

Coordenação
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR
ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

Lei 11.101/2005

ANTONIO MARTIN / ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO
CALIXTO SALOMÃO FILHO / CARLOS KLEIN ZANINI
EDUARDO SECCHI MUNHOZ / ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR / GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA / JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA / LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO
MARCELO VON ADAMEK / MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES
MAURO RODRIGUES PENTEADO / PAULO SALVADOR FRONTINI / RACHEL SZTAIN
RICARDO BERNARDI / VERA HELENA DE MELLO FRANCO

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

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

Vários colaboradores
ISBN 85-203-2798-2

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

05-7676

CDU=347.736(81)(094.56)

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

BIBLIOTECA
LILLA, HUCK, OTRANTO, CAMARUO
E MESSIMA ADVOGADOS

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Seção VII

Da arrecadação e da custódia dos bens

Art. 108. Após assinada a 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, deprecando, 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, desapossados (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 destes bens, participarão, 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. 6.º), são igualmente arrecadados, como preleciona Miranda Valverde,⁴⁷¹ aque-

les "(...) penhorados, apreendidos ou seqüestrados (...)" nas eventuais ações, circunstância em que o juízo falimentar, a pedido do administrador judicial, deprecará ao juízo onde estes bens se encontrem a fim de que o seu produto seja entregue à massa (Lei 11.101/2005, art. 108, §3.º). O Dec.-lei anterior ordenava, na norma do seu art. 70, §4.º, 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 razoável economia processual.

Os bens, objeto de direito real de garantia, serão avaliados separadamente, como ordena o §5.º deste artigo, nada obstando, porém, a sua arrecadação no conjunto.

Note-se que o falido "(...) poderá (...)" acompanhar a arrecadação, não sendo a sua presença, portanto, impositiva. Tampouco exige-se mais a assistência do Ministério Público, como anteriormente ordenava a norma do art. 70, §1.º do Dec.-lei revogado. A presença deste quando da liquidação, todavia, é imprescindível, tendo em vista o disposto na norma do art. 142, §7.º 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 destes, 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 aviamento 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 "lacrção" do estabelecimento resultava da prática, perante a impossibilidade da arrecadação de todos os bens ime-

⁴⁷¹ VALVERDE, Trajano 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 substituição 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.⁴⁷²

Art. 110. O auto 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 auto 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, extraídas posteriormente à decretação da falência, com todas as indicações que nele constarem.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A arrecadação, como bem prelecionava Silva Pacheco,⁴⁷³ é ato de apreensão judicial executiva no procedimento falimentar e quem arrecada deve fazer a relação escrita dos bens arrecadados, i. é, a relação individuada 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 auto de arrecadação.

Se o administrador desatende o prazo estabelecido, descumprindo com os deveres que lhe foram assinalados no art. 22 da Lei 11.101/2005, podendo ser intimado para apresentar

⁴⁷² Cf. BEZZERA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 272.

⁴⁷³ 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 § 2.º 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, poupam-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, § 1.º, retro, a cujo teor nos reportamos.

Art. 113. Os bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos a 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 18 (dezoito) 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, § 7.º.

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 praxis, 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 contêm 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, dispondo 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. Espiraia-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 brasileiro⁴⁷⁴ e que, em meio às figuras inovadoras da *recuperação judicial* e da *recuperação extrajudicial*, reaparece, assinalado pelo esforço de se modernizar.⁴⁷⁵

A Lei de Recuperação de Empresas introduz inovações consideráveis no ordenamento jurídico. Por ora, são elas pouco conhecidas. Cumpre, por óbvio, examina-las e tentar traçar-lhes o devido perfil.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ 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, deveras 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 anteprojeto, 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.

⁴⁷⁵ 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 REQUIÃO, 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.

⁴⁷⁶ 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 FILHO, 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 Confrontada e Breves Anotações*; TOLEDO, Paulo F C Salles de Toledo & 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

Cabe-nos desenvolver comentários do art. 115 ao art. 128. São eles objeto da Seção VIII, do Capítulo V. Centram-se, esses comentários, na matéria legislada pela já referida Seção VIII, que tem esta rubrica: *Dos Efeitos da Declaração da Falência sobre as Obrigações do Devedor*.

Cuida-se, na verdade, de disciplinar as relações obrigacionais do falido, que são intensamente afetadas pela decretação da falência.

A sentença judicial, na verdade, constitui o *status* de falido.

Modifica por completo a situação de seu destinatário, empresário ou sociedade empresária (neste texto, as referências a *empresário* abrangem em princípio também a *sociedade empresária*).

Por modificar profundamente a condição jurídica do empresário, diz-se que, quanto a seus efeitos, qualifica-se, essa sentença, como *constitutiva*.⁴⁷⁷ A situação progressiva, em que o empresário se encontra na plena administração de seus bens, exercendo com liberdade sua atividade econômica, como lhe faculta o princípio constitucional da liberdade de iniciativa,⁴⁷⁸ sucede-se um novo quadro de relações jurídicas, decorrentes da falência.

Com a sentença de falência, o empresário perde a administração de seus bens, estes passam a constituir a *massa falida*, sob administração do administrador judicial,⁴⁷⁹ sobrevém o vencimento antecipado de dívidas, instaura-se o processo de execução coletiva, suspendem-se ações e execuções e todos os credores são convocados a postular seus créditos perante o *juízo universal da falência*. O empresário, pessoa natural, passa a submeter-se a obrigações específicas perante o juízo da falência e a sociedade empresária entra em estado de dissolução e liquidação. Se essa sociedade em-

(coordenador). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*. E, de autoria da Revista dos Tribunais – Equipe Editorial. *Nova Lei de Falências – Estudo comparativo*, 2005.

⁴⁷⁷ Quanto ao principal efeito que resulta da procedência da ação, estas se classificam em condenatórias, declaratórias e constitutivas (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 60, item n. 55). A sentença de falência, modificando o quadro jurídico institucional do empresário, tem predominante carga constitutiva.

⁴⁷⁸ Constituição da República, art. 170, *caput*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VII – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VIII – redução das desigualdades sociais; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob a lei brasileira e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

⁴⁷⁹ O administrador judicial corresponde ao antigo *síndico* da legislação revogada. Não há diferenças fundamentais entre as atribuições do síndico, no Dec. Lei 7.661/1945, e as do administrador judicial. Mas, o administrador judicial recebeu um aceno de profissionalização, e poderá ser pessoa jurídica especializada.

presária tiver sócios solidários, ilimitadamente responsáveis, a sentença de falência acarreta-lhes a falência.⁴⁸⁰

Dentro desse conjunto de efeitos é fácil observar que, decretada a falência, a nova situação jurídica, que se instaura, interfere intensamente nas obrigações do empresário, doravante falido.

250. Obrigações do devedor

Em torno às obrigações do falido (a quem a Lei se refere muitas vezes como *devedor*), devem ser consideradas, pelo modo como a falência sobre elas interfere: a) as obrigações passivas do falido; b) as obrigações ativas; c) as obrigações tanto ativas como passivas, em curso.

251. Obrigações passivas

Das obrigações passivas do falido se ocupa, em sua totalidade, o instituto da falência, que surge em razão da impossibilidade, real ou presumida, do devedor cumpri-las. Sendo a falência um *concurso*, a que devem se fazer presentes todos os credores, a ele ficam estes convocados e a seus efeitos submetidos. Em uma resposta simplificada à magna questão que se encerra no instituto da falência – a satisfação das obrigações passivas do falido, ante a impossibilidade deste de pagá-las – o que se pode dizer é que os credores dessas obrigações *passivas* devem habilitar-se no processo de falência, e lá participarem do rateio do ativo que, depois de arrecadado, vier a ser realizado.

252. Obrigações ativas

Obrigações ativas são aquelas prestações, de natureza obrigacional, de que o falido é credor, prestações que tem a receber. No giro de seus negócios, o empresário, seja pessoa natural ou jurídica (sociedade empresária), desenvolve negócios. Mantém relações contratuais, e de muitas delas resulta que, no momento da decretação da falência, estava definida uma posição de credor. Dizer que estava definida uma posição de credor significa que o empresário não tinha mais, de sua parte, prestações a cumprir. Restava-lhe, apenas, receber da outra parte contratante, o que lhe era devido. São, portanto, obrigações ativas.

253. Obrigações ativas e passivas

Resta, para clareza desta exposição, examinar a terceira situação indicada, ou seja, a das relações jurídicas em curso, com prestações de lado a lado, próprias de contratos bilaterais, em execução, com prestações a serem cumpridas de parte a parte: *contratos de execução continuada*.

É desse complexo de posições, resultantes da diversidade de relações jurídicas do devedor, alcançadas pela sentença de falência, que se ocupa a Seção VIII do Capítulo V, objeto destas reflexões.

⁴⁸⁰ É o que dispõe o art. 81, adotando posição diametralmente oposta à da Lei de Falências anterior, cujo art. 5.º dispunha de modo exatamente oposto.

Art. 115. A falência do devedor impede o exercício dos seus direitos, que somente poderão exercer os seus credores, na forma determinada pelo juiz, em juízo falido, na medida em que a falência não seja revogada.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O art. 115 se destina à regência das *obrigações passivas* do devedor. Contém, esse artigo, duplo alcance.

Em primeiro lugar, afirma a *universalidade* do instituto da falência em relação aos credores. Daí a asserção de que *a decretação da falência sujeita todos os credores*.

Quando o art. 115 fala em *todos os credores*, refere-se, também, aos credores por obrigações não vencidas, mas cujo vencimento fica antecipado pelo decreto judicial de falência. De fato, o art. 77 estabelece que *a decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor*, razão pela qual as obrigações passivas do empresário, ainda não vencidas, tem seu vencimento antecipado por força de lei.⁴⁸¹

E mais, deixa claro, o preceito sob comentário (art. 115), que os credores somente podem exercer seus direitos na falência, na forma determinada pela Lei 11.101/2005.

Afirma o dispositivo, na verdade, que nenhum credor poderá subtraír-se ao juízo da falência. Esta se revela, assim, universal em relação aos credores.

Mas é também universal quanto ao juízo que dela deve conhecer o assim chamado *juízo universal da falência*. A Lei proclama-o expressamente, no art. 76, dizendo: "O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido", mas firmando ao mesmo tempo a ressalva quanto às "causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo".

Acha-se assim afirmado o princípio da *universalidade da falência*, tanto em face dos credores, como em face da jurisdição.

254. Bens do falido

A oração principal constante do texto do art. 115 assevera que "os credores (...) somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido (...)".

Desponta aqui a terceira vertente do princípio da *universalidade da falência*, que diz respeito aos bens do devedor.

É óbvio, em primeiro lugar, que qualquer pretensão dos credores apenas se dirige aos bens do devedor. De há muito, desde a *Lex Poetelia Papiria*, de 326 a.C.⁴⁸² a pretensão do credor, em ver satisfeito seu crédito, somente pode centrar-se no patrimônio do devedor.

O que devemos entender por *bens do devedor*?

⁴⁸¹ CC, art. 333, I.

⁴⁸² RUIZ, Arangio. *Instituciones de derecho romano*, p. 358.

Como toda pessoa, natural ou jurídica, o devedor é titular de um patrimônio. O Código Civil traz o conceito de patrimônio, dizendo que "constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico".⁴⁸³

O patrimônio, assim, compõe-se de relações jurídicas de teor econômico. Divide-se, como é público e notório, em duas partes: o ativo e o passivo.⁴⁸⁴

Do ativo patrimonial constam haveres de que o titular do patrimônio é credor ou proprietário. São bens de valor econômico, ou seja, coisas corpóreas e coisas incorpóreas ("direitos"), passíveis de realização, vale dizer, conversão em dinheiro. Incluem-se aí as coisas corpóreas imóveis, coisas corpóreas móveis (mercadorias, instalações, equipamentos etc.) e coisas incorpóreas (direitos de crédito, imateriais, mas com valor econômico, tais como marcas, patentes, licenças de exploração, direitos de concessão ou de franquia e congêneres, além dos créditos de que o falido é titular).

