

à existência de requerimento expresso deduzido por algum credor ou Ministério Público.<sup>355</sup> Na mesma linha, comentando o célebre caso da concordata das Lojas Arapua, Manoel Justino Bezerra Filho já elogiava decisão tomada pelo TJSP, buscando evitar a convalidação em falência mediante uma tentativa de viabilizar sua recuperação, que, à época, sequer contava com respaldo legal.<sup>356</sup>

Oxalá venham as novas decisões jurisprudenciais destinadas a dar interpretação a este dispositivo acompanhadas da mesma prudência que inspirara aquelas que se opunham à solução simplista da decretação da quebra. Para tanto, basta não olvidar as sábias lições de um saudoso comercialista gaúcho: “A norma jurídica mercantil (como qualquer outra), para ser aplicada, deve ser interpretada. Para isso são válidos os princípios gerais de interpretação da lei, cujo estudo se há de fazer nas obras que disto tratam cumpridamente. Ao estudante de direito comercial apenas convirá apontar particularidades que a interpretação das leis comerciais apresenta. Estas particularidades consistem na relevância que assume, no campo do direito mercantil, o elemento prático, derivado do fato de regular ele relações que se formam constantemente e estão, também, em constante transformação”.<sup>357</sup>

### 166. A deliberação da Assembleia-Geral de Credores

De início, cumpre observar que tal hipótese de convalidação não pode ser aplicada ao Procedimento Simplificado de Recuperação, porquanto nele inexistente a figura da Assembleia-Geral de Credores (art. 72 desta Lei). Trata-se, portanto, de hipótese de aplicação restrita ao Procedimento Ordinário de Recuperação, na qual aprova-se em Assembleia-Geral de Credores moção destinada a ver decretada a falência do devedor.

Limita-se o dispositivo a fazer remissão à sistemática de votação prevista no art. 42 da Lei, que apenas prevê o *quorum* geral de deliberação na Assembleia-Geral de Credores como sendo o dos “credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia”.

Não obstante seja aqui descabido tecer comentários ao disposto no art. 42 da Lei – os quais já terão sido nesta obra oferecidos com maior brilho – parece-nos oportuno trazer algumas observações para melhor compreender a remissão ditada no dispositivo *sub examine*. Em primeiro lugar, importa deixar claro que o *quorum* previsto no art. 42 constitui o *quorum* geral de deliberação da Assembleia-Geral de Credores, no qual computam-se, tão-somente, os credores presentes ao certame. Aliás, adota a Lei, neste particular, critério idêntico àquele, via de regra, aplicável às Assembleias-Gerais de Sociedades Anônimas.<sup>358</sup> O *quorum* de deliberação é, portanto, o da maior parte dos créditos presentes à Assembleia, o que desde logo torna factível cogitar-se da possibilidade da aprovação de uma proposta de convalidação em falência por titulares de uma pequena parte dos créditos do devedor. Colaboraria, para tanto, o fenômeno do absentismo, comum nas Assembleias-Gerais das So-

iedades Anônimas, como magistralmente anotado por Garrigues,<sup>359</sup> cuja ocorrência poderia aqui perfeitamente ser verificada.

Ademais, nada diz o inc. I deste dispositivo acerca da necessidade de fundamentação dessa deliberação da Assembleia-Geral de Credores, o que permite trazer à baila outra questão comumente debatida na seara da regulação jurídica das Assembleias-Gerais das Sociedades Anônimas, que diz respeito à necessidade de ser o voto proferido em Assembleia um voto de verdade ou de vontade.

Em nossa opinião, a nova Lei deu mostras mais do que suficientes de sua preocupação com a qualidade do voto proferido na Assembleia-Geral de Credores. Neste sentido, consagrou expressamente a aplicabilidade de princípio próprio das Assembleias-Gerais de Acionistas, ao determinar o impedimento do voto proferido em conflito de interesse, conforme se constata da redação adotada em seu art. 43. Tudo a demonstrar o cuidado dispensado à qualidade do voto dado na Assembleia de Credores, o que autorizaria, inclusive, cogitar-se da possibilidade de suspensão da deliberação adotada em conclave assemblear que viesse a inobservar os postulados fundamentais que devem orientar e presidir a emissão do voto em Assembleia. Nessa linha, o regimento jurídico do voto na Assembleia-Geral de Acionistas pode se constituir em rica fonte de subsídios aplicável à regulação do voto no contexto da Assembleia de Credores, admitindo-se, inclusive, sua invocação analógica.

Aceito o argumento, abri-se-ia espaço para o magistrado deixar de aplicar, às cegas, a solução drástica preconizada no *caput*. Poder-se-ia cogitar, inclusive, de uma revisão judicial da deliberação assemblear favorável à convalidação ou, quiçá, da possibilidade de o juiz da causa interferir mais diretamente no caso (v.g. determinando a realização de nova Assembleia), de sorte a procurar evitar a decretação da falência. Em síntese, parece-nos perfeitamente razoável adotar interpretação que não reduza o juiz à condição de um autômato, aplicando a regra fria contida neste dispositivo da Lei sem atentar aos princípios que a inspiram.

### 167. A não-apresentação do Plano

Diferentemente do inciso anterior, aqui a hipótese de convalidação em falência – consistente na não-apresentação tempestiva do Plano de Recuperação pelo devedor – aplica-se tanto ao Procedimento Ordinário quanto ao Simplificado. O prazo assinado pela Lei para a apresentação do Plano – seja ele o ordinário ou o especial – é de 60 (sessenta) dias contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. Aliás, cumpre anotar que, antes de deferido o processamento do pedido de recuperação, assiste ao devedor o direito de dele desistir, independentemente da aprovação da Assembleia-Geral de Credores, conforme o previsto no art. 52, § 4.º, aplicado *a contrario sensu*. Deferido o processamento, a desistência resta condicionada à deliberação favorável da Assembleia, *ex vi* do art. 35, I, *d*. Disso resulta que, em tais casos, mesmo a não-apresentação do Plano não resulta na decretação da falência do devedor.

As considerações expendidas no ponto anterior nos parecem também suficientes para recomendar cautela ao magistrado no momento de decretar a falência na hipótese de que aqui se cuida. Seria o caso, inclusive, de cogitar-se de eventual protorrogação do prazo, con-

<sup>355</sup> Agravo de Instrumento – 5.ª Câm. Civ. – rel. Des. Cláudio Favreto – j. 08.05.2003.

<sup>356</sup> Exame crítico do projeto da Lei de Falências feito pelo referido autor: Recuperação de empresa ou recuperação do crédito bancário, p.128-138.

<sup>357</sup> ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*, p. 40.

<sup>358</sup> O *quorum* geral de deliberação nas sociedades anônimas consta do art. 129 da Lei 6.404/1976.

<sup>359</sup> GARRIGUES, Joaquim. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. 2.ª Lição, p. 21-36.

forme os comentários que fizemos ao art. 71 *supra*, aos quais aqui nos reportamos para evitar tautologia.

### 168. Rejeição do Plano pela Assembleia-Geral de Credores

Dispõe o inc. III sobre a convalidação da recuperação em falência "quando houver sido rejeitado o Plano de Recuperação, nos termos do § 4.º do art. 56 desta Lei". A rejeição a que se refere o parágrafo é a da Assembleia-Geral de Credores, tomada em conformidade com o procedimento próprio de votação estabelecido na Lei.

Deve-se atentar, todavia, para o fato de que a própria Lei prevê uma alternativa à decretação automática da falência pela rejeição do Plano na Assembleia-Geral de Credores. Trata-se da possibilidade prevista no art. 58, § 1.º da Lei, segundo o qual assiste ao juiz a prerrogativa ("o juiz poderá...") de "conceder a recuperação judicial com base em Plano que não obteve aprovação" na Assembleia, uma vez atendidas as condicionantes listadas em ambos os parágrafos desse dispositivo. Por conseguinte, não é a mera rejeição do Plano pela Assembleia condição de *per se* bastante para a decretação da quebra. Há de se conceder ao devedor, previamente, o benefício da segunda chance estampado no art. 58 da Lei, sujeito ao prudente arbítrio do juiz da causa.

### 169. Descumprimento de obrigação assumida no Plano

A quarta e última hipótese específica de convalidação em falência diz respeito ao "descumprimento de qualquer obrigação assumida no Plano de Recuperação, na forma do § 1.º do art. 61 desta Lei". Por sua vez, este § 1.º do art. 61 trata de fixar o período dentro do qual pode dar-se a convalidação como sendo o referido no caput do dispositivo. Vale dizer: os 2 (dois) anos seguintes à concessão da recuperação judicial.

Novamente, é de se indagar se a rigidez do dispositivo ("o juiz decretará a falência" pelo "descumprimento de qualquer obrigação prevista no Plano") não está a merecer algum temperamento. Cabe a pergunta: verificada o descumprimento de qualquer obrigação prevista no Plano, deve mesmo o juiz decretar *incontinenti* a convalidação da recuperação em falência?

De início, impõe-se ter presente que a própria Lei admite a possibilidade de o Plano, mesmo depois de aprovado, vir a experimentar modificações por deliberação da Assembleia-Geral. É o que consta no art. 35, I, alínea a. Nada impede, portanto — antes recomendada-se —, promova o magistrado a convocação da Assembleia-Geral de Credores a fim de submeter à sua apreciação eventual descumprimento, ocorrido ou iminente, que poderá ser sanado mediante a modificação do Plano. Evidentemente, pode ocorrer de o juiz de pronto não vislumbrar qualquer possibilidade de recuperação, ocasião em que poderá de plano decretar a quebra.

A melhor interpretação do disposto neste art. 73 sugere, portanto, a mitigação da dureza e inflexibilidade do comando nele contido.<sup>290</sup> Ao invés de aplicar-se, *in litteram legis*, o que reza a Lei ("o juiz decretará a falência..."), conviña dar-lhe algum polimento, para ali

ler-se "o juiz poderá decretar a falência", o que melhor se coadunaria com o espírito que deve presidir a aplicação da Lei. Teria sido preferível, portanto, tivesse a Lei aqui seguido a trilha do direito francês.<sup>291</sup>

Ademais, dentre as características mais destacadas da atividade empresarial encontram-se a sua dinamicidade. Tendo-se isto bem presente, ainda que orientada pelas melhores análises e estudos, e calculada nos mais abalizados prognósticos econômicos, a contecção do Plano de Recuperação não deixará nunca de encerrar uma certa futurologia, a justificar, não se lhe dê tratamento tão rígrado quanto o prescrito neste inc. IV. Mais do que oportuna, não se lhe de tratar, a magistratura ligada de L. Goldschmidt, constante do pórtico de sua clássica obra sobre a *Historia do direito comercial*: "Um certo grau de rigidez é um pregio nel direito civile generale, un difetto nel diritto commerciale".<sup>292</sup>

### 170. Descumprimento de obrigação não sujeita à recuperação judicial

Diferentemente dos incisos, o parágrafo único não trata da convalidação da recuperação judicial em falência, mas da possibilidade de sua decretação direta nos casos previstos no art. 94 da Lei. Não há convalidação porque essa pressupõe uma alteração de estado do devedor, que deixa a recuperação judicial para ingressar na falência. E, aqui, cuida apenas o parágrafo de explicitar que não é somente pela convalidação que se pode chegar à falência, remanescendo aberta, em paralelo, a possibilidade de sua decretação direta *por inadimplimento de obrigação não sujeita à recuperação judicial*.

A indicação das obrigações abrangidas no Processo de Recuperação Judicial consta do art. 49 da Lei. Tal abrangência é ainda mais restrita no Procedimento Simplificado de Recuperação, como já salientado em nossos comentários anteriores. No mais, importa ter presente que o deferimento da recuperação judicial suspende todas as ações e execuções em face do devedor pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da data de seu processamento, daí resultando que mesmo obrigações não sujeitas à recuperação somente poderão ensejar o requerimento direto de falência após o decurso desse prazo previsto na Lei.

Art. 74. Na convalidação da recuperação em falência, os atos de administração, ondividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação judicial presumem-se válidos, desde que realizados na forma desta Lei.

CARLOS KLEIN ZANINI

A Lei estabelece aqui uma presunção de validade dos atos de administração, ondividamento, oneração e alienação praticados durante a recuperação judicial, desde que

<sup>290</sup> Art. L621-82 — Se o devedor não cumprir as obrigações nos prazos fixados no Plano de Recuperação, o Tribunal pode, de ofício ou a requerimento de um credor, ouvido o comissário encarregado da execução do Plano, pronunciar a resolução do Plano de Recuperação e decretar a abertura da liquidação judicial [equivalente à falência] — tradução livre: No original: Article L621-82 — Si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan, le tribunal peut, d'office ou à la demande d'un créancier, le commissaire à l'extinction du plan entendu, prononcer la résolution du plan et l'ouverture de l'extinction du plan judiciaire (...)

<sup>291</sup> Em tradução livre: a mesma dose de rigidez que é tida como positiva no direito civil constitui defeito no direito comercial. GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*, p. 13.

<sup>292</sup> Como anota Javier Valle, em artigo recentemente publicado na *Revista de Direito Mercantil*, dentre os méritos da nova lei espanhola reside o de conferir salutar dose de discricionariedade ao juiz. VALLE, Javier. Una experiencia comparada reciente: la ley concursal española, p. 100

realizados em conformidade com o que reza a Lei. Trata-se, como se vê, de presunção de natureza relativa – *juris tantum* – que haverá de ceder à eventual comprovação de que a operação não foi praticada na forma desta Lei.

Assim, tendo sido o ato praticado de acordo com o previsto no Plano de Recuperação, não há falar-se em invalidade. Aplica-se, neste caso, a mesma sistemática preconizada no art. 131 da Lei que excepciona a prática dos atos relacionados em alguns dos incisos do art. 129.

## Capítulo V DA FALÊNCIA

### Seção I

#### Disposições gerais

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

CARLOS KLEIN ZANINI

#### 171. A falência como meio, não como fim

Originalmente, foi o instituto da falência concebido sob forte inspiração punitiva. Pressupunha-se, então, a desonestidade do falido, expressa na máxima *decoctor ergo fraudator*. Por conta disso, destacavam-se na falência as normas penais, destinadas à repressão do comerciante fracassado. “As prisões e as penas infamantes eram comuns”, anotou Waldemar Ferreira, ao observar que, em Gênova, os juízes que decretavam a falência haviam-se como *magistrati dei voliti*.<sup>293</sup> Nesse contexto, compreende-se a rigidez dos efeitos que antes se projetavam sobre a pessoa do comerciante, que, decretada a quebra, chegava a ser tido como se morto fosse (*decoctor pro mortuo habetur*).

A evolução dos tempos foi livrando o falido desse estigma. Os efeitos incidentes sobre a pessoa do falido deixaram de ser tão drásticos. Passou ele, inclusive, a conservar sua capacidade jurídica, prosseguindo na administração dos bens não compreendidos na falência, tal como, aliás, expressamente previa o texto do Dec.-lei 7.661/1945 (arts. 41 e 42).<sup>294</sup>

A despeito desses notáveis avanços, seguia o processo falimentar sendo visto, no ambiente do Dec.-lei, como se encerrasse um fim em si próprio. Como se a liquidação do ativo do falido fosse a melhor alternativa capaz de equacionar a complexa problemática suscitada pela crise da empresa. Todos aqueles minimamente próximos da realidade empresarial foram testemunhas dos resultados de regra decepcionantes alcançados ao término dos processos falimentares.

<sup>293</sup> FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito mercantil*, v. 5, p. 16.

<sup>294</sup> “Art. 41. Não se compreendem na falência os bens absolutamente impenhoráveis. [...]”

“Art. 42. A falência não atinge a administração dos bens dotais e dos particulares da mulher e dos filhos do devedor.”  
V. também o § 1.º do art. 41.

A nova Lei, como amplamente noticiado, vem inibuída do propósito de modificar essa realidade. E é precisamente dentro deste espírito que se insere a redação dada ao *caput* do dispositivo em tela, que, abrindo o *Capítulo* da falência, põe em evidência a preocupação da Lei com a preservação da empresa, ainda que seja necessário conectar sua exploração a outro sujeito.<sup>395</sup>

De modo absolutamente compatível com os propósitos que a inspiraram, a Lei emprega ao fenômeno do desapossamento do devedor de seus bens uma coloração mais ampla, justificando-o como meio necessário para a preservação dos bens da empresa.<sup>396</sup> Lido conjuntamente com o art. 140 – que recomenda seja dada preferência à alienação da empresa no procedimento de realização do ativo – sobressai, em nossa opinião, a mudança de paradigma introduzida pela nova Lei, com a qual a falência não mais é vista como portadora de um fim em si, mas como meio posto a serviço da preservação da empresa, aqui entendida em seu sentido objetivo, como unidade produtiva capaz de assegurar a geração de empregos e riquezas.<sup>397</sup>

## 172. Redundância

Poderia o *caput* do art. 75 ter adotado redação mais precisa, a qual se mostra de certo modo redundante, quando se refere à preservação e otimização da “utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”. Ora, tanto *ativos* quanto *recursos produtivos* são bens da empresa. Bastaria, por conseguinte, ter-se referido a bens, mantendo-se, quiçá, a explicitação de estarem nele compreendidos os intangíveis para evitar dúvida a respeito.

## 173. O processo falimentar e os princípios processuais da celeridade e economia processual

Quiçá um tanto deslocado, trata o parágrafo único de aspecto de natureza exclusivamente processual,<sup>398</sup> preconizando o atendimento pelo processo falimentar dos princípios da *celeridade e da economia processual*.

<sup>395</sup> Possibilidade essa de que cogita abertamente o Parecer do Senador Ramez Tebet: “Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes”.

<sup>396</sup> Não obstante, mais adiante, no art. 103, a Lei praticamente reprisa a redação antes comitada no art. 40 do Dec.-lei: “Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”.

<sup>397</sup> Outra não é a *mens legislatoris* subjacente à edição da Lei, como revela o seguinte trecho extraído do Parecer do Senador Ramez Tebet: “Maximização do valor dos ativos do falido: a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolvêntes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco geral das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral”.

<sup>398</sup> Convém recordar, a propósito, não serem poucos os autores que apontam a prevalência, no instituto da falência, do conteúdo processual sobre o material. V. REQUILÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 24 e ss.

A primeira observação a fazer diz com a inserção típica do dispositivo, no *Capítulo* da falência, dentre as Disposições Gerais, o que, a rigor, torna-o inaplicável ao processo de recuperação judicial. Melhor teria sido, seguramente, situá-lo em seção destinada a conter regras comuns a ambos os processos judiciais regulados na Lei, o que evitaria qualquer hesitação quanto à sua aplicabilidade ao processo de recuperação.

Poder-se-ia indagar, também, acerca da eficácia prática do dispositivo, uma vez que o atendimento aos princípios da celeridade e economia processual não pode ser visto como atributo exclusivo de um ou outro tipo de processo, criando uma categoria de “processo privilegiado”. Assim, visto o processo em sua perspectiva de instrumento destinado à realização da justiça, deve a mesma ser alcançada em tempo razoável, sob pena de inobservar o processo o fim a que se destina. Esta a razão pela qual se tem a economia processual como princípio geral do processo civil, presente nos arts. 154, 244 e 249 do CPC.<sup>399</sup>

Nesse sentido, o inc. LXXVIII, recentemente acrescido pela Emenda n. 45/2004 ao elenco de direitos fundamentais do art. 5.º da Constituição Federal, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, apenas cristaliza algo que, mesmo antes do advento da Emenda, já vinha sendo defendido no âmbito do processo como direito fundamental inerente à própria garantia jurisdicional (José Rogério Cruz e Tucci<sup>400</sup>). Dessarte, cingiu-se a Lei de Falências a incorporar idéias típicas do direito processual, como defendido por clássica doutrina (Luigi Paolo Comoglio<sup>401</sup>).

É certo, contudo, que as peculiaridades inerentes ao processo de falência (e também ao de recuperação) mais do que justificam o tratamento especial que lhe é dispensado pela Lei no tocante à incidência de tais princípios. A celeridade, aqui, impõe-se como valor inerente à prestação jurisdicional, sob pena de configurar-se o chamado “dano patológico do processo”, ocasionado pela duração exagerada do feito, como faz ver Antonio Didone em monografia recentemente publicada sobre o tema.<sup>402</sup>

Remanesce, no entanto, a pergunta: haveria consequências práticas decorrentes da aplicação desses dois princípios ditada pelo parágrafo único do artigo em comento? A resposta, ao que nos parece, é positiva.

Com efeito, as consequências far-se-ão sentir na adoção pelo juiz de falência de uma perspectiva instrumentalista da jurisdição, afastando-se o formalismo exagerado em prol da efetividade da jurisdição, conforme defendido no Brasil por Cândido R. Dinamarco.<sup>403</sup> Daí decorre a subordinação da teoria da nulidade dos atos processuais no processo falimentar à ocorrência de um efeito prejudicial e ao não-atendimento das finalidades legais. Da mesma forma, ficam as providências probatórias subordinadas a um juízo de estrita necessidade, não se admitindo qualquer tipo de medida procrastinatória.

Nesse sentido, deve a dicção empregada neste dispositivo ser lida como alerta destinado aos sujeitos processuais, no sentido de que o processo tem uma finalidade

<sup>399</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 68.

<sup>400</sup> CRUZE E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*.

<sup>401</sup> *Il principio di economia processuale*.

<sup>402</sup> DIDONE, Antonio. *Egna riparozone e ragionevole durata del giusto processo*.

<sup>403</sup> DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*.

que deve ser objetivamente alcançada, reprimindo-se qualquer conduta que o desvie de seu objetivo.

Art. 76. 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 figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excepcionais no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

CARLOS KLEIN ZANINI

#### 174. A universalidade e indivisibilidade do juízo e o processo de recuperação

Em comentário recentemente publicado sobre a nova Lei, foi sustentada por Waldo Fazzio Jr. a aplicabilidade do princípio da indivisibilidade ao processo de recuperação, *verbis*: “O princípio da indivisibilidade do juízo concursal está consagrado na lei, quando preceitua (art. 76) que o juízo da falência e da recuperação é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios do devedor”.<sup>304</sup> Com a devida *venia*, não comungamos da mesma opinião.

Inicialmente, cumpre registrar que inexistiu no art. 76 qualquer referência ao processo de recuperação judicial. Aliás, a literalidade do dispositivo indica exatamente o contrário, como revelam as expressões nele empregadas (“o juízo da falência...”, “bens, interesses e negócios do falido...” e “... em que o falido...”), que nenhuma referência fazem ao processo de recuperação, mostrando-se com ele, inclusive, incompatíveis.

Colabora também para demonstrar tal inaplicabilidade a semelhança existente entre o atual dispositivo e o contido no Dec.-lei, assim vazado:

“Art. 7.º [...]”

“§ 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”.

E isto porque, na vigência da lei anterior, restou bem assentada pela jurisprudência a inaplicabilidade do princípio em tela ao processo de concordata, como ilustram arestos oriundos de diversos Tribunais Estaduais.<sup>305</sup> Posição essa respaldada nas lições de Trajano

<sup>304</sup> FAZZIO JR., Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*.

<sup>305</sup> Neste sentido: TJRS: “Processual civil e comercial. Competência. Concordata. Inexistência de juízo universal. 1. Não se instaura, com a concordata, o juízo universal próprio da falência (art. 7.º, § 2.º, do Dec.-lei 7.661/1945), motivo por que as ações contra o concordatário, por obrigações ilíquidas, prosseguem a competência comum. 2. Dúvida procedente” (Dúvida de Competência 596035402 – 2.ª T. Civ. – Rel. Des. Araken de Assis – j. 28.06.1996); TJSP: “Conflito de competência. Ação de anulação de títulos de crédito cumulado com reparação de danos. Concordata. Inexistência de *vis attractiva*. Competência do suscitado. O juízo da concordata não exerce atração sobre as demais ações” (Conflito de Competência 97.700-0/00-0 – Câmara. – Rel. Des. Jesus Lofrano – j. 02.06.2003); TJMG: “...a concordata, seja suspensiva, seja

de Miranda Valverde: “Esse instituto é típico da falência, que, pela sua natureza de curso universal, abrange todos os credores do devedor comerciante. Por isso é que, no absoluto rigor técnico, não se pode falar em ‘Juízo Universal’ na concordata, a qual abrange somente os credores quirografários. Não seria razoável entender, portanto, que o Juízo da concordata fosse, em decorrência do art. 7.º, competente para julgar os feitos não sujeitos ao favor legal. Como a igualdade entre todos os credores é que impõe a necessidade de se manterem todos os feitos no juízo falimentar, percebe-se que tal fato não ocorre na concordata preventiva, que abrange apenas os credores quirografários”.<sup>306</sup>

Tem-se, assim, que o deferimento do processamento da recuperação judicial não tem o condão de instituir a universalidade do juízo que o decreta. Traz consigo, no entanto, o efeito que lhe é expressamente atribuído pelo art. 6.º da Lei, consistente na suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor, observado, contudo, o prazo máximo de cento e oitenta dias ditado pelo § 4.º.

#### 175. Abrangência da universalidade e indivisibilidade

Como já dizia Vivante, o juízo da falência é único e universal, visando a igualdade de tratamento de todos os credores, e abrangência de todos os bens do falido. De fato, restaria seriamente comprometida a observância da *par conditio creditorum* caso não se pudesse reunir, num só juízo, a totalidade dos credores do falido, a começar pela elevada probabilidade de se profíerem decisões diversas e até mesmo contraditórias para credores de igual posição. Esta a função primordial a que serve a unicidade e universalidade do juízo falencial.

Todavia, conforme assinalava José da Silva Pacheco, essa indivisibilidade e universalidade do juízo da falência não era completa no texto do Dec.-lei.<sup>307</sup> E, na Lei, segue não sendo. Vale dizer, a *vis attractiva* da falência continua não sendo absoluta. Não arrasta a todos os processos. Impõe-se, por conseguinte, a delimitação precisa de sua abrangência, a fim de se identificar quais processos – e em que situações – resistem à atração do juízo falimentar, seguindo seu trâmite normal.

Nesse sentido, afirma-se indispensável a leitura conjunta desse dispositivo com a dos arts. 5.º e 6.º da Lei, a cujos comentários, insertos nesta mesma obra, o autor toma a liberdade de remeter o leitor.

preventiva como a relacionada com os agravados autores, não tem na lei [sic] específica (7.661/1945), ressalvada a hipótese do art. 154, o mesmo tratamento sobre unidade e universalidade de juízo que foi dispensado à falência (arts. 7.º, § 2.º, e 56), de modo que, em circunstância como a dos autos, não há prevenção ou vinculação, *ex vi attractiva*, do juízo estadual da concordata preventiva para a ação cautelar nominada em que houve a decisão agravada” (Agravo de Instrumento 1.000.00.191001-7/000 (1) – 5.ª Cam. Civ. – Rel. Des. Aluizio Quintão – j. 21.12.2000); e TJRJ: “Conflito negativo de competência. Concordata preventiva. Ação de reparação de danos. Juízo universal da falência. O princípio da indivisibilidade da falência não se aplica às ações ajuizadas durante o período de concessão da concordata preventiva. Exegese do art. 7.º da Lei de Falências [refere-se ao Dec.-lei 7.661/1945]. Procedência do conflito para estabelecer a competência do suscitado. Juízo de Direito da 1.ª Vara Civil, da Regional do Méier. Unânime” (Conflito de Competência 2004.008 00472 – 3.ª Cam. Civ. – Rel. Des. Munio Andrade de Carvalho – j. 14.12.2004).

<sup>306</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 145.

<sup>307</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 230.

A análise combinada desses e de outros preceitos da Lei põe em evidência que a intensidade da *vis atrahitiva* do juízo falimentar orienta-se, basicamente, de acordo com dois critérios. O primeiro, de ordem material, diz respeito à natureza do direito em discussão. O segundo, de ordem temporal, relativo ao estágio em que se encontra a discussão judicial quando colhida pela decretação da quebra.

### 176. Critério material

A sistemática adotada na Lei aponta, *ab initio*, para a não-atração ao juízo da falência das ações tendo por objeto as matérias relacionadas no art. 5.º da Lei. Também escapam à força atrativa do juízo falimentar as ações de natureza trabalhista, que serão processadas perante a Justiça do Trabalho até a apuração final do crédito (art. 6.º, § 2.º), admitindo-se apenas o pedido de reserva endereçado ao juízo da falência (art. 6.º, § 3.º). Neste particular, a competência da Justiça do Trabalho conta com matriz constitucional (art. 114 da CF).

Ainda de acordo com o disposto no *caput* do art. 76, ressalva-se a universalidade para as causas fiscais, que tanto podem prosseguir quanto – mesmo após a decretação da quebra – ser propostas fora do juízo da falência. Não há nisso nenhuma inovação. Apenas se replica o tratamento já dispensado às causas fiscais no Dec.-lei, em linha com o disposto no art. 187 do Código Tributário Nacional.

Igualmente se encontram excepcionadas no *caput* as causas “não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou liisconsorte ativo”. O texto é quase igual ao contido no Dec.-lei, que assim dispunha:

“Art. 7.º [...]”

“§ 3.º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta Lei, em que a massa falida seja autora ou liisconsorte”.

Traz, contudo, duas pequenas diferenças dignas de nota. Em primeiro lugar, a Lei trata agora de explicitar que é somente a condição de liisconsorte ativo que afasta a causa da *vis atrahitiva* da falência, pondo fim às cogitações antes autorizadas pela redação imprecisa adotada no Dec.-lei quanto à sua aplicação também aos casos de liisconsórcio passivo.<sup>308</sup> Por segundo, a Lei substitui a expressão massa falida por falido, o que se mostrarão discutível quanto, do ponto de vista prático, irrelevante. Tal exceção encontra justificativa mais do que razoável na absoluta inconveniência de se obrigar a massa a demandar contra terceiros sempre no juízo da falência, o que, além de subverter as regras naturais da competência jurisdicional, tenderia a vir em seu desfavor, retardando a tramitação do feito. Isto sem falar no sacrifício desmedido que se poderia impor aos sujeitos passivos da ação.

<sup>308</sup> José da Silva Pacheco já demonstrava, no entanto, que mesmo na vigência do Dec.-lei a interpretação corrente dada a esse dispositivo tomava-o no sentido de excepcionar da universalidade própria do juízo falimentar apenas as hipóteses de liisconsórcio ativo (PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 179-180). Equivocada, portanto, a anotação feita por Fábio Ulhoa Coelho, no sentido de que “a [lei] anterior também ressaltava, por não discriminar a hipótese, o liisconsórcio passivo” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 200).

Quando às ações de interesse da União, autarquias e empresas públicas federais, aplica-se a ressalva contida no próprio art. 109, I, da CF,<sup>309</sup> o que as torna suscetíveis à força atrativa emanada do juízo da falência. Vale ressaltar, contudo, ter prevalecido na jurisprudência do STJ interpretação bastante restritiva quanto ao alcance da exceção inserida no preceito constitucional, que somente teria aplicação às causas *de falência*, entendidas como “aquela [s] em que se pede a decretação da quebra”.<sup>310</sup>

### 177. Critério temporal

Fora das hipóteses tratadas no ponto anterior, figura-se relevante, para efeito de verificar-se ou não a incidência da *vis atrahitiva* da falência, o momento exato em que se a decreta. Assim é por dispor o art. 6.º, § 1.º da Lei que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia líquida”. Trata-se, *in casu*, da ação aforada contra a massa, porquanto aquela em que a massa é autora encontra-se já excepcionada pelo *caput* do art. 76. A exceção de que aqui se cuida não é, todavia, absoluta. A Lei dispõe ter apenas *prosseguimento* a ação, não se aplicando, por conseguinte, naqueles casos em que a ação, tendo por objeto quantia líquida, venha a ser ajuizada após ter sido decretada a falência, situação em que estará sujeita à força atrativa do juízo falencial.

### 178. Prosseguimento das ações com o administrador judicial

Estando ou não sujeita à *vis atrahitiva* da falência, determina o parágrafo único deste artigo tenham todas as ações “prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser inúmeras para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo”. O comando é claro, e a sanção combinada para seu descumprimento expressa: a nulidade do processo. O rigor é justificado, porquanto, decretada a falência, toca ao administrador judicial o direito de representar a massa em juízo, conforme estatui o art. 22, III, alínea n, da Lei.

### 179. Ações de despejo e ações possessórias ajuizadas contra a massa

Antes do advento da Lei, controvertia-se acerca do alcance da *vis atrahitiva* do juízo falencial em relação a determinadas espécies de causas, com destaque para as ações possessórias e de despejo propostas contra a massa. Muito freqüentemente, a jurisprudência

<sup>309</sup> “Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

“1. as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réas, assistentes ou oponentes, *exceto as de falência*, e de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho [...]” (grifou-se).

<sup>310</sup> “Competência. Conflito. Ação ajuizada por empresa pública federal contra massa falida. Precedentes da seção. Competência da Justiça Federal. Não se tratando de causa de falência, assim entendida aquela em que se pede a decretação da quebra ou é regulada pela lei respectiva, a competência para as ações em que figure como autora, ré, assistente ou oponente a União, autarquia ou empresa pública federal, é da Justiça Federal, ainda que movimentada contra massa falida” (Conflito de Competência 16.115/RS – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 23.10.2002). Em igual sentido: “Competência. Empresa pública federal. Causa movimentada contra massa falida por empresa pública federal. Não se tratando de causa de falência, a competência é da Justiça Federal, segundo a regra do art. 109, I, da Constituição. Conflito conhecido, declarando-se competente o MM. Juiz Federal da 4.ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul” (Conflito de Competência 22383 (19980036830) – Rel. Min. Paulo Costa Leite – j. 23.09.1998).

excepcionava-as da indivisibilidade do juízo falimentar, como se observa, a propósito, das seguintes decisões proferidas pelo STJ:

"Usucapião especial. Ação promovida contra massa falida. Competência do foro da situação do imóvel. Nos casos de foro especialmente previsto em lei, como no caso do usucapião especial - Lei 6.969/1981, art. 4.º, não prevalece o foro diócesis universal da falência, como previsto no art. 7.º §§ 2.º e 3.º do Dec.-lei 7.661/1945. Conflito de competência conhecido, declarando-se competente o juízo suscitado, da situação do imóvel".<sup>311</sup>

"RESP. Comercial. Civil. Falência. Locação. Despejo. Juízo competente. Ação de despejo não é ataralçada pelo Juízo Universal da falência. Aqui, reúne-se passivo e ativo do falido, a fim de os credores receberem o mesmo tratamento. Ação de despejo tem finalidade e conteúdo diversos".<sup>312</sup>

Quer nos parecer, todavia, que a nova Lei - quando comparada com a anterior - veio a reforçar a indivisibilidade do juízo falimentar, devendo contribuir para uma inflexão da corrente jurisprudencial que tendia a afastar tais ações do juízo da falência. É que, no contexto do Dec.-lei, tratava o art. 24, § 2.º, de excluir dos efeitos do *caput* as ações e execuções já iniciadas contra a massa tendo por objeto (inc. II) *quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato*. A Lei, por sua vez, adota redação mais restrita (art. 6.º § 1.º), apenas afastando do juízo da falência as ações já iniciadas que demandarem *quantia ilíquida*. Nenhuma outra referência é feita a ações tendo por objeto demanda relativa à coisa certa, prestação ou abstenção de fato. Assim, não mais subsiste, com a mesma largueza, a exceção à universalidade do juízo falencial, o que está a recomendar uma revisão do entendimento jurisprudencial à vista do novo texto da Lei.

