá.

Residem no interesse geral da sociedade, ou no interesse público, as razões que levam o legislador a excluir tais pessoas jurídicas e entidades dos processos de recuperação, ou da falência, sejam elas (i) de ordem mais geral ou sistêmica (financeiras, seguros), sejam (ii) decorrentes das especificidades de determinadas atividades (de que constituem exemplos significativos os *considerando* do Dec.-lei 669, de 3 de julho de 1969, que proibiu as empresas de transporte aéreo de requerer concordata, transcritos no item 31, abaixo).

A nova lei prevê a adaptação da legislação extravagante apenas no caso das instituições financeiras e seguradoras, e elas se aplicando, enquanto tal não ocorrer, a Lei 11.101/2005, subsidiariamente e no que couber (art. 197).

As demais leis especiais, abaixo comentadas, estabelecem regime próprio de solução da crise econômica-financeira empresarial, que compreende a intervenção e a liquidação extrajudicial, pela autoridade administrativa competente. Essas leis continuam em vigor, mas os devedores por elas impedidos de impetrar concordata ficam proibidos, doravante, de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos da nova lei (art. 198), exceção feita às empresas de transporte aéreo (art. 199) – valendo frisar que a maior parte delas não exclui a decretação da falência, se motivos para tanto surgirem no curso do processo administrativo.

22. Inconstitucionalidade e imprecisão do dispositivo: algumas das empresas que o artigo menciona estão sujeitas à falência

O *caput* do artigo parece, portanto, de manifesta imprecisão, como já foi sublinhado, pois a Lei 11.101/2005 é aplicável, no tocante à falência, a algumas das sociedades enumeradas no inc. II (quanto ao inc. I a matéria é, pelo menos, duvidosa) – que

apenas não ingressam, de imediato, no processo judicial de execução coletiva empresarial, passando antes, por intervenção e liquidação extrajudicial. Porém, tal seja o destino da liquidação, ou a constatação de fatos que constituam crimes falimentares, no curso do processo administrativo, a falência poderá ser decretada, quando, então, a nova lei passará ser a elas aplicável, ao reverso do que reza a cabeça do artigo, redigida sem qualquer ressalva quanto a esse aspecto. É o caso, por exemplo, das instituições financeiras, das entidades abertas, e mesmo algumas fechadas, de previdência privada, das sociedades operadoras de planos de saúde privada e das sociedades seguradoras (v. itens 25, 27, 28 e 29, abaixo).

A cinza é mais grave, pois o dispositivo, ao menos em parte, padece de inconstitucionalidade, visto que, nos termos do art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição de 1988, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, suscitada tanto através de ações ou execuções individuais, quanto de execuções coletivas, que seia a falência, se os devedores forem empresários ou sociedades empresárias. E a falta é de todo injustificável, até porque há dispositivo constitucional declarando que as empresas ou entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial podem ter esses regimes convertidos em falência (art. 46 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).⁷¹

23. Empresa pública

Nos termos do art. 37, inc. XIX da Constituição Federal, somente por lei específica poderá ser autorizada a constituição de empresa pública e sociedade de economia mista, definindo, também sua área de atuação.⁷² Embora não tenha sido aprovada a lei a que se refere o art. 173, § 1.º da Constituição, estabelecendo o regime jurídico dessas sociedades controladas pelo Poder Público, os princípios maiores a que estão submetidas (idem, inc. II – “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”; ibidem, § 2.º – “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”), coloca em dúvida a constitucionalidade do dispositivo comentado, embora sempre se possa sustentar que a responsabilidade subsidiária do acionista controlador o tornaria compatível com o comando constitucional, mormente porque a lei disciplinadora que está por vir deverá regular “as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade” (idem, § 3.º).

Segundo dispõe o art. 5.º, inc. II, do Dec.-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo Dec.-lei 900, de 29 de setembro de 1969, é empresa pública a “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o

⁷¹ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 46: “São sujeitos à correção monetária desde o vencimento, até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mesmo quando esses regimes sejam convertidos em falência”.

⁷² V., a respeito, o artigo de nossa autoria, “As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988”, publicado na *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, vol. 102, 1989, p. 49-68, e, também, na *Revista de Direito Mercantil (RDM)*, v. 73, 1989, p. 5-21.

Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.⁷³ Sendo o capital da empresa pública de exclusiva titularidade do Estado, é este que deve adotar as providências necessárias à superação da crise econômico-financeira da empresa pública, bem como diligenciar para que cumpra pontualmente as suas obrigações, cabendo-lhe responder subsidiariamente pelos pagamentos não realizados, inclusive em juízo.

24. Sociedade de economia mista. Repristinação

É no mesmo contexto constitucional referido no item precedente que opera a sociedade de economia mista, disciplinada pelos arts. 235 *inque* 240 da lei de regência das sociedades por ações (6.404/1976), e definida, administrativamente, como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta” (cf. Decretos citados no item anterior, art. 5.º, inc. III).

Na redação original da Lei das S/A, sob a rubrica “falência e responsabilidade subsidiária”, o art. 242 dispunha que as sociedades de economia mista não se sujeitavam à falência, respondendo subsidiariamente o Poder Público, seu acionista controlador, por suas obrigações.⁷⁴ Esse dispositivo foi revogado pelo art. 10 da Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, que promoveu a última reforma da lei das companhias. O dispositivo comentado vem restabelecer a regra original, cabendo observar que sua revogação já fora ensaiada pela Medida Provisória 151, de 15 de março de 1990, mas o Projeto de conversão, traduzido na Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, tornou sem efeito a revogação, em razão do veto recebido pelo art. 25. Como se vê, a lei comentada repristina os efeitos do primeiro dispositivo citado.⁷⁵

25. Instituição financeira e cooperativa de crédito. Administração especial temporária, intervenção, liquidação e falência

Nos termos do Dec.-lei 2.321/1987, o Banco Central poderá decretar regime de administração especial temporária nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, segundo o procedimento que regulamentar, quando verificados os eventos arrolados nos vários incisos de seu art. 1.º, findo o qual poderá ser decretada, se for o caso, a liquidação extrajudicial da instituição (art. 11, c).

A intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras privadas e públicas não federais – assim como das cooperativas de crédito, que também podem ser

⁷³ A conceituação tem caráter administrativo e é impositiva para a União, o que não impede os Estados-membros e Municípios de criar, organizar e operar suas empresas públicas (v., a respeito, MERELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 327).

⁷⁴ “Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.”

⁷⁵ Sobre as várias espécies de sociedades de economia mista e as chamadas empresas estatais, v. o artigo de nossa autoria “As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988”, acima citado.

determinadas diretamente pelo Banco Central –, são disciplinadas pela Lei 6.024/1974, que declara, logo no art. 1.º, parte final, que todas elas também estão sujeitas “à falência, nos termos da legislação vigente”.

Já ao final do processo de intervenção pode haver pedido de decretação da falência, pelo interventor, autorizado pelo Banco Central (art. 12, alínea d), como alternativa à liquidação extrajudicial (art. 7.º, alínea c). A liquidação extrajudicial, se decretada, tem na falência uma das formas de cessação (art. 19, alínea d), que será requerida pelo liquidante, também após autorização do Banco Central, quando o ativo da instituição liquidanda “não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quinqüenífios, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares” (art. 21, alínea b).

O art. 34 da Lei 6.024/1974 dispõe que são aplicáveis à liquidação extrajudicial as disposições da Lei de Falências, “no que couberem e no que não colidirem com os preceitos” dessa lei especial. O artigo comentado não elimina as contradições havidas na doutrina e na jurisprudência acerca da legitimidade ativa do credor para requerer a falência das instituições financeiras, que, pelos motivos expostos no item 22, acima, parece decorrer de nosso sistema constitucional – a menos que as “leis específicas” a que se refere o art. 197 da Lei 11.101 venham a apresentar solução diversa, compatível com o art. 5.º, inc. XXXV da Lei Maior. Os argumentos contrários, fundados no perfil eminentemente privado da anterior legislação falimentar, perdem força com o ditado do art. 47 da nova lei, excogitável mesmo em relação à falência (art. 95), aspecto que ilumina a extensão das funções do juiz do Ministério Público, que só na aparência restaram em plano secundário, nos procedimentos disciplinados pela lei comentada.