Do passivo patrimonial constam as obrigações que o titular do patrimônio deve cumprir, basicamente, dívidas que devem ser, no vencimento, adimplidas.

Ora, quando a Lei fala em *bens do falido*, está se referindo — com perdão da obviedade — às coisas, materiais ou imateriais — que compõem seu *ativo patrimonial*.

Essa é a inteligência do dispositivo, simples em seu enunciado, conquanto complexa na prática, pela multiplicidade de contingências que se apresentam.

255. Bens do devedor: bens atuais

Constava norma expressa, a respeito, no art. 39 da antiga Lei de Falências. O texto dizia: "A falência compreende todos os bens do devedor, inclusive direitos e ações, tanto os existentes na época de sua declaração, como os que forem adquiridos no curso do processo".

A Lei 11.101/2005 silencia a respeito. Mesmo assim, deduz-se tanto da leitura do art. 103, como principalmente da natureza do instituto da falência, que todos os bens (coisas corpóreas e direitos de crédito) do devedor ficam abrangidos pelos efeitos da falência. Ademais, a previsão legal para a ineficácia ou revogação de atos praticados pelo devedor antes da falência (art. 129 e ss.) confirma o óbvio entendimento de que todos os bens do ativo patrimonial do devedor, ao ensejo de sua falência, ficam alcançados pelos efeitos da sentença.

A propósito, o art. 103 da Lei 11.101/2005 diz: "Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor". Por outro lado, a sentença de falência faz surgir a massa falida, também uma universalidade de direito, determinada por lei, e que outra coisa não é senão o patrimônio do falido, de que este é titular, mas que não administra e de que não pode dispor, e que fica sob administração do administrador judicial, nomeado pelo juiz (art. 99, IX).⁴⁸⁵

⁴⁸³ CC, art. 91.

⁴⁸⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 1, p. 290.

⁴⁸⁵ Como já foi dito e aqui se relembra, o administrador judicial corresponde ao antigo síndico, do Dec.-lei 7.661/1945. É nomeado pelo juiz, na sentença de falência (art. 99, IX) e pode ser pessoa jurídica.

Ora, do que vai se compor a *massa falida*?

Em seu ativo, figurarão os bens do ativo patrimonial do falido, que este deve indicar, individualizadamente, ao juízo (art. 104, I, *e*). E, no passivo da massa falida aparecerão suas obrigações, especialmente os créditos daquelas pessoas que são suas credoras.

Conclui-se, assim, que, embora a Lei 11.101/2005 não tenha dito, como o fazia a antiga Lei de Falências, que a falência abrange todos os bens atuais do falido, está fora de dúvida que assim é.

256. Bens que o falido adquirir após a decretação da falência

E quanto aos bens futuros? Ou seja, aqueles que o forem objeto de aquisição, pelo falido, no curso da falência, mas antes de seu encerramento, e aqueles que o falido adquirir após o encerramento da falência e antes da extinção de suas obrigações?

Em relação a bens que forem objeto de aquisição, pelo falido, após a decretação da falência, e enquanto esta estiver em curso, a despeito de a Lei 11.101/2005 não ser expressa a respeito, parece correto afirmar que tais bens deverão ser trazidos a conhecimento do juízo, e incorporados à massa falida.

Se a falência já estiver encerrada (Lei 11.101/2005, art. 156), o que se dará em virtude de sentença judicial transitada em julgado, cessa a competência do juízo, desaparece a massa falida, encerram-se as atribuições do administrador judicial e recomeça a correr a prescrição das obrigações do devedor. Ao mesmo tempo, fica cada credor reintegrado na plenitude de seu direito de ação e execução individual, especialmente quanto a créditos reconhecidos na falência, mas que não foram pagos, total ou parcialmente.

Com o encerramento da falência, cessa o *status* de falido. Não obstante tal, o devedor permanecerá inabilitado ao exercício de qualquer *atividade empresarial* (Lei 11.101/2005, art. 102), inabilitação que perdurará até a extinção de suas obrigações.¹³⁶ Encerrada a falência, mas subsistindo obrigações insatisfeitas, remanesce a condição jurídica de *devedor*. Se esse devedor adquirir bens, mostra-se lógico que tais bens ficarão sujeitos à execução que algum credor, falimentar ou pós-falimentar, queira mover.

Após a extinção das obrigações, evidentemente, o ex-falido (e ex-devedor) ficará liberado de qualquer dívida ou obrigação que tenha sido reconhecida na falência e não tenha sido extinta por rateio. A extinção das obrigações deve ser decretada por sentença judicial (art. 154 § 6º).

257. Bens do falido integrantes de *patrimônio separado*

A legislação mais moderna prevê, em certas circunstâncias, e no âmbito de determinadas atividades empresariais, que certos bens fiquem segregados, dentro do ativo do empresário, sendo insuscetíveis de penhora ou execução por parte de credores em geral.

¹³⁶ A inabilitação é para o exercício de *atividade empresarial*. Assim o diz a Lei de Recuperação de Empresas, no art. 102. Disso se conclui que, sem ser sob molde empresarial, fica o devedor liberado para exercer atividade econômica "*não empresarial*", por meio, por exemplo, de uma sociedade simples, ou sob regime jurídico que não se qualifique como empresarial. Essa observação é relevante para o empresário (pessoa natural) que haja falido.

São exemplos de *patrimônio separado*, o *patrimônio de afetação* instituído pela Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004 – mediante incorporação de novos artigos à Lei 4.591/1964, assim como o *patrimônio separado* a que se refere o art. 10, II, da Lei 9.514 (Lei do Sistema Financeiro Imobiliário). O tema do *patrimônio de afetação*, ou patrimônio separado, será mais amplamente examinado ao longo destes comentários.

Na sociedade em conta de participação, "a contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa a seus negócios sociais" (CC, art. 994, *caput*). Não nos parece haja, no caso, patrimônio separado, eis que, falindo o sócio ostensivo, a liquidação da conta de participação constituirá mero crédito quirografário para o sócio participante (o antigo sócio oculto).

258. O concurso falimentar abrange todos os credores, sem exceção

Na falência, todos os credores concorrem com seus créditos. Devem habilitá-los, para fim de sua classificação. Esta rege-se pelo art. 83, mas à ordem disposta neste preceito se sobrepõem os créditos extraconcursais. Prioritariamente, o crédito a ser classificado em primeiro lugar está definido no inc. I do art. 83 ("créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 [cento e cinquenta] salários mínimos por credor e os decorrentes de acidentes do trabalho"). A estes, porém, se antepõem os *créditos extraconcursais*, descritos no art. 84.

A competência do juízo universal não se confunde com a competência de jurisdição, de natureza constitucional. Esta, presente no caso de créditos trabalhistas e tributários federais, é inafastável para reconhecer a existência de um crédito, caso tenha sido contestado. Perante a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho será feito o reconhecimento jurisdicional de um crédito resultante de imposição tributária ou de relações de trabalho. Mas, subsequentemente, esse crédito, quando amparado por decisão judicial definitiva, irá fazer-se presente no juízo da falência, para concorrer ao rateio no concurso falimentar, cujo juízo definirá sobre sua classificação. O credor trabalhista, por exemplo, poderá habilitar diretamente seu crédito, mas, se houver impugnação, deverá postular seus direitos perante a Justiça do Trabalho, cuja competência constitucional é indelegável e improrrogável. Há norma expressa a respeito, art. 6.º § 2.º.

O mesmo cabe dizer do credor tributário. A Fazenda Nacional sujeita-se à jurisdição constitucional da Justiça Federal. Havendo iliquidez quanto ao crédito que invoca, deverá obter seu reconhecimento perante esse ramo constitucional do Poder Judiciário. Mas, uma vez definida a liquidez de seu crédito, deverá habilitá-lo, para o fim de sua classificação no juízo universal da falência, até porque, inovando no tema, o crédito tributário foi situado em terceiro lugar na ordem de classificação (art. 83, III). O mesmo raciocínio vale à competência de juízos privativos da fazenda pública estadual ou municipal, desde que fixados de acordo com a competência outorgada aos Estados para definirem a competência de seus respectivos órgãos jurisdicionais.

259. Sócio ilimitadamente responsável

O art. 115, sob comento, sujeita todos os credores à falência, dizendo que estes, os credores, somente poderão exercer seus direitos sobre os bens do falido e do *sócio ilimitadamente responsável* na forma que a lei prescrever.

Cabe observar, em primeiro lugar, que o art. 81 estabelece que a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes.¹⁸⁷

Trata-se, no caso, de remissão aos sócios solidários das sociedades que admitem essa modalidade de sócio, tal como ocorre na sociedade em comum (CC, art. 990), ao sócio que, pelo contrato social da sociedade simples, responder subsidiariamente pelas obrigações sociais (CC, art. 997, VII), aos sócios da sociedade em nome coletivo (CC, art. 1.039) e ao sócio comanditado, na sociedade em comandita simples (CC, art. 1.045). O comando alcança, por igual, os sócios-diretores ou gerentes na sociedade em comandita por ações (Lei 6.404/1976, art. 281).

Na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo responde ilimitadamente pelas obrigações da sociedade, mas, na verdade, esta não existe como pessoa jurídica, de modo que, no caso, trata-se de falência do sócio ostensivo. É este que terá sua falência decretada, seja este sócio ostensivo pessoa natural ou jurídica.

Art. 116. A decretação da falência suspende:

I - o exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial;

II - o exercício do direito de retirada ou de recebimento do valor de suas quotas ou ações, por parte dos sócios da sociedade falida.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O direito de retenção constitui uma forma legalmente autorizada de autodefesa em determinadas relações que tem, em seus pólos, de um lado o titular (sujeito ativo de uma obrigação, um credor ou proprietário e de outro lado alguém, sujeito passivo da obrigação, que tem a detenção do objeto da prestação, ou de coisa a ser entregue ou devolvida a seu proprietário.

É autodefesa porque, com base em permissão legal, o dever de restituição da coisa fica *suspense* em função de pretensão creditória que milita em favor do devedor da coisa.

Assim se dá em favor do devedor que vai pagar, em face do credor, podendo reter o pagamento até obter quitação (CC, art. 319); em favor do vendedor, em face do comprador, relativamente à coisa vendida, enquanto não pago o preço, salvo se a venda foi a prazo (CC, art. 491); ainda em favor do vendedor, em face do comprador, que se tornou insolvente, relativamente à coisa comprada (CC, art. 495); em favor do depositário, relativamente à coisa depositada, em face do depositante, enquanto não reembolsado de despesas do depósito (CC, art. 644); em favor do mandatário, em face do mandante, sobre coisa do mandante, até ser reembolsado do que despendeu no cumprimento do encargo (CC, 681); igualmente, em favor do locatário, em face do locador, por força de ressarcimento devido por este àquele (CC, art. 571, parágrafo único); em favor do cre-

¹⁸⁷ Consoante o art. 81, esses sócios também se tornam falidos, e ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida. Por essa razão, devem ser citados para apresentarem contestação ao pedido de falência. É solução antagônica à da Lei de Falências revogada (art. 5º do decreto-lei n. 7.661/45).

dor anticrético, em face do devedor, relativamente ao bem objeto da anticrese, enquanto não paga a dívida (CC, art. 1.423); em favor do credor pignoratício, em face do devedor, relativamente ao bem empenhado, enquanto não ressarcido de despesas feitas para sua conservação (CC, art. 1.433, II).

Em todos esses casos - e o que foi elencado é apenas exemplificativo - há o *direito de retenção*, autotutela que autoriza justamente a retenção.

O inc. I do art. 116 *suspende* o direito de retenção, sobre bens sujeitos à arrecadação, determinando sejam, esses bens, entregues ao administrador judicial.

Como efeito da norma sob exame, o bem objeto de retenção, sendo de propriedade do falido, é arrecadado e incorpora-se à massa. Vai compor o ativo da falência.