Ademais, parece-nos que eventual dúvida existente quanto à competência do juízo para conhecer de determinada ação deve ser resolvida em favor do juízo da falência, prestigiando-se sua universalidade. Isto pela simples razão de que estará sempre esse único juízo melhor habilitado para conhecer a situação do falido com todas as suas nuances, podendo aquilatar, inclusive, se determinado desfecho dado a certa ação não haverá de vir em prejuízo do resultado que se pretende alcançar no processo de falência.

Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei.

CARLOS KLEIN ZANINI

### 180. Diploma anterior

A redação dada a este artigo mostra-se muito semelhante àquela anteriormente utilizada no Dec.-lei, segundo a qual "a falência produz o vencimento antecipado de

<sup>311</sup> Conflito de Competência 2136/SP (91.0011764-1), Relator Min. Aloys Carneiro, julgado em 25 de março de 1992.

<sup>312</sup> Recurso Especial 64.804-1/MG (95.0020910-1), Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 28 de agosto de 1995.

todas as dívidas do falido e do sócio solidário da sociedade falida, com o abatimento dos juros legais, se outra taxa não tiver sido estipulada" (art. 25, *caput*). Como se vê, as diferenças são mínimas, ainda mais quando se tem presente que a conversão dos créditos em moeda estrangeira para a moeda nacional também vinha determinada pelo art. 213 do Dec.-lei:

### 181. Abatimento dos juros

Ainda na vigência do Dec.-lei, anotara Pontes de Miranda que "a solução do abatimento assenta a convicção geral de que todo credor a prazo somou à prestação que seria a prestação à vista os juros convenionados ou os legais".<sup>313</sup> Diferentemente do Dec.-lei, a Lei não mais se refere ao "abatimento dos juros legais", limitando-se a prescrever o "abatimento proporcional dos juros". Surge, então, a primeira questão a ensejar reflexão. Tera andamento bem a nova Lei ao excluir a referência feita ao abatimento dos juros legais? Mais: qual seria a taxa de juros a ser utilizada para promover o abatimento?

Como revela a citação de Pontes trazida à colação, o abatimento dos juros impõe-se como medida destinada a assegurar a equivalência entre os débitos do falido. Assim, tendo sido aplicada taxa de juros diferente da legal, nada mais natural sejam os juros abatidos de acordo com a taxa efetivamente aplicada, a qual, na prática empresarial, mostra-se geralmente mais elevada do que a legal (situação essa ainda mais comum em empresas sujeitas a dificuldades financeiras). A identificação da taxa de juros efetivamente praticada pelo credor do falido poderá ser obtida mediante o cotejo entre o valor das vendas à vista por ele celebradas e o das vendas a prazo.

Todavia, pode restar inviabilizada a apuração da taxa efetiva de juros praticada pelo credor, o que poderá se dar, por exemplo, caso tenha o credor apenas celebrado vendas a prazo. Neste caso, ante a impossibilidade prática de se apurar a taxa efetivamente empregada, poder-se-ia recorrer ao abatimento dos juros pela taxa legal, recorrendo-se, inclusive, ao disposto no art. 406 do CC. Nota-se, com isso, que a nova redação, embora distinta da anterior, não parece ter introduzido modificação relevante neste ponto.

### 182. Créditos em moeda estrangeira

Dentre as inovações trazidas pela nova Lei, encontra-se a instituição de um regime diferenciado de tratamento para os créditos do devedor denominados em moeda estrangeira, conforme estejam eles sujeitos à falência ou à recuperação judicial. No texto do Dec.-lei, fosse o caso de falência ou de concordata, havia um único tratamento: a conversão dos créditos em moeda estrangeira em moeda nacional pela taxa de câmbio do dia em que declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva.<sup>314</sup> Estabelecia-se, desarte, na vigência do Dec.-lei, a moeda nacional como a moeda única de pagamento tanto na falência quanto na concordata.

<sup>313</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 28, p. 209.

<sup>314</sup> "Art. 213. Os créditos em moeda estrangeira serão convertidos em moeda do País, pelo câmbio do dia em que for declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva, e só pelo valor assim estabelecido serão considerados para todos os efeitos desta Lei".

A Lei instituiu agora dois regimes distintos de tratamento para os créditos denominados em moeda estrangeira. No processo de recuperação, prevê-se, de regra, a manutenção de sua indexação tal como originariamente contratada (art. 50, § 2.º).<sup>315</sup> De outra parte, na falência, como se observa da redação do *caput* do art. 77, adota-se regra idêntica à vigente no regime anterior do Dec.-lei, que determinava a conversão do crédito denominado em moeda estrangeira em moeda nacional pela taxa de câmbio praticada no dia em que judicialmente decretada a falência.

### 183. Taxa de câmbio a ser utilizada

Conquanto determine a Lei a conversão dos créditos denominados em moeda estrangeira para a moeda nacional pelo “câmbio do dia da decisão judicial”, ressen-te-se a regra de maior precisão. Isso porque, desde que introduzido no Brasil o regime de câmbio flutuante, encontra-se a taxa de câmbio sujeita a flutuação ao sabor dos humores do mercado, não sendo raro constatar-se, dentro de um mesmo dia (variação conhecida no jargão do mercado como *intraday*), expressivas oscilações percentuais na cotação das moedas estrangeiras. Surge então a questão: qual deve ser a taxa de câmbio empregada na conversão?

Escrevendo sob a égide do Dec.-lei, propugnava Trajano de Miranda Valverde pela utilização da taxa média praticada no mercado no dia da conversão: “Não havendo cotação nesse dia, prevalecerá a imediatamente anterior. Se a cotação variou no mesmo dia, tomar-se-á por base a média do mercado nessa data”.<sup>316</sup>

Por sua vez, já manifestando-se sobre a nova Lei, Fábio Ulhoa Coelho aponta para diversas alternativas, devendo o juiz “definir os critérios para identificar a taxa de câmbio que, no dia da falência, será observada na conversão. Pode fazê-lo, por exemplo, determinando o valor divulgado por veículo jornalístico de boa reputação ou mesmo indicando certa instituição financeira e elegendo a taxa do fechamento das operações daquele dia”.<sup>317</sup>

Diante da imprecisão da Lei, seria de todo oportuno alcançar-se uma posição de consenso em torno de uma única taxa de câmbio a ser empregada para a conversão das dívidas determinada pelo dispositivo. Que, em nossa opinião, para dívidas expressas em dólares norte-americanos, deveria ser a PTAX, definida pelo Banco Central como a “taxa média de todos os negócios com dólares realizados naquela data no mercado interbancário com liquidação em D2”.<sup>318</sup>

<sup>315</sup> Art. 50. [...]

<sup>316</sup> “§ 2.º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial”.

<sup>317</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 130.

<sup>318</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 204.

<sup>319</sup> Disponível em: <http://www.bc.gov.br/GL/OSSARIO>. Acesso em: 12.04.2005.

Art. 78. Os pedidos de falência estão sujeitos a distribuição obrigatória, respeitadas a ordem de apresentação.

Parágrafo único. As ações que devam ser propostas no juízo da falência estão sujeitas a distribuição por dependência.

CARLOS KLEIN ZANINI

### 184. Diploma anterior

São poucas — e, na prática, de diminuto relevo — as modificações introduzidas por este artigo em relação ao dispositivo anteriormente em vigor:

“Art. 202. Os pedidos de falência e os de concordata preventiva estão sujeitos a distribuição obrigatória, segundo a ordem rigorosa da apresentação. Esses pedidos serão entregues, imediatamente, pelo distribuidor ao escrivão a quem houverem sido distribuídos. [...]”

“§ 2.º As ações que devam ser propostas no juízo da falência estão sujeitas à distribuição por dependência, para o efeito do registro”.

Incorrendo no mesmo problema apontado nos comentários ao art. 75 — e que haverá de se repetir no artigo seguinte —, o dispositivo deixa de mencionar o processo de recuperação como estando sujeito a distribuição obrigatória, cuja aplicação passa então a decorrer do comando inscrito no art. 6.º, § 8.º da Lei.

A razão que lhe era subjacente residia, como observava Trajano de Miranda Valverde, no fato de que até o advento do Decreto 5.746, de 1929, vigorava o regime da distribuição facultativa, em que assistia à parte o direito de escolher, em uma mesma circunscrição territorial que contasse com dois ou mais juízes, a qual deles seria distribuída a ação.<sup>319</sup>

### 185. Efeitos

Trante as razões de ordem histórica — que parecem ter presidido sua redação —, não traz o *caput* nenhuma inovação relevante, tendo em vista que já o CPC, no art. 251, determinava que “todos os processos estão sujeitos a registro, devendo ser distribuídos onde houver mais de um juiz ou mais de um escrivão”.

Resta, entretanto, a preocupação do legislador em cercar o ato da mais absoluta lisa-ura, o que é complementado pelo disposto no parágrafo único, em linha com a Lei Federal 10.358/2001, que acrescentou o inc. II ao art. 253 do CPC, fazendo persistir a dependência mesmo em caso de desistência. Como se vê, busca-se não só evitar decisões discrepantes, como eventual má-fé do requerente. Daí, segue-se que, mesmo havendo desistência do pedido, o juízo estará prevenido para conhecer dos subsequentes.

<sup>319</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 114.

Art. 79. Os processos de falência e os seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância.

CARLOS KLEIN ZANINI

### 186. Diploma anterior

O artigo praticamente repete o da legislação anterior,<sup>320</sup> apresentando apenas uma diferença, que nos parece negativa, ao deixar de prescrever sua aplicabilidade ao processo de recuperação judicial, tal qual preconizava o texto antigo em relação à concordata. Tem aqui integral cabimento, por conseguinte, a crítica já feita ao comentarmos o disposto no art. 75, uma vez que melhor teria sido situar tal dispositivo – ou dar-lhe outra redação – de modo a abarcar, indiscutivelmente, também o processo de recuperação judicial.

### 187. Função

A similitude entre o atual preceito e o anterior mais do que recomenda a leitura dos comentários que foram endereçados no art. 203 do Dec.-lei 7.661/1945 por Trajano de Miranda Valverde: "A necessidade de se pôr termo em tempo breve aos processos de falência e de concordata preventiva e seus incidentes dita a medida contida no art. 203 [do Dec.-lei 7.661/1945]. Estabelecida a ordem dos feitos para despacho, ou decisão definitiva, tais processos preferem aos demais, tanto em primeira, como em segunda instância."<sup>321</sup> Os efeitos ditados pelo dispositivo alcançam também todos os incidentes ao processo de falência, tais como a ação revocatória (art. 130), o pedido de restituição (art. 85), os embargos de terceiros (art. 93), e as demais ações relativas a habilitações, modificações e exclusões de créditos da falência (art. 6.º).

### 188. Eficácia prática

Nem sempre, contudo, terá o dispositivo eficácia prática. No primeiro grau, a existência de vara especializada de falências – situação comum apenas nas capitais – torna-o de certo modo inócua, devendo prevalecer a ordem natural do serviço. De outra parte, inexistindo vara especializada, impõe-se lhe seja dada interpretação razoável, não se podendo olvidar de outros processos cuja urgência é indiscutível, a exemplo dos *habeas corpus*, alimentos e cautelares em geral.

A mesma regra vale para o Tribunal, dela decorrendo a necessidade de atualização dos Regimentos, que não poderão olvidar a existência da preferência, a ser interpretada com a mesma razoabilidade.

Art. 80. Considerar-se-ão habilitados os créditos remanescentes da recuperação judicial, quanto definitivamente incluídos no quadro-geral de credores, tendo prosseguimento as habilitações que estejam em curso.

CARLOS KLEIN ZANINI

### 189. Diploma anterior

Tirante alguns ajustes, o texto em comento praticamente repete o do Dec.-lei, *verbis*: "Art. 153. Os credores anteriores à concordata, independentemente de nova declaração, concorrerão à falência pela importância total dos créditos admitidos, deduzidas as quantias que tiverem recebido na concordata [...]"

Como se vê, a maior diferença existente entre o texto atual e o anterior reside na eliminação dos dispositivos dantes constantes dos parágrafos do art. 153.

### 190. Efeitos

Basicamente, pode-se dizer que o artigo em questão trata dos efeitos produzidos pela convalidação da recuperação judicial em falência em relação aos créditos já incluídos no Quadro-Geral de Credores. Nesse sentido, quiryá fora melhor tivesse tal dispositivo sido inserido no capítulo específico dedicado à convalidação da recuperação em falência, a exemplo do que se dava no contexto do Dec.-lei, em que o artigo que lhe era correspondente (art. 153) situava-se logo após aqueles tendo por objeto a rescisão da concordata. De qualquer sorte, a regra é absolutamente razoável. É que, fracassando o plano de recuperação, e convalidada a recuperação em falência, nada poderia ser mais lógico do que se evitar a discussão acerca da qualidade daqueles créditos já definitivamente inscritos no Quadro-Geral de Credores, até mesmo porque as regras aplicáveis à verificação e habilitação dos créditos são comuns tanto à recuperação judicial quanto à falência, estando inseridas no Capítulo II da Lei. O que se deve entender, contudo, por crédito remanescente definitivamente incluído no Quadro-Geral de Credores? Em primeiro lugar, é necessário, por óbvio, não tenha sido o crédito integralmente satisfeito no processo de recuperação. Há de remanescer pendente de pagamento, portanto, ao menos parte do crédito. Quanto à condição de estar definitivamente incluídos no Quadro-Geral de Credores, parece-nos, *in casu*, que somente poderão ser assim considerados aqueles créditos constantes do Quadro-Geral assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, conforme o disposto no parágrafo único do art. 18. E de se indagar, no entanto, se haverá de ser tidos como definitivamente incluídos neste Quadro-Geral os créditos declarados com amparo em decisões liminares proferidas em agravos de instrumento, com base no art. 17 da Lei e respectivo parágrafo. Afinal, em tais casos, não se está diante de uma inclusão definitiva, mas também não se pode pretender esvaziar a possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a critério do relator do agravo, conforme faculdade expressamente prevista no texto da Lei.

Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

<sup>320</sup> "Art. 203. Os processos de falência e de concordata preventiva e dos seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância."

<sup>321</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 115.

§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dividas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

§ 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

CARLOS KLEIN ZANINI

### 191. Direito anterior

Conforme previsto no caput, a decretação da falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis produz agora uma alteração no seu estado, que passam a ser considerados tão falidos quanto a própria sociedade da qual fazem parte. Tal sistemática difere da anteriormente adotada no Dec.-lei, que expressamente resguardava a posição desses sócios, *ex vi* do disposto no art. 5.º do Dec.-lei, *verbis*:

“Art. 5.º Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produz em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta Lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido [...]”

Não deixa de ser curioso notar, a propósito, que a nova Lei reedita a regra antes contida no Decreto 5.746/1929, segundo a qual a falência da sociedade acarretava também a dos sócios pessoal e solidariamente responsáveis.

O tema é de fato polêmico: e não é novo, já tendo sido assim retratado na Exposição de Motivos do Dec.-lei 7.66/1945: “A reação dos juristas perante a não extensão da falência da sociedade aos sócios solidários situou o problema entre duas orientações extremas. Alguns entendem que, provocando a falência uma completa fusão dos patrimônios da sociedade e dos sócios frente ao passivo social, não se justifica a isenção dos sócios daquele estado. Outros, inspirados no conceito de empresa que a moderna doutrina vem cristalizando, julgam possível uma integral separação entre a empresa e o seu titular, sugerindo que o sujeito passivo da falência seja aquela e não este. Em tal concepção, não só o sócio ficaria isento de falência, como, ainda, o comerciante individual não seria declarado falido. Entre os que propugnam pelo sistema tradicional e os que pretendem antecipar, na lei, o advento do conceito ainda em formação na doutrina, o projeto se manteve na justa medida do sistema da personalidade jurídica consagrada na lei civil (...) Dentro desse conceito, a solidariedade dos sócios torna sentido tão acentuadamente patrimonial que não justifica lhes seja estendido o estado de falência da sociedade”.<sup>322</sup>

A alteração introduzida pelo Dec.-lei 7.66/1945 foi bem recebida por Trajano de Miranda Valverde, que considerava a lei por ele revogada como sendo *contra rationem*

*juris*. Ainda sem adentrar o mérito da modificação ora implementada, uma coisa já é certa: a nova Lei, neste particular, traz consigo um retrocesso.

### 192. Direito comparado

A sistemática agora adotada na Lei não destoa da encontrada no direito comparado. A legislação francesa,<sup>323</sup> por exemplo, prescreve a extensão da falência aos sócios limitada e solidariamente responsáveis, determinando, ainda, a abertura de um procedimento específico para cada um.<sup>324</sup> A nova Lei espanhola de 2002 igualmente determina que “...la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad limitada”.<sup>325</sup> Do mesmo modo, reza o art. 147 da Lei italiana que “a sentença que decreta a falência da sociedade com sócios de responsabilidade limitada produz também a falência dos sócios ilimitadamente responsáveis”.<sup>326</sup>

### 193. Diminuta aplicabilidade do dispositivo

Conquanto ofereça tema altamente instigante para qualquer estudioso do direito comercial, cumpre reconhecer o reduzido alcance do dispositivo. Aliás, se fôssemos seguir à risca os sãos ensinamentos de Vivante,<sup>327</sup> procurando visar sua importância prática, tal vez devêssemos encerrar por aqui nossos comentários ao artigo, ante a raríssima utilização de tipos societários desprovidos do instituto da limitação da responsabilidade.

Além de aplicar-se apenas às sociedades com sócios ilimitadamente responsáveis, deve-se ter presente que o escopo da Lei de Falências e Recuperação é restrito ao empresário e às sociedades empresárias (art. 1.º). Há, pois, dois critérios determinantes da escassa aplicabilidade do artigo: (i) o da restrição às sociedades de responsabilidade limitada; e (ii) o da empresarialidade. O primeiro *de per se* já exclui o empresário, a sociedade limitada e a sociedade anônima. O segundo, afasta a sociedade simples, ainda que revestida de um dos tipos societários próprios da sociedade empresária, conforme facultado pelo art. 983 do CC.

<sup>322</sup> “Art. 1624-I. Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Le tribunal ouvre à l'égard de chacune d'elles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon le cas”.

<sup>323</sup> V. RIBERT, Georges, *Traité de droit commercial*, v. 2, p. 872.

<sup>324</sup> *Ley de Quiebras*, de 16.05.2002, art. 160.

<sup>325</sup> No original: “147. Sociedad con socios responsables limitada. La sentencia que declara el fallimento della sociedad con socii a responsabilidad limitada produce anche il fallimento dei socii ilimitatamente responsabili”.

<sup>326</sup> “Non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conoscano a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto che è l'oggetto dei loro studi. Raccogliano nelle borse, nelle banche, nelle agenzie, nelle società commerciali, nelle cancellerie giudiziarie il materiale necessario per intendere quella struttura e quelle funzioni. E una scialtola scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà” (VIVANTE, Cesare, *Trattato di diritto commerciale*, v. 1., prefácio, p. 10).

<sup>327</sup> Exposição de motivos do Dec.-lei 7.66/1945. Apud VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 296.

Da combinação desses dois critérios excludentes resulta o estreitamento do âmbito de aplicação do dispositivo, que se limita a alcançar as sociedades em nome coletivo e as em comandita, sendo nessas últimas apenas em relação à categoria dos sócios ilimitadamente responsáveis. E isto desde que qualificadas como sociedades empresárias. Ou a elas equiparadas, como se dá com a sociedade tendo por objeto atividade própria de empresário rural devidamente registrada no Registro Público de Empresas (usando da faculdade prevista no art. 971).

#### 194. Efeitos restritos à decretação de falência

Segundo orientação adotada nos demais artigos deste Capítulo, regula o *caput* apenas os efeitos produzidos pela decisão que decreta a falência, silenciando acerca da que defere a recuperação judicial. O modelo adotado difere, portanto, do francês, em que a extensão da mudança de *status* aos sócios ilimitadamente responsáveis ocorre tanto na decretação da falência quanto no deferimento da recuperação.<sup>328</sup>

#### 195. Parágrafo primeiro: retroação dos efeitos

A redação deste parágrafo praticamente repete a utilizada no parágrafo único do art. 5.º do Dec.-lei.<sup>329</sup> Basicamente, dita uma retroação dos efeitos da decretação da falência, tornando ineficaz a retirada voluntária ou a exclusão do sócio ilimitadamente responsável operada há menos de dois anos com relação às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato não solvidas até a decretação da falência.<sup>330</sup> Diante da redação adotada, impõem-se algumas observações. Em primeiro lugar, o texto não parece alcançar o sócio que tenha alienado sua participação na sociedade, limitando-se àquele que tenha *se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade*. Por segundo, a Lei limita a retroação ao prazo máximo de dois anos, contado da data de decretação da falência. E, por último, restringe os efeitos da retroação à responsabilidade do sócio apenas quanto às dívidas existentes na data da alteração do contrato que não tenham sido solvidas até a decretação da falência. O que, em nossa opinião, bem revela a imprópriedade de se falar em uma alteração de estado do sócio — que passa a ser havido como falido —, ao invés de se remanescer adscrito à seara dos efeitos patrimoniais, a exemplo do que se verificava na legislação anterior.

<sup>328</sup> Vide nota de rodapé 235.

<sup>329</sup> "Art. 5.º [...] ]

<sup>330</sup> "Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao sócio de responsabilidade solidária que há menos de 2 (dois) anos se tenha despedido da sociedade, no caso de não terem sido solvidas, até a data da declaração da falência, as obrigações sociais existentes ao tempo da retirada. Não prevalecerá o preceito, se os credores tiverem consentido expressamente na retirada, feito no arquivamento a negociação com a sociedade, sob a mesma ou nova firma".

O dispositivo encontra equivalente na Lei espanhola: "Art. 160. Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso".

#### 196. Parágrafo segundo: representação

Reproduz-se, aqui, o antes contido no art. 37 do Dec.-lei.<sup>331</sup> Parece-nos, contudo, que está agora mal localizado, uma vez que seus efeitos não se restringem à representação da sociedade falida ilimitadamente responsável. Por conseguinte, mais conforme à boa técnica legislativa teria sido vir não como parágrafo, mas como dispositivo autônomo.

#### 197. Procedimento

O *caput* prescreve a citação de todos os sócios ilimitadamente responsáveis, que poderão, querendo, apresentar contestação. Como se vê, é caso de litisconsórcio passivo necessário, instituído por expressa disposição de lei (art. 47 do CPC), em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos. A existência do litisconsórcio necessário revela tratar-se de um único processo, diferentemente da solução patrocinada pelo direito francês, em que haverá tantos processos quanto forem os réus, *ex vi* do disposto na parte final do art. L624-1 do Code de Commerce. A melhor regulação, contudo, parece ser a da lei italiana (art. 148), que prevê a nomeação de um único juiz e um único curador, embora admissível a nomeação de mais de um Comitê de Credores.

#### 198. Considerações de *lege ferenda*

O fato de a extensão automática da falência ao sócio ilimitadamente responsável estar prevista em profusão no direito comparado não deve desencorajar a reflexão crítica. Até mesmo porque, mesmo nos países que a adotam, reconhece-se na doutrina sua incompatibilidade com princípios muito caros ao direito societário, como assevera Giuseppe Ferri: "O sistema da lei não encontra justificativa em considerações de ordem lógica, mas sim de ordem prática".<sup>332</sup>

Em uma das melhores monografias dedicadas ao tema, Alessandro Nigro observa ser a extensão da falência em relação ao sócio originária das sociedades familiares, em que sua decretação produziria efeitos em relação a todos os familiares do sócio falido, incluindo cônjuge, ascendentes e descendentes.<sup>333</sup>

<sup>331</sup> "Art. 37. Ressalvados os direitos reconhecidos aos sócios solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais, as sociedades falidas serão representadas na falência pelos seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, os quais ficarão sujeitos a todas as obrigações que a presente Lei impõe ao devedor ou falido, serão ouvidos nos casos em que a lei prescreve a audiência do falido, e incorrerão na pena de prisão nos termos do art. 35".

<sup>332</sup> Tradução livre do original: "Il sistema della legge non trova tanto una giustificazione in considerazioni di ordine logico, quanto in considerazioni di ordine pratico" (FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*, p. 593).

<sup>333</sup> Neste sentido: "Come è noto, il principio di soggezione al fallimento del socio, ilimitatamente responsabile è sorto e si è sviluppato con riferimento essenzialmente alle società di persone, dalle quali la responsabilità ilimitata di tutti o di alcuni dei soci rappresenta un connotato essenziale: ciò spiega perché il discorso venga condotto con riferimento pressoché esclusivo, in questa parte, a quel tipo di società, anche se pur nelle società di capitali è dato di ritrovare la figura del socio ilimitatamente responsabile, come nelle accomandite per azioni" (NIGRO, Alessandro. *Il fallimento del socio ilimitatamente responsabile*, p. 11).

Diversas objeções podem ser opostas à extensão da falência agora introduzida na Lei. Primeiramente, há de se reconhecer que a extensão da falência ao sócio pode resultar em uma decretação de quebra absolutamente *sui generis*, ante a absoluta ausência de um estado de insolvência do devedor. Tal circunstância, aliás, não passou despercebida a Alessandro Nigro, que observou ser possível, em tais casos, fosse um determinado sujeito (o sócio) alcançado pela falência sem que se encontrasse em condição de insolvência ou insolvabilidade.<sup>334</sup> A extensão automática da falência ao sócio igualmente investe contra a autonomia patrimonial da sociedade, fazendo *tabula rasa* da separação existente entre o patrimônio do sócio e o da sociedade, o que se constitui em preceito elementar do direito societário. É que, mesmo em se tratando de sócios de responsabilidade limitada, sua responsabilidade é sempre de natureza subsidiária em relação à da sociedade, recomendando-se, por conseguinte, o prévio exaurimento do acervo da sociedade antes de se buscar o patrimônio pessoal do sócio. O que, obviamente, resta inobservado na sistemática da extensão automática da falência ora introduzida na Lei.

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

CARLOS KLEIN ZANNINI

### 199. Diploma anterior

Se a redação adotada no art. 81 não foi das mais felizes, o mesmo não se pode dizer da reformulação ditada pela Lei para este dispositivo. Embora não altere significativamente as regras do Dec.-lei, é indubitável que a nova redação mostra-se, do ponto de vista de sua precisão técnica, bastante superior à que a antecedia, a qual assim dispunha:

“Art. 6.º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1.º”

Todavia, errou a Lei ao não ter adotado comando equivalente ao art. 50 do Dec.-lei, que tratava da chamada ação de integralização, tendo por objeto compeli o sócio de res-

349  
responsabilidade limitada a efetivar o aporte do saldo do capital social subscrito e não-integralizado, pelo qual responde solidariamente.<sup>335</sup>

### 200. Hipóteses de responsabilidade pessoal

O cotejo entre o atual dispositivo e o antecedente põe em evidência, inicialmente, o tratamento conjunto — em um único artigo — dispensado pela Lei a duas hipóteses distintas de responsabilidade: (i) a decorrente da prática de ato ilícito; e (ii) a decorrente do descumprimento da obrigação de integralização do saldo de capital social subscrito e não-integralizado nas sociedades de responsabilidade limitada, aqui abrangidas tanto as sociedades limitadas quanto as anônimas. Trata a Lei, portanto, de três sujeitos distintos passíveis de responsabilização, os quais, dada a especificidade dos regimes jurídicos a que se encontram submetidos, convém separadamente examinar.

### 201. Responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada

O primeiro sujeito identificado na Lei como passível de responsabilização é o sócio de responsabilidade limitada. Enquadraram-se na definição todos os sócios das limitadas e das anônimas, além dos sócios comanditários. Segundo reza a Lei, suas responsabilidades deverão ser apuradas consoante o estabelecido nos respectivos diplomas de regência.

De regra, a responsabilidade dos sócios da sociedade limitada encontra-se *resrita ao valor de suas quotas* (art. 1.052 do CC). Prevê-se, contudo, duas exceções: a responsabilidade solidária do sócio pelo aporte do saldo de capital social subscrito e não-integralizado (art. 1.052, *caput*); e a responsabilidade pessoal do sócio decorrente da prática de atos ilícitos, tomada aqui a ilicitude no sentido de atos praticados em contrariedade ao Direito.<sup>336</sup> O que, no caso específico das limitadas, importaria dizer a prática de atos contrários ao disposto no contrato social e/ou na legislação de regência (art. 1.080 do CC), podendo ser apontada, a título exemplificativo, a obrigação de reposição dos dividendos e quantias retiradas da sociedade em detrimento do capital social (art. 1.059 do CC).

No caso das sociedades anônimas, tem-se um regime geral de responsabilidade do acionista ainda mais estrito, que apenas responde, como preceitua a Lei 6.404/1976 (art. 1.º), pelo preço de emissão das ações por ele subscritas ou adquiridas, inexistindo a figura da solidariedade pelo aporte da parcela de capital social subscrita e não-integralizada pelos demais acionistas, tal como se verifica na limitada.<sup>337</sup> A Lei das Sociedades por Ações dispõe, no entanto, acerca de diversas outras hipóteses nas quais se admite a responsabilização pessoal do acionista, tais como a decorrente da obrigação de o acionista restituir divi-

<sup>335</sup> “Art. 50. Os acionistas e os sócios de responsabilidade limitada são obrigados a integralizar as ações ou cotas que subscreveram para o capital, não obstante quaisquer restrições, limitações ou condições estabelecidas, nos estatutos, ou no contrato da sociedade”.

Nesse particular, acertada a crítica de COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 211.

<sup>336</sup> Para Pontes, a ilicitude reside na contrariedade ao direito, *verbiis*: “Conceito de fatos jurídicos ilícitos. Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 233).

<sup>337</sup> Art. 1.052 do CC.

dendos recebidos de má-fé (art. 201, § 1.º) e a responsabilidade do acionista pela integridade dos bens conferidos à sociedade (art. 10).

## 202. Responsabilidade dos controladores

Ao tratar da responsabilidade dos controladores e administradores, a Lei não mais adota redação restritiva, aplicando-se, por conseguinte, aos controladores de quaisquer tipos societários, como revela o emprego da locução "dos controladores e dos administradores da sociedade falida". Certo, contudo, que apenas a Lei das Sociedades por Ações cuidou de regular especificamente a responsabilidade do acionista controlador, fazendo-o mediante o elenco exemplificativo trazido no art. 117 das condutas subsumíveis à figura do abuso do poder de controle. Descabe aqui, por óbvio, comentá-las individualmente, o que bem renderia um livro.

Cumprir registrar, no entanto, que o processo destinado à apuração de eventual responsabilidade do controlador haverá de observar o teor de suas *respectivas leis*, que, no caso, é a Lei de Sociedades por Ações, com destaque para o art. 246.

## 203. Responsabilidade dos administradores

Quanto ao terceiro sujeito passível de responsabilização, adota a Lei o conceito de administradores, em substituição à referência anteriormente feita aos "diretores das sociedades anônimas e gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada". E o fez bem, porque compreende-se por *administradores* todos aqueles encarregados da administração da sociedade limitada e da sociedade anônima, o que, no caso dessa última, abrange tanto os diretores quanto os membros do Conselho de Administração (art. 138 da Lei 6.404/1976): Aliás, a redação antes empregada no Dec.-lei — que se referia apenas aos *diretores das sociedades anônimas* — se explicava pelo fato de ter sido o mesmo editado ao tempo em que não se havia ainda introduzido no direito positivo pátrio o instituto do Conselho de Administração, enquanto órgão responsável pela gestão das sociedades anônimas.<sup>335</sup>

De qualquer modo, importa ter-se sempre bem presente que a regra geral é a da não-responsabilidade pessoal dos administradores, o que é válido tanto para sociedades limitadas como anônimas, abrangendo conselheiros e diretores. Ademais, a responsabilidade de que aqui se cuida será sempre de natureza subjetiva, reclamando a existência de uma conduta dolosa ou culposa de parte do administrador, em infração a determinado *standard* de conduta que lhe é imposto pela legislação.

No mais, quanto à forma de apuração de eventual responsabilidade, deve-se observar o disposto nas *respectivas leis*. Mais uma vez, como não poderia deixar de ser, a melhor regulação existente é a da Lei das Sociedades por Ações, prevendo duas espécies de ações de responsabilidade do administrador: a ação originária (ação social), proposta pela própria Companhia contra o administrador; e a ação derivada, ajuizada pelo acionista contra o administrador, na condição de substituto processual da sociedade, ambas reguladas no art. 159 da Lei das Sociedades por Ações.

## 204. Competência para conhecer da ação

Ação destinada a apurar a responsabilidade pessoal do sócio, controlador ou administrador insere-se dentre as que não resistem à força atrativa do juízo falencial. A Lei repete, neste ponto, solução idêntica à preconizada pelo Dec.-lei, devendo tais ações ser propostas e processadas no juízo da falência. Cuida também a Lei de afastar qualquer possibilidade de se condicionar tal apuração de responsabilidade à *realização do ativo* e prova de sua *insuficiência para cobrir o passivo*. Vale dizer: estando-se diante de hipótese autorizadora da responsabilização, deve a responsabilidade ser apurada no juízo da falência, ainda que venha a trazer recursos excedentes aos necessários para o atendimento do passivo do devedor.

## 205. Procedimento aplicável

Prevê-se para a ação de responsabilidade a aplicação do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Esta, de fato, haverá de ser a regra. O que fazer, contudo, nos casos em que as *respectivas leis* de regência prevêm a aplicação de um procedimento próprio, a exemplo do que se verifica, *verbi gratia*, com a faculdade que assiste à companhia de propor ação executiva contra o acionista remisso (art. 107, D)? Estaria a mesma esvaziada pelo conteúdo na Lei? Evidentemente que não. A melhor interpretação parece ser a que considera aplicável à espécie eventual procedimento especial definido em lei, aplicando-se, na ausência de dispositivo específico, o procedimento ordinário, tal como propugnado pelo dispositivo em comento.