25.1 Consórcios. Consórcios de poupadores e investidores para aquisição de bens

O dispositivo comentado refere-se a “consórcio”, termo plurívoco que abrange, em nosso ordenamento positivo, pelo menos dois institutos. O primeiro deles, os consórcios de poupadores ou investidores para a aquisição de bens, são regulados pelas Leis 5.768, de 20 de dezembro de 1971, e 8.177, de 1.º de março de 1991 – como instituições financeiras, sujeitas, portanto, à disciplina de intervenção, liquidação e falência, segundo exposto no item precedente, embora já o fossem nos termos da definição ampla contida nos arts. 17 e 18 da Lei 4.595/1964. Vale frisar que a Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional explicita essa qualificação, referindo-se expressamente a essa modalidade de consórcios, no art. 1.º, parágrafo único, inc. I.⁷⁶

26. Consórcios empresariais

Diversa é a situação do consórcio empresarial, disciplinado pela Lei 6.404/1976, que “não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade” (art. 278, § 1.º). Exatamente por esse motivo não está o consórcio empresarial sujeito à falência, e muito menos pode requerer recuperações judiciais ou extrajudiciais, desde que constituído em conformidade com os mencionados mandamen-

⁷⁶ V. nosso *Consórcios de empresas*, p. 62-63.

los legais, que o moldam sob a forma de contrato, embora o instrumento contratual deva ser arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 279, parágrafo único). Não sendo personalizados, nem centro de imputação autônoma de direitos e obrigações, o respectivo contrato vincula diretamente os contratantes, daí a regra do art. 278, § 2.º: "A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes: os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio."⁷⁷

27. Entidades de previdência complementar

A Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001, que regula o regime de previdência complementar, classifica as "entidades" que exploram esses serviços em duas categorias, as fechadas e as abertas (art. 4.º). Estas últimas são "constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas" (art. 36), sendo possível a prestação dos serviços também por sociedades seguradoras (idem, parágrafo único).

As entidades fechadas são organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos (art. 31, § 1.º), facultado, àquelas destinadas aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente (art. 31, § 2.º, I).

No caso de dificuldades econômico-financeiras, ambas as espécies de entidades de previdência complementar estão sujeitas a intervenção (arts. 44 a 46), que cessará quando for aprovado, pelo órgão competente, o "plano de recuperação", próprio, previsto nessa lei especial, ou, ainda, sua liquidação extrajudicial (arts. 47 a 53).

Consoante o disposto no art. 47, apenas "as entidades fechadas não poderão solicitar concordata e não estão sujeitas a falência, mas somente a liquidação extrajudicial", cujo encerramento se dá com a aprovação, pelo órgão regulador e fiscalizador, das contas finais do liquidante e com a baixa nos devidos registros (art. 53). Se comprovada pelo liquidante a inexistência de ativos para satisfazer a possíveis créditos reclamados contra a entidade, deverá tal situação ser comunicada ao juízo competente, para o encerramento do processo de liquidação (art. 53, parágrafo único), que obedecerá ao regime próprio aplicável às sociedades civis e fundações, sem que esteja afastada a hipótese de intervenção, liquidação extrajudicial e falência do "gestor" terceirizado (art. 31, § 2.º, I).

O art. 73 estipula que "as entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras", mandamento que volta a constar do art. 3.º, *caput* e parágrafo único, da Lei 10.190/2001, segundo o qual as entidades de previdência aberta estão sujeitas aos regimes de administração temporária, intervenção e liquidação extrajudicial, previstos para as instituições financeiras, cabendo à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP exercer as funções atribuídas ao Banco Central do Brasil pelo Dec.-lei 2.321/1987 e pela Lei 6.024/1974.

⁷⁷ Idem, p. 154-155.

A Lei Complementar 109, em seu art. 62, reitera este último mandamento, ampliando, no entanto, o seu âmbito de incidência, para alcançar as duas espécies de entidades: "Aplicam-se à intervenção e à liquidação das entidades de previdência complementar, no que couber, os dispositivos da legislação sobre a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras, cabendo ao órgão regulador e fiscalizador as funções atribuídas ao Banco Central do Brasil". O que vale dizer que também pode ser declarada a falência de entidades abertas – sociedades anônimas e, portanto, empresárias (Código Civil, art. 1.088) – medida que igualmente pode ser cogitada, segundo as circunstâncias, em relação a entidades fechadas com patrimônio e serviços terceirizados. Inclusive a pedido de credor, conforme exposto no item 25, acima.

28. Sociedade operadora de plano de assistência à saúde

Segundo o art. 23 da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, com a redação dada pela Medida Provisória 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, as operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência, nem à insolvência civil. A demonstrar a manifestação imprecisa do dispositivo da nova lei falimentar ora comentado, o § 1.º desse artigo estabelece que "as operadoras sujeitar-se-ão ao regime de falência ou insolvência civil quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses: I – o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários; II – o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou III – nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Dec.-lei 7.661/1945" (estes últimos dispositivos, que tratam dos crimes falimentares, foram reproduzidos – e as hipóteses delituais ampliadas – nos arts. 168 a 178 da nova Lei de Falências, que passa a ser o diploma legal de referência da legislação esparsa, ante a revogação do Dec.-lei 7.661/1945).

É de competência da Agência Nacional de Saúde proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde (Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, art. 4.º, inc. XXXIV).

A Lei 9.656/1998 também estabelece regras específicas e de economia processual, na passagem do regime de liquidação extrajudicial para a falência (art. 23, §§ 4.º a 6.º), e o procedimento é regido supletivamente, no que couber, pela Lei 6.024/1974 e pelos Decs.-leis 7.661/1945, 41/1966 e 73/1966, "conforme o que dispuser a ANS" (art. 24-D), nesta matéria surgindo, novamente, as divergências sobre a legitimidade de o credor requerer diretamente a falência, examinadas no item 25, supra.

29. Sociedade seguradora e sociedade de capitalização

De acordo com o Dec.-lei 73, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regula as operações de seguros e resseguros, "as sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas à falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o

pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar" (art. 26).

A solução para a crise econômico-financeira de tais sociedades não se dá pelos meios previstos na nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005, art. 198), sendo perseguidas, inicialmente, mediante intervenção e liquidação administrativa, na forma prevista nos arts. 94 a 107 do Dec.-lei, e nos arts. 68 e seguintes de seu regulamento, baixado pelo Decreto 60.459, de 13 de março de 1967, aplicando-se, nos casos omissos, as disposições da legislação de falências, desde que não contrariem as disposições do Dec.-lei (art. 107).

Se no curso da liquidação administrativa forem constatados os fatos ou a situação patrimonial referidos no art. 26, acima transcrito, a falência da seguradora poderá vir a ser decretada, inclusive a pedido de credor, posto que estes têm participação no respectivo processo, em virtude do que dispõe o art. 101, e até por força de mandamento constitucional (art. 5.º, inc. XXXIII, XXXIV e XXXV da CF), no qual poderão tomar ciência daqueles eventos, e adotar as medidas cabíveis. Ademais, o art. 103 do Dec.-lei assegura que, "depois da decisão relativa a seus créditos ou aos créditos contra os quais tenham reclamado, os credores não incluídos nas relações a que se refere o art. 100, os delas excluídos, os incluídos sem os privilégios a que se julguem com direito, inclusive por atribuição de importância inferior à reclamada, poderão prosseguir na ação já iniciada ou propor a que lhes competir". Qualquer ação, portanto, inclusive o pedido de decretação da falência – conclusão que traz à baila a comovência já referida no item 25, supra, que também se estabelece em relação às seguradoras, cujo encaminhamento é semelhante ao indicado naquela passagem destes comentários.

Já as sociedades seguradoras de capitalização, previstas no art. 3.º, *caput* e parágrafo único da Lei 10.190/2001, estão sujeitas aos regimes de administração temporária, intervenção e liquidação extrajudicial, previstos para as instituições financeiras, cabendo à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, exercer as funções atribuídas ao Banco Central do Brasil pelo Dec.-lei 2.321/1987 e pela Lei 6.024/1974 (v. item 25, acima).

30. Cooperativas

As cooperativas são "sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, *não sujeitas a falência*, constituídas para prestar serviços aos associados", segundo a muito peculiar definição do art. 4.º da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. Estão sujeitas a intervenção (arts. 75, §§ 1.º e 2.º e 93), e também a liquidação extrajudicial, que "poderá ser promovida por iniciativa do respectivo órgão executivo federal, que designará o liquidante, e será processada de acordo com a legislação específica e demais disposições regulamentares, desde que a sociedade deixe de oferecer condições operacionais, principalmente por constatação de insolvência" (art. 75, *caput*). Pela sua natureza, própria, as cooperativas não se podem valer dos institutos das recuperações de que trata a lei comentada.

31. Empresas de transporte aéreo. Subsunção à falência

Até a data da edição do Dec.-lei 669, de 3 de julho de 1969, as empresas de transporte aéreo estavam sujeitas a falência, e dispunham do direito de impetrar concordata. O

referido diploma legal suprimiu o direito de as empresas de exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica requerer concordata (art. 1.º), considerando (i) "que a navegação aérea só pode ter eficiência, isto é, segurança, regularidade e precisão, se a empresa que a explora estiver em condições econômico-financeiras de permitir, em termos de planejamento, execução, manutenção, supervisão e controle, a perfeita sustentação de serviços através de uma sólida estrutura, capaz de plena atividade"; (ii) que "a concordata, sendo um favor legal, que se dá a empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa, a regularidade e segurança do voo".