Em contrapartida, os titulares do direito de retenção - que têm valores financeiros que lhes são devidos pelo proprietário do bem objeto da retenção - deverão habilitar-se no concurso falimentar. Qualificam-se como credores com privilégio especial, como resulta expressamente do art. 83, IV, *c*.

A asserção constante da Lei, de que o direito de retenção fica suspenso, enseja dúvidas quanto ao efetivo alcance dessa suspensão. Valerá-se, por qualquer circunstância, o falido retomar sua atividade, em quadro análogo ao da antiga concordata suspensiva, o que não foi previsto pela Lei. De qualquer modo, se está suspenso, isso significa que o direito de retenção não foi eliminado.

A segunda hipótese prevista no art. 116, é no sentido de que fica suspenso o direito de retirada (obviamente do sócio), assim como o direito de recebimento dos haveres do sócio dissociante, relativamente a suas partes ou quotas.

O preceito merece reflexões. Cuida-se, é claro, de situação que se apresenta no âmbito de sociedade empresária. Se uma sociedade empresária está falida, seu patrimônio líquido é *negativo*.

Pode um sócio, ou acionista, nesse contexto, ter haveres a receber?

Se o direito de retirada foi manifestado após a falência, não é razoável admitir haja haveres a receber.

Se o direito de retirada foi manifestado anteriormente à falência, quando o patrimônio líquido (suponha-se) era positivo, o direito aos haveres não se efetivará: houve a falência, e há credores a serem satisfeitos. É preciso lembrar que o sócio ou o acionista é credor da sociedade, quando esta se dissolve por qualquer motivo, inclusive falência, mas seu crédito é *subordinado*, é o último a ser satisfeito, desde que todos demais credores - inclusive outros credores subordinados - tenham sido pagos. Veja-se o art. 83, VIII, *b* da nova Lei.

Vale lembrar que o capital social - no qual o sócio ou acionista teve contabilizados os aportes (realização de capital subscrito) que fez, e que correspondem a seu crédito - sempre se classificou, historicamente, em termos contábeis, como *passivo não exigível*.

Assim, o preceito parece-nos ocioso, por afirmar uma obviedade.

Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário a manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

§ 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato.

§ 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contratante o direito à indenização, cujo valor – apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O art. 117 cuida das obrigações contratuais, que estavam em execução, com prestações bilaterais, de parte do empresário e da outra parte contratante, sobrevivendo a falência no curso desse intercâmbio contratual.

Contratos bilaterais, como ensina Caio Mario,⁴⁸⁸ são aqueles em que cada uma das partes tem prestações a cumprir e a receber da outra.

Reproduzindo dispositivo da revogada Lei de Falências (art. 43), estabelece o art. 117 que esses contratos não se resolvem pela falência. Vale dizer, a decretação da falência não é implemento de condição *resolutiva* do contrato, que faça cessar seus efeitos.

O administrador judicial pode preferir dar cumprimento ao contrato bilateral, o que significa que deverá adimplir, em nome da massa falida, e com recursos desta, as prestações devidas pelo falido, mas, paralelamente, a outra parte contratante, também deverá cumprir as prestações devidas, originariamente, ao empresário e, após a falência, devidas à massa falida.

Essa decisão do administrador judicial não fica sujeita apenas a seu prudente critério. Há dois fatores a serem observados. O primeiro resulta da parte final do preceito sob comentário, contido na locução “se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos (...)”, e o segundo decorre da necessidade de “autorização do Comitê”.

As atribuições do Comitê estão no art. 27, I, da Lei 11.101/2005. Há sempre a possibilidade de ser judicialmente suprida a manifestação do Comitê ou, mesmo, a ausência de manifestação deste (ver comentário ao art. 118). Em reforço ao entendimento de que cabe o suprimento judicial da vontade do Comitê, faça-se remissão ao art. 126, no qual se analisa a extensão dos poderes do juiz na falência.

Os parágrafos 1.º e 2.º, no mesmo sentido da norma revogada, trazem a previsão do modo de definir essa situação pendente.

O contratante interpelará o administrador judicial para que este diga se cumpre ou não o contrato. Se a deliberação for no sentido de não cumprir – ou se não houver manifes-

⁴⁸⁸ “Encarados do ângulo de seus efeitos, subdividem-se (os contratos) em bilaterais ou unilaterais, conforme gerem obrigações para ambos os contratantes ou para um deles somente”. E adiante esclarece: “No contrato unilateral, há um credor e um devedor; no bilateral, cada uma das partes é credora e reciprocamente devedora da outra”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 3, p. 68. Na mesma linha, a generalidade dos doutrinadores nacionais: BESSONE, Darcy. *Do contrato*; LOPES, M. Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, v. 3, p. 52; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 3, p. 28; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 66; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3, p. 82; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*, v. 2, p. 408.

tação expressa pelo cumprimento – restará à outra parte contratante demandar, “em processo ordinário”, o direito à indenização, cujo montante constituirá crédito quirografário.

Por que exige a Lei que haja “processo ordinário”? A resposta é evidente: para evitar o conluio entre o administrador judicial e a outra parte contratante. O processo ordinário se sujeitará ao crivo do Poder Judiciário, eliminando riscos que, de outro modo, poderiam ensejar situações suscetíveis de questionamento. Mas, a Lei poderia ter se lembrado da hipótese em que a indenização (perdas e danos) está fixada por cláusula penal compensatória (CC, art. 410). Nesse caso, se a indenização já está pré-fixada, parece-nos dispensável haja *processo ordinário*.

Art. 118. O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Este dispositivo versa sobre os efeitos da sentença de falência sobre os *contratos unilaterais*, em que cabia apenas ao empresário, posteriormente falido, cumprir obrigações.

São situações como as que, exemplificativamente, podem ocorrer na obrigação de fornecer uma mercadoria ou um equipamento, cujo preço já foi pago e recebido.

Na situação prevista pelo art. 118, a massa falida é devedora da obrigação a ser cumprida no âmbito do contrato unilateral.

A regra geral, quanto a obrigações em que o falido é devedor, consiste em mandar o credor habilitar-se no concurso falimentar. Leia-se o art. 115, comentado linhas acima.

Pode ocorrer, entretanto, que seja de relevante interesse para a massa falida que o contrato seja cumprido pelo administrador judicial. O preceito indica claramente as razões pelas quais interessa à massa falida cumprir suas obrigações: “(...) se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos”.

Novamente, exige a Lei 11.101/2005 que haja autorização do Comitê. Se o Comitê não autorizar, não poderá o administrador judicial cumprir a obrigação, de que o falido era devedor, e a massa falida agora o é.

260. Suprimento do consentimento do Comitê

A falência é um processo de execução, concursal, ou seja, há, no pólo ativo, os credores, verdadeiros litisconsortes. No pólo passivo, o falido que, privado de administrar seus bens, vê-se sub-rogado pela massa falida, representada pelo administrador judicial.

Se o Comitê de Credores, nas duas hipóteses versadas (art. 117 e art. 118), recusa autorização ao administrador judicial, este pode e deve requerer ao Juízo da falência que lhe conceda autorização.

Ressalvando a preocupação de não avançar em scara processual, parece-nos cabível, ou um processo cautelar incidente (CPC, art. 799) ou um alvará de suprimento de consen-

timento (CPC, art. 1.103). Em ambos os casos, haverá decisão fundamentada, que resolverá o incidente, dando segurança jurídica aos interessados.

Sobre a autoridade do juiz da falência para assim agir, invoca-se, em adendo, o teor do art. 126, abaixo comentado.

Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

I – o vendedor não pode obstar a entrega das coisas expedidas ao devedor e ainda em trânsito, se o comprador, antes do requerimento da falência, as tiver revendido, sem fraude, à vista das faturas e conhecimentos de transporte, entregues ou remetidos pelo vendedor;

II – se o devedor vendeu coisas compostas e o administrador judicial resolver não continuar a execução do contrato, poderá o comprador pôr à disposição da massa falida as coisas já recebidas, pedindo perdas e danos;

III – não tendo o devedor entregue coisa móvel ou prestado serviço que vendera ou contratara a prestações, e resolvendo o administrador judicial não executar o contrato, o crédito relativo ao valor pago será habilitado na classe própria;

IV – o administrador judicial, ouvido o Comitê, restituirá a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos;

V – tratando-se de coisas vendidas a termo, que tenham cotação em bolsa ou mercado, e não se executando o contrato pela efetiva entrega daquelas e pagamento do preço, prestar-se-á a diferença entre a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação em bolsa ou mercado;

VI – na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva;

VII – a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato;

VIII – caso haja acordo para compensação e liquidação de obrigações no âmbito do sistema financeiro nacional, nos termos da legislação vigente, a parte não falida poderá considerar o contrato vencido antecipadamente, hipótese em que será liquidado na forma estabelecida em regulamento, admitindo-se a compensação de eventual crédito que venha a ser apurado em favor do falido com créditos detidos pelo contratante;

IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O art. 119 deve ser analisado item por item. Vejamos a primeira hipótese:

261. Inc. I

Trata-se da velha figura do *stoppage in transitu*. Aqui infletida no interesse da massa falida.

A regra geral, a respeito dos efeitos da sobrevinda de um estado de insolvência, na compra e venda, está prevista no art. 495 do Código Civil.

Diz esse artigo: “Não obstante o preço ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo devido”.

Já vimos, linhas acima, que se trata de um caso de *direito de retenção*.

O vendedor fez a venda a prazo. Ainda não entregou a mercadoria. O comprador caiu em insolvência. Pode o vendedor, nesse caso, pela regra geral do Código Civil, sustar a entrega e exigir caução que assegure o pagamento.⁴⁸⁹

Pois bem: o dispositivo sob comentário guarda absoluta lógica com o sistema vigente, eis que, se as coisas (mercadorias) vendidas estão em trânsito, mas o vendedor entregou as correspondentes faturas e conhecimentos de transporte, houve, na verdade, tradição (*traditio* ou entrega). Ora, a entrega de mercadoria – sendo esta coisa móvel, como efetivamente é, implica transferência do domínio. Essa sempre foi a regra do direito privado brasileiro, renovada no texto do art. 1.267 do Código Civil (CC/1916, art. 620).

Anote-se que o vigente Código Civil contém tratamento expresso para a venda sobre documentos. O regramento traçado para essa operação diz que “na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título substitutivo e de outros documentos exigidos pelo contrato, ou, no silêncio deste, pelos usos” (CC, art. 529).

Assim, entregue a fatura com o conhecimento, houve tradição (entrega) da coisa vendida ao comprador. E este pode, como legítimo proprietário, revendê-la. Daí afigurar-se correta a orientação determinada pelo inc. I do art. 119, sob comentário.

E isso é coerente com o art. 495 do CC, pois, neste caso, aconteceu de o comprador “cair em insolvência” antes da tradição, ou seja, antes da entrega.

262. Inc. II

Também aqui se repete o texto da Lei de Falências de 1945 (art. 44, II).

As coisas, classificadas pelo ângulo de sua singularidade ou pluralidade, dividem-se em simples e compostas.

Sobre elas falava o CC/1916: “Art. 54. As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas”.

O vigente Código Civil somente considerou as coisas singulares em face das coisas coletivas. E as coisas coletivas são as *universalidades*, de fato ou de direito, que não se confundem com as coisas compostas. Estas não se reduzem a uma única unidade, inteiriça. Decompõem-se em partes que a integram. É delas que trata o preceito comentado.

Assim, se o devedor (empresário posteriormente falido) vendeu coisa composta e não a entregou em sua integralidade, resta evidente a inutilidade da coisa para o adquirente. Ora, numa situação dessas, reproduzindo a legislação anterior, ficou estabelecido que, se o administrador judicial resolveu não cumprir o contrato (ou seja, entregar o remanescente faltante da coisa composta), o comprador pode colocar à disposição da massa os componentes já recebidos e pedir perdas e danos.

⁴⁸⁹ MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 6, 2.ª parte, n. 650; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, t. II, p. 242, comentário ao art. 1.131.