## 206. Prazo prescricional

O prazo prescricional para a propositura da ação de responsabilidade referida no *caput* será de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência. Como resolver-se, contudo, a antinomia existente entre esse dispositivo e o art. 287 da Lei das Sociedades por Ações, que também dita o prazo prescricional aplicável à ação de responsabilidade? Qual deles haveria de prevalecer? A solução é dada, quer-nos parecer, pela aplicação da regra interpretativa de que *lex specialis derogat generali*.<sup>336</sup> A especialidade residirá, aqui, no ambiente específico em que se desenvolverá a ação — o juízo da falência — e na condição *sui generis* da sociedade envolvida — com *status* de falida.

## 207. Provedimentos cautelatórios

Em linha com o Dec.-lei,<sup>340</sup> reconhece a Lei a possibilidade de se deferir provimento cautelaratório destinado a assegurar a efetividade da ação de responsabilização, consistente na decretação da indisponibilidade dos processados. Tem-se aqui típico provimento cautelar, a desempenhar sua função clássica: de processo tutelando processo.

<sup>335</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 96.

<sup>340</sup> "Art. 6.º [...]".

<sup>336</sup> "Parágrafo único. O juiz, a requerimento do síndico, pode ordenar o sequestro de bens que bastem para elevar a responsabilidade."

<sup>335</sup> A propósito, v. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*, p. 24.

De resto, inova o dispositivo em relação ao texto do Dec. -lei ao facultar ao magistrado possa ele agir de ofício, ordenando a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização. Prescinde-se, portanto, da necessidade de prévia provocação do magistrado, o que, sem dúvida alguma, melhor coaduna-se com a sistemática própria do processo falimentar.

## Seção II Da classificação dos créditos

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1º Para os fins do inciso II do caput deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações nelas estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

**208. Insolvência e concurso**

Como visto<sup>341</sup>, a falência tem lugar quando se presume, a partir dos pressupostos estabelecidos por Lei, que os bens e direitos do devedor empresarial não serão suficientes para a satisfação de todos os seus credores. Não se trata do reconhecimento ou demonstração da insolvência do devedor,<sup>342</sup> mas da ocorrência de certos fatos que, segundo o legislador, fazem presumi-la. O reconhecimento de que o devedor não terá recursos para solver todos os seus débitos levaria invariavelmente a uma "corrida" dos credores na tentativa de satisfazer seus créditos, o que não é desejável por vários aspectos.<sup>343</sup> Inicialmente, uma desordenada busca por satisfação individual tenderia a destruir o estabelecimento do empresário, com a perda do seu valor agravada pelos altíssimos custos de transação decorrentes do aspecto conflituoso da situação, o que por certo prejudicaria não só o devedor, mas principalmente o interesse dos próprios credores, na medida em que diminuiria o valor do patrimônio garantidor de seus créditos. É preciso assegurar que o interesse individual de um credor não venha a prejudicar os interesses da coletividade. Além disso, seria de se notar a tendência ao extermínio da empresa como organização de fatores de produção.<sup>344</sup> Finalmente, o apuro dos credores em buscar individualmente a solução de seu crédito em um patrimônio sabidamente insuficiente tenderia a garantir ao devedor um poder inexistente em caso de solvabilidade: o poder de, através de ações ou omissões, facilitar a satisfação prioritária de alguns em detrimento de outros, inclusive com a possibilidade eventual de contrapartida. Inadmissível pensar que o devedor possa ter fortalecida sua situação diante dos credores, justamente por não ter meios de adimplir as obrigações que contraiu no curso da atividade empresarial. Premiar o devedor com a discricionariedade na condução das execuções individuais em caso de insolvência geraria um cenário propício a fraudes e injustiças.

Especialmente para a preservação do interesse dos credores,<sup>345</sup> desenvolveu-se o instituto da execução coletiva ou concursal – da qual é exemplo o processo falimentar. Os ativos disponíveis do insolvente são, dessa forma, excutidos, e o valor apurado é dividido entre os credores na proporção de seus créditos, num procedimento realizado judicialmente, a partir de critérios estabelecidos em lei. Ao se estabelecer, através de norma, os parâmetros para satisfação dos créditos, pretende-se aumentar a eficiência do ativo para quitação dos débitos, além de eliminar a discricionariedade do insolvente, e, por consequência, seu poder de ingerência sobre o interesse dos credores, ao mesmo tempo em que se lhes garante um tratamento paritário (*par conditio creditorum*).

<sup>341</sup> O autor faz um especial agradecimento a Carla Kitz e Daniel Jorge de Freitas pelo auxílio na pesquisa sobre os temas abordados, especialmente direito trabalhista e comparado.

<sup>342</sup> Um documento de autenticidade comprovada elaborado pelo devedor, reconhecendo sua insolvência, por exemplo, não é hábil a instruir pedido de falência de terceiro interessado.

<sup>343</sup> Cf. BAIRD, Douglas G. A world without bankruptcy. *Corporate bankruptcy* – Economic and legal perspectives, p. 32.

<sup>344</sup> Cf. HART, Oliver. *Different approaches to bankruptcy*. Working Paper 7921. <http://www.nber.org/papers/w7921>.

<sup>345</sup> Não obstante atualmente sejam claramente reconhecidos outros objetivos a um procedimento falimentar, cf. HART, Oliver. *Different approaches to bankruptcy*, p. 4-5, e ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar*, p. 1-157.

A paridade, entretanto, não pode ser vista de modo absoluto. O fato de não se permitir que o devedor determine, no procedimento concursal, quais credores serão satisfeitos em primeiro lugar, não impede o estabelecimento de uma ordem de prioridade para pagamento dos seus créditos.

**209. Privilégios e preferências**

Essa prioridade, também chamada de privilégio,<sup>346</sup> não se confunde com as preferências.<sup>347</sup> O devedor pode, a seu exclusivo critério, gravar um bem com garantia real, estabelecendo em favor desse ou daquele credor preferência sobre os valores arrecadados com sua venda. A preferência será, nesse caso, caracterizada pelo direito do credor de saldar seu crédito com o produto da venda daquele bem, com prioridade sobre os demais credores. Trata-se de um direito patrimonial que pode ser oposto contra qualquer outro credor interessado, e especialmente contra o devedor, resultando da livre disposição dos seus bens e, em última análise, da autonomia privada.<sup>348</sup> Já o privilégio – que decorre exclusivamente da lei – só passa a importar quando não se pode mais atribuir ao devedor liberdade de disposição dos seus bens, no caso da execução concursal. Não é um direito patrimonial,<sup>349</sup> mas uma qualificação do crédito em função de sua natureza. Garante a seu titular a pretensão à satisfação prioritária de seu crédito em execução coletiva, quando então já não mais prevalecem as características principais da preferência. Deve ser oposto contra o Estado, a quem cabe a administração da massa e satisfação dos credores.<sup>350</sup>

O tratamento privilegiado de certos credores, obviamente, não pode basear-se em aspectos pessoais, mas sim em critérios abstratos ligados à natureza dos créditos, sob pena de expressa violação da *par conditio creditorum*. Daí porque a natureza dos créditos não se altera em função da declaração de falência, ou mesmo da sua classificação. O que muda é a forma de exercício dos direitos decorrentes do crédito.<sup>351</sup>

A diferenciação de tratamento através dos privilégios tem sua razão de ser na necessidade de se prover o equilíbrio dos interesses em jogo no procedimento concursal. Com efeito, os credores sujeitos aos efeitos da falência e da recuperação não representam um grupo homogêneo. São diversas as peculiaridades de seus interesses, suas carências e seu grau de ingerência na constituição do crédito. Da mesma forma, sua não satis-

<sup>346</sup> O Código Civil, em seu Título X do Livro I da Parte Especial, trata de "preferências e privilégios creditórios". Abarca assim as preferências – caracterizadas pelas garantias reais – e, quanto aos privilégios, tão somente o especial e o geral. Tratando simplesmente de modo tópico e incompleto o privilégio dos trabalhadores e acidentados (CLT, art. 449, § 1.º, e Lei 11.101/2005, art. 83, I), e o privilégio do credor tributário (CTN, art. 186, e Lei 11.101/2005, art. 83, III).

<sup>347</sup> Ainda que, por constituir uma classe específica de privilégios na falência, as preferências – caracterizadas pelo direito real de garantia – sejam muitas vezes confundidas com aqueles, como já alertava Carvalho de Mendonça (cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 8, I, p. 152).

<sup>348</sup> Cf. FERRI, Luigi. *La autonomia privada*, p. 40.

<sup>349</sup> Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 27, § 3.235, p. 149-150.

<sup>350</sup> Cf. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, p. 602-603.

<sup>351</sup> Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, I, p. 365.

fação pode acarretar consequências proporcionais e subjetivamente diversas, com diferentes reflexos, inclusive sociais.<sup>352</sup>

## 210. Classificação dos créditos

Os créditos são classificados de acordo com sua natureza e com a ordem de privilégios estabelecida pela Lei, atribuindo-se direitos similares àqueles da mesma classe. Somente entre os credores de uma mesma classe a igualdade de tratamento é absoluta: temos direitos a serem exercidos no procedimento falimentar, e raioteio em caso de insuficiência de recursos para pagamento integral de todos.<sup>353</sup>

Mas há uma ordem de prioridade de pagamento entre as diversas classes de credores. Uma vez habilitados os créditos e definida sua classificação, uma classe só terá acesso ao resultado da liquidação do ativo do devedor se e quando não existirem créditos não pagos nas classes precedentes.

Cabe aqui a primeira crítica ao caput do art. 83, que faz expressa referência somente à falência, como se a classificação dos credores não tivesse reflexos no caso de recuperação judicial, por exemplo.<sup>354</sup>

Por outro lado, a classificação desse artigo refere-se somente aos chamados “créditos concursais” ou “falenciais” (credores do falido – *Insolvenzgläubiger*), ou seja, aqueles créditos originários de atos ou fatos ocorridos durante o período de exercício da atividade empresarial do falido, cujo pagamento estará necessariamente sujeito a concurso. Diferem-se assim dos créditos “extracursais”, que incluem aqueles decorrentes de fatos geradores ocorridos após a quebra (credores da massa – *Massegläubiger*), bem como aqueles não sujeitos a concurso, como as restituições em dinheiro (art. 86), os créditos compensáveis (art. 122), os créditos estabelecidos no âmbito de câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e liquidação (arts. 193 e 194) etc.

## 211. Créditos concursais com prioridade absoluta

Segundo o inc. I do art. 83, compõem a classe que tem prioridade sobre todos os demais créditos concursais aqueles (i) até 150 salários mínimos por credor, derivados da legislação do trabalho desde que decorrentes de fatos ocorridos antes da decretação da falência,<sup>355</sup> e (ii) decorrentes de indenização cobrável do empresário a quem se pode impu-

<sup>352</sup> Exemplificativamente, é possível afirmar que um trabalhador mantém com o empregador um contrato substancialmente dirimido, com exíguas possibilidades de negociar garantias em caso de inadimplemento. No mais das vezes, e mesmo em razão da exclusividade que permeia sua relação com o empregador, não possui outras fontes de receita, dependendo substancialmente dos salários e afins para sua subsistência e de seus familiares. Sua situação é, por exemplo, diversa daquela de um fornecedor do empresário que tende a ter, no momento da contratação, a possibilidade de exigir garantias que aumentem a sua chance de recebimento de seus créditos, e mesmo em negociar um prêmio pelo risco de inadimplemento. Não o fazendo, o custo referente ao risco assumido comporá o preço dos produtos ou serviços fornecidos, inclusive considerando soluções alternativas num possível cenário negativo.

<sup>353</sup> Código Civil, art. 962.

<sup>354</sup> Cf. art. 51, III, art. 52, § 1.º, II, art. 54, parágrafo único, art. 58, §§ 1.º e 2.º.  
<sup>355</sup> Ver art. 84, I.

tar culpa por acidente de trabalho. E entre trabalhistas e acidentários não há mais que se falar em prioridade, como se chegou a cogitar em face da interpretação da legislação anterior.<sup>356</sup> Em caso de insuficiência de recursos para sua satisfação integral, cada credor trabalhistas ou por acidente de trabalho concorrerá em situação de igualdade e receberá o raioteio das receitas proporcionalmente ao valor de seu crédito privilegiado. Há que se notar, por fim, o tratamento excepcional dispensado aos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 salários por trabalhador (art. 151), que deverão ser pagos pelo administrador tão logo existam recursos disponíveis, com as ressalvas demonstradas nos comentários ao art. 151.

## 212. Créditos trabalhistas

Os créditos trabalhistas, como visto, só terão prioridade até o limite de 150 salários mínimos por credor. O valor individual que ultrapassar essa quantia será classificado como quirografário (art. 83, VI, c), o que significa a derrogação da norma do art. 449, § 1.º, da CLT, que assegurava privilégios à totalidade dos créditos decorrentes de salários e indenizações trabalhistas.<sup>357</sup> O dispositivo não confronta a Convenção 95 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata de salários, em vigor em nosso ordenamento graças ao Decreto 41.721/1957, “revigorado” (sic) pelo Decreto 95.461/1987. A Convenção 95 deixa claro que, apesar de impositivo o privilégio dos salários na falência, este pode ser limitado a vencimentos decorrentes de certo período de tempo anterior à decretação da quebra, ou a certo valor, hipótese esta adotada pelo legislador pátrio na Lei em análise.<sup>358</sup> Por seu turno, a Convenção 173 da OIT, que trata do mesmo assunto, não foi recepcionada em nosso ordenamento. E mesmo que assim não se considerasse, teria caráter de lei ordinária – vez que não foi aprovada em dois turnos, por 3/5 dos votos de cada uma das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 5.º, § 3.º, com a redação dada pela EC n. 45/2004), e estaria assim sujeita à derrogação por lei posterior

<sup>356</sup> Pela prioridade dos acidentários sobre os trabalhistas: REQUILÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 280 e 329; TAVARES PAES, P. R. *Curso de falências e concordatas*, p. 118. Em sentido oposto: NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, v. 3, p. 544.

<sup>357</sup> A limitação do privilégio aos 150 salários mínimos integrou definitivamente a redação da nova Lei a partir do Projeto de Lei da Câmara 71/2003, aprovado no Senado Federal. Em seu relatório final, o Senador Ramez Tebet afirma que a limitação pretende proteger os interesses dos trabalhadores, não prejudicá-los. Baseia-se na convicção de que a restrição, ao mesmo tempo em que irá coibir fraudes decorrentes da constituição de vultosos créditos trabalhistas por pessoas da confiança do empresário, com o objetivo de repossar-lhe os proventos, não prejudicará os trabalhadores realmente necessitados, pois o valor médio dos créditos trabalhistas objeto de sentenças condenatórias e homologatórias no país não ultrapassa 12 salários mínimos. Ainda em favor da limitação, informa que o valor estabelecido (150 salários mínimos) foi aprovado pelas duas maiores centrais sindicais do Brasil, em audiência pública, na Comissão de Assuntos Econômicos de 5 de fevereiro de 2004 (cf. Parecer ao PLC 71/2003, aprovado no Plenário do Senado Federal em 17 de julho de 2004, p. 24-25).

<sup>358</sup> Convenção 95, OIT: “Art. 11, 1 – Em caso de falência ou de liquidação judicial de uma empresa, os trabalhadores nela empregados terão categoria de credores privilegiados, quer para os salários que lhes são devidos a título de serviços fornecidos durante um período anterior à falência ou à liquidação, e que será prescrito pela legislação nacional, quer para os salários que não ultrapassarem um montante prescrito pela legislação nacional”.

especial, como a Lei 11.101/2005.<sup>359</sup> Reconhecendo-se que o privilégio absoluto dos créditos trabalhistas decorre de seu caráter alimentar,<sup>360, 361</sup> forçoso concluir que sua limitação a 150 salários mínimos corresponde a um indicador positivo do legislador de que, pelo menos em sede concursal, valores acima desse parâmetro não possuem tal caráter.

Note-se que só será classificado de acordo com o inc. I do art. 83 o crédito trabalhista concursal, anterior à decretação da falência, contra o falido ou a sociedade falida. A remuneração decorrente de trabalho prestado após a decretação da falência, que tem como contraparte a massa falida, será considerada extracuncusal nos termos do art. 84, I.

Somente a Justiça do Trabalho é competente para definir o valor do crédito de natureza trabalhista (art. 6.º, § 2.º). O credor deverá apresentar ao administrador judicial a sentença transitada em julgado, sendo sua pretensão avaliada com base nesse documento.

Existem ainda certos créditos que são equiparados aos trabalhistas por leis próprias. Esse o caso, em especial, da remuneração dos representantes comerciais autônomos (Lei 4.386/1965, art. 44, como alterada pela Lei 8.420/1992) bem como dos créditos referentes às contribuições ao FGTS (Lei 8.344/1994, art. 2.º, § 3.º, com a redação dada pela Lei 9.467/1997).

### 213. Cessão dos créditos privilegiados trabalhistas

Sobre os créditos privilegiados decorrentes da legislação do trabalho (até 150 salários mínimos), convém fazer referência à norma prevista no § 4.º do art. 83, que estabelece que sua cessão, a qualquer título, converte-os automaticamente em quirografários.

A proibição de cessão dos créditos trabalhistas já se verifica em âmbito não concursal,<sup>362</sup> sob o fundamento de que poderia o trabalhador, premido pela necessidade,

<sup>359</sup> Mesmo os países que garantem tratamento prioritário aos credores trabalhistas o fazem geralmente com restrições. Na Espanha, a recente Lei 2/2003 garante aos trabalhadores privilégio especial sobre os bens que produziram – e em concorrência com todos os demais credores com privilégio especial –, e privilégios gerais quanto ao restante (arts. 90 e 91). Regime semelhante nota-se na Argentina (Lei 24.522/2002, art. 241, 2). Na França, os créditos trabalhistas constituem crédito com privilégio geral (arts. L143-10 a L143-11-9 do Código do Trabalho), limitados, de acordo com as circunstâncias, a 2 vezes o teto mensal retido para contribuições ao regime de seguridade. Na Itália, há um fundo de garantia que visa a assegurar aos trabalhadores o recebimento das verbas salariais.

<sup>360</sup> “O caráter alimentar do salário é, talvez, o seu mais incisivo traço em face das demais retribuições próprias do denominados contratos de atividade. O salário do empregado é, antes de tudo, destinado ao seu próprio sustento e ao da família” (GOMES, Orlando, e GOTTSCHALK, Elson, *Curso de direito do trabalho*, p. 200).

<sup>361</sup> Para fins de pagamento por parte da Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, independentemente de precatório, o crédito trabalhista tem constitucionalmente reconhecido seu caráter alimentar (CF, art. 100, § 1.º, A, com a redação dada pela EC n.º 30/2000).

<sup>362</sup> “As legislações costumam regular a cedibilidade do crédito salarial em relação comparativa às regras sobre a penhorabilidade. Assim, a proibição da cessão depende, quantitativamente, da limitação ou não da penhorabilidade do salário. Dessarte, considera-se lícita a cessão desde que recaia sobre a porção penhorável, lícita em caso contrário. A nossa lei, que não admite a penhorabilidade do salário, salvo para o pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos em casos de condenação desta prestação, não autoriza, conseqüentemente, a cessão” (GOMES, Orlando, e GOTTSCHALK, Elson, *Curso de direito do trabalho*, p. 254).

transfere seus direitos creditícios por valor irrisório, prejudicando-se e a seus dependentes. A novidade da Lei 11.101/2005 vem no tratamento diferenciado à questão: fica expressamente autorizada a cessão, mas com a perda do caráter privilegiado do crédito. Em vista da aparente ineficiência do dispositivo quanto à proteção do trabalhador,<sup>363</sup> há que se vislumbrar na norma uma função, ainda que secundária, de preservação dos interesses da comunidade de credores e, eventualmente, de preservação da atividade empresarial, diante da eventual transferência do poder de decisão dos credores trabalhistas.

No regime da Lei 11.101/2005, os trabalhadores compõem uma das três classes da Assembleia de Credores, que tem por função, entre outras, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial, indicar o nome do gestor judicial, a substituição do Comitê de Credores, bem como a indicação de seus membros, a aprovação de outras formas de realização do ativo em caso de falência etc.<sup>364</sup> Esse poder de decisão pode ser valioso nas mãos (índirectas) do próprio devedor, interessado em reaver de alguma forma a ingerência no destino dos ativos de sua empresa, ou mesmo de um concorrente seu, a quem pode interessar inclusive certificar-se de que não haverá continuidade da atividade do falido. Como, em regra, os créditos trabalhistas representam um montante total inferior aos quirografários, e seus titulares são mais susceptíveis a abordagens comerciais que os credores com garantia real, essa seria uma via naturalmente eficaz de se obter acesso às decisões sobre a massa e o procedimento de falência e de recuperação judicial.<sup>365</sup> Nesse caso, a conversão em quirografários dos créditos trabalhistas cedidos pode ser eficiente, especialmente porque, diferentemente do que ocorre com quem se arca pelo valor do crédito – que pode manter a cessão obscura até mesmo após o pagamento – o interessado no poder de deliberação dos credores trabalhistas encontrará enormes dificuldades em exercê-lo de modo dissimulado, durante todo o procedimento falimentar ou de recuperação judicial.

### 214. Créditos acidentários

Com prioridade absoluta, existem ainda os créditos por acidente do trabalho. Antes de mais nada, é necessário atentar que o acidente de trabalho pode gerar para o acidentado uma dupla via de ressarcimento: uma, ligada à Seguridade Social e ao INSS, que o indeniza com os recursos das contribuições sociais que administra – trata-se do benefício previsto na Lei 8.213/1991; outra, com fundamento constitucional (CF, art. 7.º, XXVIII), refere-se ao direito do trabalhador de ver ressarcidos os danos sofridos na atividade laboral, desde que decorrentes de fato imputável por dolo ou culpa ao empregador, caso em que será este o devedor. As verbas são cumulativas, mas, por óbvio, só pode ser exigida na falência a indenização decorrente da condenação do empregador empresário em ação de reparação de danos movida pelo acidentado ou por seus sucessores.

<sup>363</sup> Primeiro, porque sempre existirão meios de se realizar a cessão com relativa eficiência, ainda que de modo dissimulado. Segundo, porque, ao se permitir a cessão, mas retirando-se do crédito seu caráter privilegiado, o legislador não somente oferece a quem tem a força do capital um argumento a mais para impor um maior deságio ao trabalhador cedente, que em geral só cogia ceder seu crédito justamente por precisar de recursos imediatos.

<sup>364</sup> Cf. arts. 41 e 45.

<sup>365</sup> Mesmo porque há deliberações tomadas através de votos “por cabeça” (*one man, one vote*), não pelo montante do crédito (art. 45, § 2.º).

**215. Créditos com garantia real**

Logo a seguir, em ordem de prioridade, surgem os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado. Andou bem o legislador quando reconheceu a importância da garantia real, assegurando-lhe prioridade sobre os créditos fiscais, não obstante as críticas de que o dispositivo foi incorporado à Lei em razão da pressão imposta pelas instituições financeiras. A valorização da garantia real beneficia não só os bancos, mas os provedores de crédito em geral.<sup>365</sup>

A importância do crédito na atividade empresarial é inegável. Os empresários necessitam de crédito para usufruir ao máximo seu potencial de crescimento e produção e, principalmente nos dias atuais de globalização, tomar seus empreendimentos competitivos. O custo do crédito decorre, entre outros fatores, do grau de segurança que o financiador possui de que receberá de volta os valores financiados. Os ativos do empresário, mesmo empregados na sua atividade, podem ter um relevante papel de viabilizador de crédito na constituição de garantias, o que aumenta sua utilidade. Um financiador – seja uma instituição financeira ou um fornecedor de matérias-primas para pagamento a prazo – terá tanto maior disposição em financiar o empresário quanto maiores as garantias de recebimento. O risco de inadimplemento, se não significar um definitivo impedimento para o crédito, representará maior custo para o tomador. Nesse sentido, a segurança do fornecedor de crédito quanto ao recebimento dos valores financiados opera em favor do empresário tomador. E, sem dúvida alguma, as garantias reais têm por função cumprir esse papel. Dar porque é importante que os créditos com garantia real tenham prioridade de recebimento sobre outros, principalmente os créditos fiscais e os não garantidos. Essa, provavelmente, a razão que levou o legislador a garantir aos credores com garantia real, além do privilégio, a especial vantagem de poderem computar, no crédito privilegiado, os juros posteriores à decretação da falência (art. 124, parágrafo único).

De acordo com a definição do Código Civil (art. 1.419), são garantias reais o penhor, a hipoteca e a anticrese. Fora do regime concursal, os bens gravados com garantia real ficam vinculados ao cumprimento da obrigação, e os direitos do credor pignoratício, hipotecário e anticrético sobre tais bens preferem aos direitos de quaisquer outros credores.

A redação do inc. II do art. 83 é sutilmente diversa daquela do correspondente dispositivo da Lei anterior.<sup>367</sup> Mas a diferença é importante, na medida em que demonstra que a classificação do crédito como prioritário se dá na exata medida do valor arrecadado com a alienação do bem onerado, e não na real vinculação desse bem ao crédito.

Quando é decretada a falência, a universalidade dos bens do falido passa a compor a massa e a sujeitar-se ao interesse da comunidade de credores. Nesse momento, a preferência do credor com garantia real sobre o produto da venda do bem garantido deixa de ser absoluta, para preservação do seu interesse individual e daquele da comunidade de credores. Afinal, o administrador judicial deve ter plena liberdade de tomar as decisões que julgar convenientes – incluindo-se a venda antecipada de certos ativos, ou sua destinação diversa, nos

termos da Lei – sem que com isso possa vir a prejudicar credores específicos. A solução para o caso é dada pela própria Lei, que assegura privilégio ao credor com garantia real até o valor arrecadado com a venda do bem dado em garantia – e não sobre esse bem ou sobre o produto dessa venda. Tanto que a parcela do crédito que ultrapassar o valor arrecadado com a venda do bem será considerada quirografária (art. 83, VI, b). Qualquer conclusão em sentido contrário levaria à violação da *par conditio creditorum*. Uma vez reconhecido que o valor do seu privilégio de recebimento é igual ao valor obtido com a venda do objeto da garantia real, pouco importa para o credor habilitado se o bem será vendido antecipadamente ou junto com os demais.

Não se pode falar, então, que um credor com garantia real terá preferência sobre os recursos apurados com a venda específica do bem que lhe garantia o crédito. O produto da venda de qualquer bem da massa a ele se destina integralmente, não se reservando, *a priori*, a nenhum credor específico. Essa, inclusive, a instrução do art. 141, I desta Lei.

A prioridade do credor com garantia real, portanto, opera-se, preservados os direitos dos credores extraconcursais, trabalhistas e acidentários, sobre a receita total da liquidação do ativo até o limite do valor apurado pela venda do bem dado em garantia, nos termos da Lei, tudo em concorrência com os demais credores com garantia real.

Sua única insegurança pode vir a ser a determinação do valor do bem dado em garantia. Isso porque os únicos critérios oferecidos pela Lei para determinação do valor do limite do privilégio são dependentes da alienação do bem dado em garantia, o que tende a dar-se após a classificação dos credores.<sup>368</sup>

**216. Créditos com garantia real: apuração do montante privilegiado**

A Lei 11.101/2005 estabelece, no § 1.º do art. 83, os seguintes critérios de definição do limite do crédito privilegiado, conforme o inc. II do art. 83: (i) se o bem for vendido individualmente, toma-se o valor efetivamente apurado com sua arrematação; (ii) se o bem for vendido em bloco, junto com outros, toma-se o valor de avaliação individual do bem. Neste último caso, por uma questão de equidade, respectivamente para com o credor com garantia real ou para com a comunidade de credores, o valor de avaliação individual do bem deve ser aumentado ou diminuído, na proporção do ágio ou deságio verificado na arrematação do bloco. Para garantir a eficácia deste dispositivo, determina o art. 108, § 5.º que o bem objeto de garantia real será sempre avaliado individualmente, mesmo que a venda venha a dar-se em bloco.

**217. Créditos com garantia real: outros aspectos**

Os casos de perda ou deterioração da coisa dada em garantia após a decretação da falência resolvem-se nos termos da legislação civil aplicável, uma vez que o privilégio concursal depende da efetiva subsistência da preferência. E se a garantia recair sobre crédito, o valor considerado é aquele efetivamente pago à massa. No mesmo sentido, e para evitar que um credor adquira na execução coletiva vantagens maiores que aquelas anteriores ao

366

O *Insolvenzordnung* alemão (InsO) assegura ao titular de hipoteca o direito de excluir da falência o bem dado em garantia (§ 49), e ao titular de direitos reais de garantia sobre bens móveis um procedimento especial de satisfação dentro do processo de insolvência (§ 50 e §§ 166 e ss.). Dec.-lei 7.661/1945: "Art. 102. [...] I – créditos com direitos reais de garantia [...]".

367

Dec.-lei 7.661/1945: "Art. 102. [...] I – créditos com direitos reais de garantia [...]".

368

Maior dificuldade se dará para a atuação desses credores na Assembleia-Geral, nos termos dos arts. 41 e 45, se a alienação do bem dado em garantia não tiver ocorrido.

procedimento concursal, deve-se atentar para garantias de segundo grau, como sub-hipotecas. Trata-se, na espécie, do concurso de dois credores na preferência sobre o produto de venda de determinado bem imóvel. A solução aqui também parece simples. Tendo-se claro que os créditos só terão prioridade em função do art. 83, II até o limite do valor arrecadado com o bem dado em garantia, a única dificuldade que se impõe é determinar esse valor e, na sequência, ir dele subtraindo o valor dos demais créditos preferentemente garantidos, de acordo com a ordem de preferência (anterioridade de registro). A garantia do credor hipotecário subordinado limita-se à parcela do valor do bem que sobra depois de satisfeito o titular da primeira hipoteca.<sup>368</sup> Se antes do regime concursal sua garantia sujeitava-se à satisfação do credor hipotecário primário, o mesmo deve dar-se na falência.

## 218. Créditos fiscais e parafiscais

Invertendo-se a ordem imperante no regime do Dec.-lei 7.661/1945, na falência regulada pela Lei 11.101/2005 os créditos tributários devem ser satisfeitos logo na sequência dos créditos com garantia real. Tratam-se, portanto, de créditos concursais, como correntemente se vê refletido no art. 186 do Código Tributário Nacional, de acordo com a redação que lhe conferiu a Lei Complementar 118/2005. Dessa forma, o *caput* do art. 187 do CTN deve ser restritivamente interpretado, a fim de não gerar contradição com os dispositivos em análise. A autorização para cobrança judicial dos créditos fiscais, independentemente do processo falimentar, não pode desconsiderar seu caráter concursal. O processo de cobrança tributária pode evoluir em juízo próprio até a fase de execução, mas os resultados da alienação ou do pagamento a qualquer título devem ser levados ao juízo falimentar para rateio,<sup>369</sup> sob pena de violação da ordem de prioridade reconhecida tanto na Lei 11.101/2005 como no CTN.<sup>370</sup> Daí porque inadmissível, no regime da nova Lei, que se mantenha prática que acabou consagrada no regime do Dec.-lei 7.661/1945, de se proceder à penhora no rosto dos autos para garantia de créditos fiscais.<sup>371</sup>

Sempre que pleiteado pelos representantes competentes, deverá respeitar-se, dentro da classe do art. 83, III, a ordem para pagamentos prevista no parágrafo único do art. 187 do CTN, ou seja, (i) créditos da União,<sup>372</sup> (ii) créditos dos Estados e Distrito Federal, *pro rata*; e (iii) créditos dos Municípios, *pro rata*.

As multas tributárias são excepcionadas nesta classe, e só serão devidas após a satisfação dos credores quirografários. Além disso, ainda que o inc. III do art. 83 refira-se a créditos tributários independentemente de sua natureza e tempo de constituição, aplica-se obviamente a débitos do falido ou sociedade falida. Portanto, aqueles decorrentes

<sup>368</sup> Cf., por todos, MONTENEGRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, p. 412.

<sup>369</sup> STJ, REsp 188.148/RS, REsp 399.724/RS e EREsp 446.035/RS; TJSP, AI 132.857-5 (7.ª Cam. Dir. Pvb. - 13.12.1999 - v.u.).

<sup>370</sup> Contra, pela suspensão das ações fiscais durante o processo de falência, cf. MIRETTI, Luiz Antônio Caldeira. "Os créditos tributários no processo de recuperação de empresas e falência". *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 275.

<sup>371</sup> Cf. *JTJ* 190/201.

<sup>372</sup> Bem como das entes públicos a ela ligados, como a Seguridade Social (Lei 8.212/1991, art. 51), por exemplo.

de fatos geradores ocorridos após a decretação da quebra serão extraconcursais, nos termos do art. 84, V.

## 219. Créditos com privilégio especial e geral

Após os créditos tributários, vêm classificados os credores com privilégio especial e geral, nesta ordem. Privilégios geral e especial dão a seus titulares prioridade de recebimento somente sobre os créditos quirografários e sub-quirografários, subordinando-se aos demais. O privilégio especial, além de preferir ao privilégio geral, vem ligado a um determinado bem, e se justifica pela conexão entre o crédito e esse bem. É o caso de todos os créditos listados no art. 964 do Código Civil, como o exemplo do credor por benfeitorias úteis e necessárias quanto ao bem beneficiado (inc. III). É também o caso dos credores com direito de retenção sobre certo bem, como o mandatário sobre a coisa possuída em virtude do mandato (CC, art. 681).<sup>373</sup> No mesmo sentido, o crédito das entidades fechadas de previdência complementar quanto à massa falida de seus patrocinadores.<sup>375</sup>

O montante do crédito a que se garante privilégio especial dependerá do valor arrecadado com a venda do bem, para o que, na ausência de disposição específica, pode-se aplicar por analogia o disposto no § 1.º do art. 83.

Já o privilégio geral tem como característica a simples prioridade de satisfação em relação aos créditos quirografários. As hipóteses de sua incidência vêm arroladas no art. 965 do Código Civil. Observe-se, no entanto, que, quanto ao regime falimentar, o inc. II foi revogado pelos incs. III e IV do art. 84, que reclassificou tais créditos como extraconcursais. Também as hipóteses dos incs. VI e VII foram revogadas, respectivamente, pelos incs. I e III do art. 83 da Lei 11.101/2005. Além das hipóteses listadas no art. 964 do Código Civil, merecem destaque o crédito do comissário pelas despesas em benefício do comitente falido (CC, art. 707), os créditos dos advogados por honorários (art. 24 da Lei 8.906/1994), os créditos dos debenturistas com garantia fluante (art. 58, § 1.º da Lei 6.404/1976).<sup>376</sup>

Finalmente, importante mencionar que o legislador, pretendendo incentivar o fornecimento de bens e serviços ao empresário durante a recuperação judicial, premiou o fornecedor quirografário com uma melhoria progressiva na qualidade de seu crédito (art. 67, parágrafo único, da Lei 11.101/2005). Não se trata de exceção à regra da imutabilidade da natureza do crédito na falência, porque a alteração se dá antes desta, durante o período de vigência da recuperação judicial. O credor quirografário que mantiver o fornecimento de bens e serviços durante a recuperação judicial terá seu crédito contemplado com privilégio geral, em caso de falência do empresário, na exata medida do valor dos bens ou

<sup>373</sup> Também no Código Civil, arts. 571, 578, 644, 708, 742, 1.219, 1.433, II e 1.507, § 2.º.