O Código Brasileiro de Aeronáutica, aprovado pela Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986, manteve a proibição (art. 187), passando a regular a intervenção, liquidação extrajudicial e a falência das empresas concessionárias de serviços aéreos públicos (arts. 187 e segs.). Apurada, por perícia técnica, antes ou depois da intervenção, a impossibilidade do restabelecimento da normalidade dos serviços, determina o Código que "será requerida a falência, quando o ativo não for suficiente para atender pelo menos a metade dos créditos, ou quando houver fundados indícios de crimes falenciais" (art. 188, § 2.º, inc. II), em cujo processo serão liminarmente adjudicados à União, por conta e até o limite de seu crédito, as aeronaves e produtos aeronáuticos adquiridos antes de sua instauração (art. 190).

Desde o advento da Lei 11.101, tais sociedades podem requerer recuperação judicial e extrajudicial (art. 199), mas sua falência somente poderá ser decretada, indistintamente, seja pelo interventor ou liquidante, seja por convalidação da recuperação falência (art. 73), uma vez verificados os eventos mencionados ou a situação patrimonial referidos no já citado art. 188 do Código Brasileiro de Aeronáutica, quando todo o Capítulo V da Lei 11.101 lhes será aplicável, com as modificações desta lei especial (especialmente arts. 145, 152, 191, 208, 210 e 313). Também não está excluído o pedido de falência formulado por credores, caso sejam constatados os eventos acima mencionados no curso do processo administrativo, e o liquidante não adote essa iniciativa, interpretação que vinha sustentando em relação aos procedimentos de igual natureza, nos itens anteriores, que aqui obtêm argumento adicional.

Com efeito, o art. 199 da nova lei resultou, como sabido, de grande polêmica, acendrada pela crise enfrentada por algumas empresas de transporte aéreo ao final da tramitação do Projeto e sua aprovação pelo Congresso, que foi por isso retardada, até que se adotasse esta opção legislativa, de cuja subordinação só o tempo dirá. Mas toda orientação legislativa, excluindo ou não determinada atividade negocial da falência, deve vir acompanhada de mecanismos que tutelam devidamente os interesses afetados pela sociedade empresária em crise, que afaste lesão ou ameaça a direitos individuais, que, em nosso sistema constitucional, somente ao Poder Judiciário cabe acolher, apreciar e decidir, de modo definitivo, e não a qualquer autoridade administrativa.

32. A falência em outras leis especiais

A decretação da quebra acarreta também certos efeitos em atividades e negócios empresariais, porque a retirada de cena do empresário individual ou coletivo pode ter outros reflexos de ordem pública, ou modificar certos contratos e negócios jurídicos

cos unilaterais, daí porque a legislação especial a seguir mencionada, enunciada em rol não exaustivo, atende à falência, confirmando o sistema da Lei 11.101, explicitando-o, ou mesmo conteúdo regras que não de todo compatíveis com as novas formas de solucionar a crise econômica das atividades empresariais – motivo pelo qual estão a merecer adaptações.

32.1 *Falidos e sociedades empresárias em recuperação, nas licitações e contratos com a Administração Pública. Concessão e permissão de prestação de serviços públicos*

Entre os documentos requeridos para a participação em licitações com a Administração Pública, o art. 31, inc. II, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, exige a apresentação de "certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica". A exigência vinha reiterada em regulamentos pertinentes à concessão e permissão de determinados serviços públicos (Decreto federal 1910, de 21 de maio de 1996, art. 6.º, inc. XI, para a habilitação em concorrências que visem a concessão e permissão de serviços desenvolvidos em terminais aliandegados de uso público; Decreto federal 2.206, de 14 de abril de 1997, art. 23, inc. II, para a concessão de serviços de TV a cabo – ambos exceção manifestamente o que dispõe a lei geral sobre concessões, abaixo referida, e por isso, pelo menos nessa parte, derogados).

Coerentemente com a nova solução dada pela Lei 11.101 para a solução da crise econômica das atividades empresariais, parece evidente que a lei de licitações está a reclamar adaptação, de molde a que as sociedades que tenham seus Planos de Recuperação concedidos judicialmente também possam participar de licitações realizadas pelo Poder Público, que, em muitos casos constitui fator importante para que superem as dificuldades por que passam, não havendo motivos para delas afastar unidade empresarial cuja viabilidade e possibilidade de atuar eficientemente no mercado passou pelo crivo daquelas que melhor têm competência para fazê-lo, ou seja, seus credores privados, sob a supervisão do Judiciário, ainda que alguns requisitos adicionais sejam requeridos para compor seus planos, tendo em vista o interesse público.

Essa modificação estaria em harmonia com o art. 78, inc. IX da chamada Lei de Licitações, que somente erige em hipótese de rescisão do contrato com a Administração a decretação da falência do contratado; ora, se o Plano não vier a ser adequadamente cumprido, a recuperação judicial é convalidada em falência (Lei 11.101, art. 73). Portanto, aí sim, haver rescisão do contrato que essas sociedades mantenham com a Administração Pública.

E haverá harmonia, também, com o regime geral de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em que a extinção da concessão só se opera com a falência (Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 35, inc. VI), regra repetida na lei que organiza os serviços de telecomunicações (9.472, de 16 de julho de 1997, art. 114, inc. I) e no Decreto federal que dispõe sobre a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (2.521, de 20 de março de 1998, art. 24, inc. V).

Essa interpretação é a que melhor se compadece com o disposto no art. 195 da lei comentada, segundo o qual "a decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei".

32.2 *Condomínios em edificações e incorporações imobiliárias. Partilhão de ofertação. Parcelamento do solo urbano. Locações urbanas*

O art. 6.º, § 4.º da nova lei, combinado com o art. 49, § 3.º, estabelece medidas de tutela aos credores proprietários de bens em condomínio e edificações imobiliárias, durante o prazo de suspensão da precrição e do curso de ações e execuções, após o processamento do respectivo pedido do devedor (v. item 78 dos comentários ao art. 6.º, abaixo). Já na falência, a legislação especial disciplina os reflexos da decretação da quebra em tais negócios jurídicos, como os citados, razão porque passaremos a examiná-la em rol não exaustivo, a seguir, na medida em que deve ser escrutinada à luz do que dispõe art. 119 da Lei 11.101, que trata dos efeitos da quebra nas relações contratuais do devedor.

Nos termos do art. 21 do Dec.-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações – a que faz genérica remissão o art. 119, VI da lei comentada –, "em caso de falência, os contratos de compromisso de venda e de financiamento serão vendidos conjuntamente em hasta pública, anunciada dentro de 15 (quinze) dias, depois da primeira assembleia de credores, sob pena de destituição do liquidatário". Em face da nova lei falimentar, a alienação poderá atender as formas e modalidades empresariais de realização do ativo, alcançando, com maior agilidade e melhor resultado econômico para os credores, coincidentes com os fins visados pela referida lei especial, editada, frise-se, antes mesmo do revogado Dec.-lei 7.661/1945, que obstruía tais finalidades.

Quanto ao parcelamento do solo urbano, a Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, estabelece que a sentença declaratória de falência de qualquer das partes que celebrar contratos de compromisso de compra e venda ou de promessa de cessão que tenham por objeto área loteada, ou lotes isolados, rescindir os respectivos ajustes. E se a falência for do proprietário da área loteada ou do titular do direito sobre ela, incumbirá ao síndico (doravante o administrador judicial) dar cumprimento aos contratos: se o devedor falido for o adquirente, seus direitos serão levados à praça – agora pelas formas empresariais previstas na Lei 11.101. Também vale para este diploma legal a remissão genérica contida no art. 119, VI da nova lei.

No que tange aos condomínios em edificações e às incorporações imobiliárias, a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, dispõe que "os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação" (art. 31-F, acrescentado pela Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004). Os 20 parágrafos do artigo disciplinam o procedimento próprio e as regras especiais, substanciais e processuais, atinentes às providências que o condomínio deve adotar, para o funcionamento ou constituição de Comissão de Representantes, diante da quebra. O art. 119, IX da Lei 11.101/2005 procura compatibilizar sua disciplina com essa lei especial, à qual faz remissão.

Já o art. 43, inc. III, da mesma Lei 4.591, estabelece que, "em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão *credores privilegiados* pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste".

Nas locações de imóveis urbanos, o locador poderá exigir novo fiador, ou substituição da modalidade de garantia, no caso de falência do fiador do locatário (Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, art. 40, inc. II). Vale anotar que, nos termos do art. 119, inc. VII da lei comentada, a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato.

32.3 *Títulos de crédito*

Os títulos de crédito, modalidade de negócio jurídico composto por declarações unilaterais de vontade, também experimentam modificações com a decretação da falência. A Lei Uniforme sobre leius de câmbio e notas promissórias, Anexo I das Convenções de Genebra promulgadas pelo Dec. 57.663, de 24 de janeiro de 1966 – fonte direta de remissão de quase todas as demais leis sobre títulos de crédito, subsidiadas também pelo Código Civil de 2002 (art. 903),⁷⁸ prescreve que o portador de um título pode exercer o direito de ação contra os endossantes e outros coobrigados, mesmo antes do vencimento, nos casos de falência do sacado, quer ele tenha manifestado seu aceite, quer não (art. 43, n. 2), e nos casos de falência do sacador de um título não aceitável (idem, n. 3). O art. 44 acrescenta que “no caso de falência declarada do sacado, quer seja aceitante, quer não, bem como no caso de falência declarada do sacador de uma letra não aceitável, a apresentação da sentença de declaração de falência é suficiente para que o portador da letra possa exercer o seu direito de ação”.