Pedir perdas e danos significa demandar judicialmente seus direitos, que, se reconhecidos por sentença judicial, serão habilitados na falência.

Pensamos que o comprador tem outra alternativa mais simples a seu alcance. Se já pagou parte ou a totalidade do preço, pode, pondo os componentes da coisa composta já recebidos à disposição da massa falida, habilitar seu crédito, abrindo mão das perdas e danos. Por certo será mais rápido e mais prático.

263. Inc. III

Neste inciso, a fórmula estabelecida pela revogada Lei de Falências de 1945 foi inteiramente modificada.

No diploma revogado, ocorrendo a hipótese (*coisa móvel vendida a prestações e não entregue*), deliberando o síndico não cumprir o contrato, a massa deveria restituir ao comprador o valor das prestações já recebidas pelo falido (Dec.-lei 7.661/1945, art. 44, III).

O legislador de 2005 adotou solução oposta. Se o administrador judicial deliberar não cumprir o contrato, ao comprador (que já pagou prestações) restará habilitar seu crédito.

Na verdade, era desnecessário adotar essa solução expressamente. Se o comprador adiantou valores, e não recebeu a coisa, ele é credor da massa falida, e deve apenas habilitar seu crédito. Ora, essa é a regra geral para todos os credores do falido, quer o sejam por pagamento antecipado e integral do preço, por pagamento antecipado parcial do preço, por fornecimentos entregues e não pagos, por dinheiro emprestado ou adiantado, sem restituição ou contrapartida.

O amor à simetria com o paradigma de 1945 impediu que se enxergasse que, alterando a solução, simplesmente era desnecessário cuidar do problema. O preceito é desnecessário, ante a solução adotada.

264. Inc. IV

Trata-se de situação jurídica em que o falido havia comprado coisa móvel, gravada pela garantia contratual de reserva de domínio.

Portanto, a transmissão de domínio da coisa móvel vendida não se efetivara, pois o pacto de reserva de domínio tem efeito suspensivo. Somente após pago integralmente o preço, transmite-se o domínio ao adquirente.

Essa é a mecânica da compra e venda com reserva de domínio. O Código Civil vigente cuidou correta e minuciosamente do assunto, no sentido exposto (arts. 521 a 528).

Ora, o falido comprou e não pagou. Há pacto de reserva de domínio. Logo, o vendedor é dono da coisa, e tem direito de reavê-la, se o preço não for pago.

É simplesmente isso, com outras palavras, que o preceito sob análise está dizendo. O administrador judicial, após ouvir o Comitê, resolve não continuar com a execução do negócio, ou seja, delibera não pagar as prestações restantes.

Cabe-lhe, então, devolver a coisa, e pedir a devolução dos valores já pagos.

Estranhamente, neste caso, o Comitê é apenas ouvido. Opina. Sua manifestação é consultiva.

265. Inc. V

Nas operações a termo, o negócio jurídico desdobra-se em dois momentos.

Num primeiro momento, celebra-se o contrato, mediante acordo de vontades sobre a coisa e o preço.

Num segundo momento, ou seja, no "termo" (data futura), dá-se a execução: o vendedor entrega a coisa vendida, e o comprador paga o preço.²⁹⁰

Nas operações a termo, as coisas estão sempre sujeitas a oscilações de preço, conforme flutuações do mercado.

Assim, a cotação da coisa vendida, no termo (dia da entrega e do pagamento), poderá ter oscilado para cima ou para baixo, o que vai determinar o ganho de uma parte e a perda da outra.

É negócio de risco, contrato aleatório.

O que diz o dispositivo?

Cuidou-se da hipótese em que, após contratada a compra e venda a termo, sobreveio a falência antes da execução (liquidação da compra e venda, com pagamento do preço e entrega da coisa).

O inciso comentado repete praticamente o que dizia a Lei de 1945.

Eis o tópico que interessa: "(...) não se executando o contrato pela efetiva entrega daquelas e pagamento do preço, prestar-se-á a diferença entre a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação em bolsa ou mercado";

A Lei não autoriza o administrador judicial a decidir se cumpre ou não o contrato. Dá-se por determinado, ante o comando legal, que se apurará a diferença pela *média* entre a cotação do dia do contrato e a cotação do dia da liquidação ("termo").

Sabidamente, as operações a termo se liquidam mediante pagamento em dinheiro, por parte daquele que teve a variação da cotação em seu desfavor. O objeto da operação a termo (moeda estrangeira, valor mobiliário, *commodities*) não é entregue. Apenas se liquida em dinheiro o ganho de um e a perda do outro. Quem perdeu paga.

Se essa cotação for favorável à massa falida, esta receberá o preço. Se se deu o contrário, a massa deverá pagar.

O vigente Código Civil referendou a validade desse modo de liquidação.

De fato, o CC/1916, no art. 1.479, equiparava ao contrato de jogo e aposta "os contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipule a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem, no vencimento do ajuste". Dessa equiparação resultava, pelo código revogado, a inexigibilidade de pagamento, por parte do vencedor do jogo ou aposta, do valor da dívida de jogo (CC/1916, art. 1.477). A melhor doutrina e os usos comerciais abriram exceção a esse preceito, viabilizando a liquidação das operações, em bolsa de mercadoria ou no mercado futuro, mediante simples pagamento da diferença em dinheiro.

²⁹⁰ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*, p. 265 e ss.

Mas, acontece que, pelo vigente Código Civil, cujo regramento geral sobre jogo e aposta, constante de seus arts. 814 e 815, seguiu o modelo anterior, foi estabelecida uma exceção expressa, determinando que “as disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste” (art. 816).

Esse preceito encerrou a polêmica que havia em torno à validade do *contrato diferencial*, aquele que tem por objeto operações sobre títulos, mercadorias ou valores, a termo, com liquidação exclusivamente pela diferença apurada no vencimento.

Qual a razão de ser desse dispositivo?

Afinal, poderia a legislação – tanto a antiga Lei de Falências, como a nova Lei de Recuperação de Empresas – ter se omitido em disciplinar a matéria, com o que incidiria a regra geral. Se, no vencimento, a massa falida resultasse credora, a outra parte deveria pagar, entrando esse pagamento para o ativo da falência. Se a massa resultasse devedora, a outra parte se habilitaria como credora.

Não foi essa a solução adotada, como se lê na Lei e foi acima exposto.

Fica evidente que quis o legislador criar norma especial, no sentido de preservar, o quanto possível, as instituições que operam nesses *mercados de risco*, quer se trate de operações em bolsa de mercadorias, quer se trate de operações no mercado de valores mobiliários.

266. Inc. VI

O preceito é repetição literal do que dispunha a precedente Lei de Falências, no inc. VI do art. 44.

Mudanças houve, entretanto, na legislação sobre compra e venda de imóveis. Assim, a par do que, à época da antiga lei, existia, dispozo sobre os loteamentos urbanos, com regência do compromisso irrevogável e irretroatável de venda e compra de lote urbano (Dec.-lei 58/1937), sobreveio vasta legislação.

De um modo geral, teve ela crescente tônica em prol dos compromissários compradores, de qualquer imóvel vendido a prazo, possibilitando a promessa de compra e venda irrevogável e irretroatável, seguindo-se a legislação sobre o *sistema financeiro de habitação* (Lei 4.380/1964), acrescentando-se a disciplina das incorporações imobiliárias (a Lei 4.591 – “*Lei Caio Mário*” – também de 1964), a legislação de loteamentos e parcelamento do solo, Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1.979 (Lei Lehman), a Lei dos Fundos de Investimento Imobiliário (Lei 8.668/1993), a Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997 (Sistema Financeiro Imobiliário) e a recente Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004.

Em sumarássima síntese, essa legislação assegura a obrigação de serem respeitados os direitos de compromissários compradores credenciados com cláusula de irrevogabilidade, de modo a inviabilizar a extinção dessas obrigações quer por efeito da sentença de falência, quer por deliberação do síndico ou do administrador judicial.

E, mais recentemente, sempre com preocupação de proteger os que investem poupança em incorporações imobiliárias, surgiu a Lei 10.931/2004, que possibilitou, a *critério do incorporador*, ficar a incorporação submetida ao regime de afetação, “pelo qual o

terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador”. Passam a constituir “patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes” (art. 31-A da Lei 4.591/1964, a esta acrescido pela citada Lei 10.931/2004).

Sobrevindo falência, é essa a legislação aplicável.

267. Inc. VII

A primeira parte do dispositivo afirma a regra geral do art. 117.

O contrato de locação é bilateral, oneroso, de execução continuada e comutativo.

A sentença de falência não determina sua extinção. E, enquanto perdurar a locação, os alugueis a que o locador tem direito, a partir da decretação da falência, vão constituir *crédito extraconcursal* (art. 84. V).

A segunda parte do preceito inova em relação ao regime da antiga Lei de Falências, pois o art. 44. VII, do diploma revogado, cuidava expressamente da hipótese em que o imóvel ocupado pelo estabelecimento do falido estivesse ao amparo da chamada Lei de Luvas (Dec. 24.150/1934). Assim, ficava preservado o direito à renovação da locação, bem como ficavam respeitados os efeitos indenizatórios, emergentes em caso de rescisão ou denúncia da locação amparada pela Lei de Luvas.

Acontece que a Lei de Luvas foi revogada pela Lei 8.245, 18 de outubro de 1991. O direito de amparo ao *ponto comercial* foi, todavia, encampado por essa Lei de Locação de Imóveis Urbanos, como decorre de seus arts. 51 e 71. Disso resulta que, se o local físico, onde situado o estabelecimento do falido, estiver amparado em contrato de locação protegido pelo direito à renovação, o locador deverá respeitar esse contrato. E a massa falida terá direito à ação renovatória, conquanto não seja muito provável que isso ocorra na difícil prática da situação de falência.

De qualquer forma, o dispositivo sob comento conferiu ao administrador judicial o direito de “*a qualquer tempo, denunciar o contrato*”. O verbo *denunciar*, no caso, tem acepção jurídica específica, no sentido de declaração unilateral de vontade que revoga um contrato. Ou seja, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, revogar o contrato de locação, esteja ou não amparado por cláusulas que assegurem direito à renovação. A extinção do contrato de locação, nessas circunstâncias, pode implicar a incidência de cláusula penal em favor do locador.

A disciplina das cláusulas penais, na falência, foi estabelecida deste modo:

a) as multas contratuais, por contratos bilaterais, arrolam-se no quadro de credores, figurando em seqüência aos créditos quirografários e antes dos créditos subordinados. Veja-se o art. 83, VII. Essas multas são precedentes à decretação da falência:

b) as cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas, se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência (art. 84, § 3.º).

Resta meditar sobre as cláusulas penais (multas contratuais) resultantes de descumprimento de contratos ou de cláusulas contratuais, ocorridas já após a falência, ou seja, em virtude de contratos que foram celebrados após a falência, ou que não foram extintos com a falência e cuja execução teve continuidade após o decreto de quebra. A Lei de Recupera-

ção de Empresas silenciou a respeito. Parece, porém, que uma obrigação dessa natureza se enquadra na previsão do art. 84, inc. V, que considera *créditos extracontratuais* as “obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados... após a decretação da falência”. Com o timbre de que deve ser “(...) respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei” (art. 84, V, *in fine*).

Quer isso dizer que os créditos extracontratuais se submetem, também, a uma classificação, cuja ordem é a mesma dos créditos concursais. E dentro dessa classificação deve ser posicionado o crédito decorrente de multa contratual (cláusula penal) de contrato bilateral, vigente e praticado após a falência.

268. Inc. VIII

Eis aí uma inovação da Lei 11.101/2005.

Nada havia, a respeito, com essa especificidade, nem na antiga Lei de Falências, nem em leis avulsas ou extravagantes.

O dispositivo prevê, em resumo que, no âmbito de relações jurídicas do devedor com instituições financeiras, em sobrevindo a falência, não incidirão as regras gerais e comuns sobre débitos e créditos do falido, já agora radicados na massa falida.