<sup>374</sup> Lei Complementar 109/2001, art. 57. Note-se que, neste caso, o privilégio especial impõe-se sobre toda a massa falida do patrocinador, o que, sem dúvida, desvirtua a natureza do instituto e dificulta sua aplicação. Por não possuir direta referência a certo bem, mas a todo o patrimônio do devedor, o privilégio especial neste caso abrangera a totalidade do crédito, independentemente de qualquer avaliação.

<sup>375</sup> Entre outros: Lei 4.591/1964, art. 43, Dec.-lei 496/1964, art. 1.º, Dec.-lei 70/1966, art. 35, § 2.º, Dec. 3.048/1999, art. 246.

serviços fornecidos. Pode o credor iniciar o processo de recuperação judicial com cento e noventa e sete por cento de crédito quirografário, que vai transformando-se progressivamente em crédito com privilégio geral.

## 220. Créditos quirografários

Também chamados de comuns ou ordinários, quirografários serão os créditos que não possam qualquer privilégio de recebimento em procedimento concursal, nem sejam subordinados, como se verá adiante. Não há que se confundir créditos sem privilégio com créditos sem garantia.<sup>377</sup> Nada impede que um crédito com garantia pessoal (aval ou fiança) seja considerado quirografário na falência e na recuperação. Poderá ainda seu titular executar seu fiador ou avalista<sup>378</sup> em procedimento próprio, concomitantemente à habilitação do crédito.

Trata-se de uma classe definida por exclusão: engloba qualquer crédito concursal que não possa ser incluído em outra classificação (art. 83, VI, a), bem como os saldos dos créditos trabalhistas que superarem 150 salários mínimos, e os dos créditos com garantia real que ultrapassem o valor arrecadado com o bem garantidor (art. 83, VI, b e c). Destaque-se que no caso dos credores com garantia real, somente o saldo do débito principal não coberto pelo valor do bem é que se toma quirografário. Os juros dos créditos garantidos nunca se tomarão créditos quirografários: ou bem serão créditos privilegiados – desde que assim comporte o bem garantidor –, ou, na insuficiência do valor apurado na venda do bem, se lhes aplicará o mesmo regime dos juros dos demais credores, nos termos do art. 124 e seu parágrafo único.

Os credores quirografários só recebem quando não houver qualquer credor privilegiado por pagar.

## 221. Créditos sub-quirotgrafários

A Lei 11.101/95 reconhece ainda dois níveis de credores sub-quirotgrafários (*Nachrangige Insolvenzgläubiger*<sup>379</sup>). Estes só terão acesso ao resultado da liquidação do ativo da massa depois que todos os demais credores estiverem satisfeitos. Note-se que essa espécie de “antiprivilegio” também só gera efeitos durante o processo de concurso. Nada impede que os titulares de crédito sub-quirotgrafário intentem execução singular do devedor enquanto não ficar presumido seu estado de insolvência. Não é correto, portanto, afirmar-se que os sub-quirotgrafários não têm acesso ao patrimônio do devedor para satisfazer seus créditos.<sup>380</sup> Fora do estado concursal e salvo no caso das preferências, os bens do devedor respondem igualmente a todos os credores comuns.<sup>381</sup> O grande risco a que estão submetidos os credores sub-quirotgrafários é a insolvência do deve-

dor e a instituição de execução concursal, haja vista que neste caso é grande a possibilidade de virem a não receber.

Enquanto no regime anterior os créditos sub-quirotgrafários vinham listados exclusivamente em normas especiais, a Lei 11.101/2005 tipificou-os, dividindo-os em duas classes.

Somente as multas contratuais e penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias (art. 83, VII), compõem a classe de sub-quirotgrafários primários. Deverão ser satisfeitos tão logo sejam pagos os credores quirografários. Quanto às multas contratuais, cumpre harmonizar o dispositivo em análise com o § 3.º do mesmo art. 83, que determina que as cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.<sup>382</sup>

No que diz respeito às penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas e às multas pecuniárias, alterou a Lei 11.101/2005 o entendimento anterior, fixado pelo art. 23, parágrafo único, III do Dec.-lei 7.661/1945 e pela Súmula 565 do Supremo Tribunal Federal, que comandavam a impossibilidade de reclamação de tais créditos na falência.

## 222. Créditos subordinados

Uma vez pagos os sub-quirotgrafários primários, passa-se à satisfação *pro rata* dos subordinados, assim considerados os créditos dos sócios e administradores sem vínculo trabalhista, bem como quaisquer outros dessa forma definidos em lei ou no contrato. Por expressa previsão da Lei (art. 83, § 2.º), o crédito do sócio por resgate de sua parcela no capital social da sociedade falida não se inclui entre os créditos subordinados, mesmo porque sequer pode ser reclamada na falência.<sup>383</sup> Os créditos dos sócios ou administradores a que se refere a alínea b do inc. VIII do art. 83 serão aqueles decorrentes, por exemplo, de *pro-labore* ou mútuo, e serão subordinados desde que não tenham algum outro privilégio.<sup>384</sup> Podem ainda as partes contratantes estabelecer o enquadramento de um crédito como subordinado, ou decorrer a classificação de expressa disposição de lei, como o caso das debêntures sub-quirotgrafárias a que se refere o art. 58, § 4.º da Lei das S/A.

## 223. Juros posteriores à decretação da quebra

Depois de satisfeitos os créditos subordinados, inicia-se o pagamento dos juros posteriores à decretação da falência (art. 124), à exceção dos juros relativos a créditos classificados como de garantia real que, como visto, gozam do privilégio idêntico ao do principal.

<sup>377</sup> Cf. SILVA PACHECO, José da. *Processo de falência e concordata*, p. 481.

<sup>378</sup> O mesmo ocorre na recuperação, cf. art. 49, § 1.º.

<sup>379</sup> Cf. § 39 InsO.

<sup>380</sup> Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 1, p. 687, para quem o debenturista sub-quirotgrafário “... não é credor do ponto de vista da executibilidade do seu direito”.

<sup>381</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto privato*, p. 370.

<sup>382</sup> Ver também art. 118.

<sup>383</sup> Nessa situação encontram-se os sócios excluídos e que tenham exercido seu direito de resgate por dissidência ou outras causas legais ou contratuais (inclusive em caso de dissolução parcial). Não se encontram na hipótese os titulares de crédito por amortização de suas ações, cf. GONÇALVESNETTO, Alfredo de Assis. *Líquid de direito societário – S/As*, p. 122, e CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, p. 303.

<sup>384</sup> Eventuais privilégios que levem à inclusão de créditos de sócios e/ou administradores em outra classe devem ser analisados com especial atenção pelo administrador judicial e pelos demais interessados, em face da possibilidade de fraude.

Art. 84. Serão considerados créditos extracursais e serão pagos com preferência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I - remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos devidos da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II - quantias fornecidas à massa pelos credores;

III - despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV - custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V - obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a atos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

FRANCISCO SATTIRO DE SOUZA JÚNIOR

## 224. Créditos extracursais e credores da massa

Enquanto os credores listados no art. 83 adquiriram seus créditos a partir de atos ou fatos ligados ao empresário e à empresa sob sua administração antes da falência, as obrigações listadas no art. 84 são, na sua maioria, resultado da atuação do administrador judicial<sup>385</sup> na gestão dos interesses dos envolvidos na falência e da recuperação judicial.

A diferença de tratamento entre estes créditos e os do art. 83 (credores da falência)<sup>386</sup> se mostra necessária na medida em que, à exceção das obrigações decorrentes de atos válidos praticados durante a recuperação judicial, os créditos relacionados no art. 84 não existiam até a decretação da quebra. Eles não concorreram para a instauração do regime concursal (e a afirmação vale inclusive para os créditos constituídos durante a recuperação judicial, que, afinal, deverá ter sido instaurada com o objetivo de solucionar o problema da empresa que já se encontrava em dificuldades). Tratam-se de créditos constituídos em função da necessidade de administração da massa e dos interesses a ela relacionados, durante o processo de falência. Daí porque seus titulares são chamados de "credores da massa" (*Massegläubiger*)<sup>387</sup>, chegando Carvalho de Mendonça a qualificá-los como verdadeiros "credores dos credores"<sup>388</sup>.

São créditos "extracursais" somente na medida em que se distinguem dos créditos "concursais" ou "falenciais" (*Insolvenzgläubiger*), que, pré-existentes, justificaram a dos "concursais" no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I - remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos devidos da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II - quantias fornecidas à massa pelos credores;

III - despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV - custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V - obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a atos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

instauração do concurso. O *caput* do art. 84 deixa claro que a principal consequência da classificação de certo crédito nos seus termos é a garantia de prioridade de pagamento sobre os créditos concursais listados no art. 83.

Duas conclusões surgem desse fato. Inicialmente, resta claro que existirão, no processo de falência, outros credores que serão satisfeitos antes dos credores da massa. Esse o caso dos credores aptos à compensação (art. 122), dos créditos assumidos no âmbito das câmaras ou prestadores de serviços de liquidação e compensação (arts. 193 e 194), das despesas com pagamento antecipado imprescindível à administração da falência (art. 150). Quanto à existência de alguma ordem de prioridade entre credores da massa (art. 84) e titulares de direito de restituição em dinheiro (art. 86), Fábio Ulhoa afirma que estes últimos devem ser satisfeitos somente após integral pagamento dos créditos extracursais previstos no art. 84, e se sobrestarem recursos para tanto,<sup>389</sup> o que talvez possa ser reforçado pelo conteúdo do parágrafo único do art. 86, que exige o pagamento dos recursos previstos no art. 151 antes das restituições em dinheiro, sem equivalente disposição quanto aos créditos extracursais em análise.<sup>390</sup>

A segunda conclusão reside no fato de que, apesar da denominação "extracursais", são créditos que podem sujeitar-se a concurso. O legislador abandonou a antiga distinção entre encargos da massa (*Massenkosten*) e dívidas da massa (*Massenshulden*), tomando todos os credores da massa em um único grupo, mas estabeleceu entre eles uma ordem de prelação para pagamento.<sup>391</sup> Em caso de insuficiência de bens para plena satisfação da integralidade dos créditos contra a massa, o pagamento deve respeitar a ordem de prioridades estabelecida no art. 84, realizando-se *pro rata* dentro de cada classe de credores extracursais.<sup>392</sup> Assim como no caso dos credores concursais ou falenciais, os créditos de uma classe extracursual só podem ser satisfeitos se não houver créditos da classe anterior por pagar. Daí concluir-se que o elenco do art. 84 é taxativo - apesar de amplo -, somente comportando créditos que estejam contidos nas hipóteses relacionadas nos incs. I a V.<sup>393</sup>

Note-se que, ao definir o momento do pagamento dos créditos extracursais, o legislador simplesmente afirma que deve ocorrer antes de se iniciar a fase de satisfação dos créditos referidos no art. 83. A vagueza da definição salta aos olhos. Impossível definir com precisão que momento será esse, que pode ir desde a decretação da falência até o início dos pagamentos dos credores concursais.

A classificação como extracursual, entretanto, não autoriza o pagamento indiscriminado desses créditos na medida em que vão surgindo.<sup>394</sup> Como visto, o legisla-

<sup>389</sup> "São duas as espécies de créditos extracursais: os relacionados à administração da falência e as restituições em dinheiro. A primeira espécie tem preferência sobre a segunda, de modo que somente são atendidos os titulares de direito à restituição em dinheiro depois do pagamento dos credores da massa caso sobre recurso" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, p. 357).

<sup>390</sup> Cf. comentários no art. 151.

<sup>391</sup> "Art. 84. [...] serão pagos [...], na ordem a seguir [...]"

<sup>392</sup> Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 195.

<sup>393</sup> Contra, COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 84.

<sup>394</sup> Alguns deles, como os honorários do administrador judicial, por exemplo, sequer podem ser pagos adiantadamente (cf. art. 24).

<sup>385</sup> No direito alemão, são créditos contra a massa os atos jurídicos válidos praticados pelo administrador da falência, e obrigações decorrentes de contratos bilaterais cujo cumprimento seja do interesse da massa (InsO § 55).

<sup>386</sup> "Os credores da massa, é claro, são titulares dos créditos relativos aos encargos e dívidas da massa falida, e os credores da falência são os credores concursais, que existiam anteriormente à época da declaração da falência" (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 325).

<sup>387</sup> Cf. § 53 do InsO.

<sup>388</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, p. 418.

dor explicitou que existe, sim, uma ordem de prioridade para pagamento das despesas extracursais relacionadas nesse artigo. Assim, a não ser que haja certeza de sobra de recursos para satisfação de todos os créditos extracursais, deve o administrador realizar os pagamentos todos num único momento, aplicando as regras de ração, prioridade e respeito do eventual reservas (se cabíveis). Nesse caso, se a realização de alguma despesa for impreviável e em que caberá ao administrador judicial demonstrar, sob pena de responsabilidade, o caráter “indispensável” do pagamento antecipado.<sup>395</sup>

Os créditos extracursais não estão sujeitos ao processo de habilitação,<sup>396</sup> pois decorrem de fatos geradores posteriores ao regime falimentar ou de recuperação judicial. Além disso, a massa é sua única garantia de recebimento: se seus bens não forem suficientes para seu pagamento, os credores simplesmente não serão plenamente satisfeitos, sendo inadmissível — mesmo em caso de continuação do negócio a que se refere o inc. XI do art. 99 — responsabilização subsidiária de quem quer que seja, inclusive administrador judicial, Comitê de Credores,<sup>397</sup> comunhão de credores, falido etc., salvo em caso de responsabilização pessoal explícita.

## 225. Administrador judicial, auxiliares e trabalhadores da massa

O administrador judicial exerce importante papel, tanto na falência como na recuperação judicial (art. 22). De seu bom desempenho depende diretamente a satisfação dos interesses envolvidos em ambos os procedimentos. Naturalmente, demanda remuneração compatível, que lhe sirva de incentivo. O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia reconhecido a importância de bem remunerar-se o síndico no regime anterior, ao publicar a Súmula 219,<sup>398</sup> que equiparava seus honorários — legalmente classificados como encargos da massa (Dec.-lei 7.661/1945, art. 124, § 1.º, III) — aos créditos trabalhistas, com prioridade absoluta sobre os demais.<sup>399</sup> Nesse diapasão, o legislador incluiu os créditos do administrador judicial entre aqueles que terão prioridade absoluta, entre os extracursais.

O pagamento do administrador, ainda que prioritário, só será completo após a aprovação de suas contas e do relatório final da falência, conforme disposto nos arts. 154 e

<sup>395</sup> Cf. nossos comentários ao art. 150.

<sup>396</sup> AULETTA, Giuseppe, e SALANITRO, Nicolò. *Diritto commerciale*, p. 622.

<sup>397</sup> Mas o administrador judicial e os membros do Comitê poderão responder pelos prejuízos eventualmente causados por seus atos (art. 32).

<sup>398</sup> “Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam dos privilégios próprios dos trabalhistas”.

<sup>399</sup> A razão de ser da mudança na interpretação vem do fato de que, no regime anterior, parte da mais abalizada doutrina, em interpretação sistemática do Dec.-lei 7.661/1945 (especialmente do conteúdo de seu art. 102), considerava as dívidas e encargos da massa como créditos que só seriam pagos após satisfeitos os credores trabalhistas, acidentários e fiscais. Cf. REQUILÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 280 e 326; BEZERRA FLHO, Manoel Justino. *Lei de Falências Comentada*, p. 96; PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 469-470; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresas*, v. 3, p. 545. Similar a esse o regime adotado pela Lei Argentina de Concursos e Quebras (art. 240), que condiciona o pagamento das dívidas da massa à satisfação dos credores com privilégio especial.

155. Até lá, 40% (quarenta por cento) do total da sua remuneração deverá ficar reservado (arts. 24 § 2.º, e 149). Da mesma forma, é desejável que não ocorra muito precipitadamente o pagamento dos 60% restantes pois, por expressa previsão legal (art. 24, § 4.º), o administrador judicial que não tiver suas contas aprovadas não fará jus a remuneração. A restrição prevista no art. 24 § 2.º refere-se somente à hipótese de falência, o que leva a crer que, na recuperação judicial, o modo de pagamento dos honorários do administrador será livremente fixado.<sup>400</sup>

Em caso de ração dos créditos previstos no inc. I do art. 84 (que deve ocorrer antes das formalidades dos arts. 154 e 155), o administrador participará com o total do seu crédito, ainda que não o possa receber integralmente de imediato.

A mesma prioridade abrange os créditos dos auxiliares do administrador judicial, assim considerados advogados especialistas, contadores, administradores, ou outros prestadores de serviços que venham a colaborar com ele no desempenho de sua função, no interesse da massa. Estes créditos também se encontravam abrangidos pelo conteúdo da Súmula 219 do STJ. São profissionais que serão contratados pelo administrador mediante autorização judicial (art. 22, I, h; III, h; e III, n), e cuja remuneração não será livremente acordada, mas estará sujeita a fixação pelo Juiz (art. 22, § 1.º) ou pelo Comitê de Credores, no caso de honorários de advogados contratados para representar a massa em Juízo (art. 22, III, n).

Note-se que só se incluem na hipótese em comento os auxiliares que prestarem serviços para a massa. Isso exclui os que tiverem sido contratados pelo administrador judicial para defesa de seus interesses, mesmo que ligados à falência, como o caso de um advogado contratado para defendê-lo em ação de responsabilidade movida por um credor, ou mesmo pelo falido.<sup>401</sup> O crédito do leiloeiro não se inclui nesta hipótese, uma vez que seu dever será o arrematante, não a massa.

Finalmente, a prioridade não se altera se o prestador de serviço mantiver com a massa relação de típica de direito do trabalho, devendo ele receber seus proventos juntamente com o administrador e os demais prestadores, em caso de ração. Há que se destacar, entretanto, que, pelo caráter alimentar dos salários e pelas características do contrato de trabalho, os rendimentos dos trabalhadores vinculados à massa provavelmente poderão ser pagos com a periodicidade tradicionalmente verificada em casos não falenciais, e antes do pagamento dos credores extracursais, nos termos do previsto no art. 150, aplicando-se o dispositivo em análise quando do necessário concurso por insuficiência de recursos. Neste caso, os trabalhadores cujos créditos tiverem sido constituídos posteriormente à decretação da falência concorrerão, em igualdade de condições e sem qualquer limitação de valor, com o administrador judicial e seus auxiliares.

## 226. Quantias fornecidas à massa pelos credores

Serão extracursais os créditos relativos a quantias fornecidas por credores à massa. Esse, por exemplo, o caso do locador que venha a custear o transporte dos bens da mas-

<sup>400</sup> Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Comentário ao art. 24 da Lei 11.101/2005”, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 65.

<sup>401</sup> Nesse sentido, cf. SILVA PACHECO, José. *Processo de falência e de concordata*, p. 370.

na após a desocupação do imóvel locado, ou daquele que, tendo interesse na rápida avaliação e venda de certo bem, pagar pessoalmente os honorários do avaliador, respeitadas as condições e valores estabelecidos em lei. A expressa referência ao síndico que era feita pelo inc. II do art. 124 do Dec.-lei 7.661/1945 foi abolida, haja vista ser o administrador judicial também credor da massa, e, portanto, abrangido pelo dispositivo em análise quando fornecer quantias à massa.

Os valores em questão não devem confundir-se com aquele despendido pelos credores para ingressar na falência ou habilitar-se, tais como custas da declaração de créditos, honorários etc., haja vista não serem estes reclamáveis (art. 5.º).

### 227. Despesas administrativas e custas do processo falimentar

Um processo falimentar leva tempo até sua conclusão. Por mais célere que sejam seus agentes, por mais que a Lei facilite os procedimentos, há uma vasta gama de interesses conflitantes envolvidos, o que demanda cuidado e precisão na realização de seus atos. Por outro lado, a administração dos interesses convergentes e conflitantes, e principalmente dos bens e direitos que compõem a massa, pode vir a exigir a realização de atos jurídicos, contratação de terceiros etc. A essas despesas, comumente chamadas administrativas ou, como preferir Carvalho de Mendonça, econômicas: *sumtus aeconomici*,<sup>402</sup> o legislador tende a conferir tratamento especial prioritário, porque são necessárias ao bom resultado do processo falimentar como um todo.<sup>403</sup>

Neste caso, como naquele dos trabalhadores e auxiliares do administrador judicial, o pagamento em concurso provavelmente só se dará em caso de insuficiência de recursos, vez que geralmente aqueles que contratam com a massa demandam pagamento imediato, pelo receio de virem a não receber, o que implicará na utilização da prerrogativa prevista no art. 150.

Quanto às custas, a prioridade recai, neste caso, somente sobre aquelas do próprio processo de falência, assim considerados diligências de oficiais de justiça, despesas com a imprensa oficial etc.

### 228. Custas de sucumbência da massa

A norma já existia no ordenamento anterior (Dec.-lei 7.661/1945, art. 124, § 1.º, D). Sempre que a massa vier a perder ação judicial, os valores decorrentes da condenação nos ônus de sucumbência serão classificados como créditos extracursais.

### 229. Despesas referentes ao período da recuperação judicial

Entre as grandes inovações da Lei 11.101/2005, merece destaque a introdução do instituto da recuperação judicial, em substituição à concordata. Os objetivos buscados com

<sup>402</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, Livro 7, 1.ª parte, p. 470.

<sup>403</sup> Essa a motivação que levou, por exemplo, o legislador americano a classificar as despesas administrativas como *first priority* entre os *unsecured claims*, devendo ser pagas logo após os créditos garantidos (*secured claims*) (§ 507 do *Bankruptcy Code*).

o novo instituto são ambiciosos: busca-se a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor a fim de se permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (art. 47). Para sua viabilização, deverá ser formulado um plano de recuperação, que será o "caminho" através do qual o devedor pretensamente deixará a situação de dificuldade econômico-financeira. Essencial, nesse curso, que os fornecedores de capital, produtos e serviços continuem a provê-los, garantindo as condições mínimas necessárias à viabilização da consecução do plano. Tendo em vista o aumento de risco que vem a significar o fornecimento durante o período de recuperação judicial, especialmente em razão do reconhecido estado de dificuldade econômica do devedor, bem como a iminente possibilidade de decretação de sua quebra, é natural que os fornecedores ou recusem-se a manter relações econômicas com o devedor, ou simplesmente aumentem o preço, como contrapartida. Esse comportamento seria extremamente danoso ao devedor, e reduziria drasticamente as chances de reversão de sua situação de dificuldade econômico-financeira. Com vistas a esses aspectos, o legislador criou dispositivos de incentivo à manutenção de relações jurídico-econômicas com o devedor em recuperação judicial. Para os fornecedores que já eram credores quirografários do empresário antes da recuperação judicial, o parágrafo único do art. 67 prevê a melhora de sua prioridade (passando a credor com privilégio geral), na exata proporção de valor dos bens e serviços fornecidos durante a recuperação judicial. Para qualquer fornecedor, por sua vez, o art. 67 garante que quaisquer créditos contra o empresário, nascidos de obrigações contratadas durante a recuperação judicial, serão extracursais, em caso de falência. Trata-se de assegurar um tratamento privilegiado àquele que, tendo liberdade de escolha, opta por manter fornecimento ao empresário, mesmo sabendo estar ele em recuperação judicial. É o reconhecimento, por parte do legislador, da sua importância na solução do problema do empresário em dificuldades. Essa é uma tendência que se verifica em outros legisladores, como o norte-americano.<sup>404</sup>

Por outro lado, o legislador brasileiro acrescentou às despesas taxadas de extracursais, por sua origem durante a recuperação judicial, as dívidas fiscais do período, o que não deixa de ser surpreendente, uma vez que não se pode falar em "incentivo", neste caso.

Note-se, entretanto, que nenhum privilégio é consagrado àqueles que mantêm relacionamento econômico com o devedor em recuperação extrajudicial, além da prioridade concursal original decorrente da natureza dos créditos, a ser classificada de acordo com o art. 83.

Por fim, como as relações jurídicas ocorridas no período da recuperação judicial gerarão créditos das mais diversas naturezas (quirografários, privilegiados etc.) o pagamento dentro desse inc. V do art. 84 deverá respeitar a classificação de créditos prevista no art. 83.

<sup>404</sup> Também no direito norte-americano as despesas administrativas referentes ao período da recuperação judicial (*Chapter 11*) ganham prioridade de recebimento em caso de falência (*Bankruptcy Code*, § 726(b)). Seu pagamento deverá dar-se antes mesmo do pagamento da primeira classe de credores sem garantia (*unsecured claims*), quais sejam, os credores por despesas administrativas já mencionados acima. São por isso também chamados de *superpriority credits*, pois preferem aos créditos com prioridade ordinária. Cf. T. ABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*, p. 497.

que, em relação a este último, trata da faculdade da sua interposição (não-somente quando não houver cabimento o pedido de restituição).

O legislador assim tratou do *pedido de restituição* e dos *embargos de terceiros*, como faculdade a ser exercida em decorrência de situações distintas, embora ambas originadas dos efeitos da decretação da falência, retirando do título desta seção os embargos, uma vez que remeteu seu procedimento à legislação processual civil, ao mesmo tempo em que deu caráter subsidiário à sua utilização, nos casos em que a restituição não venha a ter cabimento. A matéria dos embargos passa a ser integralmente tratada pelos arts. 1.046 e 1.054 do Código de Processo Civil, sem que a Lei falimentar lhe dê qualquer tratamento, além de resguardar o direito dos credores que entendam deles se valer.

Do mesmo modo que no Dec.-lei 7.661/1945, trata-se o pedido de restituição de processamento em apartado, o que enseja que ele seja exercido por meio de uma inicial dotada de todos os requisitos do art. 282 do CPC, inclusive necessariamente complementada com os documentos indispensáveis à comprovação da titularidade do bem restituendo, na pessoa do interessado. O encargo probante não apenas se restringe à titulação, mas também à comprovação da arrecadação que se pretenderá indevida, ou da eventual detenção do bem pelo devedor à época da decretação da falência. O pedido deve ser dirigido ao juiz da falência que tem competência exclusiva para recebê-lo e reconhecer a legitimidade do pedido.

Dentre os deveres do administrador judicial na falência, (art. 22, III, f) está aquele de "arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110 da Lei", fato do qual poderá decorrer o pedido de restituição de bens assim arrecadados indevidamente, (não-somente por estarem na detenção do falido, no momento da decretação da falência).

Este pedido será autuado em apartado pelo juiz da falência, assinando a Lei, prazo de 5 (cinco) dias a contar das intimações, para que os envolvidos, na forma do § 1.º do art. 87, compareçam, manifestando-se, mesmo que não-somente pela contrariedade ao pedido. Isto posto, instala-se a relação jurídica processual de restituição, que prossegue até sua decisão, cabendo da sentença recurso de apelação com efeito meramente devolutivo (art. 90).

Segue-se o rito procedimental, passando-se pela instrução, chegando-se ao julgamento, ressalvada a previsão do § 3.º do art. 87. Cabe ainda lembrar que pelo art. 189 da nova Lei falimentar, aplica-se o Código de Processo Civil, no que couber aos procedimentos nela previstos, deixando claro o seu aspecto subsidiário, diante da existência de figuras processuais próprias da Lei de Falências. Contudo, no caso do pedido de restituição, parece-nos que na sua ausência seguir-se-á o rito ordinário no procedimento da restituição, uma vez instaurada a relação jurídica processual com a intimação, cujo atendimento ou não, vale como contestação. Na forma do parágrafo único do art. 88, a ausência deste fato exige a massa dos encargos com a condenação em honorários advocatícios, que se entendem do patrono do autor do pedido.

O titular da prestação jurídica tutelada na restituição é o proprietário do bem arrecadado indevidamente, ou pela sua detenção pelo falido, ou ainda na proteção à excepcionalidade de entrega de mercadoria nas vésperas da falência (15 dias antes), embora seja de se lembrar que o fato protegido encontrava mais lógica na concordata preventiva, onde o diferimento da prestação do pagamento da mercadoria pela moratória, permitia

## Seção III Do pedido de restituição

Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue no devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

### 230. A restituição

O presente capítulo desta obra coletiva é um ensaio na tentativa de comentar, a nova Lei falimentar, na parte atinente ao pedido de restituição, analisado comparativamente, durante este período de *vacatio legis*, com a postura da Lei revogada. A jurisprudência é, ainda, apenas oriunda da norma anterior, assim como a grande parte da doutrina exposta até os dias de hoje, sendo-nos, contudo, permitido com base nelas tirar ilações pertinentes à postura que o legislador de 2005 pretendeu dar à figura da restituição.

Mesmo sem deixar de responder à tutela do crédito, o legislador de 2005 introduziu na norma, forma de vê-lo protegido preferentemente pela preservação da atividade da empresa, valendo-se inclusive da adoção pelo novo Código Civil das figuras do empresário e da sociedade empresária que exercitam profissionalmente por meio do estabelecimento. Ampararam-se os interesses dos credores, pelo chamamento da Assembleia de Credores, que, com base nas categorias que a compõem, deliberam ponderadamente sobre os fatos da falência ou sobre a análise dos planos de recuperação, seja ela judicial, seja extrajudicial.

Qualquer dos institutos desta Lei, que se venha a comentar, não pode ser visto como um fato isolado do contexto das novas premissas de que parte o legislador do Século XXI, sob pena de deixarmos considerações desprovidas de conexão com sua postura inovadora. A nova Lei busca a tutela preservativa da empresa, tanto que somente se aplica aos empresários e às sociedades empresárias, deixando de lado, por exemplo, a sociedade simples, que o Código Civil pelo art. 1.150 considera não passível de registro como empresa mercantil, além das demais pessoas expressamente excluídas pela Lei falimentar (art. 2.º). O projeto de lei inicialmente previra a possibilidade da aplicação de seus dispositivos às sociedades em geral que tivessem fins econômicos, delas excluindo (não-somente as associações, que não os têm *ex lege*, pelo art. 53 do Código Civil).

As apreciações sobre a figura do pedido de restituição fundam-se na análise da posição de terceiros que viram seu patrimônio atingido pelo fato da falência, tendo o legislador tratado desta matéria apenas sob título de "pedido de restituição", nos arts. 85 a 93 da Lei 11.101/2005, e não mais "do pedido de restituição e dos embargos de terceiros", uma vez

ao devedor ampliar seu ativo disponível, valorizando-lhe os parâmetros do art. 158, II, do Dec.-lei 7.661/1945.

O bem jurídico tutelado é a propriedade do bem injustamente arrecadado ou a excepcional revocabilidade do negócio jurídico de venda de mercadoria considerado evadido de má-fé, decorrente da proximidade da crise, que permite, com o retorno à situação anterior, que aquela venda se resolva convalidando o direito de crédito sobre a prestação devida em direito de propriedade do bem que retorna ao estágio anterior à tradição.

Dessa forma o pedido de restituição é autorizado tão-somente aos legitimados proprietários de bens detidos nas mãos do falido ou equivocadamente arrecadados.

### 231. Da causa da restituição

A figura da restituição pode parecer simples se a observarmos exclusivamente pelo texto legal, sem relembrarmos que sua existência advém da principiologia que norteia o tratamento que é dado pelo legislador à figura da falência, frente à regra de que o patrimônio, em sua unidade, é a garantia dos credores, interpretada conjuntamente com o tratamento paritário a ser dado aos credores, diante dos pressupostos da falência.

É sempre oportuno recordar Sylvio Marcondes,<sup>406</sup> para quem "tais postulados, estáticos enquanto é solvente o devedor, tornam-se atuantes, ao sobrevir a insolvência, pelo desdobra das regras adequadas à apuração do ativo e à verificação do passivo. E, na conformidade delas, pela dinâmica dos dois princípios, se insere o pedido de restituição".<sup>406</sup>

O pedido de restituição deve ser analisado, não como um fato isolado, decorrente de uma situação eventual, mas como um fato que forma anômala a consistência patrimonial do ativo do devedor, podendo mesmo levá-lo à inconsistência. Vale dizer que a verdade jurídica sobre a titulação dos bens do ativo do devedor não pode ser decorrente, tão-somente, da sua mera presunção pela simples detenção por parte do devedor, no instante da decretação da quebra. Por isso mesmo há que se depurar, ou permitir depurado o seja, o patrimônio do devedor, de valores que não lhe pertencem e que possam estar à mostra como se deles fossem, no ato arrecdatório ou em seu processamento, e que se alienados acarretarão valor à massa, falaciosamente realizado.

A esta situação agregou-se também aquela decorrente do ato evadido de má-fé da parte do devedor que, tendo consciência de sua insolvência iminente, busca aumentar o seu patrimônio com desnecessárias aquisições a prazo, iludindo o vendedor, mercê desta operação às "vésperas da falência".<sup>407</sup> Estas aquisições anômalas e atabalhoadas é que ensinam a pretensão anulatória do ato aquisitivo, fazendo as partes retornarem ao *status quo ante*, de modo a inferir-se que a titularidade da mercadoria assim adquirida, pelo devedor retorna novamente nas mãos do vendedor, evitando assim viesse a engrossar a lista de

<sup>406</sup> MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 339.

<sup>406</sup> Diga-se a bem da verdade que Sylvio Marcondes não só continua sendo uma das ilustres fontes de doutrina, como também respondeu pelo título de "direito de empresa", originalmente "atividade negociada", no projeto do Código Civil de 2002.

<sup>407</sup> Expressão criticada por FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito mercantil*, v. 5, p. 342 (apud MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 341).

credores, na falência, protegendo-o de seus efeitos. Para Waldemar Ferreira,<sup>408</sup> com "isso se opera uma resolução legal do contrato de compra e venda com o efeito de resolver-se em direito de propriedade, o que era de crédito do vendedor".

Concentra-se, em ambos os casos, a discussão relativa à retirada da massa falida de tudo aquilo que não é de titulação do devedor, de modo a evitar sua realização a *non domino*. Motivou-se com este raciocínio a afirmação do art. 85 da Lei 11.101/2005, de que à época do pedido de restituição o bem há que estar ainda na posse do devedor de modo a permitir o pleno restabelecimento da situação anterior. Caso contrário, esta situação se verta atendida, se possível, por meio da sequelela de bens, ou se veria atendida em dinheiro, pelo pagamento do valor correspondente, pela massa, de modo extraconcursal. A restituição também terá cabimento se o bem estiver dentro do estabelecimento lacrado na forma do art. 109 da Lei 11.101/2005, que ainda não chegou a ser arrecadado pelo administrador judicial.