Já a Lei do Cheque dispõe que a execução independe de protesto ou das declarações nela previstas, se a apresentação ou pagamento são obstados pela intervenção, liquidação extrajudicial ou falência (Lei 7.357, de 2 de setembro de 1985, art. 47, § 4.º) – do sacado, obviamente, o que vale dizer que a ação pode ser proposta contra os demais coobrigados.

32.4 *Código de Defesa do Consumidor: Ação direta contra o segurador e exclusão do IRB*

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), aprovado pela Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, estipula que, nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, caso o réu tenha sido declarado falido, o síndico (doravante o administrador judicial) será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativa, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o fiscoconsórcio com este (art. 101, inc. II).

32.5 *Falência e desconsideração da personalidade jurídica, no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e na Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico*

O mesmo Código (CDC) autoriza o juiz a “desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social” (art. 28, *caput*, 1.ª parte). Aduz o dispositivo, em sua 2.ª parte, que “a desconsideração também

será efetuada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

A norma inscrita neste micro-sistema é bem mais ampla daquela que consta no Código Civil de 2002 (art. 50), justificando-se o afastamento da personalidade jurídica, no caso de falência, pela sua natureza tutelar, derivada da Constituição (art. 170, V).

A codificação civil, que veio a unificar formalmente o direito obrigacional brasileiro, alude a “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial” como fatores que caracterizam o abuso da personalidade, autorizando a desconsiderar a separação patrimonial operada pela personalização da sociedade (como declarava textualmente o *caput* do art. 20 do Código de 1916), via que dificilmente pode ser cogitada na quebra, embora aqueles eventos nela se verifiquem com não pouca frequência – pois a Lei 11.101/2005, tal como as legislações falimentares em geral, já dispõe de mecanismos que buscam os mesmos efeitos (v.g., art. 75, afastamento do devedor de suas atividades; art. 81, extensão da falência aos sócios iliquidamente responsáveis; art. 82, responsabilização pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, nos casos que especifica, inclusive através de medidas cautelares de indisponibilidade de bens).

Já o art. 18 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que regula o CADE e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, tem redação quase idêntica à do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (porque tem igual assento constitucional – art. 170, V), dispondo, em sua parte final, que “a desconsideração [da personalidade jurídica] também será efetivada [sic] quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

32.6 *Legislação sobre entorpecentes e produtos que causam dependência física ou mental*

A Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, determinava que no caso de falência de empresas industriais ou comerciais, hospitalares, de pesquisa, ensino e congêneres, ou de serviços médicos, que produzirem, venderem, comprarem, consumirem ou fornecerem substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, ou especialidades farmacêuticas que as contenham – ou de quaisquer outras em que existam tais produtos – cumpre ao juiz falimentar oficial às autoridades sanitárias competentes, para que promovam, desde logo, medidas necessárias ao recebimento, em depósito, das substâncias arrecadadas (art. 41, *caput* e § 1.º). A venda de tais produtos, cujo resultado irá compor a massa, deverá ser efetuada segundo o procedimento previsto no § 2.º do mesmo artigo.

Mais recentemente a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico de produtos, substâncias ou drogas ilícitas (*sic*) que causam dependência física ou psíquica, estabeleceu regras próprias a serem observadas pelo juiz da falência do devedor, quando este for empresa industrial ou comercial, estabelecimento hospitalar, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como de prestação de serviços médicos e farmacêuticos, que produzirem, venderem, consumirem, prescreverem ou fornecerem tais produtos, substâncias ou drogas ilícitas (art. 6.º), inclusive com a intimação do Ministério Público para acompanhar o feito, inclusive a alienação das drogas em hasta pública (idem, § 2.º, inc. III, e § 3.º).

⁷⁸ V., a respeito, nosso, et alii, *Títulos de crédito*. Teoria geral e títulos autônomos em face do novo Código Civil. Títulos de crédito eletrônicos.

Art. 3.º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juiz do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

33. Direito anterior. Doutrina e jurisprudência

O Dec.-lei 7.661/1945 englobava as regras sobre a definição da competência do juiz de decretação da falência e a declaração de sua indivisibilidade em único dispositivo (art. 7.º, *caput* e §§ 2.º e 3.º);⁷⁹ a norma sobre o juiz competente para conceder e processar a concordata do mesmo teor, constava do art. 156.⁸⁰ O critério funcional do "principal estabelecimento", tradicional em nosso direito, já aparecia no Decreto 917, de 1890,⁸¹ constatação importante que contribui para afastar as confusões que surgem em relação às sociedades empresárias, entre os distintos conceitos de sede e estabelecimento principal (v. item 41, abaixo). Por via de consequência, a doutrina e a jurisprudência consolidadas ao longo da vigência desses diplomas legais, sobre as questões polêmicas que surgem em torno do conceito de "estabelecimento principal", que não é unívoco, são inteiramente aproveitáveis para a interpretação do dispositivo comentado, doravante iluminadas pela disciplina da matéria também pelo Código Civil.

34. Despacho, distribuição e prevenção da jurisdição: § 8.º do art. 6.º

Anote-se, desde logo, a deficiência técnica do artigo comentado, que, ao definir o juiz competente para "homologar", "deferir" e "decretar", atos jurisdicionais posteriores, deveria desde logo ter feito constar, como parágrafo único, o consectário lógico do que estatui, ou seja, a regra sobre prevenção da jurisdição, a que fica adstrito o juiz que conhece, por despacho ou distribuição, o primeiro pedido em relação ao devedor, mandamento que figura, quase que escondido, no § 8.º do longo e confuso art. 6.º (v. os comentários a esse artigo, itens 62 e ss, abaixo).

35. Sistema da Lei 11.101. Juízo universal da falência e das recuperações. Extensão e limites: art. 3.º, c.c. art. 76

A norma do art. 3.º deve ser combinada com o disposto no art. 76, para que se possa aquilatar a extensão e os limites da competência do juízo falimentar. Segundo este último

⁷⁹ "Art. 7.º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil. (...) § 2.º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta Lei. § 3.º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta Lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte."

⁸⁰ "Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz, que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva."

⁸¹ "Art. 4.º A falência será declarada pelo juiz comercial em cuja jurisdição o devedor tiver seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil (...)."

dispositivo, "o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figure como autor ou litisconsorte ativo".

Por motivos de celeridade e economia processual, examinados no item 39, abaixo, todas as ações propostas contra o devedor que demandarem quantia líquida, inclusive as trabalhistas e os executivos fiscais, continuam a tramitar em seu juízo de origem, quando (art. 6.º, §§ 1.º, 2.º e 7.º), permitida a determinação, na recuperação judicial ou na falência, de reserva de valor estimado dos créditos líquidos, uma vez que a inclusão no quadro geral de credores só se dá após a apuração definitiva do crédito respectivo (§ 3.º).

De outra parte, e a confirmar a universalidade do juízo falimentar, o art. 6.º, § 6.º, institui normas de controle das demandas individuais que venham ser propostas contra o falido.

35.1 *Peculiaridades na recuperação judicial*

Na recuperação judicial a distribuição previne a jurisdição para concedê-la, tornando-a universal, *pro tempore*, visto que a suspensão das ações e execuções em face do devedor "em nenhuma hipótese excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial" (art. 6.º, § 4.º). É também *relativo*, porque, embora o plano de recuperação abrangia todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49), inclusive aqueles objeto de ações ou execuções individuais, a sua concessão importa em *novação* dos créditos anteriores ao pedido (art. 59, *caput*), todos eles, a partir de então, compondo título executivo *judicial*, nos termos do art. 584, III, do CPC (art. 59, § 1.º), salvo se há exceções (art. 49, §§ 3.º e 4.º). Trata-se de juízo universal *pro tempore*, de indivisibilidade relativa, porque além dessas exceções, tem competência para conhecer, durante esse período, todas as ações sobre bens, interesses e negócios do devedor em recuperação, ressalvadas as causas referidas no art. 6.º, mas não se estende (i) às demandas propostas pelo devedor contra terceiros, e (ii) às ações e execuções de créditos posteriores ao pedido, não sujeitos ao plano de recuperação. V., também, o item 6 das Considerações Gerais, supra, e os comentários ao art. 6.º, itens 62 e ss.

O art. 6.º, § 6.º, confirma a universalidade do juízo da recuperação judicial, com as peculiaridades expostas, ao instituir normas de controle sobre as demandas individuais propostas em relação ao devedor, em outros juízos. Note-se, ademais, que um dos requisitos para requerer a recuperação judicial consiste em não ter o devedor, há menos de 5 anos, obtido concessão de mesmo meio de solução para a crise econômico-financeira da empresa de que é titular (art. 48, II).