Pelas regras gerais, em relação às dívidas do falido, o credor deve habilitar-se no concurso falimentar. Seu crédito, depois de reconhecido, será classificado, dentro dos critérios previstos na Lei 11.101/2005.

Também por esses critérios, em relação aos créditos de que seja titular o empresário, antes da falência, o co-respectivo devedor deverá pura e simplesmente quitar sua dívida, entrando o dinheiro do pagamento para a massa falida.

Essa sempre foi a situação existente, até a Lei 11.101/2005 inovar a respeito.

A inovação afirma, em resumo, que, no âmbito de contratos bilaterais em curso, tendo como partes o empresário (o devedor) e uma instituição financeira, se estiver estipulada, contratualmente, cláusula *para compensação e liquidação de obrigações... nos termos da legislação vigente*, a parte não falida (*rectius*, a instituição financeira) poderá considerar o contrato vencido antecipadamente.

O comando normativo não pára aí, mas fica claro que, ao contrário dos demais contratos bilaterais do devedor, que não se resolvem pela falência, e cuja continuidade depende da vontade do administrador judicial, aqui dá-se o contrário: ao invés do administrador judicial deliberar sobre a continuidade, ou não, do contrato, o legislador atribuiu à instituição financeira a faculdade de decidir a respeito. É o que claramente resulta da locução “poderá considerar o contrato vencido antecipadamente”.

O texto prossegue. O que acontece, então?

Tendo a parte não falida optado, unilateralmente, por considerar o contrato vencido antecipadamente, “será [o contrato] liquidado na forma estabelecida em regulamento”. E mais, como consequência dessa liquidação, será admitida “a compensação de eventual crédito, que venha a ser apurado em favor do falido com créditos detidos pelo contratante”.

Sabendo-se, por verdade sabida, por máxima da experiência, o vulto dos encargos cobrados pelas instituições financeiras (comissão de permanência, juros remuneratórios, juros de mora, correção monetária, taxas de cadastro etc.) que oneram os contratos firma-

dos por financiados e mutuários com instituições financeiras, estas apurarão sua posição, na qual, por certo, despontarão como credoras. E, se a massa falida for credora de algum valor, far-se-á a liquidação por compensação, *na forma estabelecida em regulamento*.

A Lei 11.101/2005 não diz qual é o regulamento.

Mas, fica claro que, por tal mecanismo, eventual débito da instituição financeira para com a massa falida, antes de ser pago, será compensado. A compensação, instituto do direito das obrigações, é um dos modos de extinção das obrigações (CC, arts. 368 a 380). Feita essa compensação, dela se extrairá saldo credor em favor, por certo, da parte não falida, remanescendo um crédito a ser habilitado. E é pouco previsível que, ao contrário, resulte um débito a ser pago à massa falida.

A completa exegese do dispositivo exigirá outras reflexões, especialmente quanto se saber o que se entende por *regulamento*, quem procederá aos cálculos, como estes serão feitos. Resta pendente definir como se determinará a taxa de juros cabível, bem como quais outras cominações poderão ser incluídas no encontro de contas. São questões relevantes, que ficam em aberto.

Por ora, no âmbito estrito destas anotações, não cabe aprofundar essas indagações.

Mas, parece inevitável que as questões, a emergirem desse casuístico preceito, findarão por serem resolvidas pelo juízo da falência, com base nos poderes que detém, aliás, explicitados no art. 126 da Lei.

269. Inc. IX

É inovação introduzida pela Lei ora comentada.

O preceito resulta de soluções legislativas novas, preconizadas para os investimentos imobiliários, especialmente nas incorporações para fins residenciais.

Reproduzimos, com a devida licença, tópico do que linhas acima escrevemos (supra, inc. VI do art. 119) quanto aos efeitos da falência em relação aos contratos de promessa de compra e venda de imóveis:

“Mais recentemente, sempre com preocupação de proteger os que investem poupança em incorporações imobiliárias, surgiu a Lei 10.931/2004 que possibilitou, a critério do incorporador, ficar a incorporação submetida ao regime de afetação, “pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador”. Passam a constituir “patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes” (art. 31-A da Lei 4.591/1964, a esta acrescido pela citada Lei 10.991/2004).

Na verdade, a Lei 4.591/1964, com as alterações introduzidas pela Lei 10.931/2004, já havia estabelecido: “Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação” (art. 31-D da Lei 4.591/1964).⁴⁹¹

⁴⁹¹ A Lei 10.931/2004, através das disposições introduzidas na Lei 4.591/1964, estabeleceu um inovador e bem intencionado regime jurídico para as incorporações imobiliárias, desde que consti-

Ora, o inc. IX, neste ato comentado, complementa aquelas disposições. Se o empreendimento estiver sob regime de patrimônio de afetação e sobrevier a falência do empresário – incorporador, incidirá o comando normativo deste inciso, ou seja, “os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade”.

Concluído o empreendimento, e como consta literalmente da norma, o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer”.

Como em empreendimentos dessa natureza, sua execução e conclusão se subordinam aos aportes feitos pelos compromissários compradores, existindo o patrimônio de afetação, o terreno onde fixado o empreendimento não será arrecadado. A salvo também ficarão as acessões, a obra civil, os créditos, débitos e obrigações inerentes ao empreendimento.

Anotar-se: as quotas mensais, cobradas dos compromissários, para realização das obras, serão destinadas ao empreendimento. Não irão para a massa falida. E uma Comissão de Representantes ficará investida de poderes gerais e especiais para administrar o patrimônio de afetação e o empreendimento nele em execução.

A adoção desse regime jurídico, todavia, depende da iniciativa do incorporador, a quem cabe instituir o patrimônio de afetação (art. 31-A da Lei 4.591/1964).

Art. 120. O mandato conferido pelo devedor, antes da falência, para a realização de negócios, cessará seus efeitos com a decretação da falência, cabendo ao mandatário prestar contas de sua gestão.

§ 1º O mandato conferido para representação judicial do devedor continua em vigor até que seja expressamente revogado pelo administrador judicial.

§ 2º Para o falido, cessa o mandato ou comissão que houver recebido antes da falência, salvo os que versarem sobre matéria estranha à atividade empresarial.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O *caput* do art. 120 altera por completo a disposição correspondente da legislação revogada (Dec.-lei 7.661/1945, art. 49). De fato, esta determinava que o mandato conferido pelo devedor, antes da falência, acerca de negócios que interessavam à massa falida, continuava em vigor, até expressa revogação pelo síndico, a quem o mandatário deveria prestar contas.

A Lei 11.101/2005, como se lê no texto referenciado, determina a extinção do mandato conferido pelo devedor antes da falência, para realização de negócios, mantida a obrigação de prestar contas a cargo do mandatário.

tuído o patrimônio de afetação. Trata-se de uma *blindagem* contra os efeitos de eventual falência do incorporador ou incorporador-contrutor sobre o empreendimento. O administrador judicial não poderá – se existente o patrimônio de afetação – arrecadar nem o terreno, nem as obras, nem as acessões, nem receber os créditos e nem cobrar os débitos do empreendimento. É pena que tudo isso depende da iniciativa do incorporador.

Na prestação de contas certamente se apurará saldo, a favor ou contra o mandatário, representando débito a onerar o passivo da falência, ou crédito a favor da massa. Neste último caso, o mandatário deverá liquidar sua posição, fazendo o pagamento à massa falida.

Fica evidente que as mais variadas e complexas situações podem surgir dessas relações, que refogem, entretanto, ao âmbito destas notas.

O § 1.º, versando mandato judicial, é inovação. Não tem correspondência com norma da lei anterior. Mas, o alcance do texto, pela sua clareza, dispensa maiores considerações. Vale ponderar uma situação peculiar, que pode surgir se o mandatário, ou seja, advogado constituído pelo devedor, antes da falência, tinha poderes especiais (CPC, art. 38), especialmente para confessar ou transigir, o que deveria ter merecido a atenção do legislador, pelas situações complexas que podem daí surgir. Ante o silêncio da lei a respeito desses poderes, essas situações deverão ser examinadas caso a caso.

O § 2.º rege situação em que o devedor era mandatário ou comissário, ou seja, investido de poderes para negociar em nome de outrem, ou, no interesse do comitente, efetuar operações em nome dele, comissário (no caso, o empresário, posteriormente falido).

A norma tem sentido lógico. Se o empresário, com a falência, perde o direito de administrar seus bens, seria um contra-senso pudesse ainda realizar operações comerciais (negócios jurídicos) em nome ou por conta de outrem.

Remanesce, em todo caso, a obrigação de prestar contas, apurando-se o saldo.

Quanto a este, vale o que se comentou linhas acima. Se o mandante ou o comitente despontarem como devedores, devem pagar à massa falida. Se do encontro de contas resultar o oposto, o mandante e o comitente serão credores da massa falida.

Art. 121. As contas correntes com o devedor consideram-se encerradas no momento de decretação da falência, verificando-se o respectivo saldo.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Trata-se, no caso, de reprodução literal do art. 45 da antiga Lei de Falências.

O contrato de conta corrente é inominado, ou atípico, em face do direito brasileiro.

Trata-se de contrato bilateral, oneroso, comutativo e de execução continuada. As partes – sempre empresários (ou sociedades empresárias) – tem contabilidade e fazem-se remessas recíprocas de valores, a débito e crédito, sem nenhuma exigibilidade durante o curso do contrato. Apenas no vencimento deste, apura-se o saldo e este se torna exigível.¹⁹²⁻¹⁹³

¹⁹² O contrato de conta corrente é típico no direito português. Consta do Código Comercial. O art. 344 traça bem seus contornos: “Dá-se contrato de conta corrente todas as vezes que duas pessoas, tendo de entregar valores uma à outra, se obrigam a transformar seus créditos em artigos de ‘deve’ e ‘há-de-haver’, de sorte que só o saldo final resultante de sua liquidação seja exigível”. Ao que consta, esse preceito, originário do Código Comercial de 1888, remanesce em vigor. Diga-se, por cautela, que o contrato de conta corrente, aqui referido, nada tem a ver com a chamada “conta corrente bancária”, expressão usual que designa o contrato de depósito bancário.

¹⁹³ O contrato de conta corrente sempre esteve na origem e razão de ser da letra de câmbio. Apurado o saldo da conta corrente, o credor sacava uma letra de câmbio sobre o sacado, sendo a soma

Não obstante se trate de contrato bilateral, a Lei manda que se encerre no momento da decretação da falência. Faz-se então o encontro de contas (“balanço do contrato”, no jargão) e se apura um saldo, do que resultará uma parte como credora e outra como devedora.

Se, apurado o saldo, a massa falida for credora, a outra parte deverá liquidar sua posição, efetuando o respectivo pagamento, que entrará para a massa falida, indo integrar o seu ativo.

Se a massa falida, por força do saldo apurado, for devedora, a outra parte deverá habilitar-se na falência como credora.

Art. 122. Compensam-se, com preferência sobre todos os demais credores, as dívidas do devedor vencidas até o dia da decretação da falência, proxima o vencimento da sentença de falência ou não, obedecidos os requisitos da legislação civil.

Parágrafo único. Não se compensam:

I – os créditos transferidos após a decretação da falência, salvo em caso de sucessão por fusão, incorporação, cisão ou morte; ou

II – os créditos, ainda que vencidos anteriormente, transferidos quando já conhecido o estado de crise econômico-financeira do devedor ou cuja transferência se operou com fraude ou dolo.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O preceito, em seu *caput*, corresponde, com modificação, ao art. 46 da antiga Lei de Falências.

A modificação centra-se na locução “com preferência sobre todos os demais credores”.

Em resumo, as dívidas do devedor, existentes no momento da decretação da falência, vencem-se. A partir daí, se houver, créditos em favor do falido (leia-se, massa falida), titulados à mesma pessoa de que o falido é devedor, essas dívidas compensam-se, desde que sejam obedecidos os ditames da legislação civil.