### 232. A resilição legal

Para a consideração sobre a resilição legal, de que trata o parágrafo único do art. 85, é mister que o contrato de venda e compra esteja com o evento da tradição aperfeiçoado, isto é, a coisa vendida a crédito já esteja "em poder do falido" (*caput* do art. 85 da Lei 11.101/2005).<sup>409</sup> Caso contrário, a figura que solucionava a hipótese dessa compra e venda não é o retorno à situação anterior, não é mais a resilição, mas a execução de contrato não cumprido, em se tratando de negócio jurídico bilateral de venda e compra em que a entrega ainda não se haja dado, mas pode ser exigida, e de pagamento, que foi diferido, se dar no prazo fixado. O negócio pode ser exigido pelo administrador judicial na falência, se entender conveniente para a massa, e não fará parte de seu mister arrecdatório.

Com Sylvio Marcondes,<sup>410</sup> continua a afigurar-se acertada, portanto, a conclusão de que os requisitos, as coisas vendidas a crédito e entregues ao falido, constituem imposição cumulativa do texto legal que, quando exista um, não dispensa o outro, tal como previsto no parágrafo único do art. 85 da Lei 11.101/2005.

Na linha interpretativa dos requisitos do parágrafo único do art. 85, a entrega da coisa, que aperfeiçoa o contrato de venda e compra, merece a proteção legal da suspensão de seus efeitos em relação ao vendedor, frente à má-fé do devedor adquirente, de modo a evitá-lo junto ao rol dos credores, tendo admitido o legislador que o termo prévio de 15 dias em relação à data do pedido resolve a venda em propriedade não transferida ao devedor, de modo a ensinar o pedido de restituição com base no direito de propriedade.

### 233. Aspectos da recuperação

A recuperação busca, para a preservação da atividade da empresa, natureza bipolar em relação às partes envolvidas, em que de um lado se contempla a figura do devedor a

<sup>408</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>409</sup> "Em poder do falido" (pelo art. 138 da Lei 5.746/1929) ou "entregue ao falido" (pelo § 2.º do art. 76 do Dec.-lei 7.661/1945)

<sup>410</sup> MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 348.

pretender continuar em sua atividade e, no pólo oposto, a Assembléa de Credores, competente para inclusive interferir no comportamento de qualquer pretensão recuperatória, frente ao plano apresentado. Vale lembrar que "números são os casos de comerciantes que, dias antes do requerimento de convocação dos credores para lhes propor concordia preventiva, compravam mercadorias, já com o intuito de não pagá-las"<sup>11</sup> é a lição de Waldemar Ferreira.<sup>11</sup> que nos leva a pensar na fase pré-recuperatória.

Apesar desta tendência que se busca nos credores, pela preservação da atividade, pois dela também os credores haverão de ser beneficiados, há que se considerar os negócios que antecederam o requerimento de recuperação, que poderiam ocorrer eivados da mesma espécie de má fé a que se referia Waldemar Ferreira, onde aqueles que, às vésperas da concordata, tinham a seu favor o termo suspensivo dos 15 dias com a consequente possibilidade da restituição, neste momento, na recuperação, encontrarão diante de si a impossibilidade de agir contra o devedor nos 180 dias que se sucederem, restando-lhes participar da Assembléa de Credores em representação da categoria dos quirografários, até a aprovação do plano, esperando que, vencido o termo suspensivo do § 4.º do art. 6.º da Lei 11.101/2005, possam vir a demandar pelo vício no consentimento do aludido fornecimento às vésperas da recuperação.

O espírito da Lei, à semelhança da lei francesa, é preservar a atividade para vê-la manter-se como fonte de produção, como se vê no art. 47 da Lei 11.101/2005, porém não se pode esquecer que o negócio jurídico mercantil é, antes de mais nada, uma alavanca proporcionadora do giro na formação de produção, com vistas à satisfação do mercado, e, neste caso é fundamental o relacionamento com os fornecedores, pois estes são concedentes de créditos quirografários e, portanto, desprovidos de garantia, motivo pelo qual o legislador pretendeu, no Dec.-lei 7.661/1945, assegurar-lhes a restituição legal, imbuída de má-fé objetiva do devedor pré-concordatário, disto não se havendo ocupado o legislador na Lei 11.101/2005 em relação ao pedido de recuperação.

Pretender que na atividade mercantil todos os fatos geradores de passivos aos devedores resultem de operações de crédito por empréstimos ou outras operações de natureza bancária ou do mercado de capitais, é olvidar por completo a mola propulsora da atividade: Deste modo passou a carecer da proteção legal resilitiva o credor quirografário contra a prática de alienação anômala de suas mercadorias, ante o espectro da recuperação. Nem mesmo a hipótese de poder vê-los reconhecidos como créditos extracursais na forma do art. 67, da Lei 11.101/2005, se sobrevier a falência do recuperando, estariam a abranger as vendas anteriores ao pedido, pois a regra existe em razão dos fornecimentos que tiver o beneláxico de conceder ao devedor *durante* o período de recuperação, que assim não abrangerá as coisas fornecidas ao devedor "às vésperas da recuperação". Este crédito tomar-se-á objeto do diferimento que resultará do plano de recuperação, por força do art. 49, § 2.º da Lei 11.101/2005.

### 234. Condição resolutive contratual

Embora o legislador atual haja suprimido a parte final do *caput* do art. 76 do Dec.-lei 7661/1945, deixando de contemplar especificamente a *razão de direito real ou de contra-*

to, ali estampadas, estas causas não poderão ser olvidadas, pois contratos há que regulam temporária ou condicionalmente ambas as situações. Por exemplo, a alienação fiduciária em garantia, nascida com a Lei 4.728/1965, presta-se à propriedade resolúvel ante o evento do inadimplemento, e, no entanto, o bem objeto pode vir a ser essencial para o plano da recuperação, porém, uma vez passados os 180 dias da suspensão processual, poderá vir a ser objeto do exercício das ações cabíveis, face à resolução da propriedade nas mãos do credor, havida quando do inadimplemento, não tendo cabimento, no entanto, a restituição.

Fato semelhante poderá ocorrer quando se tratar de contrato de locação mercantil (ou *leasing*) em que não haja o devedor exercido a opção decorrente da previsão pelo pagamento de valor residual e, portanto, estiver como depositário do bem, cujo inadimplemento da prestação localícia ensejará a devolução, como modo de assegurar ao credor a realização da sua prestação. Mas, por outro lado, a presença do bem poderá ser essencial à recuperação, e o credor se verá de mãos atadas para excluir a garantia representada pela alienação fiduciária, que já lhe outorga a propriedade, sem que lhe seja possível pedir restituição.

Damesma forma, contemplam-se os casos de alienação com reserva de domínio, cujo exercício também implica aguardar o prazo de 180 dias de suspensão das ações, para que o credor possa pretender reinar o bem da "recuperanda".

Em todos esse exemplos não há que se falar em restituição frente ao pedido de recuperação judicial à vista do constrangimento que decorre da norma do art. 49 da Lei 11.101/2005, em especial das disposições do seu § 3.º, em que se atribui ao elemento subjetivo da "essencialidade"<sup>112</sup> a possibilidade, ou não, da retirada do bem pelo seu proprietário. Já na recuperação extrajudicial, o § 1.º, do art. 161 da Lei falimentar ao excluir de seus efeitos aqueles que se acham constrangidos pelos limites impostos pelo art. 49, § 3.º, da mesma Lei, poderão a qualquer momento satisfazer o seu desejo de retirada dos bens que lhes pertence. Nesta exclusão, estão incluídos também os créditos por adiantamento a contrato de câmbio, nos limites fixados pelo art. 86, II, da Lei 11.101/2005, comentado mais à frente.

### 235. Mercadoria em trânsito

Cabem comentários também sobre a situação das mercadorias que, embora vendidas, ao devedor, ainda não lhe tenham sido entregues que, é situação que constitui matéria incabível no processo de restituição, pois conforme nos lembra Sylvio Marcondes,<sup>113</sup> a regra de que nos contratos bilaterais nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro, hoje consubstanciada no art. 476 do Código Civil (anteriormente art. 1.092 do CC/1916), permite à parte lesada pelo inadimplemento pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento (art. 475 do Código Civil).

Trata-se de situação que decorre dos contratos bilaterais ainda não cumpridos em que, especialmente na compra e venda, somente se completam com a tradição da coisa alienada ao devedor. Esse direito de paralisação do transporte da coisa para entrega,

<sup>11</sup> FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito mercantil*, v.5, p. 342 (apud MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 341).

<sup>112</sup> Necessidade do bem para a preservação da atividade da empresa.

<sup>113</sup> MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 352.

conhecido como *stoppage in transitu*, nasce então do disposto no art. 475 do Código Civil de 2002 que mantém a regra do Código anterior, permitindo assim se mantenha vivo o preceito do *vetusto*, e, nesta parte, revogado no Código Comercial de 1850, lavrado em seu art. 198, tomando-se a falência como uma notória mudança no estado do devedor adquirente. Este recurso, no entanto, está limitado pelo inc. I do art. 119 da Lei 11.101/2005, que repetindo as regras dos contratos bilaterais do art. 44 do Dec. 5.746/1945, impede a prática do *stoppage* se antes do requerimento da falência a mercadoria houver sido revendida.

Neste caso, Fábio Ulhoa Coelho<sup>414</sup> entende “que a Lei estabelece a possibilidade [do vendedor] comunicar à empresa de transporte uma contra ordem, para que seja susutada a entrega das mercadorias, no aguardo da decisão do administrador judicial relativamente ao cumprimento ou não do contrato” (grifos no original).

Em qualquer hipótese, não cabe, relativamente à mercadoria em transitu, pedido de restituição, pois falta o pressuposto do bem em mãos do falido.

Cabe acrescentar a essas ponderações, a lembrança de que em tendo havido pagamento de arras ou sinal por parte do comprador falido, o vendedor há que dar prosseguimento ao ato, ou, a critério do administrador judicial reter a mercadoria ainda não entregue, para possibilitar sua devolução. Não se trata, contudo, de fato enquadrável na figura da restituição, por faltar-lhe também o requisito de mercadoria entregue ao devedor, conforme reza o parágrafo único do art. 85 da Lei 11.101/2005.

### 236. A reivindicação

É sempre interessante lembrar passagens dos comentários de Miranda Valverde<sup>415</sup> sobre o pedido de restituição que substituiu, à época do Dec.-lei 7.661/1945, a *reivindicatória* (reclamação reivindicatória) que constava do Dec. 5.746/1929. Para Valverde, “todos os bens em poder do falido, não se excetuando os bens indicados como propriedade de terceiros, são arrecadados”, valendo dizer que, independentemente da manifestação do terceiro prejudicado, a coisa deverá compor a massa arrecadada para depois ver-se objeto da ação de restituição a pedido do interessado. “Com isso evitam-se possíveis contúlios para subtração de valores da massa”.

Para Valverde, a restituição estaria baseada em duas ordens de relações jurídicas: “1 – direito à restituição, fundado em relação de domínio; II – direito à restituição fundado em relação de obrigação, compreendendo: a) direito à restituição preexistente à falência ou que se podia efetivar independentemente da falência; b) direito à restituição decorrente do fato da falência”.

Relembrando com Sampaio de Lacerda,<sup>416</sup> as leis anteriores ao Dec.-lei 7.661/1945 utilizavam a expressão “reivindicação”, ao que a Lei atual manteve a expressão da Lei de 45, *restituição*, entendendo que “na falência a reivindicação é mais extensa, por isso que pode ter-se por base não só um direito real, mas ainda fundar-se em um contrato” (art. 76

do Dec.-lei 7.661/1945) ou, como dizia a lei anterior, “ainda que fundado em um direito pessoal” (art. 138 da Dec. 5.746/1929). “Chamavam-se reivindicantes aqueles a quem a Lei conferia esse direito, isto é, o direito de obter na falência, a separação e a restituição de certos bens”.

### 237. Trespasse do estabelecimento

Merceadora de apreciação especial no estágio atual do direito brasileiro a observação de Valverde sobre a figura do estabelecimento:<sup>417</sup> “O estabelecimento comercial ou fundo de comércio não pode ser objeto de reivindicação, como *corpus certum*, visto que não temos lei que fixe os elementos de que o mesmo se deve compor, abstraindo a heterogeneidade das coisas que entram na sua constituição. Assim, não se arrecada, na falência, um estabelecimento comercial, ou um fundo comercial, mas distintamente as coisas ou valores que o compõem, a reivindicação, também só poderá ter por objeto essas coisas distintamente consideradas”.

Cremos que as alterações propostas pelo novo Código Civil no campo do direito comercial adotando em definitivo a teoria da empresa, trazem consigo as figuras do empresário e da sociedade empresária, reconhecidos como agentes da atividade da empresa (art. 966 do Código Civil), assim como consagra a universalidade representada pelo estabelecimento comercial ou empresarial, conforme conceituação exposta no art. 1.142 do Código: “Considera-se estabelecimento todo o complexo de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. No mesmo diploma legal figura, reconhecida pelo art. 1.143, a possibilidade do estabelecimento vir a ser “objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com sua natureza”, consagrando assim a possibilidade de objetivar “a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento” (art. 1.144), em benefício dos procedimentos recuperatórios, ou no âmbito liquidatário-soluidório falimentar.

Desta forma, diferentemente da época em que Valverde fizera sua observação, parece-me cabimento o pedido de restituição objetivando um estabelecimento completo, cuja propriedade seja de terceiro em relação à pessoa do falido, devedor que o estivesse utilizando por força de negócio jurídico que não o retrasse da titularidade de terceiro e, ao mesmo tempo, deixasse de produzir efeitos ante o advento da falência.

O legislador não deixou de reconhecer esta possibilidade consagrada pelos art. 1.142 e 1.143 do Código Civil, uma vez que dentre as novidades introduzidas pela Lei falimentar encontra-se a possibilidade do administrador judicial vir a dar prioridade à alienação de estabelecimento em funcionamento, isto é, mantendo-lhe a universalidade constitutiva, atribuindo-se valores inclusive aos seus elementos intangíveis, em lugar da alienação dos bens que simplesmente o compõem, uma vez que esta hipótese pode acarretar “considerável desvalorização”, na palavra de art. 113 da Lei 11.101/2005, ratificada no art. 140, I, II e III, pela agilização na venda ou trespasse de estabelecimentos.

Na hipótese da circulação do estabelecimento por força de sua restituição, é interessante observar que os benefícios atribuídos pelo art. 141 da Lei 11.101/2005, no que

<sup>414</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 3, p. 305.

<sup>415</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 451.

<sup>416</sup> LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*, p. 150.

<sup>417</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 455, nota 10.

respeita às denominadas vendas judiciais de estabelecimentos, havidas após a decretação da falência, haveria lógica em, por analogia, serem também estendidos ao estabelecimento restituído, dotando-o assim das mesmas prerrogativas sucessórias. No entanto, como não se trata de alienação, mas sim de restituição ao titular do domínio, a hipótese não nos parece viável.

### 238. Restituição de coisa vendida pelo falido

Cabe ainda, ante a inspiração de Valverde,<sup>418</sup> lembrar que poderá também caber pedido de restituição em sentido contrário, isto é, quando o credor da coisa é comprador do bem do devedor falido anteriormente à quebra, porém ainda não entregue. Não cabe, na hipótese do parágrafo único do art. 85, da Lei 11.101/2005, mas tem cabimento a restituição, se o alienante, vendedor, da coisa, objeto ainda não a entregue ao comprador, mas haja operado tradição simbólica, assim aperfeiçoando a venda e compra. Isto é, a coisa não estará mais no patrimônio do falido, embora esteja na sua detenção, ensejando assim pedido de restituição da coisa de propriedade daquele comprador nas mãos do falido ou arrecadada. No entanto, se não tiver havido tradição nem ainda pagamento pelo comprador, caberá tratamento de contrato bilateral (art. 117) e, se assim o desejar o administrador judicial, a coisa será entregue contra o pagamento, assegurando à massa o recebimento do preço.

Nesta mesma situação, se, no entanto, houve da parte do comprador pagamento parcial ou total, sem que tenha havido qualquer forma de tradição da coisa, e o administrador judicial não executar o contrato ao comprador, resta habilitá-lo como credor na classe própria, para recebimento do seu crédito pelo adiantamento, e não haverá o que ser restituído (art. 119, III).

### 239. O patrimônio de afetação

No âmbito das relações contratuais mencionadas no art. 119 da Lei 11.101/2005, cabe especial destaque para a matéria que implica no respeito à figura do patrimônio de afetação, lembrando aquele instituído no campo do direito imobiliário pela Lei 10.931/2004, que alterou a Lei 4.591/1964, que trata das incorporações e construções em regime condominial, cujo art. 31-F, prevê que a falência do incorporador não atinge 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", fato especialmente tratado no inc. IX do art. 119, para o qual, nas relações contratuais, os patrimônios de afetação terão "seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido". Uma vez que os requisitos do pedido de restituição são a propriedade do bem e estar ele nas mãos do falido, passa ela, a restituição, a ter cabimento, em especial aquela do terreno, propriedade condominial dos titulares das frações ideais, aos quais deve caber a restituição para lhes permitir chegar a bom termo na incorporação, interrompida pela falência da incorporadora. A restituição se fará sem prejuízo de eventuais haveres que a massa falida possa vir a ter ao final do "cumprimento de sua finalidade", cuja percepção do saldo competirá ao administrador judicial.

<sup>418</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 461.

### 240. O auto de arrecadação

Na forma do art. 108, "ato contínuo à assinatura do termo de compromisso o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens", devendo os bens arrecadados ficar sob sua guarda, portanto cabe ao pretendente à restituição, com aquele procurar os bens a serem restituídos. Por outro lado, o bem restituído deverá constar do auto de arrecadação do art. 110, § 2.º, IV, da Lei, auto este preparado pelo administrador judicial, devendo estar destacado como bem de propriedade de terceiros, por eles indicados ou reclamados, diante dessa circunstância. A sua ausência poderá fazer pensar sobre os bens de terceiros assim arrecadados, as implicações das autorizações mais céleres que a Lei 11.101/2005 introduziu para venda antecipada de bens com autorização de juízo, em seus arts. 111 a 114, exclusivamente para a finalidade de obter, o mais rapidamente possível, valores para a massa, que depois acabariam por ser pagos ao requerente, conforme o resultado da ação restituidora. É bom lembrar que a indisponibilidade dos bens a serem restituídos só pode ser invocada após a entrada da ação de restituição.

O art. 110 da Lei 11.101/2005, indica a obrigação de fazer constar do auto de arrecadação passado pelo administrador judicial, a necessidade da manifestação do devedor a respeito dos bens indicados ou reclamados como propriedade de terceiros, mencionando-se a circunstância de eles estarem enquadrados em um ou alguns dos tipos do art. 85 da mesma Lei, devendo em relação a estes ser necessariamente aplicado o disposto no subseqüente § 3.º, do art. 110, uma vez que do pedido de restituição resultam consequências que implicam na individualidade do bem arrecadado e, ao mesmo tempo, reivindicado.

O disposto no art. 111, a respeito da modalidade alienatória de bens da massa aos credores, desde que haja sido feito o pedido de restituição, não se aplicará aos bens de terceiros, em razão da indisponibilidade a que alude o art. 91.

O titular do bem a ser objeto do pedido de restituição deve estar atento para o disposto no art. 139 que prevê a "realização do ativo" logo após a arrecadação dos bens, para que a alienação não venha a ter por objeto o aludido bem, que poderá eventualmente não aparecer como de terceiros no inventário, como prevê o art. 110, § 2.º, IV.

O legislador de 2005, teleologicamente, manteve a proteção à vulnerabilidade em que poderá se encontrar o alienante de mercadorias, frente à possível conduta do adquirente de comprar mercadoria a prazo, com finalidade de enriquecer ilicitamente às custas do vendedor, o seu patrimônio, às vésperas da quebra, uma vez que tendo sido a coisa entregue, ao vendedor só restaria a habilitação do seu crédito correspondente às prestações vencidas. É a transposição do que estava disposto no § 2.º do art. 76 do Dec.-Lei 7.661/1945 para o parágrafo único do art. 85 da nova Lei.

O art. 149 da Lei falimentar, por sua vez, ratifica a prioridade das restituições, principalmente quanto àquelas prestadas em espécie, pois elenca taxativamente que o pagamento dos credores se inicia após a consolidação de seu quadro, uma vez "realizadas as restituições" e "pagos os créditos extracursais". Quanto àquelas restituições prestadas em dinheiro há que se respeitar a precedência do disposto no art. 151.

Nas consequências das cláusulas contratuais, que em contratos bilaterais, determinem a resolução de pleno direito quando da decretação de falência de uma das partes, há que ser analisada a pretensão restituidora a partir desses fatos. Em sentido convergente,

vimos de Nelson Abrão<sup>419</sup> que "a coisa móvel ou imóvel pode encontrar-se na posse do falido a justo título e, arrecadada, não seja suscetível de restituição, devendo permanecer como está: é o caso, por exemplo, do prédio locado ao falido, da coisa dada a ele em penhor, ou *leasing* - o chamado arrendamento mercantil - pois a simples decretação da falência não implica que a massa falida deva demitir de si a posse, que só se justifica quando houver rescisão ou expiração dos prazos dos respectivos contratos".

A Lei anterior, ao falar em direito originado de direito real ou de contrato, não deixava margem a dúvidas no que respeita a resolução antecipada dos contratos ante o fato da falência de uma das partes, acarretando à outra o direito a restituição sobre a propriedade plena que assim lhe é restabelecida. A supressão dessas expressões, "quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato", pode levantar dúvidas quanto à validade e eficácia do modo resiliatório contratualmente previsto para o advenço do fato da falência de parte.

Interessante passagem, nos traz a recente lei espanhola sobre quebras que considera não escritas nas cláusulas de contratos bilaterais que se resolvam de pleno direito pelo evento da decretação da falência de uma das partes, reconhecendo a necessidade da alternativa outorgada ao administrador judicial de dar continuidade, ou não, àquele negócio jurídico, pela opção mais favorável à massa.

Em síntese, no pedido de restituição, ainda que a lei de quebras seja sempre uma modalidade de tutela do crédito, como elemento indispensável à produção e à circulação da riqueza, o bem jurídico tutelado é a propriedade do bem indevida e injustamente presente na mão do devedor, ou arrecadado pelo administrador judicial. Engloba inclusive a propriedade que resulta da resilição legal, prevista no parágrafo único do art. 85, que reconverte o direito de crédito em propriedade, naquela condição.

Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I - se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II - da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

III - dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.

Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

## 241. Restituição em dinheiro

Diferentemente das disposições do Dec.-lei 7.661/1945 sobre a restituição em dinheiro, substituíva da simples devolução da coisa, o legislador de 2005 admite

<sup>419</sup> ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*, p. 120.

expressamente os casos em que se procederá à restituição em dinheiro, elencando três hipóteses:

1 - Aquela da inexistência do bem, descrito e caracterizado na inicial do pedido de restituição, neste momento, substituindo-se o direito sobre a coisa pelo crédito no recebimento do valor da avaliação que vier a ser feita pelo administrador judicial, na forma do art. 108, se a alienação se houver dado por modo diverso da venda e compra, uma vez que em caso de venda e compra o autor do pedido fará jus ao preço pelo qual o bem houver sido vendido.

A Lei anterior admitia a hipótese do bem poder ser objeto de transformação industrial, dada a sua utilização como matéria prima ou insumo, o que levaria à idéia de sub-rogação no bem que houvera resultado da transformação, na proporção de sua contribuição marginal, como conjuente do bem pretendido na restituição. Do texto do art. 86 da Lei 11.101/2005 não se depreende que possa haver a decomposição dos custos do novo produto, para se lhe atribuir o valor com que o bem restituendo passou a compô-lo, para cálculo do valor a restituir, caso o desaparecimento do bem se tenha dado por esta via, uma vez que não mais prevê a hipótese da sub-rogação, conforme o fazia expressamente o art. 78 da Lei anterior. Aliás, lembra Sylvio Marcondes, em comentário à Lei anterior,<sup>420</sup> que a aplicação errônea do mecanismo da sub-rogação na Lei falimentar pode conduzir a "consequências juridicamente falsas".

O inc. I do art. 86 da Lei 11.101/2005 eliminou a figura da sub-rogação do bem objeto da restituição em outro, indo diretamente ao que Sylvio Marcondes<sup>421</sup> observa com destaque, que "a sub-rogação no valor ou preço (que eram as hipóteses da Dec.-lei 7.661/1945) *somente ocorre em grau posterior*, como último sucedâneo para cumprimento da restituição", isto é, eliminando a hipótese de sub-rogação em outra espécie de bem. Não resta nem mesmo a hipótese por nós levantada da utilização da coisa no processo de transformação industrial, como sub-rogada intrinsecamente no produto final de que a coisa a restituir foi insumo nas mãos do falido.

II - A segunda hipótese vem tratando de fato já reconhecido pela jurisprudência, ao amparo do texto do art. 75 da Lei de Mercado de Capitais (Lei 4.728/1965) que determina em seu § 3º a autorização do credor para pedir a restituição em moeda corrente nacional, da importância, nessa mesma moeda, adiantada ao devedor (falido) por conta de exportações futuras, ou já realizadas, porém com pagamento diferido. O legislador remete a figura ao texto da Lei 4.728/1965, apenas condicionando sua aplicação ao fator temporal resultante da regulamentação administrativa a que as operações de câmbio estão submetidas, frente à competência para tanto atribuída ao Banco Central do Brasil, pela Lei 4.595/1964, que por sua vez a exerce por meio de circulares, amparadas em resoluções do Conselho Monetário Nacional.

Em especial, essa modalidade de crédito, proporcionada pelos adiantamentos sobre contratos de câmbio, não está sujeita à recuperação judicial, na forma do art. 49, § 4º da Lei 11.101/2005. Os casos desses adiantamentos (conhecidos como ACC) cons-

<sup>420</sup> MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 364.

<sup>421</sup> *Idem*, p. 359.

tituem créditos exigíveis do devedor, independentemente da vontade dos demais credores em pretensa aquiescência à recuperação, exclusivamente para o pagamento das linhas de crédito comercial destinadas a estimular as exportações, o que poderá eventualmente ensejar impugnações à pretensão, se houver desvio de finalidade na utilização de ditas linhas pelo devedor.

A restrição da parte final do art. 86, II, limitando o prazo total da operação em ACC, para legitimar o pedido de restituição, significa que para vir a ser considerado enquadrado no art. 86, II, o ACC é tido como uma antecipação de pagamento do contrato de compra e venda da moeda estrangeira. Se, no entanto, não houver essa limitação aos prazos do ACC, entendido pelas autoridades como adiantamento, a figura passa a ter a conotação de uma operação financeira, e não mais de um adiantamento sobre uma promessa de venda de moeda estrangeira, e deixa de estar abrangida pela restituição. Prevalece, portanto, o elemento teológico para a justificação do pedido de restituição do valor do ACC.

Segundo Carlos Henrique Abrão,<sup>422</sup> "bastante lógica a disciplina, alíás prevista na Súmula 417 do STF, moldando-se a previsão de restituir em pecúnia as somas dos contratos de câmbio, cujo numerário tem destinação específica visando exportação".

III - A terceira hipótese trata da satisfação da devolução de importância de boa fé (isto é, sem o contínuo) entregue ao devedor pelo comprador, em ato jurídico sujeito à ação revocatória, e que se veja por esta revogado, com o consequente retorno do objeto da aquisição à massa falida, deixando o adquirente de boa fé, ao invés de posicionado no rol dos credores, com o direito à restituição daquilo que houver pago ou dado em pagamento por conta daquele ato aquisitivo.

Não se trata de contrato bilateral em curso, mas de negócio jurídico que teve reconhecida sua ineficácia pelo juízo da falência em relação ao patrimônio do devedor, devendo o valor pago pelo credor ser objeto de restituição em moeda.

Neste inc. III deste art. 86, o legislador traz à colação um dos efeitos da sentença na ação revocatória que, determinando o retorno das partes à situação anterior, fará com que o contratante de boa-fé passe a ser enteio terceiro proprietário, quer do bem que possa haver utilizado como meio de pagamento do fato revogado, quer credor de importância em dinheiro entregue ao devedor pela mesma razão; à primeira hipótese aplica-se o pedido de restituição de coisa em poder do falido, se ali ela ainda estiver, caso não esteja em poder do falido, o credor passa à restituição em dinheiro.

O parágrafo único do art. 86 ao determinar que as restituições em dinheiro somente serão efetuadas depois de haver os pagamentos previstos no art. 151, do pedido de restituição para solução em dinheiro, expressa o caráter de absolutamente extracuncusal, que qualifica a restituição, em ambos os casos do art. 85.

Quando houver vários requerentes para restituição em dinheiro e não houver disponibilidade suficiente para o pagamento integral de cada um, "far-se-á rateio proporcional entre eles" (parágrafo único do art. 91).

<sup>422</sup> TOLEDO, Paulo Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 220 - Comentários ao art. 86 da Lei 11.101/2005.

Art. 87. O pedido de restituição deverá ser fundamentado e descreverá a coisa reclamada.

§ 1º O juiz mandará autuar em separado o requerimento com os documentos que o instruíram e determinará a intimação do falido, do Comitê, dos credores e do administrador judicial para que, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, se manifestem, valendo como contestação a manifestação contrária à restituição.

§ 2º Contestado o pedido e deferidas as provas porventura requeridas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, se necessária.

§ 3º Não havendo provas a realizar, os autos serão conclusos para sentença.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

#### 242. Aspectos do pedido

Uma vez analisada a parte substantiva do instituto da restituição, passemos ao procedimento do pedido, a partir da sentença que decretar a falência, como modo de permitir ao interessado ater-se ao nexó de causalidade, entre esse fato e sua decisão de exercer o direito da ação de restituição, na forma dos arts. de 87 a 90 da Lei, que tratam da matéria processual norteadora do pedido.

Talvez com mais clareza o art. 87 da Lei 11.101/2005 haja determinado que "o pedido de restituição deverá ser fundamentado e descreverá a coisa reclamada", enquanto a Lei anterior falava que o "pedido de restituição deve ser cumpridamente fundamentado e individualizar a coisa reclamada" (art. 77 do Dec.-lei 7.661/1945).

Fulcrado no princípio constitucional de garantia de celeridade constante do art. 5º, LXXVIII,<sup>423</sup> da Constituição de 1988, o legislador demonstrou sua preocupação neste sentido, na redação dos §§ 2º e 3º do art. 87 da Lei 11.101/2005, admitindo, sem prejuízo do contraditório e da liberdade *probandi*, encerrar-se, se possível, o procedimento à conclusão.

Integrarão a lide, o falido, o Comitê de Credores, se houver sido criado pela Assembléia de Credores, os próprios credores e o administrador judicial, a quem é assegurada a manifestação sobre o cabimento do pedido de restituição frente a seus respectivos interesses, admitidas como contestação, manifestações contrárias à restituição.

Pelo § 1º do art. 87, vê-se que o aperfeiçoamento da relação jurídica processual se dá por meio da intimação das figuras que se vêem envolvidas em um caso de falência decretada, o administrador judicial, o falido, os credores (e dentre estes se houver o Comitê de Credores), para que se manifestem no prazo sucessivo de cinco dias atribuídos a cada um, devendo ser tomada como contestação a manifestação contrária.

Preocupamos o prazo sucessivo em relação aos consorciados passivos, genericamente tidos como credores, cujo número indefinido poderá retardar em demasia a complementação da relação jurídica processual em detrimento da restituição. Parecer-nos-ia suficiente que a Assembléia de Credores fosse convocada para receber coletivamente a intimação,

<sup>423</sup> Art. 5º, LXXVIII, da CF: "A todos, no âmbito judicial (...), são assegurados (...) os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

nomeando o Comitê de Credores como representante para agir no interesse dos credores, dando assim à Assembleia o peso que ela representa na defesa dos interesses categorizados dos credores.

Carlos Henrique Abrão<sup>424</sup> comunga de nossas preocupações entendendo que com "a pluralidade dos credores o prazo poderá se tornar elástico e prejudicial à solução da restituição", aventando hipótese substitutiva da chamada individualização por edital, enquanto nós sugerimos a obrigatoriedade da convocação da Assembleia de Credores para receber da intimação e nomear o Comitê para cuidar do acompanhamento das ações de restituição em representação dos credores em suas três categorias (art. 35, II, b e d).

Art. 88. A sentença que reconhecer o direito do requerente determinará a entrega da coisa no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

**Parágrafo único.** Caso não haja contestação, a massa não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

O parágrafo único do art. 88, *dada vênia* às opiniões em contrário, deixa-nos entender que somente se transcorrer *in albis* o prazo do § 1.º do art. 87 é que a massa não será condenada em honorários, cabendo-lhe este encargo a partir de qualquer contestação interposta pelos interessados, embora possa haver intérpretes que venham a entender que para gozar do benefício, basta o silêncio da massa.

#### 243. Entrega ou execução

Uma vez obtida do juízo da falência a sentença que reconhece a restituição, o art. 88 assina prazo legal de 48 (quarenta e oito) horas para o seu cumprimento pelo administrador judicial, admissível sua execução provisória pelo proprietário, uma vez que de dita sentença só cabe impugnação mediante recurso de apelação, com efeito, meramente devolutivo. Para intentar a execução provisória, a Lei no seu art. 90, parágrafo único, exige a correspondente caução assecuratória da eventual procedência da apelação, que é novidade trazida pela Lei 11.101/2005 com apoio no art. 588 do Código de Processo Civil, cabendo lembrar com Sylvio Marcondes<sup>425</sup> que, "embora seja universal o juízo da falência, é singular o da restituição", que assim resolve a relação restitutória entre um terceiro e a massa falida.

O silêncio, ou a manifestação concorde, não implica em contestação, mas aperfeiçoa a relação jurídica processual, cabendo lembrar que neste caso, desonera-se a massa falida dos encargos de eventual condenação no pagamento de honorários advocatícios do requerente, vez que não houve contestação que lhe viesse a atribuir esse encargo, conforme o disposto no parágrafo único do art. 88 da Lei 11.101/2005.

No momento do pedido, o bem há que estar em poder do falido ou já arrecadado, diferentemente do momento do cumprimento da sentença em que ele pode haver perecido.

<sup>424</sup> TOLEDO, Paulo Campos Salles de Toledo e ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 87.

<sup>425</sup> MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 358.