35.2 *Idem. Na recuperação extrajudicial*

Na recuperação extrajudicial, dada a sua natureza negocial (v. item 14 das Considerações Gerais, supra), o "pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial" (art. 161, § 4.º). Neste procedimento não se cogia propriamente de universalidade

e indivisibilidade, mas de prevenção com efeitos mais amplos, “quase universal”, para quem aprecia a expressão, pois ao juízo competente para a homologação do procedimento devem ocorrer todos os credores do devedor, para a apresentação de suas impugnações (art. 164, *caput*), nele sendo apresentadas, processadas e julgadas as impugnações (art. 164, §§ 2.º a 5.º), as ações revocatórias e os atos e negócios a que se refere o art. 94, III, bem como examinadas outras irregularidades que possam recomendar a rejeição do plano (art. 164, § 3.º e 4.º), que será também indeferido havendo prova de simulação de créditos ou vícios de representação dos credores que o subscreverem (art. 164, § 5.º).

36. **Confirmação do juízo universal da falência: Justiça Federal**

A Justiça Federal está adstrita ao princípio do juízo universal da falência (Consolidação Federal, art. 109, inc. I), dispondo a Lei 5.010, de 30 de maio de 1966, ao cuidar de sua organização, que sua jurisdição compreende “as causas em que a União ou entidade autárquica federal for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, *exceto as de falência e de acidentes de trabalho*” (art. 10, inc. I). Concorrem ao juízo da falência todas essas pessoas jurídicas, inclusive para o recebimento ou liberação de pagamento do *quantum* que vier a ser apurado nos executivos fiscais, que prosseguem sem suspensão (cf. § 7.º do art. 6.º, abaixo comentado, item 75), mas que será pago segundo a classificação constante do art. 83 da lei comentada, delineada no quadro-geral de credores elaborado no juízo falimentar – depois do pagamento limitado dos credores trabalhistas, e dos credores com garantia real.

37. **Idem. Justiça estaduais**

As leis de organização judiciária dos Estados também soem excepcionar o juízo universal da falência, nas causas que envolvam os entes federados, os municípios e as entidades integrantes de sua administração descentralizada. Como paradigma mencionase a Lei federal 8.185, de 14 de maio de 1991, cujo art. 27 dispõe que aos juizes das Varas da Fazenda Pública compete processar e julgar “os feitos em que o Distrito Federal ou entidade de sua administração descentralizada forem autores, réus, assistentes ou oponentes, excetuados os de falência e os de acidentes do trabalho” (alínea *a*).

38. **Idem. Juizados Especiais**

Também a lei que disciplina os juizados especiais ressalva a competência do juízo universal da falência: “Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, *falimentar*, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resídus e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial” (Lei 9.099/1995, art. 3.º, § 2.º).

39. **Subsistência e tramitação *pro tempore* de ações e execuções individuais: art. 6.º**

Cabe reiterar que o princípio do juízo, “universal” e indivisível na falência (art. 76), relativamente e *pro tempore* universal na recuperação judicial (cf. item 34, *supra*), não afasta a subsistência e tramitação de determinadas ações e execuções individuais, que continuam a ter curso, em seus respectivos foros, seja quando demandarem quantia ilíquida,

inclusive as ações trabalhistas e as execuções de natureza fiscal, que não se suspendem – solução determinada pelo princípio de economia processual, examinada nos comentários ao art. 6.º, abaixo, itens 62 e ss. Pela mesma razão, também a ação a que se refere o art. 19 poderá ser proposta no juízo singular (§ 1.º).

40. **Ações ordinárias especiais: art. 19, § 1.º**

O art. 19 cuida de ações que podem ser propostas pelo administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no CPC, para pedir a exclusão, outra classificação ou a reificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da sua inclusão no quadro-geral de credores (*caput*). Como regra geral a competência exclusiva é do juízo universal da falência, mas o dispositivo comporta exceção, se o crédito tiver sido reconhecido no juízo singular – que passará, então, a deter competência para reexaminar a questão, em face dos vícios apontados (§ 1.º).

41. **A ordem judicial de suspensão de todas as ações e execuções individuais, na recuperação judicial e na falência: arts. 52, III e 99, V**

A ordem judicial de suspensão de todas as ações ou execuções individuais contra o devedor será proferida, no caso da recuperação judicial, no despacho ou sentença que vier a deferir-la (art. 52, III), continuando a tramitar nos juízos singulares; todavia, as ações e execuções a que se referem os arts. 6.º, §§ 1.º, 2.º e 7.º, e 49, §§ 3.º e 4.º. Na falência essa determinação deverá constar da sentença de decretação (art. 99, V), continuando a correr nos juízos singulares apenas as ações previstas no art. 6.º, §§ 1.º e 2.º.

42. **Conceito de estabelecimento no Código Civil**

A expressão “principal estabelecimento”, tradicional em nossa legislação falimentar, tal como exposto no item 33, *supra*, deve ser melhor precisada à luz do Código Civil de 2002, que acolheu esse perfil objetivo da empresa, em definição didática, mas que tem sentido mais amplo do que aquele em que é utilizado no artigo ora comentado da Lei 11.101, que emprega também a palavra “estabelecimento”, de modo plurívoco, em vários outros dispositivos, tais como os arts. 50, VII, 94, III, *c e d*, 129, VI, 140, III. Nos termos do art. 1.142 de nossa codificação de direito privado, “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Esse “todo complexo de bens organizado” caracteriza-se pela unidade decorrente da destinação econômica que lhe dá o empresário, tanto que o art. 1.143 dispõe que “pode o estabelecimento ser objeto unitário e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”. É a definição acima e a esse negócio jurídico que se referem os arts. 50, VII, 94, III, *c e d*, 129, VI, da nova Lei 11.101.

A mencionada definição está ligada à inteira base patrimonial do empresário e da sociedade empresária, o *patrimônio*, alvo de conhecida controvérsia, que dividiu a doutrina entre as teorias objetiva e subjetiva, cujo conceito jurídico acabou por se firmar,

entre nós, como o conjunto de relações jurídicas pertinentes a uma pessoa, economicamente apreciáveis e coligadas entre si. Corresponde à noção de patrimônio exposta por Clóvis Beviláqua: "Parece melhor fundamentada a opinião dos que o consideram o complexo das relações jurídicas, o patrimônio figurava na categoria das coisas coletivas ou universais, quando "se encaram agregadas em todo", a que se referia o art. 54, inc. II, do Código Civil de 1916. Com o advento do Código Civil de 2002, o patrimônio passou a ser mais precisamente qualificado como *universalidade de direito*, categoria assim definida no art. 91: "Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico".

Dele se distingue a *universalidade de fato*, que não é um complexo de direitos (relações jurídicas ativas e passivas), mas um conjunto de objetos de direito (coisas ou bens singulares e autônomos, materiais ou imateriais), formado pela vontade do sujeito, para uma destinação unitária. E, como tal, esta outra categoria de bens universais vem definida no art. 90 do Código Civil de 2002: "Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertencentes à mesma pessoa, *tenham destinação unitária*". O parágrafo único acrescenta que "os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias".

O estabelecimento pertence a esta última categoria, que congrega as universalidades de fato, por reunir um complexo de bens com destinação unitária própria, representada pelo exercício da empresa, segundo definição constante do art. 1.142, acima transcrita, que, simetricamente com o art. 90, o já mencionado art. 1.143 do Código Civil prevê que possa constituir objeto unitário de negócios jurídicos. Em sincronia com o parágrafo único do art. 90, o art. 1.149 estatuí que "a cessão de créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar o cedente". São essas as operações que se enquadram nos arts. 50, VII, 94, III, c e 129, VI da Lei de Falências, este último reputando ineficazes, perante a massa, os negócios translativos ou constitutivos, desde que tenham por objeto o todo unitário. Diversa seria a solução, como foi acima mencionado, se ao invés da venda do todo unitário se desse a alienação de um dos vários estabelecimentos que integram a base patrimonial do empresário ou da sociedade empresária, que não entra, por exemplo, na regra do art. 129, inc. VI da Lei de Falências, que diz respeito à negociação de "estabelecimento", como "complexo de bens organizados para o exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária".

43. Pluralidade de estabelecimentos

Por via de consequência, essa noção ampla de estabelecimento acolhida no Código Civil, perfil *objetivo* do conceito econômico de empresa e base patrimonial do empresário e da sociedade empresária, convive com outra de menor abrangência na Lei de Falências e de Recuperações – é importante que se faça a distinção, pois dela decorre a correta interpretação do dispositivo comentado. Sucede que tanto o empresário, quanto a sociedade empresária, podem ter vários estabelecimentos, pois assim são também usualmente

designadas as várias unidades em que se desdobra o complexo organizado para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Neste ponto há que se conceder a palavra a quem melhor estudou o assunto, entre nós, Oscar Barreto Filho.⁸³ saudoso Professor de Direito Comercial das Arcadas e autor de parte do Anteprojeto convertida no Título III, Livro II, Parte Especial do Código Civil de 2002. "Do Estabelecimento" (arts. 1.142 a 1.149). Alongadas que sejam, as lições do mestre merecem integral transcrição, *primus*, porque indicam o caminho seguro para interpretar o dispositivo comentado; e *secundus*, porque contribuem para clarear a noção de empresa, tão obscurecida após a promulgação do Código de 2002, e ainda mais, agora, com a nova Lei de Falências.