Ora, a compensação, como já se disse, é um dos modos de extinção das obrigações (CC, arts. 368 a 380). A Lei Civil dispõe que, “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem” (art. 368).

cambial equivalente ao saldo verificado. É por essa razão que a legislação de letras de câmbio, ao tempo do Código Comercial do Império, de 1850, pressupunha o requisito da *provisão*, a justificar o saque, não obstante a abstração da letra de câmbio. A legislação brasileira, de 1908 (Lei Saraiva, Dec. 2.044) eliminou o pressuposto da *provisão*, que permanece ausente na legislação atual (Lei Uniforme de Genebra). Todavia, o reflexo desse posicionamento, dispensando a *provisão*, logo se fez sentir na prática comercial brasileira. A letra de câmbio tornou-se um título sem aproveitamento prático, findando por gerar o surgimento da duplicata mercantil, cuja origem é a venda mercantil a prazo. O comerciante vendedor, tendo um crédito em poder do sacado (o preço não pago da mercadoria já vendida e entregue), saca uma duplicata, fundada na *provisão* de que dispõe junto ao sacado, consistente no crédito resultante da venda a prazo. A duplicata mercantil revelou ser, com certeza, a letra de câmbio *abrasileirada*, o jeito brasileiro de criar uma ordem de pagamento em um título de crédito viável.

As dívidas compensáveis não de ser líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. Eis aí os pontos basilares desse instituto.

O *caput* do art. 122 da Lei 11.101/2005 determina essa compensação. Mas, faz um adendo, impondo a preferência dessa modalidade de extinção de obrigações sobre todos os demais credores.

Esse adendo – ressalva – não parece ser uma boa solução. Poderá ensejar conflitos. Sim, porque, supondo obrigações de natureza quirográfrica, se a compensação ocorrer entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis – coisa fungível, por exemplo, é o dinheiro – a massa falida estará quitando, até onde se compensar, crédito quirográfico de um credor, que normalmente deveria se habilitar para haver sua parte, e, paralelamente, deveria pagar à massa falida, quanto à importância devida ao falido.

Cabe aqui, portanto, repetir as objeções feitas relativamente ao inc. VIII do art. 119. Melhor seria eliminar esse permissivo, fazendo com que essas situações se submetessem à regra geral: quem deve para a massa falida, paga. Quem é credor da massa falida, habilita seu crédito.

A ressalva do preceito, no teor de que a compensação se processa “com preferência sobre todos os demais credores”, sugere inconstitucionalidade, por franco tratamento desigual imprimido à mesma classe de credores, ou mesmo aos credores que gozam de preferência geral, preferência especial ou de privilégio.

O parágrafo único contém dois incisos.

Quanto ao inc. I, respeitante aos “créditos transferidos após a decretação da falência”, trata-se, por óbvia evidência, de evitar a possibilidade de fraude. Depois de decretada a falência, um crédito da massa falida seria cedido a um devedor da massa falida. Este, compensando sua dívida com o crédito adquirido, estaria se livrando da obrigação de pagar. A ressalva da parte final do inciso (“...salvo em caso de sucessão por fusão, incorporação, cisão ou morte”) justifica-se pelo efeito de confusão patrimonial nos casos de fusão, incorporação e cisão, e pela presunção, absoluta, de inexistência de fraude quanto à compensação resultante de morte da parte contratante com o falido.

O inc. II traz à tona, novamente, a preocupação em evitar fraude. É o que resulta de seu texto, quando afirma não se admitir compensação quanto aos “(...) créditos, ainda que vencidos anteriormente, transferidos quando já conhecido o estado de crise econômico-financeira do devedor ou cuja transferência se operou com fraude ou dolo”.

Essa sistemática toda continua por merecer maiores reflexões.

É que, se observada a disciplina geral dos efeitos da falência sobre as obrigações do falido, operações desse tipo se tornariam passíveis de impugnação. Na medida em que as pessoas credoras habilitassem seus créditos, ou fossem executadas para pagarem suas dívidas perante a massa falida, as questões surgiriam e seriam resolvidas caso a caso, por decisão judicial.

Art. 123. Se o falido fizer parte de alguma sociedade como sócio comanditário ou co-fista, para a massa falida entrarão somente os haveres que na sociedade ele possuir e foram apurados na forma estabelecida no contrato ou estatuto social.

§ 1º Se o contrato ou o estatuto social nada disciplinar a respeito, a apuração far-se-á pelo adendo, salvo se, por lei, pelo contrato ou estatuto, a sociedade tiver de liquidar-se,

caso em que os haveres do falido, somente após o pagamento de todo o passivo da sociedade, emitação para a massa falida.

§ 2º Nos casos de condomínio indivisível de que participe o falido, o bem será vendido e deduzir-se-á do valor arrecadado o que for devido aos demais condôminos, facultada a estes a compra da quota-parte do falido nos termos da melhor proposta obtida.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O *caput* cogita dos efeitos da falência sobre a posição do falido como sócio de uma sociedade empresária, não falida. O dispositivo cuida das situações em que o falido seja sócio *comanditário*, assim como versa sobre a situação do falido em relação à sociedade em que seja *cotista*.

Vejamos a primeira hipótese: falido que é sócio comanditário. Este tipo de sócio existe na sociedade em comandita simples (CC, art. 1.045 a 1.051). Trata-se de sócio que, como diz o art. 1.045, é obrigado *somente pelo valor de sua quota*.

Como a sociedade em comandita simples é uma pessoa jurídica, sociedade empresária, a falência de um sócio comanditário não afeta a vida da sociedade. Apenas caberá ao administrador judicial providenciar a apuração dos haveres do falido, na sociedade em comandita simples, o que pode ser obtido amigável ou judicialmente.

Isso em relação à sociedade em comandita simples.

Na sociedade em comandita por ações, não há comanditários, mas acionistas, cuja responsabilidade patrimonial se restringe ao valor pago por suas ações (Lei 6.404/1976, arts. 280 a 284).

O *caput* do art. 123 cuida, ainda, da hipótese em que o falido faz parte de alguma sociedade como cotista. Ou seja, sócio, titular de quota do capital social, quer na sociedade simples, quer na sociedade limitada, quer na sociedade em nome coletivo.

Na sociedade limitada, como a responsabilidade do sócio (*cotista*) é restrita ao valor de suas quotas (CC, art. 1.052), a solução a ser obtida, caso o falido dela seja sócio, é a mesma prevista para o sócio comanditário. Nada a crescer.

Esse raciocínio vale para a sociedade simples, em que o falido seja sócio, desde que o contrato social estipule a limitação de responsabilidade (CC, art. 997, VII).

Se, todavia, o falido for sócio de sociedade em nome coletivo, ou sócio que responde pelas obrigações sociais da sociedade simples (ainda que subsidiariamente), entendemos, à primeira vista, que nada se altera em relação aos procedimentos cabíveis no âmbito da falência. O administrador judicial haverá de providenciar, perante a sociedade de que o falido era sócio, a apuração dos haveres, amigável ou judicialmente. O saldo líquido dessa apuração entrará para a massa falida.

Evidentemente, uma situação dessas vai repercutir no scio de qualquer uma dessas sociedades, seja a simples (com sócio subsidiariamente responsável, com falência decretada), seja na sociedade em nome coletivo (sócio solidária e ilimitadamente responsável, falido). Mas, essa questão diz respeito a essas duas sociedades, que nada tem a ver com a falência. Essas sociedades, em que o falido era sócio, apenas viram ser decretada a falência de um sócio.

O mesmo cabe dizer quanto à eventual falência do sócio *comanditado* da sociedade em comandita simples. Seus haveres serão apurados e quitados. Os problemas que surgirem, não se manifestarão na falência, mas dentro da sociedade em comandita simples, cujo sócio comanditado – fora do âmbito da comandita – faliu.

A apuração dos haveres significa a liquidação da sociedade em relação a esse sócio, que assim ficará afastado da condição de sócio administrador. Esse mesmo raciocínio vale para o sócio-administrador da sociedade em nome coletivo: a sentença de falência produz sua imediata *dissociação*, pelo que fica, a partir da sentença de falência, incompatibilizado com a função de sócio administrador, pois na verdade perdeu a condição de sócio.

O parágrafo primeiro do art. 123 traz os procedimentos necessários à implementação do disposto na cabeça do artigo.

Resta examinar o parágrafo segundo do art. 123.

“Nos casos de condomínio indivisível de que participe o falido” – diz esse parágrafo – “o bem será vendido e deduzir-se-á do valor arrecadado o que for devido aos demais condôminos, facultada a estes a compra da quota-parte do falido nos termos da melhor proposta obtida”.

A revogada Lei de Falências se ocupava da hipótese no parágrafo único do art. 48. Falava, esse dispositivo, apenas em condomínio, sem dizer se era divisível ou indivisível. E mandava deduzir, do quinhão pertencente ao falido, o quinhão dos outros condôminos. Essa era a exegese do preceito, ainda que sua redação não fosse tão clara.

A Lei 11.101/2005 não cogita do condomínio em coisa divisível, pois, neste caso, apurar-se-á a parte correspondente ao falido, que será arrecadada e irá integrar a massa falida.

Quanto à comunhão *pro indiviso*, versada expressamente no parágrafo ora comentado, há duas alternativas. A primeira: os demais condôminos adquirem a cota parte ideal do falido. O produto dessa venda entra para a massa falida. A segunda: vende-se a coisa e faz-se a repartição do dinheiro. O que couber ao falido entrará para o ativo da massa falida.

Art. 124. Contra a massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados.

Parágrafo único. Excetuam-se desta disposição os juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por eles responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Os créditos habilitados na falência fazem jus a *juros moratórios*. De fato, ou esses créditos já se venceram anteriormente à falência, ou a sentença de falência determina o vencimento antecipado das obrigações do falido. Ora, seja por um motivo, ou pelo outro, trata-se de obrigações passivas do falido, vencidas. E como não foram pagas no vencimento, sobre o principal incidem juros moratórios.

O art. 26 da revogada Lei de Falências continha disposição equivalente.¹⁹⁴

A Lei 11.101/2005 inovou.

Em primeiro lugar, mandou computar os juros até a data da falência. É que somente foram excluídos, como se lê no texto, os juros vencidos após a decretação da falência.

Em segundo lugar, somente admitiu o pagamento dos juros vencidos se houver, no rateio, pagamento dos credores subordinados. Estes acham-se referidos no art. 83, VIII, sendo os previstos em lei ou em contrato (como ocorre com os credores por debêntures subordinadas) e, também, os créditos dos sócios e dos administradores estatutários (sem vínculo empregatício).

No caso de juros devidos em razão de debêntures dotadas de garantia, ou créditos com garantia real, não se aplica a norma do *caput* do art. 124. Mas a Lei 11.101/2005 é clara determinando que o pagamento de juros vencidos após a decretação da falência será imputado, exclusivamente, à conta do produto da realização dos bens que constituem a garantia.

Art. 125. Na falência do espólio, ficará suspenso o processo de inventário, cabendo ao administrador judicial a realização de atos pendentes em relação aos direitos e obrigações da massa falida.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Preocupa-se, o art. 125, com o empresário pessoa natural. Somente nessa hipótese, quando a empresa tem por titular um ser humano, uma pessoa física, somente nessa hipótese (repita-se) pode-se cogitar dos efeitos da morte e suas implicações sobre o titular da empresa.

O empresário, tal como definido no art. 966 do Código Civil, sendo um ser humano, está sujeito às contingências da vida, uma delas inevitável, a morte.

Pois bem: falecendo o empresário, seu patrimônio transmite-se aos herdeiros. Mas, enquanto essa transmissão não se ultima, o conjunto das relações jurídicas, ativas e passivas, de conteúdo econômico, constitutivas do patrimônio, esse conjunto (repita-se) fica agregado a uma universalidade, o espólio, cujo administrador é o inventariante.