Há, pois, que se considerar o hiato proporcionado pelo curso do procedimento, para observar os efeitos da sentença da ação de restituição, pois é conveniente lembrar que apesar da indisponibilidade a que está sujeita a coisa restituenda, tal como prevista no art. 91 da Lei 11.101/2005, ela pode perecer durante o procedimento do pedido de restituição. Esta visão se podia ter do legislador de 1945, que expressava no § 2.º do art. 78 também a preocupação com a inexistência da coisa (em si ou na eventualmente subrogada) "no tempo da restituição", ou seja, não somente no instante do pedido de restituição, mas possivelmente no momento da execução da restituição, se perecer por a coisa ao correr do procedimento. Temos que foi equivocada a correção pretendida pelo legislador, no art. 86, I, em substituição a expressão "ao tempo da restituição". Aliás, com a precisão que lhe era própria, Sylvio Marcondes<sup>426</sup> assinala que "somente a inexistência neste momento é que justifica o pagamento do valor ou preço. E este momento não se confunde com os outros momentos, em que a inexistência da coisa obsta o próprio pedido de restituição pela falta de requisito estrutural" (grifos no original).

Art. 89. A sentença que negar a restituição, quando for o caso, incluirá o requerente no quadro-geral de credores, na classificação que lhe couber, na forma desta Lei.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

#### 244. Denegação e inclusão na lista de credores

O efeito imediato do pedido de restituição é a suspensão da disponibilidade da coisa pela massa, até o seu transito em julgado, tanto é verdade que a execução provisória de que possa vir a lançar mão o requerente obriga-o à caução em benefício da massa, para a eventualidade da improcedência do recurso de apelação contra sentença denegatória do pedido de restituição sem prejuízo do resultado de uma eventual apelação. Poderá também resultar a inclusão do requerente na condição de credor, onde couber, pelo não reconhecimento de seus direitos de crédito como solucionáveis em propriedade.

Por outro lado, uma vez procedente, o pedido de restituição transitado em julgado implica entender estar o seu autor fora do processo de falência.

Art. 90. Da sentença que julgar o pedido de restituição caberá apelação sem efeito suspensivo.

**Parágrafo único.** O autor do pedido de restituição que pretender receber o bem ou a quantia reclamada antes do transito em julgado da sentença prestará caução.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

#### 245. Recurso e caução

Prolatada a sentença, se reconhecido o direito à restituição, ela estará a produzir seus efeitos a partir da publicação, e, ensejará ou o seu cumprimento espontâneo de restituição

<sup>426</sup> MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 363.

ou a execução. Ou ainda, à parte insatisfeita se lhe assegura o recurso de apelação com efeito meramente devolutivo, o que enseja a eventualidade da execução provisória, mediante caução.

Não se valendo o requerente da execução provisória, haverá que esperar do trânsito em julgado da sentença que reconhece a procedência do pedido, para então executá-la. Esta visão deve nortear o comportamento do intérprete, seja nos casos genéricos de restituição onde existe o bem em poder do falido ou arrecadado, seja naqueles abrangidos pela hipótese da compra a prazo nos 15 dias que antecedam ao requerimento da falência, com entrega já procedida (art. 85, parágrafo único).

Trata-se assim de execução para devolução do bem a restituir, de que o credor é titular como coisa certa, não lhe sendo dado receber outra coisa ainda que de maior valor.

A execução por coisa certa, ou "em espécie", significa a execução da obrigação de dar a coisa reconhecida por sentença transitada em julgado como de propriedade do requerente, que a individualizar no pedido. Há que se levantar a hipótese de coisa substituída quando se tratar de bem fungível, como, por exemplo, mercadoria a granel entregue naquele período de 15 dias anteriores ao requerimento da falência.

Art. 91. O pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa até o trânsito em julgado.

Parágrafo único. Quando diversos requerentes houverem de ser satisfeitos em dinheiro e não existir saldo suficiente para o pagamento integral, far-se-á rateio proporcional entre eles.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

#### 246. Indisponibilidade e rateio

O art. 91 da Lei 11.101/2005 e seu parágrafo único mantêm as disposições do art. 78 e seu § 3.º, do Dec.-lei 7.661/1945, dando-lhes sentido viabilizador da pretensão pela restituição da coisa na sua espécie, tendo o legislador anterior lhe dado tutela definida independentemente do estado do processo, enquanto o legislador atual tratou a indisponibilidade do bem nas mãos de quem o detivesse, em proteção do resultado da ação de restituição, por meio de sua indisponibilidade até o trânsito em julgado da sentença que reconhece a procedência do pedido. A suspensão da indisponibilidade é admitida de modo precário no fato da execução provisória da sentença favorável a restituição, mediante a prestação substituíva da caução que deve ainda o credor proprietário prestar, asseguratória do resultado da apelação, mantendo-se íntegra até o trânsito em julgado, a possibilidade satisfativa do beneficiário final da sentença.

Quando a restituição não se puder dar em espécie, pela devolução pura e simples do bem ao seu legítimo proprietário, assim reconhecido pela sentença, ela acabará sendo satisfeita em dinheiro e, neste caso, sujeita a dificuldades decorrentes da formação das disponibilidades financeiras pelo administrador judicial. O parágrafo único do art. 91 da Lei 11.101/2005 trata do concurso especial de credores por restituição em dinheiro, sobre a disponibilidade de caixa que houver para sua satisfação concomitante, autorizando rateio proporcional entre esses credores extracuncursais em relação à falência, sempre e tão-so-

mente após o mencionado pagamento dos trabalhadores, credores pelos 3 meses de atraso a que alude o art. 151 da Lei 11.101/2005.

Art. 92. O requerente que tiver obtido êxito no seu pedido ressarcirá a massa falida ou a quem tiver suportado as despesas de conservação da coisa reclamada.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

#### 247. Despesas de conservação

O legislador de 2005 deixou claro que a propriedade direta sobre o bem indevidamente arrecadado pelo administrador judicial na falência, ou eventualmente ainda em poder do falido no momento de sua decretação, assim como o direito de propriedade do fornecedor que resulta da restituição legal da venda e compra de mercadoria, com tradição há menos de 15 dias anteriores ao requerimento da falência, ambas as propriedades haverão de ser resolvidas pela simples devolução da coisa. Porém, a partir da entrada com o pedido de restituição a coisa torna-se indisponível, mas necessita ser guardada e conservada para permitir o cumprimento da eventual sentença favorável decorrente do êxito do pedido.

O cumprimento da sentença poderá ser prestado espontaneamente pelo administrador judicial, caso contrário há possibilidade de sua execução provisória, mediante caução, até o trânsito em julgado da sentença, uma vez que o recurso de apelação, não tem efeito suspensivo, como vimos no comentário ao art. 90. Por via de consequência, o requerente da restituição que tiver obtido o êxito, quando do atendimento da decisão sobre a restituição, deverá ressarcir aqueles que suportaram o encargo da conservação do bem, o valor correspondente.

Rubens Requião<sup>47</sup> lembra que "a ação de restituição, de fato, deixa de ser simples ação de reivindicação para se tornar um instituto eminentemente falencial, posto em benefício de terceiro cuja coisa (bem) foi surpreendida pela falência e arrecadada em mãos do falido". Ela constará do auto de arrecadação como bem de terceiros, mas permanecerá sob a guarda do administrador judicial que por consequência haverá de despende com os custos dessa manutenção, por si ou por meio de pessoa por ele escolhida, podendo "o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens" (art. 108, § 1.º) e assim passarem estes a responder pelo encargo com a custódia e a manutenção da coisa recuperada, responsabilizando-se pela sua preservação para poder atender à prestação restituída. A estes o legislador assegura o benefício do reembolso pelas despesas incorridas nesse mister.

O fato não constará da sentença que reconheça a procedência da restituição, porém o proprietário deverá proceder ao reembolso para poder retirar a coisa de seu custodiante, assegurado a este o instituto da retenção da coisa, de modo a ver satisfeito o ressarcimento.

<sup>47</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, Saraiva, 9. ed., 1984, v. 1 p. 240.

Art. 93. Nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito dos credores de propor embargos de terceiros, observada a legislação processual civil.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

#### 248. Embargos de terceiros

Por derradeiro, passemos às apreciações sobre os embargos de terceiro, do art. 93 da Lei 11.101/2005, que, diferentemente do Dec.-lei 7.661/1945, realinha o direito de interpor no mesmo juízo da falência embargos de terceiro em favor daqueles a quem não aproveita o instituto da restituição. Não se trata de uma alternativa, como os via o art. 79 da Lei anterior, ao manifestar a faculdade outorgada a quem sofresse turbacão ou esbulho na posse ou direito decorrente da arrecadação, e não preferiu usar do pedido de restituição, pudessem defender seus bens por via de embargos de terceiro.

Adotando a tendência doutrinária, o legislador predisps a aplicação da figura do pedido de restituição às questões atinentes à propriedade de terceiro sobre os bens eventualmente arrecadados, em poder do "falido", isto é, "do devedor na data da decretação da falência", deixando de lado o modo diverso de como o fizera o Dec.-lei 7.661/1945 (art. 79), tratando os embargos de terceiro não como faculdade alternativa para os casos de turbacão ou esbulho na posse ou no direito, em decorrência dos efeitos da arrecadação, em que o autor poderia vir a dar preferência a uma ou outra solução, mas tão-somente admitindo essa via de embargos de terceiro, ante o descabimento da restituição.

Como desapareceu a faculdade alternativa agora, ou há cabimento no pedido de restituição, ou se aplicam os embargos de terceiro, diante daquele ato específico do administrador judicial, que, por ter causa na Lei de Falências, ensejaria as mais das vezes submeter-se à restituição. Na ação de embargos de sua sentença, cabe apelação com duplo efeito, diferente do caso específico da restituição, cuja sentença não contempla recurso com efeito suspensivo, embora possa haver satisfação por meio de tutela antecipada.

Parece-nos andou bem o legislador de 2005, quando deixou claro que o interesse de agir do requerente da restituição depende dos fatos descritos no art. 85 da Lei 11.101/2005; remetendo os terceiros interessados que não detenham condições para esta ação, isto é, não lhes cabendo requerer restituição, à ação de embargos na forma estabelecida pelos arts. 1.046 a 1.054 do Código de Processo Civil.

Os embargos de terceiros serão processados em autos distintos daqueles da falência, porém perante o mesmo juízo.

Na proteção pretendida por meio dos embargos de terceiros têm cabimento medidas cautelares, concedidas liminarmente ante a existência dos pressupostos, com a expedição do competente mandado. Como se trata de medida liminar, para que não haja possível prejuízo futuro à massa, no desfecho do pedido, qualquer entrega da coisa ensejará prestação de caução até o trânsito em julgado da decisão.

Rubens Requião<sup>128</sup> relembra que no caso do pedido restituidório "não há a possibilidade de o juiz conceder a restituição liminar, o que ocorre no caso dos embargos, com

a reintegração liminar da coisa a favor do terceiro embargante". É bom lembrar, no entanto, que a Lei nova já não vê os embargos como ato alternativo a ser praticado pelo interessado de modo opcional, mas tão-somente supletivamente em relação ao cabimento do pedido de restituição.<sup>129</sup>

<sup>128</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 9. ed., v. 1, p. 254.

<sup>129</sup> Ao encerrar este despretensioso comentário, agradeço a colaboração da mestrandia Alessandra de Azevedo Domingues, no desenvolver da pesquisa.

## Seção IV Do procedimento para a decretação da falência

Art. 94. Será decretada 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;

II - executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III - pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial;

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfarar o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

§ 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

§ 4º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

§ 5º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A nova Lei, abandonando o critério anterior (sistema latino)<sup>410</sup> que restringia a falência ao empresário comerciante, aplica-se, agora, a todo aquele (pessoa física ou jurídica) que, conforme a definição acatada no art. 966 do CC, exerça a empresa. Com este entendimento, a nova lógica da Lei Falimentar adapta-se, em toda plenitude à concepção de empresário acatada neste texto legal. Para os não empresários a solução é a insolvência civil, disciplinada nos arts. 748 a 786-A do CPC.

A par disto, por expressa disposição legal, foram excluídas da falência as empresas públicas e sociedades de economia mista, *mutatis mutandis*, submetidas ao mesmo princípio constitucional (CF/1988, 37, § 6.º) dedicado às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (Lei 11.101/2005, art. 2.º, I).

Estão afastadas do âmbito falimentar, igualmente, as instituições financeiras, públicas e privadas e demais que lhes forem equiparadas (Lei 11.101/2005, art. 2.º, II). Estas ficaram integralmente submetidas ao disposto na Lei 6.024/1974 (intervenção e liquidação extrajudicial) e no Dec.-lei 2.321/1987 (regime de administração especial temporária), afastando a possibilidade, expressa no primeiro destes textos (Lei 6.024/1974, arts. 1.º, 2.º, III, 7.º, c; 12, d; 19, d; 21, b; 38 e 47) fossem declaradas falidas.

Lastimavelmente não agasalhou a orientação de afastar do âmbito da falência a microempresa e aquelas de pequeno porte, embora lhes tenha dedicado um procedimento particular nas normas dos arts. 70 e ss.

Mas andou bem ao fixar o limite de 40 salários mínimos para o pedido de falência, fundado na importunidade. Pena somente, não o tenha estendido àqueles pedidos fundados em título executivo, ao qual faz menção no inc. II da norma do art. 94 em apreço.

A medida justifica-se, considerando que o procedimento falimentar é oneroso, com despesas decorrentes dos peritos, depositários e demais auxiliares.

Preservou, ademais, os critérios anteriormente agasalhados nas normas dos arts. 1.º e 2.º do Dec.-lei 7.661/1945, a saber: a importunidade e atos de falência que agora encontram abrigo nos incs. I, II e III do art. 94.

Mantém-se, destarte, o critério de presunção de insolvência - insolvência aparente -, que pode não traduzir o que se entende por insolvência em sentido econômico. Vale dizer, passivo maior do que o ativo. Inclusive, note-se, o estado de insolvência pode existir independentemente do inadimplemento desta ou daquela obrigação.<sup>411</sup>

O estado patrimonial denunciado mediante a importunidade, muitas vezes nada mais é do que iliquidez momentânea. Por tal razão é que se fala em presunção, a qual é relativa e pode ser afastada por prova em contrário, como a que resulta do depósito elisivo, admitindo-se, ainda, quando se cuido de dificuldade temporária, a possibilidade de o devedor pleitear a recuperação judicial durante o prazo para contestação.

Mas, quando esta importunidade ou outros atos denunciavam a incapacidade do empresário em cumprir regularmente as próprias obrigações, tem-se insolvência generalizada a legitimar o procedimento concursal.<sup>412</sup>

<sup>410</sup> Por uma breve visão histórica dos diversos sistemas, consulte-se a PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 41-45.

<sup>411</sup> PAJARDI, Piero. *Manuale di diritto fallimentare*, p. 90.

<sup>412</sup> *Idem*, p. 91 e ss.

Pressuposto objetivo da falência é, destarte, o desequilíbrio patrimonial que se traduz pelo estado de insolvência, e este exterioriza-se, quer pelo inadimplemento, tal como previsto no inc. I; quer pelas situações arroladas nos incs. II e III da norma em questão.

Esta importância deve ser demonstrada e, para tanto, mantendo a orientação do direito anterior (Dec. 7.661/1945, art. 10), a Lei impõe o protesto obrigatório do título executivo (judicial ou extrajudicial) de molde a comprovar o não pagamento no vencimento.

Este protesto, lavrado em livro próprio, não tem por função, como ocorre com os títulos de crédito, provar a apresentação do título (para pagamento ou aceite) de molde a salvaguardar o direito de ação contra os obrigados de regresso. A finalidade, aqui, é justamente assinalar a importância e, para tal fim, inclusive os títulos não sujeitos a protesto obrigatório tais como o cheque ou a sentença judicial devem ser protestados.

Cuidando-se de inadimplemento, este deve referir-se a obrigação líquida, consubstanciada em título judicial ou extrajudicial, tal como previsto na norma do art. 585 do CPC, título este apto a autorizar a ação executiva. Destarte, inclui-se aqui também o mandado de pagamento proferido em ação monitoria, se não oferecidos embargos no prazo de 15 dias (CPC, art. 1.102c).

O importante é que a obrigação ademais de líquida,<sup>435</sup> vencida e impaga esteja titulada,<sup>434</sup> dada a impossibilidade da constituição do título em procedimento concursal.

Em se tratando de obrigação ilíquida, a situação submete-se ao disposto na norma do art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.101/2005, a qual ordena o prosseguimento da ação no juízo em que se estiver processando.

O não pagamento, outrossim, deve ser infundado, posto que se o devedor nega o cumprimento da obrigação fundada em "razão de direito relevante", as quais vêm enunciadas no art. 96, da Lei 11.101/2005 em elenco não taxativo, a falência não será decretada.

A nova Lei não mais faz menção à medida cautelar de verificação de contas nos livros empresariais, antes objeto do disposto na norma do art. 1.º, § 1.º do antigo Dec.-lei falimentar. A omissão, todavia, não afasta a possibilidade do pedido, cuja disciplina está estabelecida nos arts. 379 a 382, do CPC, tornando desnecessária a sua repetição no texto falimentar. Aliás, com este teor, a norma do art. 1.191, do CC, mantém a orientação que admite a exibição integral de livros em caso de falência.

Mas a verificação somente se justifica quando inexistir título executivo previsto em lei ou quando, existindo, "não houver liquidez do quantum".<sup>436</sup> Como procedimento autô-

<sup>433</sup> V. Súmula 258 STJ: A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou.

<sup>434</sup> Vale aqui, textualmente, a lição de Miranda Valverde: "O termo 'título' está no dispositivo para designar o instrumento ou documento público ou particular, sujeito ou não a forma especial (letras de câmbio, nota promissória, cheques), que, por si mesmo, independentemente, portanto, de qualquer meio de prova, demonstrara a existência de obrigação líquida. Não é, pois a ação executiva que a lei processual também estabelece para cobrança de certas dívidas, que contem a estas, segundo a Lei de Falências, o requisito da liquidez. Não basta ter direito à ação executiva; é necessário que o título protegido por esta forma de ação seja líquido". VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 21.

<sup>435</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 115.

nomo, antecedente ao pedido de falência (que inclusive pode não ocorrer) não está submetida ao juízo falimentar e o foro será aquele do domicílio do devedor.

A Lei dedica um inciso a parte, o inc. II do art. 94, para quando o executado não paga e não nomeia bens a penhora dentro do prazo legal, situação esta abrangida, anteriormente, juntamente com os chamados "atos de falência" (agora no inc. III) na norma do art. 2.º do antigo Dec.-lei falimentar 7.661/1945.

A orientação foi salutar, posto que aqui a Lei pressupõe a impossibilidade de pagar, como bem observa Miranda Valverde,<sup>436</sup> já que quem não paga, nem nomeia bens a penhora no prazo legal está provavelmente falido. A par disto, visto cuidar-se de ação executiva, quando não paga há inadimplemento e como tampouco nomeia bens a penhora, não pode demonstrar a existência de razões para o não cumprimento da obrigação. O fato, aqui, que autoriza a falência é o não pagamento ou a não nomeação de bens quando o empresário é executado.

Neste ponto pedimos atenção especial para o disposto na norma do § 4.º deste artigo, o qual ordena que se tratando de pedido de falência fundado em execução frustrada, este deverá lastrear-se em certidão extraída dos autos da execução pedido de falência.

Outra é a situação que decorre dos atos arrolados no inc. III. Não há ainda importância ou o inadimplemento de qualquer obrigação. Mas a prática daqueles atos, independentemente da intenção de prejudicar, pode esvaziar o patrimônio do empresário em detrimento de seus credores. Representam, portanto, uma ameaça à esfera jurídica dos terceiros credores e é esta ameaça o que a Lei leva em consideração.

A Lei inovadoramente sanciona a possibilidade da prática de alguns destes atos, arrolados nas alíneas do inc. III, sem decretação da falência, quando este fizer parte de plano de recuperação judicial. Alguns, porque o bom senso denuncia que, v.g., o "lançar mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos" com toda certeza não conta com o beneplácito do direito.

A norma consubstanciada na sua alínea a (liquidação precipitada de seus ativos ou o emprego de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos), repete o anteriormente estabelecido na norma do art. 2.º, II do Dec.-lei falimentar anterior.

Sobre o ponto, a doutrina<sup>437</sup> ensina que o termo "liquidação" deve ser apreendido em sentido técnico, como a venda apressada dos bens que compõem o seu ativo, por preços injustificados, inclusive, por vezes, inferiores ao do custo. Não se inserem na categoria as "queimas" de estoques realizadas periodicamente pelos comerciantes, com o fim de renovação, expurgando-os de produtos ultrapassados, mercadorias defeituosas ou artigos que caíam de moda, ou não mais se adaptam à nova estação.

A intenção subjacente aqui não é liquidar o passivo, mas, tão somente, se desfazer do estabelecimento, sem satisfação dos credores. Por tal razão, na visão de Miranda Valverde,<sup>438</sup> o legislador, vislumbraria a malícia, possibilitando se interrompa a prática mediante a declaração de falência.

<sup>436</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 65.

<sup>437</sup> Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 67-68.

<sup>438</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 67-68.

Todavia, como bem esclarece Silva Pacheco,<sup>439</sup> a intenção é irrelevante, bastando o fato da liquidação precipitada, a qual, inclusive, pode decorrer de leilão (ainda quando levada a cabo por leiloeiro público).

O emprego de meios ruinosos ou fraudulentos, também, por si só constituem justo título para a falência. Situa-se no elenco dos primeiros, conforme a lição da doutrina<sup>440</sup> todos aqueles que "prejudicam a empresa, comprometem a sua situação, levam-na à insolvência, impedem-na de operar em todos os seus setores, diminuem-lhe a receita e o crédito ...", dificultando-lhe os negócios. Dentre os exemplos oferecidos, destacam-se a venda dos equipamentos e maquinário necessários ao exercício da atividade; o trespassse imotivado de estabelecimento empresarial com a perda do ponto e do direito à renovatória, o pagamento de comissões elevadas; "a emissão de títulos de mero favor ou fictícios", ou o abuso nas garantias prestadas, a contratação de empréstimos a juros excessivos, dentre outros.

Quanto aos meios fraudulentos, são aqueles resultantes do emprego de artifícios ou expedientes, pelo empresário, visando obter recursos financeiros, produtos ou serviços.

O Código Civil enuncia dentre os atos praticados em fraude as credores: aqueles de transmissão gratuita de bens ou de remissão de dívidas, quando o devedor já era ou tornouse insolvente pela prática do ato (art. 158); os contratos onerosos celebrados, quando a insolvência já era notória ou, pelo menos, conhecida do outro contratante (art. 159); o pagamento de dívidas não vencidas, pelo devedor insolvente (art. 162) ou as garantias prestadas pelo insolvente a algum credor.

Na alínea b do inc. III deste artigo, a demonstração do ânimo elisivo é de rigor para que tenha lugar a simulação, posto a Lei exigir a demonstração do elemento subjetivo ("... com o objetivo de..."). Não basta, portanto, seja o negócio simulado.

Por "alienação", compreende-se, toda transferência de bens, valoráveis economicamente, para outrem. Quer a título oneroso; quer a título gratuito e, ainda aqui, perdura a apreciação do *animus*.

Não se confunda esta situação com aquela prevista no disposto no art. 129, Lei 11.101/2005. Aqui a dispensa da demonstração do elemento subjetivo, quando se reporta, no seu inc. IV à "prática de atos a título gratuito" nos dois anos anteriores à falência. Aqui, o fato da falência autoriza a presunção de fraude, o que não pode ocorrer antes que seja esta decretada.

Já na situação prevista na alínea c, deste inc. III, o critério é objetivo, situação esta igualmente abrangida dentre os atos revocáveis (Lei 11.101/2005, art. 129, VI) e dois são os pressupostos: por um lado a não concordância dos credores; por outro o fato de não restarem bens suficientes para saldar as dívidas existentes.

A expressão estabelecimento aqui deve ser apreendida no exato sentido do disposto na norma do art. 1.142 do CC, como o complexo de bens (materiais e imateriais) utilizado pelo empresário para o exercício da empresa e, destarte, unitariamente considerado (unitariedade de fato), e não qualquer transferência parcial de bens.

<sup>439</sup> Idem, p. 154.

<sup>440</sup> Idem, *ibidem*.

Assim entendemos, tendo em vista que a transferência parcial dos bens que compõem o estabelecimento, ainda que substancial, já está abrangida pela hipótese de alienação do ativo, prevista na alínea b, III do art. 94 mencionada retro.

Outra é a situação prevista na alínea c. Aqui exige-se a demonstração do elemento subjetivo, da intenção de burlar a lei, a fiscalização ou prejudicar credores.

O problema, neste ponto, é determinar o que se deve entender por "estabelecimento principal" e aqui ressurge uma antiga discussão, dada a divergência de critérios.

Como bem demonstrado por Oscar Barreto Filho,<sup>441</sup> para alguns, assim Carvalho de Mendonça e Miranda Valverde, estabelecimento principal seria o do lugar onde se situaria a sede da administração dos negócios do comerciante, identificando estabelecimento principal com estabelecimento matriz. Todavia, como acateia, há sempre a possibilidade de alterar-se o endereço da sede da empresa, perante a ininércia de quebra.

Por tal razão, acatando a Syllvío Marcondes, sugere que a determinação de principal, deva ser estabelecida em função do critério econômico, considerando-se estabelecimento principal, aquele em que o empresário exerce o maior número de negócios, i. e, o mais expressivo em termos materiais.

O critério objetivo volta na alínea d, que se segue. Aqui, da mesma forma, não se indenega da intenção. Se o empresário favorece um de seus credores, em detrimento dos outros, sem reservar bens suficientes para solver o passivo, a prática autoriza a falência. Também nestas circunstâncias, há a possibilidade da revogação do ato praticado nos termos do art. 129, III da Lei 11.101/2005.

A fuga e a ocultação, previstas na alínea f, são casos clássicos de denúncia da situação de insolvência do empresário. A fuga tem lugar pelo abandono do estabelecimento, qualificado pelo fato de não deixar representante habilitado e com recursos para satisfazer aos credores. Em se tratando de pessoas jurídicas, este papel é exercido pelos administradores.

A doutrina italiana, assim Piero Pajardi,<sup>442</sup> considera que na idéia de "fuga" do empresário, cabe, inclusive, o suicídio ou tentativa de suicídio. O argumento é o de que a simulação precária da empresa revela-se por estes comportamentos artiscados que, por si só, demonstram a inexistência de soluções satisfatórias para os credores.

No direito anterior, o não cumprimento de qualquer das cláusulas da concordata autorizava ao juiz sua rescisão (Dec-lei 7.661/1945, art. 150, I e 151, § 3.º) decretando a falência de ofício.

A solução permanece na alínea g, agora, visando à recuperação judicial. A hipótese está igualmente prevista na norma do art. 61, § 1.º, da Lei 11.101/2005, a qual esclarece que o descumprimento tem em vista as obrigações, previstas no plano, que se vencerem até dois anos após a sua concessão.

O § 1.º traz uma inovação, consequência do limite mínimo (40 salários) que agora se exige. É claro, que a criação formal de litisconsórcio ativo, afasta a possibilidade de que os credores, entre si, impugnem os respectivos créditos. Mas, resta claro, outrossim, que

<sup>441</sup> BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 145-146.

<sup>442</sup> PAJARDI, Piero. *Manuale di diritto fallimentare*, p. 99.

o fato de um terceiro credor impugnar e obter sucesso na impugnação de qualquer um dos créditos, objeto do litisconsórcio, não alterará a falência já decretada, posto que a impugnação somente tem lugar em momento posterior. Tal, porém, não ocorre em relação ao falido o qual, na sua contestação pode, como matéria de defesa, impugnar este ou aquele crédito, demonstrando a inexistência do mínimo legal.

O § 2.º reporta-se aqui, àqueles créditos que a Lei 11.101/2005 expressamente exclui no seu art. 5.º. A saber: as obrigações a título gratuito e as despesas que os credores fizeram para tomar parte na recuperação judicial ou na falência.

Com relação às doações é necessário fazer uma ressalva, parecendo correto conservar o entendimento da doutrina que admite-se para as remuneratórias a habilitação em tudo o que não exceda os serviços prestados. O entendimento todavia não se estende à doação com encargo.<sup>443</sup>

Questão que se abre com a nova redação é a relativa às prestações alimentares, posto que, com relação às penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas, afastadas no regime anterior, por expressa disposição do art. 23, III, do Dec.-lei 7.661/1945, há agora previsão expressa qualificando tais créditos como quirografários na norma do art. 83, VII, da LRE com o que se derruba a Súmula 565 do STJ.

Mas, com relação às prestações alimentares, a coisa não fica clara, posto que o elenco consubstanciado no inc. VI do art. 83, Lei 11.101/2005 não é taxativo tendo em vista a redação da sua alínea *a* (“aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo”).

Mas considerando que a condenação em prestação alimentícia não tem a força de coisa julgada, posto sempre poder se alterar a situação do devedor, a hipótese deve ser afastada, posto que nenhum sintoma de alteração na condição de fortuna do alimentante pode ser mais claro do que a falência.

Cuidando-se de título executivo, a Lei exige a sua apresentação no original (cf. Lei 11.101/2005, art. 9.º, parágrafo único). Com este teor, já dispunha o antigo art. 82, § 1.º do Dec.-lei revogado. Vale, portanto, a mesma orientação de que o (...) documento constitutivo de obrigação, só pode, em regra, ser suprido por outro que mereça igual fé (...)”<sup>444</sup> exigindo-se, para aqueles documentos versados em língua estrangeira, a tradução por tradutor juramentado.

Ademais disto, com relação aos títulos de crédito, a incorporação do direito ao documento, decorrente do princípio da cartularidade, não autoriza o exercício do direito sem a sua apresentação. A assim ser, a exigência coaduna-se com os princípios do direito cartular.

Mal não faz lembrar, neste ponto, que, cuidando-se de debêntures, a Lei admite a declaração colévia feita pelo agente fiduciário (Lei 6.404/1976, art. 68, § 3.º, *d*).

A norma do § 4.º, do artigo em exame, completando o teor do disposto no parágrafo anterior, consagra a orientação da doutrina, facultando seja a apresentação do original substituída por certidão de inteiro teor dos autos de execução em que estejam acostados os originais.

<sup>443</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda *Comentários à Lei de Falências*, p. 209.

<sup>444</sup> *Idem*, v. 2, p. 81.

No direito anterior a norma do art. 12 do Dec.-lei revogado estabelecia um procedimento à parte para os atos de falência, tendo em vista a necessidade da demonstração e prova do alegado, já que não basta a alegação para dar materialidade aos atos de falência. Com a unificação da defesa do falido, justifica-se o inciso, ordenando a dilação probatória.

Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A orientação atual é mais branda do que aquela do direito anterior, posto que ali o pedido de concordata preventiva só constitua matéria de defesa se a entrada do pedido tivesse lugar antes da citação para responder ao pedido de falência.

Na lógica atual, faculta-se ao devedor, após a citação pleitear a recuperação judicial, a qual se concedida atastará a falência. A possibilidade é salutar, pois cuidando-se de iliquidez momentânea e não de insolvência generalizada, preserve-se a empresa sem desnecessariamente penalizar o empresário.

Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:

- I – falsidade de título;
- II – prescrição;
- III – nulidade de obrigação ou de título;
- IV – pagamento da dívida;
- V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;
- VI – vício em protesto ou em seu instrumento;
- VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;
- VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.

§ 1.º Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.

§ 2.º As defesas previstas nos incisos I a VI do caput deste artigo não obstam a decretação de falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Este artigo repete, com algumas variações, as defesas anteriormente arroladas no art. 4.º do Dec.-lei 7.661/1945 e, da mesma forma, a relação é meramente exemplificativa, tendo em vista que o inc. V, da mesma forma em que o anterior inc. VII, reporta-se a “... qualquer outro fato...”

Anote-se que a redação atual restringe o elenco aos pedidos de falência, fundados na importunidade. Justifica-se a orientação tendo em vista que, em se tratando de "atos de falência", o ônus da prova incumbe ao credor que alega a presença das situações descritas no art. 96 da Lei 11.101/2005 e a defesa, mediante todos os meios admitidos em direito, será produzida em consonância com o que o credor pretende provar. Na hipótese de falência fundada na importunidade, a discussão está circunscrita à obrigação substanciada no título, ao próprio título, em si mesmo, formalmente considerado, às formalidades do protesto ou à qualificação do sujeito passivo como empresário (inc. VIII). Aqui, como a matéria é de defesa, incumbe ao devedor provar o que alega, posto que ao credor basta demonstrar a existência de obrigação líquida, titulada e o inadimplemento injustificado, comprovado mediante o protesto.

Aplica-se na hipótese, em todo o seu teor, o disposto no art. 332, do CPC. Qualquer meio legítimo pode ser usado para a defesa do devedor. Todavia a expressão "fato", tecnicamente, parece ser menos abrangente que a anterior "motivo", acatada na Lei revogada, posto que, sob a expressão motivo, incluíam-se não somente os fatos em sentido estrito, mas, igualmente, atos jurídicos, isto é, voluntários.

Melhor, portanto, que se acata a expressão em sentido amplo, a saber, como gênero; compreensivo de fatos jurídicos em sentido estrito e igualmente de atos jurídicos.<sup>445</sup> Com este teor o *fato* autorizador da defesa pode ser tanto "de ordem substancial, quanto formal, ou meramente processual".<sup>446</sup>

A falsidade, prevista no inc. I, é tanto a falsidade material (fabricação ou alteração física do documento); como a ideológica. Cabe, ainda aqui, a lição de Valverde<sup>447</sup> entendendo a expressão título não só como o documento ou o instrumento que contém a obrigação, mas outrossim a sua causa. Destarte se a declaração, ali exarada, foi contrária à real vontade do declarante, o título está viciado.

A prescrição (inc. II) extintiva é modo usual de extinção da obrigação a qual, todavia, não pode ser decretada de ofício. Razoável, portanto, se inclua dentre as razões relevantes, invocadas para a defesa do devedor.

Contudo, se este, por inércia, não a invoca podem os demais credores, quando da impugnação, dela valer-se para excluir o crédito prescrito.

O inc. III contém praticamente a mesma redação de seu antecessor, ressalva feita à expressão "respetivo", cuja supressão não afetou o conteúdo da norma. Vale aqui tanto a nulidade do instrumento, em si mesmo considerado, v.g., por vício de forma dada a ausência de requisito cambiário extrínseco; quanto aquela da obrigação em que o documento teve origem. Aplica-se neste ponto o disposto nas normas dos arts. 166 e ss., do CC.

Note-se, contudo, que, ao contrário da prescrição, a nulidade pode ser declarada de ofício (CC, art. 168, parágrafo único). Mas também aqui, o descuido do devedor na sua defesa, não prejudicará os credores concorrentes, posto que a Lei (CC, art. 168, *caput*) fa-

<sup>445</sup> Cf. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 11.