"A distinção entre empresa e estabelecimento" – diz o mestre – "orma-se mais nítida quando há pluralidade de estabelecimentos pertencentes ao mesmo empresário comercial, na mesma ou em diversas localidades. É importante notar que a empresa (sob o ângulo subjetivo do empresário) é sempre considerada unitariamente, sob o ponto de vista jurídico, ainda quando a atividade compreenda vários tipos de atividade. Admite-se, ao contrário, uma pluralidade de estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, tendo em vista a possível diversidade de objetivo ou de localização. Um estabelecimento do mesmo empresário pode, por exemplo, ter por finalidade a fabricação, outro a venda ou distribuição de determinado produto. A multiplicidade de estabelecimentos decorre, analisado o fato do ponto de vista econômico, da expansão da empresa imposta pela concorrência, que exige, de um lado, o aperfeiçoamento da técnica e o aumento do volume de produção, e, de outro lado, o atendimento racional das necessidades do mercado de consumo. Cada estabelecimento constitui uma unidade técnica, porém se submete à orientação geral ditada pela unidade econômica da empresa. Além disso, os estabelecimentos se sujeitam sempre à vontade de seu titular, que lhes imprime unidade de direção".

Após esclarecer que entre os estabelecimentos, o primeiro, em geral, é chamado de matriz – no qual tem sede a sociedade, e donicílio especial, o empresário (Código Civil, art. 968, IV), nele se localizando a direção ou administração – elucida o autor que outros podem existir, com a designação de filiais, sucursais, ou agências, e, mais recentemente, unidade ou fábrica A, B ou C.

44. Conceito de principal estabelecimento para fins de definição do juízo universal da falência e das recuperações. Controvérsias

Examinando especificamente o problema diante do art. 7.º do Dec.-lei 7.661, cuja regra foi inteiramente repetida no dispositivo comentado. Oscar Barreto Filho passa a discutir o problema, relatando as autorizadas opiniões divergentes – método científico de excelência indiscutível, dada a natureza dialética do direito, sobretudo tendo presente a tríade fato-valor-norma, que relativiza qualquer conclusão apriorística – para, ao final, apresentar conclusão,⁸⁴ que acabou por ser acolhida pela jurisprudência, e que não há como deixar de subscrever, com a relatividade mencionada.

⁸³ Oscar Barreto Filho, na sua clássica obra *Teoria do estabelecimento comercial*, as citações no texto se iniciam à p. 142.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 145 e 146.

"Mas, o que se deve entender por *principal estabelecimento*, para os efeitos da lei?" – indaga ele, para, a seguir, responder: "Para J.X. Carralho de Mendonça, principal estabelecimento é o lugar onde o comerciante ou sociedade centraliza a sua atividade ou influência econômica, em suma, o lugar onde se situa a sede de governo dos negócios do comerciante. Entende também *Miranda Valverde* que a sede administrativa dos negócios deve determinar o juízo competente para a abertura da falência, não obstante hajam os estatutos fixado em outro lugar um domicílio especial. Os dois exímios comercialistas, como se vê, identificam o estabelecimento principal com o estabelecimento matriz. Esse critério, no entanto, tem sido alvo de críticas, mesmo porque, se tal fosse a intenção do legislador, bastaria inscrever na lei o princípio de que o foro competente para a declaração da falência seria o da sede do negócio. Mas essa norma poderia dar ensejo a manobras no sentido de o devedor, na iminência da quebra, alterar no seu interesse a sede da empresa e, consequentemente, o foro da falência".

Feitas essas considerações, passa o mestre a expor o critério que lhe pareceu mais acertado, semelhante ao da legislação processual portuguesa, e endossado por Barbosa de Magalhães – e que também se nos afigura indisputável, com os aditamentos mais abaixo articulados: "Deve, portanto, preponderar na conexão do *estabelecimento principal* o critério quantitativo do ponto de vista econômico, qual seja, aquele em que o comerciante exerce maior atividade mercantil, e que, portanto, é mais expressivo em termos patrimoniais, ou, como preconiza o prof. *Sylvio Marcondes*, o do lugar onde melhor se atendam os fins da falência, quais sejam, a liquidação do ativo e do patrimônio do devedor".

As lições desses grandes comercialistas das Arcadas têm presente o aspecto processual da falência, execução coletiva que é; doravante, cabe lembrar: os processos de solução da crise econômica da atividade negocial são presididos pelos "princípios da celeridade e economia processual" (Lei 11.101, art. 75, parágrafo único). Embora este dispositivo figure no Capítulo V da lei, dedicado à falência, os prazos exíguos – irrisuais e "poéticos", para os menos otimistas – fixados para os procedimentos das recuperações, apontam para a rapidez do processo, que restaria prejudicada se o juízo universal não se instalasse segundo os critérios acima apontados, ou seja, privilegiando, racionalmente, a comarca melhor capacitada jurisdicionalmente para imprimir celeridade ao processo, sem a necessidade de expedição de precatórios, oitiva de testemunhas em outras comarcas etc. Na era em que vivemos, marcada pelo exercício da atividade empresarial cada vez menos ligada a uma única base física ou material, com negócios sendo realizados via Internet e a proliferação da prestação de serviços empresariais a partir de locais recônditos ou afastados, o problema da definição do juízo universal da falência e das recuperações ainda exigirá muitas reflexões, para que o princípio albergado na lei tenha plena efetividade.

45. Sociedades empresárias: sede e estabelecimento principal

Na linha do que vem de ser exposto, "principal estabelecimento" não se confunde, portanto, com a sede social da sociedade empresária, prevista no contrato ou nos estatutos, ou "o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações" – critério ordinário de domicílio que o Código Civil de 2002 estabeleceu para as pessoas jurídicas de direito privado em geral (art. 75, inc. IV), e para a sociedade empresária, no que interessa ao entendimento do artigo comentado. E dos princípios da celeridade e economia proces-

sual que decorrem, portanto, o antítese critério do "estabelecimento principal", que excepciona a regra geral constante do art. 75, § 1.º, do Código Civil.⁸⁵

46. Filial de sociedade empresária com sede fora do Brasil e estabelecimento principal

A parte final do artigo comentado, que cuida "da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil", guarda harmonia com o disposto no art. 75, § 2.º do Código Civil. *Quid iuris*, se o emprestatário ou sociedade empresária com domicílio ou sede no estrangeiro tiverem várias filiais ou estabelecimentos no país? Em atenção ao tantas vezes mencionado princípio da celeridade e economia processual (art. 75 da Lei 11.101), a competência do juízo universal deverá ater-se ao padrão do principal estabelecimento ou filial, básico em matéria de execução coletiva empresarial.

Art. 4º (Vetado.)

MAURO RODRIGUES PENTEADO

47. Razões do veto

O dispositivo veio a ser vetado pelo Presidente da República, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inc. V da Constituição Federal. Ao que tudo indica o veto será mantido, embora não haja informações, até o momento em que estão sendo escritas estas linhas, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em sessão conjunta, já tenham deliberado sobre as razões do veto, nos termos do art. 57, § 3.º, inc. IV, da Constituição.⁸⁶

⁸⁵ Além dos autores já citados, v., no mesmo sentido, e entre muitos outros, LACERDA, J.C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*, p. 57.

⁸⁶ As razões do veto são as seguintes: "O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Dec-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do *parquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g., execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamações trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional. Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal. Senão, veja-se:

...Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...)

...V – 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;

...Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...)

...XIII – 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, para que tomem conhecimento da falência;

...Art. 142 (...)

...§ 7.º Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público será intimado pessoalmente, sob pena de nulidade.

48. Direito anterior

Embora nem sequer tenha sido citado nas Razões do Veto – documento superficial e deficiente, porque nem mesmo se deu ao trabalho de arrolar todas as demais atribuições da instituição, na Lei 11.101 – o dispositivo suprimido encontrava correspondência parcial no art. 210 do Dec.-lei 7.661/1945, que previa, em sua redação original, a oitiva *in genere* do Ministério Público apenas no processo de falência. A Lei 8.131, de 24 de dezembro de 1990 deu nova redação ao art. 210, suprimindo seu parágrafo único, e acrescentando, na parte final, que a intervenção geral do Ministério Público estendia-se, também, aos processos de concordata.⁸⁷

49. Prós e contras da manutenção do dispositivo vetado. O Ministério Público na recuperação extrajudicial

Pode residir nesta última ampliação dos poderes do Ministério Público, um, dentre os muitos motivos, de conveniência ou jurídicos (e não apenas os que constam das Razões do Veto), que levaram à supressão do art. 4.º da Lei 11.101. No contexto da recuperação da empresa via concordata, no sistema do Dec.-lei 7.661/1945, aquela previsão geral era dispensável (tanto que não constava da redação original), pelo papel preponderante atribuído ao juiz na concessão e na fiscalização do “favor legal”, que não reclamava nada além das intervenções previstas nos arts. 144, 149 e 155 do diploma legal revogado, típicas do órgão que funciona como “fiscal da Lei” (Código de Processo Civil, art. 83).