Acontece que, não obstante o falecimento do empresário, sua atividade organizada – empresa – segue em funcionamento, pelas mãos do inventariante, sujeita aos percalços da vida comercial. Daí resulta a possibilidade, prevista em lei, tanto de o espólio ser empresário, como de ser decretada a falência do espólio do empresário, o que está elencado no art. 96 § 1.º.

Ora, como decorrência da hipótese, por certo rara, de ser decretada a falência do espólio, resulta que o processo de inventário ou arrolamento para sucessão de bens do empresário, não pode ultimar-se, através da partilha.

¹⁹⁴ “Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal. Parágrafo único. Excetuam-se desta disposição os juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por eles responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia”.

Ante a falência, urge paralisar os trâmites quer do inventário, quer do arrolamento, obstando-se seja feita a partilha, já que os bens que integram o ativo do espólio deverão ser arrecadados pela massa falida.

Nada mais há que explicar. Se os bens do espólio, falido, forem insuficientes para pagar os credores, por certo o espólio perderá objeto, pela inexistência de bens a partilhar. Nesse caso, urge encerrar a execução concursal e, também, em seguida, o inventário ou arrolamento. Far-se-á o chamado arrolamento *negativo*, apto a definir a sucessão do empresário e de seu espólio, falido.

Se, pelo contrário, os bens do espólio forem suficientes para zerar-se o passivo da massa falida, o remanescente tomará ao ativo do espólio, sendo então partilhado entre os herdeiros.

Art. 126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 73 desta Lei.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Trata-se de norma de encerramento. Para as relações patrimoniais não referidas expressamente pela Lei 11.101/2005, fica expressamente definida a competência da autoridade judiciária, o *juiz da falência*, para decidir quaisquer questões e incidentes a respeito.

O dispositivo fala em *relações patrimoniais*. Trata-se, em verdade, de relações *obrigacionais*, que por terem, necessariamente conteúdo econômico – o que é inerente ao conceito jurídico de *obrigação* – são atingidas pela falência e ficam submetidas ao processo judicial de execução concursal falimentar.

O preceito tem correspondência com o art. 7.º, § 2.º, da antiga Lei de Falências, cujo parágrafo segundo dizia: “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”.

Depreende-se do texto, com perdão da obviedade, que todos os atos determinados pelo administrador judicial, *no processo de falência*, sejam os praticados com autorização ou não, com aconselhamento, ou não, do Comitê de Credores, e mesmo da Assembleia Geral, ficam sob o crivo da autoridade judiciária. Não há outra interpretação admissível, à vista da falência ter sido conservada, pela Lei de Recuperação de Empresas, como um processo de execução, ainda que coletivo, em que, na verdade, os credores são exequentes, em posição de *litisconsórcio ativo* e o falido é o executado. Aliás, nas raras hipóteses em que a sociedade empresária falida tiver sócios solidários, haverá, quanto ao pólo passivo da execução, uma originalíssima situação de *litisconsórcio passivo*.

É impossível prever a variedade de questões que podem surgir no curso da execução falimentar.

Caberá ao juízo da falência decidi-las, tudo sugerindo que, conforme sua natureza, ficarão passíveis de recurso, tema complexo a merecer mais acuradas reflexões.

Ao tomar sua decisão, no âmbito da competência que, menos que do dispositivo ora comentado, resulta da plenitude do exercício da jurisdição, deverá o juiz atender “à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores”.

O que se há de entender por *unidade*?

A interpretação para o vocábulo *unidade*, constante do art. 126, deve ser entendida como se referindo à unidade da massa falida. Será, parece-nos, a unidade da massa falida que, instaurada a execução falimentar, subsiste e, atento a ela deve o juiz estar. O juiz deve atender à unidade da massa falida, já que, na realização do ativo, o conjunto dessa universalidade poderá ensejar melhor liquidação.⁴⁹⁵ Na verdade, a preocupação do juiz deve concentrar-se para a hipótese de uma liquidação do ativo mais favorável, já que, com a falência, os bens foram arrecadados e, afastado de sua gestão o empresário, paralisa-se a empresa. Com a falência, nesse contexto, a empresa desaparece. Em verdade, ante o conceito do art. 966 do Código Civil, a empresa consiste no exercício de atividade econômica organizada destinada à produção ou circulação de bens e serviços. E se os bens estão arrecadados, por vezes lacrado o estabelecimento, afastado o empresário, somente resta estar atento à unidade da massa falida, para fins da melhor liquidação possível, que pode consistir na reativação desse acervo para retomada da atividade empresarial.

Essa, a nosso ver, a interpretação do vocábulo *unidade*, no texto em exame.

O art. 75, referido *in fine*, destaca o interesse em pôr a salvo, no quadro da falência e da recuperação da empresa, os relevantes valores sociais que esta gera.

Deve o juiz, ao decidir quaisquer questões que lhe sejam submetidas, atender, também, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta Lei.

Reafirma-se, nesse tópico da Lei, tanto o princípio da prevalência do juízo universal da falência, explicitado no art. 76, como a posição de igualdade dos credores (*pars conditio creditoris*), velho dogma do instituto da falência, aqui proclamado de modo a ajudar a solução de questões em que a igualdade dos credores foi alvo de exceções pontuais, na Lei 11.101/2005.

Conclui-se, da análise do preceito, que sua presença, no corpo da Lei, é extremamente útil. A autoridade conferida ao juiz da falência, pela norma em foco, ganha extraordinário realce em função do universo de relações jurídicas presentes em nossa *sociedade de massas*. E que se manifestam tanto nas relações regidas por leis especiais, como se dá nos contratos de consumo, como nas relações regidas por contratos atípicos.

No mundo dos contratos privados, acentua-se a adoção do princípio da forma livre. Acentua-se o primado da manifestação da vontade, freqüentemente sem instrumentação formal, e mesmo sem assinatura, como se verifica na utilização de meios eletrônicos de comunicação e de contratação.

Registre-se, por fim, a estrutura dada às relações contratuais pelo vigente Código Civil, imprimindo ao contrato uma expressa *função social*, enfatizando a exigência de *boa-fé*,

⁴⁹⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Nova Lei de Recuperação e Falência comentada*, p. 293, desenvolve raciocínio na mesma linha de pensamento, quanto ao sentido do substantivo “unidade”, embora dizendo referir-se à unidade da empresa.

preocupando-se com sua comutatividade (*lesão, excessiva onerosidade, desproporção entre prestação e contraprestação etc.*), tudo em suma justificando a oportunidade e conveniência do artigo ora comentado.

Art. 127. O credor de coobrigados solidários cujas falências sejam decretadas tem o direito de concorrer, em cada uma delas, pela totalidade do seu crédito, até recebê-lo por inteiro, quando então comunicará ao juiz o

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica ao falido cujas obrigações tenham sido extintas por sentença, na forma do art. 159 desta Lei.

§ 2º Se o credor ficar integralmente pago por uma ou por diversas massas coobrigadas, as que pagaram terão direito regressivo contra as demais, em proporção à parte que pagaram e àquela que cada uma tinha a seu cargo.

§ 3º Se a soma dos valores pagos ao credor em todas as massas coobrigadas exceder o total do crédito, o valor será devolvido às massas na proporção estabelecida no § 2º deste artigo.

§ 4º Se os coobrigados eram garantes uns dos outros, o excesso de que trata o § 3º deste artigo pertencerá, conforme a ordem das obrigações, às massas dos coobrigados que tiverem o direito de ser garantidas.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O dispositivo tem correspondência com o art. 27 da revogada Lei de Falências.

Cuida-se de disciplinar a situação de credor cuja relação obrigacional tem, no pólo passivo, dois ou mais devedores solidários.

Pela regra geral do “Direito das Obrigações”, prevista no art. 275 do Código Civil, “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum”. Diz, ainda, esse preceito regente da solidariedade passiva: “Se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”. Colocam-se, assim, estas situações:

a) credor de obrigação, em que sobreveio a falência de um dos devedores solidários;

b) credor de obrigação, em que sobreveio a falência de alguns, mas não de todos devedores solidários;

c) credor de obrigação, em que sobreveio a falência de todos os devedores solidários.

Cumpra-se examinar cada uma dessas situações.

No primeiro caso, obviamente, o credor cobrará a totalidade de seu crédito do devedor solidário não falido. Caberá a este, a seu turno, cobrar de cada um dos co-devedores solidários, não falidos, a respectiva quota, observando-se, entretanto, o teor do art. 283 do Código Civil, que manda dividir entre os co-devedores não falidos, a quota do co-devedor insolvente.⁴⁹⁶

⁴⁹⁶ O art. 283 do CC preceitua: “O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem o direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores”.

Cada um dos co-devedores, que pagou sua quota, deverá habilitar-se na falência do co-devedor falido, para ser reembolsado da parte que lhe toca. O direito à habilitação na falência do co-devedor falido está expressamente previsto no art. 128, mas mesmo que não o estivesse, resultaria do entendimento lógico da norma em foco.

Na segunda situação, dá-se o mesmo. O credor, tendo no pólo passivo do vínculo obrigacional, devedores solváveis e devedores falidos, cobrará seu crédito de quem está solvável. Quem pagar a totalidade da dívida, como devedor solidário, voltar-se-á regressivamente contra os demais devedores solidários não falidos, dividindo-se entre estes a fração correspondente aos co-devedores solidários falidos. Em seguida, cada qual dos que pagou deverá habilitar-se na falência de cada um dos devedores solidários falidos, para fins de reembolso da fração que lhe toca.

Resta a terceira situação: todos os devedores solidários faliram. Nesse caso, o art. 127 autoriza o credor a habilitar-se, pela *totalidade de seu crédito*, perante todas as massas falidas. Remanescerá em seu direito de haver seu crédito, até que este seja pago por inteiro. Ocorrendo o pagamento da totalidade do crédito, deverá disso dar ciência ao juízo de cada uma das outras falências.

Ainda no âmbito dessa terceira situação (todos os co-devedores solidários faliram), o parágrafo segundo esclarece que, quando, no rateio de uma, ou mais de uma massa, o credor for integralmente pago, as massas que pagaram terão direito regressivo contra as demais, para haver, cada uma delas, sua quota.

O parágrafo terceiro contém determinação lógica, mas de improvável ocorrência na vida prática. Tendo o credor de obrigação solidária, em que todos os co-devedores solidários faliram, se habilitado em cada massa pela totalidade de seu crédito – como permite o art. 127, *caput* – pode ocorrer, em tese, de haver uma massa, ou mesmo em mais de uma, efetuado o pagamento da totalidade do crédito. Neste caso, o credor terá recebido valor excedente a seu crédito. Disso resulta a determinação contida no parágrafo: o valor recebido a maior será devolvido às massas, na proporção à parte que pagaram.

O parágrafo quarto implica aplicação dos princípios cambiais, inerentes à sistemática dos títulos de crédito. Diz o parágrafo que se os coobrigados eram garantes uns dos outros, o excesso de valor recebido pelo credor, como previsto no parágrafo terceiro, ao ser devolvido, essa devolução deverá ser feita *conforme a ordem das obrigações, às massas dos coobrigados que tiverem o direito de ser garantidas*.

De fato, em matéria de obrigações cambiais, apostas sobre títulos de crédito, o credor pode exercer seu direito creditício, em caso de inadimplemento por parte do devedor principal, contra um, alguns ou todos os coobrigados cambiais.⁴⁹⁷ Se o credor for um endossatário, poderá voltar-se contra seu endossante, ou contra qualquer dos coobrigados anteriores (desde que tenha no prazo legal providenciado o protesto do título). Damos exemplo de coobrigados anteriores: avalista do endossante, tomador (credor originário) ou avalista do tomador, ou emitente (de nota promissória ou cheque) ou sacador (de letra de câmbio ou duplicata), ou seus respectivos avalistas. O credor, portador legitimado do título, poderá voltar-se contra qualquer desses coobrigados, contra alguns deles, ou contra todos. Se um

⁴⁹⁷ Lei Uniforme de Genebra (LUG), Anexo I, art. 47.

deles pagar – e deverá pagar a totalidade da soma cambial – poderá, a seu turno, voltar-se, por direito de regresso, contra um, alguns ou todos os coobrigados anteriores, para receber também a totalidade da soma cambial devida. Assim se procederá sucessivamente, até que somente reste, para pagar, o devedor principal (aceitante de duplicata ou letra de câmbio, ou emitente de nota promissória ou cheque).