<sup>446</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 95

<sup>447</sup> *Idem*, p. 87.

culla seja ela argüida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando necessária a sua intervenção.

O pagamento é modo normal de extinção das obrigações. Cuida-se aqui de pagamento feito antes da citação do devedor para o procedimento falimentar, já que a Lei disciplina em artigo apartado (Lei 11.101/2005, art. 9.º, parágrafo único) o depósito, posterior a citação, feito para elidir a falência.

No direito anterior, a norma do art. 4.º, IV, ordenava fosse o pagamento feito antes do requerimento da falência. A nova redação não mais assim faz, razão pela qual parece legítima a interpretação que entende possa o pagamento ser feito até a citação.

Contudo, como ressalta Manoel Justino Bezerra Filho,<sup>448</sup> nenhum juiz seria tão formal a ponto de declarar a falência por se cuidar de pagamento após o requerimento.

Se o credor concordou e as partes estão satisfeitas, inexiste qualquer razão lógica para que a falência fosse decretada.

E, é acertado que assim se entenda quando se cuidar de único credor. Existindo outros, porém, a falência será decretada e, caso provado o conluio fraudulento entre o falido e o primeiro credor, o ato será revogado (Lei 11.101/2005, art. 130), impondo-se a devolução do pagamento recebido à massa.

A situação descrita no inc. VI, vício em protesto ou em seu instrumento, é inovação da Lei falimentar atual. Parece-nos que a expressão "vício", aqui, deva ser entendida em sentido amplo, como todo defeito que possa levar à invalidade do ato praticado. Vale, portanto, a par da possibilidade de nulidade, os vícios de vontade que levam à possibilidade de anular o ato defeituoso.

A apresentação do pedido de recuperação judicial no prazo da citação é orientação mais branda que a anteriormente acatada no Dec.-lei revogado, o qual exigia que o requerimento de concordata preventiva fosse anterior à citação. A par disto é menos hipócrita, não autorizando manobras protelatórias com o fim de furar o devedor à citação de molde a facultar o ingresso do pedido de concordata a tempo.

Dado o caráter em grande parte negocial da recuperação judicial, se, na hipótese de objeção por parte de qualquer credor, a Assembléia dos Credores aprovar o plano de recuperação apresentado, inexistem razões para que a falência prossiga. Ainda mais considerando a possibilidade, caso o devedor não cumpra as obrigações ali assumidas, de a falência ser decretada.

A cessação da atividade empresarial há mais de dois anos, da mesma forma, já era situação prevista no direito anterior (Dec.-lei 7.661/1945, art. 4.º, VIII).

A hipótese é de decadência ou caducidade. Portanto não se interrompe e nem se suspende.

Demonstrado o cancelamento da firma do empresário individual, finda a liquidação e a partilha e declarada extinta a sociedade ou elaborado o distrito societário, uma vez arquivados os atos no Registro Público de Empresas Mercantis e Negócios afins, começa a correr o prazo decadencial.

<sup>448</sup> BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 91.

Cessada a atividade empresarial, inexistiu legitimação passiva para requerer a falência do devedor, posto que não é mais empresário. Inclusive, assinalava Miranda Valverde<sup>449</sup> que, mesmo que a pessoa contratasse obrigação líquida no decurso deste prazo, a imponibilidade não mais poderia fundamentar o pedido de falência, por não se tratar de dívida contraída por comerciante. A lição permanece atual, autorizando o mesmo raciocínio com relação ao empresário.

Outra é a situação se a pessoa continua no exercício da empresa, agora irregularmente, posto que, embora a norma do art. 967 do Código Civil declare obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis e Negócios Afins, a definição acatada na norma do art. 966 do Código Civil não exclui se possa reconhecer o empresário "de fato" e nem o subtraí à falência, posto que a exigência da demonstração da regularidade, consubstanciada no art. 97, § 1.º, somente diz respeito ao credor empresário.

Permanece como orientação, portanto, a mesma orientação acatada durante a vigência do direito anterior.

O § 1.º, repete integralmente o disposto na norma do art. 4.º, § 2.º do Dec.-lei revogado.

Embora a liquidação e a partilha não signifiquem a extinção imediata da pessoa jurídica, tendo em vista o disposto na norma do art. 207 da Lei Acionária, esta é consequência da liquidação por expressa disposição legal. Tem este teor a norma do art. 219 desta Lei: "Extingue-se a companhia: I - pelo encerramento da liquidação; (...)".

Uma vez extinta, não se pode mais falar em pessoa jurídica e, desarte, em sociedade empresária.

Por outro lado considerando que o fato de encontrar-se em liquidação não obsta possa ser declarada falida, se assim não ocorreu é porque tinha bens suficientes para saldar o passivo ou o credor não foi diligente. Considerando que o direito não se compadecer com a negligência, a solução é a adequada, ainda mais tendo em vista que a norma do art. 218 daquela Lei faculta ao credor o direito de exigir dos acionistas, individualmente o pagamento de seus créditos até o limite das somas por eles recebidas. Ademais disto, há possibilidade de pleitear perdas e danos do liquidante.

Mas, se somente foi liquidado o ativo, sem partilha, não se pode falar em "... encerramento da liquidação..." e, assim sendo, pode ser decretada a falência.

O prazo de um ano a contar da morte do devedor, para que se possa decretar a falência do espólio é igualmente de decadência. Dentro deste prazo a falência pode ser decretada, inclusive por débitos posteriores à morte do empresário individual, dada a possibilidade da continuidade da empresa, pelo inventariante até que se partilhem todos os bens. Decorrido este prazo, como alerta Miranda Valverde,<sup>450</sup> somente poderá ser decretada a falência dos herdeiros que prosseguiram no exercício da empresa do *de cuius*.

Encerrando o elenco, a norma consubstanciada no § 2.º do artigo em exame, saudavelmente, salienta-se que se as defesas apresentadas com fundamento nos seus incs. I a VI

não forem suficientes para a completa extinção da obrigação inadimplida, o credor pode pedir a falência pelo saldo, desde que acima daquele limite de 40 salários mínimos, estabelecidos no caput do art. 94.

Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

- I - o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;
- II - o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;
- III - o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;
- IV - qualquer credor.

§ 1º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades.

§ 2º O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A situação descrita no inc. I é a de autofalência regulada nos arts. 105 a 107 da Lei. A obrigação legal de requerer a autofalência, já prevista na norma do art. 8.º do Dec.-lei falimentar revogado permanece. Mas agora sem o prazo de trinta dias e sem o protesto como marco inicial.

Note-se que este dever de confessar a própria falência somente tem lugar perante a situação descrita no inc. I, em virtude da remessa expressa ao art. 105 da Lei 11.101/2005, no qual a locução "deverá" atesa a a obrigatoriedade. Nas demais, previstas nos incs. II e III, o pedido é facultativo.

O critério atual é o da percepção da crise econômico-financeira da empresa exercida e a impossibilidade de preencher os requisitos necessários para pleitear a recuperação judicial.

Cuida-se, portanto, de confissão de falência.

Os requisitos para o pedido estão na norma do art. 105 e seus incisos da Lei 11.101/2005. Verifique-se que existe a possibilidade de requerer a falência do empresário "de fato" (irregular), e também que a este se faculta a confissão, posto que a norma do inc. IV, deste artigo, exige a prova da condição de empresário somente para o credor.

O pedido será assinado pelo empresário, seu procurador com poderes para tanto ou, em se tratando de pessoa jurídica, por seu representante legal devidamente autorizado pelos sócios.

Nas sociedades anônimas a questão é cuidada na norma do art. 122, IX e parágrafo único da Lei das S/A.

Sob a expressão "administradores" entende-se diretores, posto que só a estes incumba a representação da companhia (Lei 6.404/1976, art. 138, § 1.º). A deliberação é da competência da Assembleia Geral extraordinária, já que a falência implica em dissolução da companhia (Lei 6.404/1976, art. 138, X).

Excepcionalmente, em caso de emergência, o controlador pode autorizar aos administradores o pedido, independente de manifestação anterior da Assembleia-Geral. Mas, esta, a Assembleia Geral, deverá ser imediatamente convocada (Lei 6.404/1976, art. 122,

<sup>449</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 93.

<sup>450</sup> Idem, v. 1, p. 94-95.

parágrafo único). Quanto às sociedades limitadas empresárias, a competência é, igualmente, da Assembléia ou da reunião dos sócios e o *quorum* é aquele previsto na norma do art. 1.076, I, do CC, por analogia ao disposto na norma do art. 1.071, VI (dissolução de sociedade), do CC, visto que o Código não previu a possibilidade de autofalência, mas tão só o pedido de concordata.

No que respeita às sociedades de pessoas empresárias (em nome coletivo e comandita simples) a competência, também aqui, é do sócio administrador, mediante aprovação prévia da maioria dos sócios, conforme designada no contrato. Note-se que a norma do inc. III, do artigo comentado faz referência àquela reguladora do tipo societário e ao contrato social.

A norma do art. 11, § 4.º, do revogado Dec.-lei falimentar facultava, aos sócios que discordassem, o direito de oposição à falência, assim confessada. A nova Lei não contém disposição semelhante. Todavia, como considera igualmente falidos todos os sócios de responsabilidade solidária, nesta qualidade todos que dissentessem estariam legitimados a se oporem ao pedido. Mas, a nova redação, trazida à norma dos arts. 105 a 107 da Lei 11.101/2005, quando cuida do procedimento da autofalência não parece vislumbrar a contradição, com o que esta possibilidade fica cerceada. A afirmação de que, assim sendo, dever-se-ia interpretar o *quorum*, então, como unanimidade, tendo em vista o disposto no art. 1.033, II, do CC, posto que a confissão de falência leva à dissolução da sociedade, cai por terra perante o disposto no inc. III que se segue. E assim é, porque o *quorum* para tanto, nas sociedades celebradas por prazo indeterminado é maioria simples. Destarte há a possibilidade de dissidência. Com este modo de ver, a situação permaneceria sem resposta perante a nova Lei, posto que, ao que parece, a faculdade de opor contestação prevista na norma do art. 81 da Lei 11.101/2005 tem aplicação somente quando o pedido parta de terceiro credor.

Mas, por outro lado, esta mesma norma do art. 105 impõe ao falido o dever de confessar, perante a crise econômica da empresa. Destarte, se os sócios solidários são igualmente considerados falidos, então não poderiam se opor ao pedido. A questão contudo permanece em aberto e como a existência da sociedade em nome coletivo é rara na atualidade provavelmente não se contará com o auxílio da jurisprudência para tanto, restando, apenas, os subsídios dos estudiosos.

Com relação à sociedade em conta de participação, a questão regula-se pelo disposto na norma do art. 994, § 2.º e 3.º, do CC. A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, facultado ao sócio participante, caso exista saldo disponível, habilitar-se como quirografário.

Se a falência for do sócio participante, a questão, conforme a remessa deste § 3.º, regular-se-á pelo disposto nas normas dos arts. 117 e 118 da Lei 11.101/2005 que se aplicam aos contratos bilaterais do falido.

A situação descrita no inc. II é, da mesma forma, confissão de falência. Mas aqui não vigora a regra que impede seja declarada a falência do espólio após um ano, contado da morte do devedor (art. 96, § 1.º, da LRE). Com este entendimento está Miranda Valverde,<sup>451</sup> para quem "(...) cuida-se de restrição dos direitos dos credores, em benefício do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros do devedor (...)".

<sup>451</sup> Idem, p. 154.

Como a norma repete o disposto no art. 9.º, I do Dec.-lei revogado, perdura a lição da doutrina<sup>452</sup> a ensinar que a faculdade aqui é cumulativa e não sucessiva.

Vale dizer, qualquer um dos sujeitos aí indicados pode apresentar o pedido. Quanto ao consorte sobrevivente, porém, este somente estará legitimado se tiver "(...) interesses econômicos ligados ao espólio (...)".<sup>453</sup> o que certamente não ocorrerá quando o regime do casamento for aquele da absoluta separação de bens.

Certamente, quando a Lei fala em "... qualquer credor...", tem em vista aqueles créditos que podem ser reclamados na falência. Conforme a lógica da Lei atual, não se vedaria a possibilidade de que o credor com garantia real pedisse a falência de seu devedor. Não parece, porém, que assim seja, tendo em vista que lhe falta legítimo interesse para tanto posto ter seu crédito garantido.

A assim ser, somente estaria legitimado ao pedido, quando o bem dado em garantia não fosse suficiente para satisfazer o crédito. Veja-se que o crédito tributário, por expressa disposição legal (Lei 6.830/1980, art. 38) não habilita a Fazenda a requerer a falência do contribuinte, posto que o executivo fiscal prosequer. A questão, porém, permanece em aberto, no aguardo da manifestação dos especialistas.

A regra contida no § 2.º deste art. 97 da Lei 11.101/2005 estatuí em sede própria, como já o fazia a norma do art. 9.º, III, alínea c, do Dec.-lei 7.661/1945, a regra similar de processo que ordena ao autor residente fora do Brasil (CPC, art. 835) prestar caução às custas e honorários advocatícios, salvo se tiver bens imóveis em território nacional. Esta caução somente é dispensada quando se cuidar de execução fundada em título extrajudicial ou reconvenção (CPC, art. 836, I e II), provavelmente, esta exceção não se aplicará à falência resultante do disposto na norma do art. 94, II da Lei 11.101/2005, posto que a Lei falimentar não contém esta distinção.

Note-se que a norma em questão não considera a possibilidade da existência de bens imóveis em território nacional como liberatória do dever de prestar caução. Todavia, considerando que a razão legal da norma é, não somente garantir custas e honorários, mas igualmente o pagamento da indenização pelos danos carreados pelo pedido de falência, não parece desarrazoado que se aplique subsidiariamente a lei processual quando os imóveis em território nacional forem suficientes para garantir a eventual reparação.

Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

O direito anterior (Dec.-lei 7.661/1945) estabelecia um procedimento diferente para os pedidos de falência com base na impontualidade (arts. 1.º e 11) e para aqueles funda-

<sup>452</sup> Idem, p. 153.

<sup>453</sup> Idem, ibidem.

dos em atos de falência (arts. 2.º e 12). Enquanto para os primeiros permitia-se um “desdobramento” da defesa (arts. 11, 17 e 18), dada a exiguidade dos prazos (24 horas a contar da juntada do mandato em cartório) e do fato de cuidar-se de título líquido e certo, o que não dava muita margem para defesas, para os segundos inexistia tal desdobramento.

A Lei nova, sob este aspecto, não mais distingue, fixando perante qualquer que seja o fundamento do pedido (imponibilidade, execução ou atos de falência) o prazo (agora não mais em minutos) de 10 (dez) dias, contados, igualmente, da juntada do mandato em cartório (CPC, art. 241, II).

Diferentemente do que ocorria, a nova disciplina da citação não mais menciona a modalidade a ser seguida. Enquanto a lei anterior exigia fosse pessoal ou, quando muito, por edital (Dec. Lei 7.661/1945, art. 11, § 1.º), a atual silencia.

É certo que a doutrina admitia a possibilidade de citação por correio, desde que o aviso de AR fosse assinado pelo falido ou pelo representante legal da falida,<sup>44</sup> mas não aceitava em nenhum momento a possibilidade da citação por hora certa. Perante o silêncio da Lei atual, resta indagar se a modalidade poderá ser aceita.

Lembra-se ademais que, embora a norma do art. 9.º, II do CPC ordenasse a nomeação de curador especial ao revel citado por edital, a exiguidade do prazo para defesa vedava esta possibilidade quando se cuidasse de pedido fundado na imponibilidade.<sup>45</sup> Aplicava-se a solução somente quando o pedido estivesse lastreado em atos de falência. O argumento era o de que, uma vez citado o devedor, os autos deveriam ir conclusos imediatamente para sentença.

A difusão temporal existente agora afasta este óbice, facultando a nomeação de curador também para as falências fundadas na imponibilidade.

Em seqüência, a norma do art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, repete disposição já contida na norma do § 2.º do art. 11 da Lei anterior.

Cuida-se aqui do depósito elisivo que não se confunde com aquele depósito que a Lei anterior nomeava “oportunamente feito” e arrolado dentre as causas de defesa no antigo art. 4.º, VI, do 7.661/1945. Vale dizer depósito judicial efetivado antes do requerimento da falência.

Na redação dada ao art. 96 da Lei 11.101/2005, não mais se menciona a hipótese, posto que já abrangida na redação do seu inc. V (“... qualquer outro fato que...”).

*In casu*, uma vez perfetido o depósito elisivo, o devedor sequer necessita se manifestar nos autos, bastando o pedido.

E, por que isto? Pelo simples fato de que fundando-se o pedido de falência do art. 94, I e II da Lei 11.101/2005 na iliquidez, como sinal indicativo do desequilíbrio econômico e do qual decorre a presunção jurídica de insolvência, o depósito do *quantum* afasta esta presunção, demonstrando a solvabilidade do devedor. Por isto se fala em “elisão”. A pretensão é afastada elidindo-se a falência.

Com o depósito a ação toma rito ordinário, persistindo apenas para a discussão da legitimidade do pedido. Caso, considerado impropriedade, o devedor depositante le-

vanta a quantia depositada, acrescida do ônus da sucumbência, facultado ademais possa se valer da ação indenizatória a que se faz menção, em seguida, no art. 101 da Lei 11.101/2005.

**Art. 99.** A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: I – conterá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;

II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotrair-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1.º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;

III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, impurância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;

IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1.º do art. 7.º desta Lei;

V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 6.º desta Lei;

VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo;

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;

VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei;

IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea a do inciso II do caput do art. 35 desta Lei;

X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido;

XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da criação dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;

XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência;

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.

**Parágrafo único.** O juiz ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores.

<sup>44</sup> Cf. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 125.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 126.

A sentença que declara a falência, como há longo tempo proclama a doutrina,<sup>436</sup> não é meramente declaratória, mas por dar lugar a um novo estado jurídico - aquele de falência - é igualmente constitutiva, posto produzir efeitos *ex nunc* e *ex tunc* que alteram relações jurídicas preexistentes ou criam novas (v. Lei 11.101/2005, arts. 77, 102, 103, 108, 115-117, 120, 121, 122, 125 e 129) e, como professam alguns,<sup>437</sup> executiva, já que profere-se em processo de execução coletiva universal.

A Lei 11.101/2005 não mais contém a exigência de que sejam explicitados os nomes dos sócios solidários, posto que estes, em virtude do disposto na norma do art. 81, são igualmente declarados falidos. Basta, destarte, a identificação do falido ou falidos.

Igualmente, não mais é necessário indicar o gênero de comércio, tendo em vista o novo sujeito, a saber, o empresário, como tal definido na norma do art. 966, do CC. Vale dizer, não mais se indaga se a atividade empresarial exercida é de natureza comercial ou civil.

Portanto, a perquirição do "gênero de comércio" tornou-se inócua.

Permanece a exigência da indicação dos nomes dos administradores (anteriormente: "diretores ou gerentes"), justificada pela possibilidade da sua responsabilização nos termos do art. 82. A responsabilidade dos administradores não é novidade da Lei 11.101/2005, posto que a norma do art. 6.º do Dec.-lei revogado, igualmente, previa a responsabilização dos administradores, conforme estabelecido nas respectivas leis societárias. A novidade está nesta norma do § 2.º deste art. 82 ao admitir a possibilidade de que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ordene a indisponibilidade dos bens particulares desses sujeitos e isto mesmo antes da prova da insuficiência do ativo para cobrir o passivo.

Esta liçença se, por um lado, facilita o trabalho do magistrado que anteriormente deveria se esmerar para fundamentar a decisão neste sentido, por outro, abre caminho para injustiças insanáveis, posto que, até o julgamento da ação de responsabilidade há possibilidade de prejuízo decorrente da imobilização do patrimônio particular do administrador, a final, inocente.

A norma do inc. II repete disposição anterior fixando o termo legal da falência, agora de 90 dias (anteriormente 60 dias, conforme precisava o art. 14, III, do Dec.-lei 7.661/1945), retroativos dos termos iniciais que indica: pedido de falência, pedido de recuperação judicial e primeiro protesto por falta de pagamento.

Conta-se o termo do pedido de falência, quando este foi fundado nas situações descritas nos incs. II e III do art. 94 e na hipótese de "autofalência", tal como estabelecido na norma do art. 97 e seus incisos, ambos da nova Lei.

A data do pedido de recuperação judicial servirá como termo quando resultar da transformação esta medida em falência, reservando-se a data do primeiro protesto para os pedidos de falência fundados na imponibilidade. Neste ponto, a Lei, salutarmente, exclui pos-

sar ser objeto de referência os protestos cancelados, razão de algumas querelas durante a vigência do Dec.-lei revogado.

A medida justifica-se tendo em vista que a falência é estado que se constrói e se prolonga no tempo. No mais das vezes, a crise econômica da empresa surge como moléstia insidiosa que, lentamente, vai minando a sua "saúde" e neste *inter* no afã de sobrevivência o empresário lança mão de meios desastrosos, impensadamente favorecendo alguns credores no interesse de outros. Por tal razão a lei, independente da prova da má-fé, presume fraudulentária<sup>438</sup> a prática de alguns atos praticados neste termo, declarando-os ineficazes perante a massa, conforme o teor do seu art. 129.

Observe-se que o termo legal somente abrange as situações descritas nos incs. I, II e III destes artigos. As demais, arroladas nos incs. IV a VII, estão fora deste termo legal, embora contidas pela mesma presunção.

Na lei anterior a exigência de que o falido apresentasse a relação nominal dos credores (Lei 11.101/2005, art. 99, III), advinha em consonância com a nomeação do síndico, então escolhido dentre os maiores credores do falido (Dec.-lei 7.661/1945, art. 60, § 1.º).

A redação atual ordena esta apresentação já no seu bojo, sem o que não seria possível elaborar o futuro quadro de credores (massa falida subjetiva) ou estimar o montante do passivo habilitado. Menos, convocar a Assembleia de Credores a que faz menção o seu inc. XII, a seguir.

A exigência desliga-se, outrossim, da necessidade de nomeação do síndico, anteriormente, escolhido dentre os maiores credores do falido, posto que agora esta escolha judicial recai sobre profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou pessoa jurídica especializada, como estatui a norma do art. 21 da nova Lei, independentemente da sua qualidade, ou não, de credor.

O prazo para as habilitações de crédito agora é fixo, 15 dias (anteriormente entre 10 e 20 dias conforme os interesses econômicos envolvidos), começando a correr, igualmente, da publicação do edital declarando a falência (art. 7.º, § 1.º) e continua não preclusivo, admitindo-se a habilitação retardatária (Lei 11.101/2005, art. 10).

Todavia seus titulares ademais de não terem direito de voto nas Assembleias (com exceção dos trabalhistas) perderão o direito de participar nos raios anteriormente realizados na forma descrita no 3.º do art. 10 da nova Lei. Se bem que, a orientação, estende a estes credores a possibilidade de pedirem reserva para a satisfação de seus créditos e inclusive pedir a retificação do quadro geral dos credores já publicado, para inclusão do respectivo crédito.

A declaração de falência suspende todas as ações e execuções individuais contra o falido que digam respeito aos interesses da massa. Não se incluem no elenco as execuções fiscais como ordena o art. 187 do CTN e inclusive se a execução foi ajuizada antes da quebra e efetivada a penhora para garantia do juízo, a penhora é feita no rosto dos autos com citação do administrador judicial, prosseguindo-se nos demais atos do procedimento falimentar.

436

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 178, e recentemente NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, p. 163, reportando-se a Pontes de Miranda.

437

Assim, PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 230 *in fine*.

438

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 183.

Mantém-se, igualmente, a orientação da lei anterior com relação aos bens alienados fiduciariamente em garantia e aqueles vendidos com cláusula de reserva de domínio, se a ação de busca apreensão e depósito teve início antes da decretação da falência. Esta prossegue. Com isto ajusta-se a necessidade de futuro pedido de restituição, cujo tratamento enfrenta-se nas normas dos arts. 85 a 93 da Lei 11.101/2005, e cujo cabimento é de rigor vis-to cuidar-se de bens de terceiros (a proprietária fiduciária ou o vendedor que se reservou o domínio do bem vendido).

As ações em que se demanda quantia ilíquida igualmente não são suspensas, *ex vi* o disposto no § 1.º do art. 6.º da Lei 11.101/2005, circunstâncias em que é possível ao juiz da falência determinar a reserva de bens quantos bastem para a satisfação dos futuros créditos, quando tomados líquidos. É importante, todavia, que a existência destas ações seja comunicada ao juiz.

A partir da declaração de falido este perde o direito de administrar e de dispor de seus bens, o que implica, também, em vedar que possa sobre eles criar quaisquer ônus.

Não se cuida, todavia de desapropriação, mas sim de "desapossamento" de molde a constituir a massa falida objetiva, salvaguardando o interesse dos credores. Mas isto não significa, perda do falido o direito de administrar os bens dos filhos menores ou aqueles particulares da esposa, quando sob sua guarda. A vedação estende-se somente aos bens que interessam à massa falida.

A Lei estabelece aqui uma exceção quando exista a possibilidade de continuação de negócios, prevista a seguir no inc. XI desta norma. Neste caso a eventual venda de bens, objeto da atividade normal da empresa, deverá ser submetida à autorização prévia do juiz da falência ou do Comitê de Credores.

Repete-se aqui a mesma possibilidade indicada no Dec.-lei anterior no inc. VI do seu art. 14. O juiz pode ordenar as diligências que julgar convenientes para os interesses da massa e, inclusive, a prisão do falido, dos administradores da sociedade falida, dos controladores ou dos sócios de responsabilidade limitada se pressentir a existência da prática de crime falimentar com a autoria ou o concurso destas pessoas. Os requisitos, no caso, para a decretação da prisão, são os mesmos estabelecidos no Código de Processo Penal (arts. 311 e ss.) e o recurso, embora a Lei mencione o agravo de instrumento, ainda aqui, há de ser o de *habereas corpus*, dada a morosidade do primeiro, em que pese a possibilidade de ser atribuído efeito suspensivo ao agravo.

Em hipótese, prelecionava a doutrina, ainda no decurso da existência do Dec. Lei revogado, tal pode ocorrer independentemente do requerimento do Ministério Público.<sup>459</sup>

A medida prevista no inc. VIII desta norma legal (art. 99), atesta o efeito *erga omnes* da sentença de falência, preservando os interesses dos incautos. Tem-se em vista aqui a publicidade decorrente do arquivamento de qualquer ato no Registro Público de Empresas e de Negócios Afins. Com isto ajusta-se a possibilidade de que terceiros de boa-fé venham a negociar com o falido.

A figura do síndico foi substituída pelo administrador judicial (Lei 11.101/2005, art. 99, IX), agora adequado a cumular também a função do antigo comissário, posto que pre-

<sup>459</sup> Idem, *ibidem*.

sente igualmente na recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 52, I). Seus deveres são, *mutatis mutandis*, aqueles, anteriormente, atribuídos ao síndico e ao comissário, exercendo a mesma função de administração e representação da massa falida, as quais são, da mesma forma, indelegáveis e remuneradas (Lei 11.101/2005, art. 24). É, ademais, da mesma forma que seu antecessor, o síndico, órgão obrigatório da falência, posição que ocupa juntamente com o juiz e o Ministério Público.

A situação prevista no inc. X do mencionado art. 99, da Lei 11.101/2005, não existia na redação do art. 14 da Lei anterior, embora resultassem da diligência usual do síndico para a localização de bens do falido no interesse da massa (Dec.-lei 7.661/1945, art. 63, XVII).

Com a nova redação ela advém *ex officio*, sem quaisquer delongas, com o que se agiliza o procedimento.

Com a mesma economia de tempo, a nova Lei faculta ao juiz, já na sentença que declara a falência, deliberar sobre a continuação dos negócios do falido. Com isto a possibilidade antecipa-se à arrecadação dos bens, facultando a permanência da empresa sem solução de continuidade. O critério para a concessão ou não do pedido está no interesse da massa em preservar a clientela e o ponto ou o local de negócios, o que seria disperso com a lação do estabelecimento.

O inc. XII ressuscita a poderosa Assembleia de Credores, a qual, relegada a segundo lugar com a edição do Dec.-lei 7.661/1945, rec ocupa, ao lado do Comitê de Credores, o seu lugar de órgão (facultativo) da falência.

A publicação da decisão, que deverá conter a expressão "*falência de...*" e que será integralmente publicada, submete-se ao disposto na norma do art. 191 e parágrafo único, da nova Lei, devendo, preferencialmente ser feita pela imprensa oficial ou, quando a massa falida comportar, mediante jornal ou revista de grande circulação, ambos nos locais onde a falida tenha estabelecimentos.

Art. 100. Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Mantém-se aqui a orientação da Lei anterior, afastando-se, todavia, a possibilidade de embargos de defesa nesta fase, tal como preconizava anteriormente, da sentença que concede a falência cabe agravo de instrumento (art. 17 do Dec.-lei 7.661/1945) e, daquela que nega, apelação (art. 19, do Dec.-lei 7.661/1945). O prazo para a interposição de um e de outro conta-se a partir da publicação da sentença no órgão oficial.

Com a supressão do disposto no parágrafo único do art. 17 do Diploma falimentar anterior (a suspensão da alienação de bens da massa enquanto não julgado o agravo de instrumento) e a remessa expressa da norma do art. 189 da nova Lei ao CPC, a possibilidade da concessão ou não do efeito suspensivo incumbirá ao juiz relator, nos termos do art. 527, III, do CPC. Se assim não ocorre, o administrador judicial pode dar início à liquidação do ativo. Quanto à legitimação ativa, qualquer interessado pode agravar. Inclusive o credor.

Lembramos que a sentença que denega a falência não tem a autoridade da coisa julgada material, posto não impedir que o mesmo credor requira, novamente, a quebra fundada em outro título ou em atos de falência.

**Art. 101.** Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.

§ 1º Havendo mais de um autor do pedido de falência, serão solidariamente responsáveis aqueles que se concluíram na forma prevista no caput deste artigo.

§ 2º Por ação própria, o terceiro prejudicado também pode reclamar indenização dos responsáveis.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

O atual art. 101 da nova Lei de Falências repete com poucas variações o anteriormente estabelecido na norma do art. 20 do Dec.-lei revogado. Vale, portanto, a lição da doutrina anterior e, neste sentido, aquela de Miranda Valverde<sup>460</sup> esclarecendo que por “dolo” aqui, entender-se-á má-fé e a sanção, pena que se impõe ao litigante malicioso.

Ademais disto, como bem pondera Silva Pacheco,<sup>461</sup> a condenação em perdas e danos pode ser decretada de ofício independentemente do pedido do falido e isto, mesmo que “... se invoquem os arts. 158 e 460 CPC...”.

O que se tem que provar é a má-fé, o comportamento malicioso e não os eventuais prejuízos que serão apurados (quando existentes) na fase de execução, procedendo-se à liquidação conforme ordena o art. 603, do CPC.

Inclusive, prossegue o estudioso, se a sentença ao denegar a quebra não condena o autor faloso pode o (não mais) falido apelar, ainda quando assim não tenha pedido.

Se não se prova a má-fé, inexistente a condenação em perdas e danos. Mas isto não exonera o autor do pedido de responder pelas despesas do processo.

A nova redação não mais distingue dentre dolo e culpa como fazia o parágrafo único do mencionado art. 20 e mais, restringiu o âmbito da ação própria (Lei 11.101/2005, art. 101, § 2.º) ao terceiro prejudicado. Na redação anterior (art. 20, parágrafo único) facultava-se ao “prejudicado” o pedido. Vale dizer que o “falido” também dela poderia se valer. Com a nova redação, se a sentença que denega a falência não condena o autor do pedido e se dela não recorre o falido, obtendo sua reforma neste ponto, com o trânsito em julgado encerra-se a questão.

No mais, note-se que o fato de serem vários os autores do pedido de falência, a sanção somente se aplicará àqueles que agirem de má-fé. Com este teor a redação da norma do art. 101, § 1.º, ora em exame, é suficientemente clara.

<sup>460</sup> Idem, v. 1, p. 197.

<sup>461</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 252.

## Seção V

### Da inabilitação empresarial, dos direitos e deveres do falido

**Art. 102.** O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.

**Parágrafo único.** Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Durante a vigência do Dec.-lei 7.661/1945, quando ainda em vigor a primeira parte do Código Comercial de 1850, a interdição para o exercício do comércio, independente da prática de crime falimentar, resultava do disposto na norma do seu art. 2.º, n. 4 que proibia ao falido o exercício do comércio enquanto não declaradas extintas suas obrigações. No bojo da lei falimentar a interdição para o exercício do comércio advinha como pena acessória daquela que resultasse da condenação por crime falimentar (Dec.-lei 7.661/1945, art. 195).

O Código Civil de 2002 não reproduziu a vedação. Razoável, portanto, que a Lei 11.101/2005 o faça intertornando ao falido o exercício da empresa e isto independente da existência de crime falimentar.

A restrição, contudo, somente vale para o exercício da atividade empresarial, não obstante ao falido a prática de outras atividades que não as negociais.

Escorreita, ademais, a escolha da expressão “inabilitação”, tal como advém na norma do parágrafo único, e não mais “reabilitado” como fazia a norma do art. 2.º, n. 4 do antigo Código Comercial. E justifica-se, posto que a Lei 11.101/2005, da mesma forma que o Dec.-lei revogado não reconheceu o instituto da “reabilitação comercial”. Destarte, quando se fala em “reabilitação”, tem-se em vista sempre aquela penal.

Cuidando-se de interdição que decorre da sentença de falência, independente da existência de crime falimentar, descreve o uso da expressão “reabilitação”. Melhor, portanto, que o retorno ao exercício da atividade empresarial resulte apenas da anotação do levantamento da falência no Registro Público de Empresas Mercantis e Negócios Afins.

**Art. 103.** Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

**Parágrafo único.** O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Todos os bens penhoráveis do falido e dos sócios solidários da sociedade falida, na sua posse ou na posse de terceiros, quer presentes, quer futuros (adquiridos durante o decorrer do procedimento falimentar) serão arrecadados.

Aplica-se aqui, integralmente, o disposto nas normas dos arts. 649, do CPC e 1.677, do CC/1916 [art. 1.911, do CC/2002]. Exclui-se ademais o bem de família, tal como estabelecido na Lei 8.009/1990. A arrecadação, todavia, é de todos os bens e não somente daqueles que bastem para satisfazer a execução, como preleciona o art. 685, I, do CPC.

Esta apreensão, como preleciona Ricardo Negrão,<sup>461</sup> inclusive pode anteceder a decretação da quebra, como medida assecuratória, durante o curso da instrução do procedimento pré-falimentar, como ocorre na apuração das situações arroladas no art. 94, III da nova Lei (atos de falência).