Como é notório, a partir do reingresso do Ministério Público, levado a cabo pela Constituição de 1988, a instituição cuidou de ocupar os espaços que lhe foram abertos pela Lei maior, o que fez diligentemente e com forte vontade política, mas algumas vezes

⁸⁷ Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias. “(...)”

⁸⁸ § 3.º Decorrido o prazo do aviso e realizadas as diligências necessárias à apuração dos fatos, o juiz intimará o Ministério Público para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual o administrador judicial será ouvido se houver impugnação ou parecer contrário do Ministério Público.

⁸⁹ “O Ministério Público é, portanto, comunicado a respeito dos principais atos processuais e nestes terá a possibilidade de intervir. Por isso, é este de deveres que o representante da instituição poderá requerer, quando de sua intimação inicial, a intimação dos demais atos do processo, de modo que possa intervir sempre que entender necessário e cabível. A mesma providência poderá ser adotada pelo *parquet* nos processos em que a massa falida seja parte.

“Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais prevêem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito.”

⁹⁰ Art. 210. O representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente Lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta. Cabe-lhe o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da justiça, tendo o direito, em qualquer tempo, de examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência ou à concordata”. O parágrafo único, revogado, tinha a seguinte redação: “Pelos atos que praticar, não lhe poderá ser atribuída comissão, ou percentagem, por conta da massa.”

com excessos, como se deu, ao que parece, com a comentada provisão da Lei 8.131/1990. Pois sendo a concordata um direito potestativo do devedor, um “favor legal” cujo exato cumprimento estava sob a escrita vigilância do juiz, auxiliado pelo comissário, a intervenção do Ministério Público só fazia atrasar ainda mais o andamento do processo.

E aqui residia a maior crítica ao art. 210 do Dec.-lei 7.661/1945, que já havia sido formulada há muito tempo por Valverde, com palavras candentes que merecem transcrição, dada a atualidade com que retratam o que se passava com os processos de falência e concordata, até agora: após ressaltar que “o sistema da nossa lei, fazendo intervir no processo de falência o representante do Ministério Público é, assim, perfeitamente aceitável e produziria ótimos resultados”, o emérito jurista acrescentava: “Não fora a extensão das atribuições e as incursões indevidas desse representante em quase todos os atos do processo de falência, tornando-o moroso e dispendioso para as partes, sem nenhuma vantagem para a justiça (...) os juízes, por sua vez, pela lei do menor esforço (e quem não a pratica?), se sabem ter na curadoria um funcionário de reconhecido valor, descurariam em cima do costume, despachar ‘na forma do parecer do Dr. Curador’”.⁸⁸

O sistema da nova Lei e o quadro constitucional em que se insere militam, entretanto, em prol da efetiva participação do Ministério Público não só na recuperação judicial, mas também na extrajudicial – por força do que consta no art. 164, § 5.º, que, ao atribuir ao juiz decidir sobre a prática “de atos previstos no art. 130”, está necessariamente reclinando a presença do Ministério Público, que é um dos legitimados para propor a ação para a revogação daqueles atos (art. 132). Aliás, da interpretação que venha a ser dada ao § 5.º do art. 164, em conjunto com o § 3.º, incs. II e III do mesmo artigo, poderá decorrer intervenção mais acentuada do MP nesse procedimento, pois alguns dos atos a que se refere o art. 94, III podem constituir crime falimentar, e o “descumprimento de *qualquer outra exigência legal*” (entendendo-se como tal a derivada não apenas da lei comentada) é também atribuição de seu fiscal, nos termos e limites do art. 83 do CPC, que atua em defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição, que podem estar presentes no plano.

50. O Ministério Público na recuperação judicial

Há, portanto, dois problemas bem distintos a considerar, no que toca ao dispositivo vetado. O primeiro deles é o da participação do Ministério Público na falência, que é inteiramente justificável, pelos motivos também periclitadamente alinhados por Valverde,⁸⁹

⁸⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, vol. 1, p. 416 e 417.

⁸⁹ “Predominante, embora, em todo o desenvolvimento do processo da falência o interesse privado, é manifesto que o fenômeno da falência, refletindo-se na ordem econômico-social, cuja harmonia rompe e provoca situações jurídicas especiais, cujas causas sob a censura do Poder Público, que precisa conhecer as causas do fenômeno, para impedir, tanto quanto possível, que se renove ou passe a constituir um meio de exploração ilícita, com grave prejuízo para o crédito nacional. Essas causas podem ser, por sua vez, efeitos de atos culposos ou dolosos do devedor, crimes, cuja repressão é dever primordial do Estado. Há, pois, conveniência de integrar na instituição falimentar o representante do Poder Público que, na conformidade da organização judiciária, for o órgão da lei e fiscal de sua execução [o Ministério Público]” (idem, *ibidem*, vol. 1, p. 415).

desde que tal intervenção se faça realmente necessária. Neste ponto parece que a Lei 11.101 andou bem, pelas apropriadas *dezenove* referências pontuais e expressas que fez (cf. item 52, abaixo), nas quais não se vislumbra “atribuições e as incursões indevidas”, para repetir as palavras do mesmo mestre, acima transcritas.

O segundo problema, diverso, e que poderia ter merecido solução diferente da nova lei, é o da participação mais efetiva do Ministério Público na recuperação judicial, limitada, agora, com o veto oposto ao art. 4.º, a *cinco* únicas intervenções, a saber:

(a) ao ser intimado após o deferimento do processamento de recuperação judicial (art. 52, inc. V), aparentemente apenas para acompanhar o procedimento, não como mero espectador, espera-se, mas para que possa adotar as providências a seguir mencionadas, além de outras previstas em legislação especial, nos termos do art. 81 do CPC – a menos que se adote interpretação construtiva, como a ensaiada nos itens 51 e 53, abaixo, tendo em conta que, sem ela, o equacionamento da crise econômico-financeira do devedor remanesceria ao exclusivo alvedrio de seus credores, não obstante a função social de sua atividade e os objetivos maiores do procedimento, descritos no art. 47;

(b) para apresentar impugnações contra a relação de credores elaborada pelo administrador judicial (art. 8.º);

(c) para promover ação, pelo procedimento ordinário, até o encerramento da recuperação judicial, visando pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores (art. 19), valendo notar que também o administrador judicial, o Comitê ou qualquer credor detêm tal legitimidade ativa;

(d) para requerer a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê nomeados em desobediência aos preceitos da Lei (art. 30, § 2.º);

(e) para recorrer mediante a interposição de agravo, querendo, contra a decisão que conceder a recuperação judicial (art. 59, § 2.º). Note-se que tal legitimidade recursal, que o dispositivo citado também atribui a “qualquer credor”, restringe-se a impugnar a concessão da recuperação judicial – e não para propugnar a sua concessão, caso não venha a ser deferida: é o que se deduz do § 2.º do art. 59, interpretado conjuntamente com o *caput* do art. 58, que determina ao juiz que conceda a recuperação desde que com elas estejam de acordo os credores – tacitamente, por ausência de objeções (art. 55), ou por deliberação da Assembleia-geral de Credores (art. 45).

Como se vê, nenhuma dessas atribuições do Ministério Público requer ou permite, *aparentemente*, ação afirmativa daquele órgão, ou “pró-ativa” (para usar péssima expressão da moda), em favor do devedor, para que, verificada objeção ou resistência injustificada da Assembleia-geral, por influência desleal de credor ou credores, possa ele proliferar pela superação da crise econômico-financeira da empresa.

Dizemos aparentemente, porque não se sabe como pode o MP apresentar impugnações, requerer a substituição do administrador judicial, recorrer contra a decisão que concede o Plano – e, principalmente, verificar se houve ou não dolo, simulação ou falsidade e outros vícios, para que proponha a ação do art. 19, se não acompanhar o procedimento, muito de perto. A intimação do MP, a que alude o art. 52, V, tem efeitos, portanto, muito mais amplos do que o veto do artigo sugere.