Cuida-se, contudo, como mencionado retro, de mero desapossamento (direto) e não expropriação. O falido não perde a propriedade de seus bens, apenas não pode mais dispor e gozar, posto que, privado da sua administração, não pode mais perceber-lhes os frutos.

Tampouco existe aqui perda da capacidade jurídica. Tanto assim que pode fiscalizar a administração da falência e requerer quaisquer providências conservatórias dos bens arrecadados e o que for a bem dos seus direitos e interesses, ademais de poder intervir nas ações em que a massa seja parte na forma assinalada no parágrafo único.

Os bens, assim arrecadados, vão formar (como já mencionado) a massa falida objetiva, a qual, na visão de Miranda Valverde,<sup>462</sup> constitui um patrimônio autônomo, assim compreendido como o complexo de direitos e obrigações destinados, pela lei, a atender uma determinada finalidade. Ou como explícita, é o patrimônio do devedor "(...) sob o novo tratamento ou regime jurídico (...)" e este entendimento coaduna-se com as novas tendências, posto que, por mais de uma vez, a Lei menciona a possibilidade da existência de massas patrimoniais com destinação específica, assim ocorre, v.g. na norma do art. 994, do CC, quando se fala em patrimônio especial; no art. 10, II da Lei 9.514 a reportar-se diretamente à figura do patrimônio separado e, inclusive, à sua liquidação (inc. V) e do que, ainda, é exemplo a Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004, dispondo expressamente sobre o patrimônio de afetação.

A evolução, facultando a possibilidade da visualização do patrimônio em abstrato, de molde a permitir acate-se a visão de Miranda Valverde, entusiasticamente defendida, outrossim, por Rubens Requião.<sup>463</sup>

Mas a Lei não indica qual a sanção para o eventual ato de disposição de bens após a decretação da falência, a qual, todavia, considerando-se cuidar de violação a imperativo legal, deve se traduzir em nulidade.

Alerta-se, ademais, que no bojo desta apreensão, visto a Lei ordenar que se arrecadem todos os bens em poder do falido, podem advir bens de terceiros, situação em que lhes será facultado o recurso ao pedido de restituição, agora disciplinado nas normas dos arts. 85 a 93 da Lei 11.101/2005. Lembramos, ademais, que em se tratando de credor garantido mediante alienação fiduciária, ou com reserva de domínio, se já iniciado o pedido de busca

<sup>462</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, p. 224.

<sup>463</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 279.

<sup>464</sup> Requião, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 154.

e apreensão, antes do requerimento de falência, este não obstará o prosseguimento da medida, dispensando a apresentação do pedido de restituição.

Se, todavia, já foi requerida a falência, também nestes casos, o pedido de restituição será de rigor.

Art. 104. A decretação da falência impõe ao falido os seguintes deveres:

- I – assinar nos autos, desde que intimado da decisão, termo de comparecimento, com a indicação do nome, nacionalidade, estado civil, endereço completo do domicílio, devendo ainda declarar, para constar do dito termo:
  - a) as causas determinantes da sua falência, quando requerida pelos credores;
  - b) tratando-se de sociedade, os nomes e endereços de todos os sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, apresentando o contrato ou estatuto social e a prova do respectivo registro, bem como suas alterações;
  - c) o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios;
  - d) os mandatos que porventura tenha outorgado, indicando seu objeto, nome e endereço do mandatário;
  - e) seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento;
- f) se faz parte de outras sociedades, exibindo respectivo contrato;
- g) suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu;
- II – depositar em cartório, no ato de assinatura do termo de comparecimento, os seus livros obrigatórios, a fim de serem entregues ao administrador judicial, depois de encerrados por termos assinados pelo juiz;
- III – não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei;
- IV – comparecer a todos os atos da falência, podendo ser representado por procurador, quando não for indispensável sua presença;
- V – entregar, sem demora, todos os bens, livros, papéis e documentos ao administrador judicial, indicando-lhe, para serem arrecadados, os bens que porventura tenha em poder de terceiros;
- VI – prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência;
- VII – auxiliar o administrador judicial com zelo e presteza;
- VIII – examinar as habilitações de crédito apresentadas;
- IX – assistir ao levantamento, à verificação do balanço e ao exame dos livros;
- X – manifestar-se sempre que for determinado pelo juiz;
- XI – apresentar, no prazo fixado pelo juiz, a relação de seus credores;
- XII – examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial.

**Parágrafo único.** Faltando ao cumprimento de quaisquer dos deveres que esta Lei lhe impõe, após intimado pelo juiz a fazê-lo, responderá o falido por crime de desobediência.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A norma repete, com poucas variações, o estabelecido anteriormente no art. 34 do Dec.-lei revogado.

Todos os atos aqui descritos devem ser cumpridos pessoalmente pelo falido, salvo quando a lei expressamente autorize possa fazê-lo mediante representação. Por tratar-se de deveres impostos pela Lei, seu descumprimento poderá levar à prisão do falido.

Em virtude do caráter pessoal desses deveres, a presença do falido no foro da falência é impositiva. E a exigência justifica-se considerando que ninguém melhor que o falido pode informar ao juízo as causas da falência, a localização de seus bens, quem são seus sócios, qual o contabilista encarregado da sua escrituração e outros elementos que a Lei solicita com o fito de agilizar a organização do processo falimentar.

Estas informações, como bem preleciona Miranda Valverde,<sup>465</sup> constituem a base de todo o procedimento falimentar, que tem lugar nesta primeira fase, assim dita de *conhecimento*, na qual "se arrecadam os bens, se fixam as causas da falência e se distribuem responsabilidades, e ficam, em regra, perfeitamente delimitados os direitos e as obrigações da massa falida (...)."

A intimação do falido resulta da publicação da sentença na forma indicada no art. 191 da Lei 11.101/2005. Isto, é claro, desde que tenha sido criado regulamente para acompanhar o processo na forma assinalada no seu art. 98. A ausência da citação regular, como ocorre nos demais procedimentos, induz à nulidade.

O termo de comparecimento é lavrado em cartório pelo escrivão e, como alerta Silva Pacheco,<sup>466</sup> o fato do falido recorrer da sentença declaratória não o exime do comparecimento. A par da sua qualificação (inc. I) exige a Lei que declare as causas da falência quando requerida pelos credores, posto que, em se tratando de autofalência, estas, tendo em vista o disposto na norma do art. 105, da Lei 11.101/2005, já constam do pedido.

Miranda Valverde<sup>467</sup> vê nesta informação um modo de responsabilizar o falido por suas afirmações, o que será posteriormente apreciado pelo administrador judicial (na lei anterior, o síndico) quando da apresentação do relatório a que faz menção, agora, à norma do art. 22, III, e, da Lei 11.101/2005 e vale para determinar eventual responsabilidade civil e a existência de crime falimentar do falido ou de outros envolvidos.

Cuidando-se de pessoa jurídica, estas informações serão prestadas pelo representante, ou representantes legais, e a exigência da indicação de todos os sócios e demais ditores é de rigor tendo em vista a possível responsabilidade pessoal destes senhores, para os fins previstos na norma do art. 82, da Lei 11.101/2005.

A indicação do contabilista é igualmente de rigor, considerando a sua responsabilidade, posto que na hipótese de fraude dos lançamentos contábeis pode, igualmente, responder, juntamente com o falido (o qual como preponente também se obriga) por crime falimentar, tal como estabelece a norma do art. 168, § 3.º, da Lei 11.101/2005.

Impõe-se, ademais, a indicação dos mandatos outorgados, os quais com o advento da falência, cessam seus efeitos, impondo-se aos mandatários prestem contas da gestão à massa falida, como ordena a norma do art. 120, da Lei 11.101/2005.

Note-se que, inclusive, o mandato judicial para a representação do falido poderá posteriormente ser revogado pelo administrador judicial (§ 1.º), circunstância que antes não se

<sup>465</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 256

<sup>466</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 297.

<sup>467</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 256.

colocava perante o teor da norma do art. 49 do Dec.-lei revogado, que expressamente se referia somente aos mandatos referentes aos negócios de interesse da massa falida.

A revogação dos mandatos conferidos, todavia, não atinge aqueles que o falido tenha recebido, quando não digam respeito aos interesses da massa falida (§ 2.º).

A razão da exigência consubstanciada na alínea e é visível, considerando a necessidade de arrecadar todos os bens que compõem o patrimônio do devedor, os quais podem não se encontrar *in totum* no estabelecimento. Com a informação facilita-se o trabalho de arrecadação do bens que compõem a massa falida objetiva, facultando, destarte, a sua posterior liquidação. Paralelamente, afasta-se a possibilidade de ocultamento ou de sonegação destes bens em prejuízo dos credores.

A Lei determina o desapossamento do falido de todos os seus bens. Assim sendo é natural que sejam, igualmente, apreendidos os valores das participações societárias que detenham outras sociedades. Nestas circunstâncias, tendo em vista o disposto na norma do art. 1.026, do CC, a massa pode pedir seja liquidada a quota do devedor, ingressando o produto para a massa.

Em se tratando de ações de companhia aberta, a sua liquidação deve obedecer às normas particulares do mercado, a cuja negociação foram admitidas conforme o registro feito (Bolsa, Mercado de Balcão ou Mercado de Balcão organizado).

A mesma razão, fundamenta a exigência da indicação de suas contas bancárias, investimentos e títulos em cobrança, posto que todos estes recursos serão arrecadados para integrar a massa falida objetiva. A indicação dos processos em que for autor ou réu refere-se somente àqueles que tenham por objeto interesses patrimoniais que possam dizer respeito à massa falida, não se estendendo aos particulares que se refiram a direitos pessoaisíssimos do autor e de sua família.

Mas cuidando-se de empresário em nome individual e considerando que a falência abrange também os bens futuros, o inventário em que seja beneficiado como herdeiro interessa também a massa. Em todos estes processos, a figura do devedor será substituída por aquela do administrador judicial que passará a atuar nestes procedimentos, tendo em vista o interesse da massa falida.

Os livros obrigatórios são essenciais para acompanhar a evolução dos negócios do devedor e, outrossim, verificar a ocorrência de crime falimentar decorrente de sua aduclação ou eventuais omissões. Lembremos que, em matéria de prova, estes livros provam a favor e contra o empresário seu titular. Destarte a sua arrecadação é impositiva para o bom andamento do procedimento.

Os atos do procedimento falimentar, tendo em vista a quantidade de interesses envolvidos, devem desenvolver-se com certa celeridade, sob pena de perpetuarem-se. Por tal razão exige-se permança o falido no foro da falência, e molde a atender com presteza os atos em que sua presença ou informações sejam necessárias. Esta exigência, todavia, como já ocorria na lei anterior, não atinge as viagens de curto regresso. Para as demais, contudo, a autorização do juízo é impositiva.

A Lei inova neste ponto. A orientação anterior (Dec.-lei 7.661/1945, art. 34, IV) somente autorizava o comparecimento mediante procurador, quando ocorresse motivos justos e o juiz autorizasse a tanto. O critério atual é mais brando, dispensando a autorização do juiz e contentando-se em que seja dispensável a presença, o que, será, provavelmente, objetivamente estimado.

Repete-se no inc. V a mesma exigência de atender aos interesses da massa falida. Os livros, papéis e documentos a que agora se faz menção são outros, que não os livros empasariats, e que possam, por qualquer modo, dizer respeito ao procedimento falimentar.

Destarte, ademais dos livros obrigatórios, impõe-se entregue também aqueles facultativos e demais papéis e documentos relativos que versem sobre a atividade desenvolvida.

Note-se, outrossim, que o dever, agora, não é o de somente declarar os bens que possui, mas, igualmente, o de entregar estes bens, indicando ademais aqueles que estejam em posse de terceiros para o fim da arrecadação.

O fatido, melhor que ninguém, tem conhecimento do estado de seus negócios e por tal razão a Lei impõe-lhe o dever de prestar esclarecimentos, quando solicitado pelo Juízo, pelo Ministério Público ou por qualquer credor.

Pela mesma razão, deve auxiliar o administrador judicial com zelo e lealdade, examinando as habilitações de crédito apresentadas. A sua formação contrária à legitimidade, importância ou classificação dos créditos, poderá transmitir-se em impugnação na forma assinalada pela norma do art. 8.º da nova Lei, servindo de lastro, igualmente, para a manutenção do administrador judicial, conforme o art. 12.º parágrafo único da nova Lei.

Sua presença ao levantamento e verificação do balanço, bem como ao exame dos livros é por outro lado, não só de interesse dos credores, como do próprio falido, razão pela qual deve estar presente, podendo se valer, para tanto, de profissional habilitado.

O prazo para apresentar a relação de seus credores é aquele fixado na norma do art. 99, III, da nova Lei. A saber, 5 (cinco) dias, a contar da publicação do Edital da sentença declaratória da falência.

Por final, considerando que o patrimônio em jogo é seu e que tem o direito de fiscalizar a administração da falência, nada mais razoável do que verificar o desempenho da administração levada a efeito, examinando e opinando sobre as contas apresentadas pelo administrador judicial (arts. 22, III, 7, 154 e 155), as quais, se inexatas podem levar a destituição do falido e à perda da sua remuneração, ademais da possibilidade de determinar a indisponibilidade ou o sequestro de seus bens para atender aos eventuais danos causados à massa falida (arts. 24, § 4.º e 154, § 5.º).

A pena de prisão administrativa por desobediência já se encontrava prevista na lei anterior na norma do seu art. 35.

A prisão aqui não se confunde com aquela que pode resultar da prática de crime falimentar, como previsto na norma do art. 99, VII, quando da prolação da sentença de falência. Lá cuidava-se de prisão preventiva; aqui de prisão administrativa por crime de desobediência, prevalecendo o entendimento de que, como tal, não deverá ultrapassar 60 dias.

No dicitio anterior, o recurso previsto era o de agravo de instrumento, ao qual, conforme a doutrina,<sup>166</sup> tendo em vista a nova redação, introduzida pela Lei 9.139/1995, poder-se-ia conceder efeito suspensivo, na forma do inc. II do art. 527, do CPC de molde a sustar a execução da ordem de prisão. A solução, salvo melhor juízo, mantém-se e parece-nos a mais indicada.

## Seção VI Da falência requerida pelo próprio devedor

Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao Juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:

I — demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confectionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório do fluxo de caixa;
- II — relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos;
- III — relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;
- IV — prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;

V — os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei;

VI — relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Cuida-se aqui, como mencionado retro, em comentário aos incs. I, II e III do art. 97, de autofalência, disciplinando-se neste local as condições que o pedido deve preencher.

As demonstrações contábeis, a que a Lei faz menção, são as especialmente levantadas para fundamentar o pedido e necessárias para avaliar a inviabilidade econômica da atividade exercida.

Repetem-se aqui e pelas mesmas razões, as exigências feitas ao falido na norma do artigo antecedente. Destarte a formação da massa falida subjetiva, com a relação dos credores, e, outrossim, a patrimonial (massa falida subjetiva), para o fim de atender aos interesses destes credores. Neste ponto, agilizand, a Lei exige que desde já se apresente a estimativa de valor, que poderá ser objeto de futura avaliação pericial, e os documentos comprobatórios da propriedade, com o que se acelera o andamento do procedimento.

A exigência, consubstanciada no inc. IV, coaduna-se com a lógica falimentar, posto que somente o empresário pode ser sujeito passivo na falência. A norma, em princípio, abriga uma exceção admitindo pudesse a sociedade "empresaria de fato" requerer

<sup>166</sup> BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 196.

a autofalência, quando menciona a exigência de que se apresente "(...) o contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios (...)". O mesmo entendimento adviria do fato de a norma do art. 97 somente exigir a prova da regularidade do exercício da empresa por parte do credor. Tal conclusão, porém, esbarra com o disposto na norma do art. 987, do CC, a qual proíbe aos sócios, entre si, provarem a existência da sociedade sem a existência de documento escrito que a tanto ateste. Mas, ao mesmo tempo, não impede que estes, em comum acordo, confessem a existência da sociedade. Mas a solução deixa de lado a possibilidade de o empresário, pessoa física, confessar a própria falência e não é possível a mesma norma legal prever um tratamento desigual para a mesma realidade, a saber: exercício de fato da atividade empresarial. Lembramos que o direito anterior não excluía a possibilidade do "comerciante irregular", confessar a própria falência, desde que, como prelecionava Miranda Valverde,<sup>469</sup> desde que juntasse "prova de sua qualidade, talões ou recibos de impostos pagos para o exercício da profissão (...)". Entenda-se, portanto, a autorização, para a confissão da autofalência, como extensiva, inclusive aos empresários irregulares, tal como era a orientação do direito anterior.<sup>470</sup> Igualmente, o aqui estabelecido destina-se, também, à sociedade em conta de participação, cuja existência pode provar-se por todos os meios de direito, como faculta a norma do art. 992, do CC.

Os livros obrigatórios e demais documentos, preencham, ainda aqui, a função informativa a que fizemos menção nos comentários ao artigo anterior.

Cuidando-se de sentença declaratória de falência requerida, quer por terceiros credores, quer confessada, as consequências são as mesmas e idênticos os deveres que incumbirão ao falido. Razoável, portanto, preencham os mesmos requisitos.

Quanto aos administradores, a possibilidade de sua responsabilização pessoal nos termos do art. 82 da nova Lei, dispensa maiores explicações. Resta *in albis* o porquê do prazo de 5 anos, cujo fundamento somente pode ser o de que, sendo a falência um estado que se prolonga no tempo, lícito é apreciar o comportamento de todos os que possuem ter dado causa à gestão desastrosa, situação que não é a mesma do sócio que se retirou a mais de dois anos. Quanto ao prazo, não é demais lembrar ser este, aquele prescricional acatado na norma do art. 158, III da Lei para declarar extintas as obrigações do falido.

Art. 106. Não estando o pedido regularmente instruído, o juiz determinará que seja emendado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Novidade, da nova Lei é a possibilidade de emenda, expressamente prevista agora, na norma do art. 106, a qual, no direito anterior advinha naturalmente da apreciação do pedido, posto que, uma vez confessada, nenhuma alternativa restava ao juiz senão a de declarar a falência, suprindo-se as omissões no decorrer do procedimento.

<sup>469</sup> VALVERDE, Trujano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 148.

<sup>470</sup> Idem, *ibidem*.

Art. 107. A sentença que decretar a falência do devedor observará a forma do art. 99 desta Lei.  
Parágrafo único. Decretada a falência, aplicam-se integralmente os dispositivos relativos à falência requerida pelas pessoas referidas nos incisos II a IV do caput do art. 97 desta Lei.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Tratando-se de sentença declaratória de falência, quer requerida por terceiros credores, quer confessada, as consequências são as mesmas e idênticos os deveres que incumbirão ao falido. Razoável, portanto, preencham os mesmos requisitos.

## Seção VII

## Da arrecadação e da custódia dos bens

**Art. 108.** Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontram, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

§ 1º Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens.

§ 2º O falido poderá acompanhar a arrecadação e a avaliação.

§ 3º O produto dos bens penhorados ou por outra forma apreendidos entrará para a massa, cumprindo ao juiz deprecicar, a requerimento do administrador judicial, às autoridades competentes, determinando sua entrega.

§ 4º Não serão arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis.

§ 5º Ainda que haja avaliação em bloco, o bem objeto de garantia real será também avaliado separadamente, para os fins do § 1º do art. 83 desta Lei.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A arrecadação dos bens e documentos é o primeiro ato do administrador judicial imediatamente após a assinatura do termo de compromisso e é consequência da perda do direito de administrar e de dispor de seus bens a que se submete o falido.

Mediante a arrecadação, o administrador judicial se imite na posse dos bens, por esta forma, despossados (Lei 11.101/2005, art. 22, III, *f*), procedendo, quando possível, desde já, a avaliação destes bens (Lei 11.101/2005, art. 22, III, *g*) para o que poderá contar com o auxílio de profissionais habilitados (Lei 11.101/2005, art. 22, III, *h*).

São arrecadados aqui, igualmente, os bens dos sócios solidários e, igualmente, aqueles em poder de terceiros. Os bens dos sócios solidários, todavia, constarão de listas separadas, posto que, da liquidação desses bens, participação, igualmente, seus credores particulares. O fato de serem igualmente declarados falidos, não afasta a necessidade da formação de massas separadas, em que pese a falta da menção expressa legal. A diferença é que, agora, estes são igualmente declarados falidos. Isto, porém, não afeta a aplicação cogente do disposto na norma do art. 1.024, do CC a ordenar que, em primeiro lugar, sejam executados os bens da sociedade e, somente após isto, aqueles particulares dos sócios solidários.

Como a sentença de falência suspende as ações ou execuções individuais que tenham por objeto bens do interesse da massa, salvo aquelas que não se suspendem (Lei 11.101/2005, art. 6º), são igualmente arrecadados, como preleciona Miranda Valverde,<sup>471</sup> aque-

les "(...) penhorados, apreendidos ou seqüestrados (...)" nas eventuais ações; circunstância em que o juiz falimentar, a pedido do administrador judicial, deprecará ao juiz onde estes bens se encontrem a fim de que o seu produto seja entregue à massa (Lei 11.101/2005, art. 108, §3º). O Dec.-lei anterior ordenava, na norma do seu art. 70, §4º, fossem os próprios bens entregues à massa, somente escapando à arrecadação os bens já com praça marcada, com data definitiva para a arrematação, fixada por editais já publicados.

A nova Lei não mais faz esta distinção, reclamando somente o resultado obtido nas eventuais ações singulares, o que representa razão vel economia processual.

Os bens, objeto de direito real de garantia, serão avaliados separadamente, como ordena o §5º deste artigo, nada obstante, porém, a sua arrecadação no conjunto.

Note-se que o falido "(...) poderá (...)" acompanhar a arrecadação, não sendo a sua presença, portanto, impositiva. Tempo uco exige-se mais a assistência do Ministério Público, como anteriormente ordenava a norma do art. 70, §1º do Dec.-lei revogado. A presença deste quando da liquidação, todavia, é imprescindível, tendo em vista o disposto na norma do art. 142, §7º da nova Lei.

A Lei autoriza ao administrador judicial valer-se das medidas necessárias, assim o auxílio de oficiais de justiça e outros auxiliares (inclusive força policial), quando necessário à execução da apreensão judicial, perante o fato do estabelecimento estar fechado ou, dada a resistência do empresário. No primeiro caso, proceder-se-á, com prévia autorização judicial ao arrombamento. Sem mandado judicial não é possível o arrombamento. No segundo, pode ser decretada a prisão do falido por crime de resistência a ordem legal.

Estes bens, da mesma forma que no direito anterior (Dec.-lei 7.661/1945, art. 72), quando o administrador da falência (anteriormente o síndico e agora o administrador judicial) não puder mantê-los sob sua guarda podem ser entregues a pessoa da confiança desles, em regra depositário judicial. Nada impede, todavia, fiquem em poder do falido, permanecendo no mesmo local em que se encontravam, circunstâncias em que o falido ou o representante legal da pessoa jurídica falida, serão nomeados depositários.

A responsabilidade, porém, é sempre do administrador judicial, razão pela qual, deve segurar os bens arrecadados de molde a precaver-se perante quaisquer riscos.

Os bens absolutamente impenhoráveis, como mencionado, escapam à arrecadação. Quando a Lei fala em "avaliação em bloco", tem em vista a avaliação do estabelecimento empresarial em sua unidade, como universalidade de fato, circunstâncias em que se levará em conta, também o valor do ponto ou local de negócio, tal como resulta do direito ao exercício da ação renovatória, de molde a preservar a clientela, tendo em vista que o avião é um valor a ser considerado em si mesmo.

**Art. 109.** O estabelecimento será lacrado sempre que houver risco para a execução da etapa de arrecadação ou para a preservação dos bens da massa falida ou dos interesses dos credores.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A lei anterior não continha disposição semelhante, mas a "lacratação" do estabelecimento resultava da prática, perante a impossibilidade da arrecadação de todos os bens im-

<sup>471</sup> VALVERDE, Tajuano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 19.

diatamente após a decretação da falência. Por tal razão, tendo em vista a tutela dos credores e para evitar o "desaparecimento" providencial de determinados bens ou a sua submissão por outros de menor valia, implantou-se o costume de, decretada a falência, expedir-se mandado para que o oficial de justiça se dirigisse ao estabelecimento do falido e, após relatar os bens encontrados no local, ali procedesse à lação.<sup>472</sup>

**Art. 110.** O ato de arrecadação, composto pelo inventário e pelo respectivo laudo de avaliação dos bens, será assinado pelo administrador judicial, pelo falido ou seus representantes e por outras pessoas que auxiliarem ou presenciarem o ato.

§ 1º Não sendo possível a avaliação dos bens no ato da arrecadação, o administrador judicial requererá ao juiz a concessão de prazo para apresentação do laudo de avaliação, que não poderá exceder 30 (trinta) dias, contados da apresentação do ato de arrecadação.

§ 2º Serão referidos no inventário:

I - os livros obrigatórios e os auxiliares ou facultativos do devedor, designando-se o estado em que se acham, número e denominação de cada um, páginas escrituradas, data do início da escrituração e do último lançamento, e se os livros obrigatórios estão revestidos das formalidades legais;

II - dinheiro, papéis, títulos de crédito, documentos e outros bens da massa falida;

III - os bens da massa falida em poder de terceiro, a título de guarda, depósito, penhor ou retenção;

IV - os bens indicados como propriedade de terceiros ou reclamados por estes, mencionando-se essa circunstância.

§ 3º Quando possível, os bens referidos no § 2º deste artigo serão individualizados.

§ 4º Em relação aos bens imóveis, o administrador judicial, no prazo de 15 (quinze) dias após a sua arrecadação, exibirá as certidões de registro, extratidas posteriormente à decretação da falência, com todas as indicações que nele constarem.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A arrecadação, como bem prelecionava Silva Pacheco,<sup>473</sup> é ato de apreensão judicial executiva no procedimento falimentar e quem arrecada deve fazer a relação escrita dos bens arrecadados, i. é, a relação individualizada dos bens ou o seu inventário, a qual se contém num *auto* que é a documentação do ato de arrecadação.

Este auto de arrecadação assemelha-se ao auto de penhora e conterá, ademais da menção à data em que teve lugar a indicação do juízo que ordenou a arrecadação e a descrição dos bens arrecadados, a sua avaliação.

*In casu*, não sendo possível a avaliação no ato, a Lei faculta ao administrador judicial, requerer prazo para tanto, o qual não poderá ultrapassar de 30 dias a contar da apresentação do ato de arrecadação.

Se o administrador desatende o prazo estabelecido, descumprido com os deveres que lhe foram assinalados no art. 22 da Lei 11.101/2005, podendo ser intimado para apresentar

<sup>472</sup> Cf. BEZZERA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 272.

<sup>473</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 398 e 399.

o relatório em 5 (cinco) dias, na forma estabelecida na norma do seu art. 23, sob pena de desobediência.

Os incisos do §2º mencionam a ordem e o modo pelo qual os bens arrecadados devem ser referidos.

Os livros e documentos que os acompanham serão levados ao juízo para o respectivo encerramento, após o que requerer-se-á seja nomeado perito da sua indicação (art. 22, III, o), para verificar a regularidade e autenticidade dos lançamentos ali existentes e se os livros obrigatórios estão revestidos das formalidades legais. Tem-se em vista aqui a possibilidade da existência de crime falimentar, tal como assinalado na norma do art. 168, §1.º desta Lei.

Todos os bens que dizem respeito à massa falida serão arrecadados, mencionando-se em item separado aqueles em poder de terceiros, sob qualquer título, para posterior apreensão e, igualmente, aqueles da propriedade ou reclamados por terceiros; os quais serão provavelmente objeto do pedido de restituição, disciplinado por esta Lei nas normas dos seus art. 85 a 93.

Todos estes bens serão individualizados quando possível. Estabelece a Lei, repetindo exigência semelhante, anteriormente agasalhada na norma do art. 70, § 7.º do Dec.-lei 7.661/1945. Com relação aos imóveis a Lei concede ao administrador o prazo de 15 dias para juntar as respectivas certidões imobiliárias aos autos, podendo neste caso, o juízo, mediante requerimento do administrador judicial, expedir ofício para que o Registro Imobiliário competente envie em tempo hábil tais certidões.

**Art. 111.** O juiz poderá autorizar os credores, de forma individual ou coletiva, em razão dos custos e no interesse da massa falida, a adquirir ou adjudicar, de imediato, os bens arrecadados, pelo valor da avaliação, atendida a regra de classificação e preferência entre eles, ouvido o Comitê.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Esta norma é novidade da atual Lei; e a medida parece salutar posto obviar os inconvenientes da ausência de numerário em poder da massa falida, reduzindo os eventuais custos decorrentes da manutenção de determinados bens. Cuida-se de venda antecipada, feita no interesse da massa. Neste caso, a possibilidade da aquisição ou adjudicação destes bens a favor deste ou daquele credor, obedecerá à classificação de créditos estabelecida na norma do art. 83 da nova Lei. Com a medida, pouparam-se custos, ao mesmo tempo em que se satisfaz aos credores.

**Art. 112.** Os bens arrecadados poderão ser removidos, desde que haja necessidade de sua melhor guarda e conservação, hipótese em que permanecerão em depósito sob responsabilidade do administrador judicial, mediante compromisso.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A norma parece ter em vista aquelas situações em que os bens permanecem depositados em mãos do falido, explicitando, porém, que a remoção somente se justifica quando ditada pela necessidade de melhor guarda e conservação. Como pano de fundo permanece a indicação da preferência em deixar os bens no lugar em que se encontram. A menção à

responsabilidade do administrador judicial, aqui, parece tautológica, posto que já estatuída pela norma antecedente do art. 108, § 1º, retro, a cujo teor nos reportamos.

**Art. 113.** Os bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, poderão ser vendidos antecipadamente, após a arrecadação e a avaliação, mediante autorização judicial, ouvidos o Comitê e o falido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A norma repete disposição do antecedente art. 73 do Dec.-lei revogado. O interesse aqui, da mesma forma como ocorre na norma do art. 111, acima, é o fundamento da medida. A nova redação não mais fala em "petição fundamentada", mas esta exigência decorre da Lei, cumprindo ao administrador judicial, tendo em vista o disposto na norma do art. 22, III, I, a autoria do pedido, justificando as razões por que o faz.

Cuidando-se de ato de alienação, a intimação pessoal do representante do Ministério Público para manifestar-se sobre a venda é impositiva, sob pena de nulidade, como faz ver o teor da norma do art. 142, § 7º.

Todavia, ao contrário da lei anterior que ordenava fosse esta venda antecipada efetivada mediante leilão, a atual silencia, fazendo presumir possa se realizar mediante qualquer das modalidades enunciadas na norma do art. 142, III da nova Lei. A escolha, presume-se, recairá sobre a forma que melhor atenda à urgência da medida.

De qualquer forma, o pedido deve ser feito em autos apartados de molde a não retardar o andamento do procedimento principal de falência.

**Art. 114.** O administrador judicial poderá alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida, com o objetivo de produzir renda para a massa falida, mediante autorização do Comitê.

§ 1º O contrato disposto no caput deste artigo não gera direito de preferência na compra e não pode importar disposição total ou parcial dos bens.

§ 2º O bem objeto da contratação poderá ser alienado a qualquer tempo, independentemente do prazo contratado, rescindindo-se, sem direito a multa, o contrato realizado, salvo se houver anuência do adquirente.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Também aqui, manifesta-se a criatividade da nova Lei, atenta à realidade e praticidade. A permissão sanciona solução preconizada pela prática, com o objetivo de obter rendimentos para a massa.

No direito anterior, a permissão para tanto não era facilmente obtida, pela ausência de previsão legal. Com a nova redação os inconvenientes foram afastados.

Observa-se que os parágrafos contém as condições que devem ser previstas nestes contratos. Cuida-se, portanto, de contratos dirigidos (regulamentados ou "integrados"), nos quais o conteúdo não advém somente da vontade das partes, as quais, sob estes pontos, nada podem dispor.

## Seção VIII Dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor

PAULO SALVADOR FRONTINI

### 249. A Seção VIII do Capítulo V e seu objeto

A Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, dispõe sobre "A recuperação judicial, a extrajudicial, e a falência do empresário e da sociedade empresária", distribuiu a matéria legislada por oito capítulos, deles constando, ao todo, duzentos e um artigos.

O Capítulo V trata *Da Falência*. Divide-se em doze Seções. Espira-se, esse Capítulo, do art. 75 ao art. 160. Neste Capítulo V encontra-se, na verdade, a disciplina do instituto da falência, velho conhecido do direito brasileiro<sup>414</sup> e que, em meio às figuras inovadoras da *recuperação judicial* e da *recuperação extrajudicial*, reaparece, assinalado pelo estorço de se modernizar.<sup>415</sup>

A Lei de Recuperação de Empresas introduz inovações consideráveis no ordenamento jurídico. Por ora, são elas pouco conhecidas. Cumpre, por óbvio, examiná-las e tentar traçar-lhes o devido perfil.<sup>416</sup>

<sup>414</sup> O *Código Comercial do Império*, na Parte Terceira, tratava da matéria falimentar, sob o título *Das Quebras*. Em 1890, o Dec. 917 instituiu nova legislação, dando às quebras o nome de *falência*. Essa Lei não abrangia as sociedades anônimas, excluídas de seu regime. A Lei 859, de 10 de agosto de 1902, revogando a anterior, passou a tratar da falência. Esse diploma, deversas criticado, dentre outras iniciativas, criou no Distrito Federal quarenta cargos de síndico, os "40 ladrões de Ali Babá", como lembra Carvalho de Mendonça. Sucedeu-se, no tema, a Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908, cuja autoria, como ante-projeito, coube ao mesmo e consagrado Carvalho de Mendonça. Nova legislação adveio pelo Dec. 5.746, de 09 de dezembro de 1929, substituído pelo Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, agora revogado pela Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

<sup>415</sup> Sobre o histórico do instituto da falência, veja-se MENDONÇA, J.X. Carvalho de, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, .ns. 6 a 17 e 34 a 53, 6ª ed Forense. Também REQUILÃO, Rubens, *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 6 e ss. Do mesmo modo, FERREIRA, Waldemar, *Tratado de direito comercial*, v. 14, §§ 815 a 818, ed. Saraiva, 1.965. Também, VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à Lei de Falências*, v. 1 - Introdução, 2ª ed. Forense, 1.955.

<sup>416</sup> Dentre a bibliografia já surgida, apontam-se as obras de COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*; BEZERRA FLHU, Manoel Justino, *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*, MACHADO, Rubens Approbato (coord.), *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*; TOLEDO, Paulo F C Salles de, *ABRÃO, Carlos Henrique* (coordenadores), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*; NEGRÃO, Ricardo, *Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*; PAIVA, Luiz Fernando Valente de, *Paiva*