De outra parte, não há que se esquecer que a crise econômico-financeira da empresa pode não resultar de bancarrota ou má-fé, mas dos azares normais de devedor de boa-fé, empresário diligente em atividade viável, circunstancialmente prejudicada por eventos superáveis a curto ou médio prazo, cuja mediante simples concessão de prazos e condições especiais para honrar seus compromissos (que é um dos meios de recuperação judicial – arts. 50, inc. I, e 71). Não se pode olvidar, ainda, que o devedor é empresário, individual ou coletivo (art. 1.º), que, em última análise, como foi alardeado na larga publicidade realizada em torno da lei, exerce atividade de relevante “função social”, visto que explora e desenvolve “fonte produtora”, propicia “emprego a trabalhadores” e contribui para “o estímulo da atividade econômica” (art. 47). E não há contrapelo bem definido e equilibrado, na lei, para a soberania dos credores, na matéria. Quicá o MP possa se-lo, caso se afirme e ganhe especialização na matéria, como o fez, após a Constituição de 1988, na defesa dos interesses difusos, atuando ágil e eficientemente e sem criar entraves burocráticos, que de certa forma justificaram as críticas que lhe foram assediadas, no regime anterior.

51. Função social da empresa e Ministério Público, na recuperação judicial

Pois já foi aqui anotado que a Lei 11.101/2005 alterou radicalmente o modo de solucionar as dificuldades econômicas do devedor, que doravante não se resolve mais pela simples outorga de moratória legal (concordata preventiva), deferida pelo juiz ante a presença dos pressupostos legais, e que se processava sob a supervisão do magistrado, com o auxílio do comissário. Doravante tanto a moratória (arts. 50, inc. I, e 71), quanto os demais meios e modos que podem integrar o Plano de Recuperação proposto pelo devedor (art. 50, demais incisos), têm sua aprovação, modificação ou rejeição a cargo exclusivamente dos credores, seja de forma tácita, representada pela não apresentação de objeções no prazo legal (art. 55, c.c. art. 58), seja por decisão “soberana” da Assembleia-geral de Credores (arts. 35, inc. I, alínea a, c.c. art. 58).

Ao juiz foi atribuída função secundária, em princípio (v. item 5.4 das Considerações Gerais, supra), na recuperação judicial, meramente sancionatória, pois não pode concedê-la se houver objeção dos credores, ou se a Assembleia-geral não aprovar o Plano de Recuperação proposto pelo devedor (art. 58), ainda que este supere o difícilíssimo óbice representado pelo art. 57, isto é, tenha regularizado sua situação fiscal e juntado aos autos as “certidões negativas de débitos tributários”.

Quando muito, pode o magistrado, se a Assembleia-geral não aprovar o Plano na forma do art. 45, considerá-lo aprovado desde que verificados o *quorum* deliberativo e os critérios menos rigorosos a que alude o § 1.º do art. 58 – dependendo sempre, portanto, da aprovação dos credores. E, ainda assim, não poderá concedê-lo, se “implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado” (art. 58, § 2.º).

Por aí se vê que o juiz está proibido de “conceder” a recuperação judicial se o plano respectivo não contar com a aprovação dos credores, tácita (art. 55), plena (art. 45) ou segundo os critérios deliberativos diferenciados previstos no art. 58, § 2.º. Não é o magistrado que emite juízo valorativo sobre a função social da atividade empresarial em crise, na extensão e alcance com que vem definidos no art. 47. Essa decisão é exclusiva dos credores, empresários no teor do art. 966 do Código Civil de 2002, que também devem cuidar

para que a atividade que exercem cumpra devidamente essa função – mas haveria demasia, ou ilusão, em deles esperar que assim procedessem em relação às atividades de seus devedores, ou que as privilegiassem, no ambiente capitalista, em detrimento de seus interesses imediatos.

De qualquer forma a opção legislativa foi exercida, e acerca dela nada resta objetar, exceto quanto a ponderações que a levem a bom termo, sem as distorções ocorridas no passado, que não é velho nem reglenciável, dada a natureza em princípio imutável da atividade empresarial, no ambiente capitalista de livre mercado. Vale a pena recordar assim, a advertência que fazia a Exposição de Motivos do Anteprojeto da anterior Lei de Falências, a respeito dos perigos de deliberações coletivas de credores, em processos de solução de crises financeiras de devedor empresário: “A preponderância da maioria, nas deliberações coletivas, somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maiorias de votos, os *credores deliberam sob a pressão do seu interesse individual*, deturpando o sentido coletivo da deliberação e rompendo ilegítima sujeição da maioria. E a verdade é que, na vigência desse sistema, *se tem verificado a consistência dessa unanimidade, através de entendimentos externos do processo*, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar”.

A essas observações, lançadas na década de 40 do século passado e de marcado individualismo, devem ser agregadas considerações que incorporem valores já sedimentados, atualmente, na consciência jurídica nacional. Cabe refletir sobre elas tomando como norte o que dispõe, com respaldo na Constituição, o art. 47 da Lei 11.101/2005 – que erige a recuperação judicial em mecanismo de elevado valor social, pela preservação, que induz, de viáveis unidades produtivas e de circulação de bens e serviços, com função social prestigiada em nosso sistema jurídico, tendo em vista centros de interesses diversificados – dentre os quais é possível vislumbrar “interesses sociais e individuais indisponíveis”, que reclamam a presença do Ministério Público para a sua defesa, nos termos do art. 127, *caput*, da Lei Maior.

Nesse sentido, quicá o regime da Lei 11.101/2005, mesmo em sua implementação, possa ser aprimorado por merecer qualificada participação do Ministério Público na recuperação judicial, que pela especialidade de suas funções estaria melhor talhado para identificar comportamentos desleais de credores, ajustados entre si ou não, que estariam a obstar a concessão de plano de recuperação judicial a empresário que a ela faz jus (v. também o item 53, abaixo). Afinal ele é o fiscal da lei (CPC, art. 83) e a simples presença de representante do Ministério Público na Assembleia-Geral de Credores, ao menos da que trata o art. 58, § 1.º, teria efeitos profiláticos, conferindo solenidade ao conclave, chamado a deliberar não apenas em prol de interesses egoísticos e individuais dos credores, mas de todos os centros de interesses referidos no art. 47. Arquejada, tomando como modelo a assembleia-geral das companhias (v. item 5 das Considerações Gerais, supra), não instituiu a nova lei para as deliberações desse órgão um padrão de voto como o que consta do art. 115, *caput*, da Lei 6.404/1976, o que pode dar margem a desvios e abusos. E na esfera criminal a nova lei também não oferece tipo ou padrão definido para reprimir o natural individualismo do credor, que pode desbordar para condutas anti-sociais: dos onze mandamentos que constam do Capítulo VII (“Disposições Penais”, art. 168 *inque* 178), parece que somente poucos deles podem servir de base para a persecução

de credores de má-fé ou de conduta criminosa, e ainda assim com todas as dificuldades da tipicidade penal estrita.

Usada que pareça, a interpretação aqui ensaiada tem por base que a nova lei foi concebida a partir de análises macro-econômicas provenientes de organismos supra-nacionais, que experimentam larga influência do poder econômico exercido em escala global (v. Considerações Gerais, supra, item 2, nota 6), sem levar na devida linha de considerações, data vênia, o que se passa no Brasil real, país em vias de desenvolvimento, cujas instituições mais confiáveis e respeitadas não podem ser desestruturadas, sem maiores cuidados.

52. Intervenção do Ministério Público na falência

Na falência, há referência expressa na nova Lei ao Ministério Público em 16 dispositivos, para finalidades e atuação das mais diversas: arts. 8.º, 19, 22, § 4.º, 30, § 2º, 99, XIII, 104, VI, 132, 142, § 7.º, 143, 154, § 3.º, 171, 177, 184, parágrafo único, 187, *caput* e §§ 1.º e 2.º.

53. Intervenção do Ministério Público na falência em virtude de leis especiais. Interesses difusos, defesa do consumidor e do meio ambiente, repressão ao abuso do poder econômico

Além das atribuições previstas na Lei 11.101/2005, ao Ministério Público também compete intervir nos processos de falência, por força de normas contidas no próprio Código de Processo Civil (arts. 81 a 85), e em leis especiais, tais como aquelas a seguir referidas, exemplificativamente. Quanto aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, o art. 28, parágrafo único, da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 determina que deve o síndico (doravante o administrador judicial) informar o Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação dos fatos tipificados em seus arts. 12, 13, 14 e 15 (desvio de bens pela instituição financeira falida; apresentação de declaração de crédito falsa; reconhecimento pelo falido como verdadeiro crédito que não o seja; manobra falsa do síndico/administrador judicial), no processo). A Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, determina ao juiz falimentar a intimação do Ministério Público para acompanhar o feito, quando o devedor falido for empresa industrial ou comercial, estabelecimento hospitalar, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como de prestação de serviços médicos e farmacêuticos, que produzirem, venderem, comprarem, consumirem, prescreverem ou fornecerem produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física e psíquica (art. 6.º, § 3.º, inc. III).

Por derradeiro, mas não menos importante, há que se recordar o papel do Ministério Público como um dos guardiões dos interesses difusos, dos consumidores, do meio ambiente, de outros mais que figuram no Título sobre a Ordem Econômica e Financeira da Constituição, na forma prevista na legislação especial, inclusive a que trata da repressão do abuso do poder econômico (v. item 7.1 das Considerações Gerais, supra).