Como o coobrigado que paga tem direito de cobrar a integralidade de seu crédito do coobrigado anterior, o parágrafo quarto, ora sob comentário, manda que o valor excedente recebido pelo credor, nos termos do parágrafo terceiro, seja devolvido às massas dos coobrigados que tinham a seu favor a garantia de coobrigado anterior.

Todas essas complexas relações, entretanto, não se aplicam em relação ao falido cujas obrigações tenham sido extintas por sentença, como torna claro o parágrafo primeiro do art. 127.

Art. 128. Os coobrigados solventes e os garantes do devedor ou dos sócios ilimitadamente responsáveis podem habilitar o crédito correspondente às quantias pagas ou devidas, se o credor não se habilitar no prazo legal.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O artigo em pauta tem correspondência com o art. 29 da Lei de Falências de 1945.

A situação prevista é a da existência de credor de obrigação cujo devedor, posteriormente falido, tem sua prestação reforçada por garantes (fiador sem benefício de ordem ou avalista).

Disso podem resultar duas alternativas.

A primeira diz respeito à hipótese, mais provável de ocorrer, consistente em haver o credor feito valer seu crédito contra o garante. Este pagou. Como o garante que paga tem o direito de regresso contra a pessoa a quem prestou garantia, e esta faluiu, o dispositivo autoriza a habilitação do crédito desse garante perante a respectiva massa falida.

A segunda situação é menos provável de ocorrer: o credor, nas circunstâncias apontadas, a despeito de ter seu crédito reforçado por garantes, prefere habilitar o crédito na massa falida do devedor.

Nesse caso, como resulta lógico, não cabe aos coobrigados (os garantes) proceder à habilitação de seu crédito, mesmo porque até então nada pagaram, tanto que o credor habilitou seu crédito na falência.

Cabe ainda uma pergunta: e se, tendo o credor habilitado seu crédito, nada vier a receber no rateio da falência? Como ficam os garantes?

Vejamos a hipótese de crédito constante de título cambial (letra de câmbio, nota promissória ou congêneres, os títulos cambiariiformes).

Se o credor não efetuou o protesto obrigatório que lhe assegura, nos termos da legislação cambial, o direito de cobrar os garantes cambiais, os coobrigados cambiais ficam liberados.

Se o credor efetuou, a tempo e hora, esse protesto, e se esse credor nada receber na falência, terá direito de, antes da prescrição cambial sobrevir, executar os garantes cambiais. O último destes, que pagar, ou seja, o coobrigado imediatamente anterior ao devedor

principal (aceitante na letra de câmbio ou duplicata, emitente no cheque ou na nota promissória), não terá outra alternativa senão habilitar-se na falência do devedor principal, ainda que o faça retardatariamente. É previsível que nada efetivamente venha a receber, mas essa é a solução jurídica que se logra vislumbrar, ainda que frustrante sob o aspecto obrigacional.

270. Outras disposições da Lei produzindo efeitos sobre obrigações do falido

Fora da Seção VIII, do Capítulo V, há outras normas na Lei 11.101/2005, que implicam efeitos sobre as obrigações do falido.

271. Câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação

No art. 193 e no art. 194, disciplina-se o problema das operações em curso dentro de câmaras prestadoras de serviços de compensação ou de compensação e liquidação financeira. Essas operações serão liquidadas, é o que diz o art. 193.

O art. 194 cuida das garantias prestadas, perante essas câmaras, às operações que o empresário nela contratou. Sobrevindo a falência, essas garantias serão realizadas e seu produto será destinado à liquidação das obrigações assumidas.

272. Concessão de serviço público

O art. 195 determina a extinção do contrato de concessão de serviço público, sempre que ocorrer a falência da concessionária. A norma está em sintonia com o que consta da Lei de Concessões (Lei 8.987/1995, art. 35, VI). É disposição diversa, e inovadora em relação ao estabelecido na Lei de Falências revogada, cujo art. 201 apenas tratava de prever a continuidade da prestação de serviço.

273. Arrendamento mercantil de empresas de transporte aéreo

Finalmente, cabe fazer referência ao parágrafo único do art. 199. Este artigo viabilizou a utilização do instituto da recuperação de empresas pelas sociedades empresárias que exploram o transporte aéreo. São as chamadas companhias de aviação.

Essas pessoas jurídicas são concessionárias, por ato da União, de serviços de navegação aérea (Constituição Federal, art. 21, XII, c).

O parágrafo único do art. 199 determinou, literalmente, que *"na recuperação judicial e na falência das sociedades de que trata o 'caput' deste artigo, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contrato de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes"*.

Como essas empresas operam em geral mediante arrendamento mercantil de aeronaves (*leasing*), o parágrafo único do art. 199 estabelece, em síntese, que, em caso de recuperação judicial ou de falência, o credor por contrato de arrendamento mercantil (esse credor é instituição financeira cujo objeto social é celebrar operações de *leasing*) em nenhuma hipótese poderá retomar o bem - a despeito de ter a propriedade dele (a companhia de *leasing* é arrendadora, aluga o bem). É o que o parágrafo diz, quando afirma que *"ficará suspenso o exercício dos direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes"*.

Entende-se o dispositivo no âmbito do instituto da recuperação de empresa. A suspensão do exercício dos direitos de arrendatária (companhia de transporte aéreo) implicaria a retomada dos aviões pela empresa de *leasing*, arrendante. E isso inviabiliza a possibilidade de preservação e continuidade da empresa de navegação aérea, em regime de recuperação.

Em caso de falência a norma, em princípio, não faz sentido. Uma empresa de transporte aéreo de passageiros, que falir, além de ter seus bens arrecadados, e imputados à massa falida, sob gestão do administrador judicial, não tem como exercer sua atividade econômica, muito menos nas condições de segurança que o respeito ao consumidor exige. Cabe lembrar que, por força da Lei de Concessões, (Lei 8.987/1995, art. 35, VI), a falência extingue o contrato de concessão. Fica, entretanto, pendente a idéia de que o art. 199 da Lei 11.101, ora sob comento, revogou o dispositivo da legislação de concessões. Essa a dúvida que, por ora, cabe levantar.

É evidente que a norma foi inserida na Lei, ao que consta, para atender a peculiaríssimas contingências do mercado onde essas empresas atuam, num cenário, aliás, de crise mundial do setor.

Isso permite extrair ilações de que, a partir do texto escrito, a doutrina e a jurisprudência saberão balizar as adequações que as circunstâncias vão exigir.

Seção IX
Da ineficácia e da revogação
de atos praticados antes da falência

ANTONIO MARTIN

274. A massa falida

Como se sabe, a falência é um processo de execução coletiva, movido contra o empresário insolvente, ao qual concorrem todos os seus credores e que alcança todo o seu patrimônio.

Desta maneira, ficam os credores no pólo ativo da execução e compete-lhes, por meio do administrador judicial (art. 22, da Lei 11.101/2005), arrecadar (ato de constrição na execução coletiva) todos os bens que pertençam ao falido, de vez que este, por força da declaração judicial da falência, perde a disponibilidade de seu patrimônio (art. 99, da Lei 11.101/2005).

A reunião dos credores, que são os autores da execução coletiva, no pólo ativo do processo é considerada como *massa falida subjetiva*, que é o verdadeiro centro de interesses daqueles que tem o mesmo objetivo: receber seus créditos.

Já, no aspecto patrimonial, a falência compreende todos os bens do falido, seus direitos, ações, e ainda aqueles bens que, indevidamente, tenham deixado o patrimônio do falido, que é o tema que será tratado a seguir.

Este conjunto de bens do falido, que são arrecadados pelo administrador judicial, formam a *massa falida objetiva*. Assim a massa falida objetiva é formada a partir do desapossamento dos bens do falido, através da arrecadação. Este desapossamento não tira a propriedade do falido sobre os bens, fato que só ocorrerá quando da venda judicial desses bens. Esta observação tem sua razão de ser, pois bens que foram arrecadados poderão voltar ao domínio do falido em caso de não ser necessária sua venda para o pagamento dos credores. Da mesma maneira, os bens que forem agregados à massa, por força de declaração de ineficácia de alienação desses bens, se não forem vendidos pela massa falida para pagamento dos credores, voltarão para o patrimônio dos terceiros que os adquiriram e não para o patrimônio do vendedor (falido).

Porém, não só os bens materiais arrecadados de plano irão compor o acervo que será alienado, para o futuro pagamento dos credores. O administrador judicial cuidará também da guarda, conservação e custódia dos bens do falido, de representar a massa falida subjetiva nas ações em que o falido era parte e que tenham reflexo sobre o patrimônio do falido, agindo sempre no interesse desse conjunto de credores.

Por isso o administrador deve empreender a conservação de bens e direitos do falido, para melhor beneficiar a massa falida.

De fato, os bens incorpóreos, como os da propriedade industrial, devem ser custodiados, com eventuais renovações de licenças e mesmo com a propositura de ações e procedimento cabíveis contra os contrafactores. O administrador deve ainda promover competentes ações de apuração de haveres nos casos em que o falido detenha participação societária em outras sociedades, trazendo o produto desses processos para a massa falida. Deve ainda agir com zelo, no interesse da massa, visando o cumprimento ou não de contratos mantidos pelo falido, a venda antecipada de bens deterioráveis, física ou economicamente, a manutenção do ponto, quando for o caso etc.

Para tutelar também o interesse dos credores, a Lei previu, que a massa falida subjetiva possa dispor de ações próprias ou de meios e procedimentos que objetivem a recomposição patrimonial do falido, sempre no interesse dos credores.

É neste sentido que a massa, pelo administrador, ou os credores individualmente, atuam nos processos de habilitação dos créditos, podendo ainda serem intentadas ações que objetivem rescisão ou revisão de contratos celebrados pelo falido, e que estejam a prejudicar a massa falida objetiva. A atuação conservatória do administrador, deve, portanto, ser entendida de maneira dinâmica. Não se limita ele à mera guarda dos bens arrecadados, mas zela pelos direitos, buscando evitar a depreciação do patrimônio e buscando, também, ampliar tal patrimônio com a propositura de ações e medidas judiciais para tanto.

275. Desconsideração da personalidade jurídica

Cabe aqui lembrar que, em boa hora, no art. 82 da Lei 11.101/2005, disciplina-se que as questões referentes à responsabilidade de sócios de sociedade limitada, administradores ou controladores da pessoa jurídica falida, devem ser tratadas em ação ordinária própria, distribuída, por dependência, ao juízo da falência. Desta maneira fica excluída a possibilidade de desconstituição da personalidade jurídica nos próprios autos da falência, ensejando incidentes processuais que, longe de otimizar a formação da massa falida objetiva, somente atrasam o feito e inviabilizam o pagamento dos credores, além de perpetrar medidas antijurídicas a terceiros, não atingidos pela sentença declaratória da falência, e que acabam envolvidos no procedimento executório, sem serem falidos e sem que lhes tenha sido dada a oportunidade de se defenderem (devido processo legal).

É, agora, a massa falida, através do administrador judicial, que deve promover as ações para responsabilizar estes gerentes, administradores, sócios, controladores etc., pelos prejuízos causados, quando tenham agido com abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma do que dispõe o art. 50 do CC, para trazer, ao final do feito, os bens alcançados para rateio entre os credores do falido.

Art. 129. São ineficazes em relação a massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I - o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio, extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desvio do próprio título;

II - o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III - a constituição de direito real de garantia, inclusive a obtenção de não do bem legal, tratando-se de dívida contratada anteriormente; se os bens dados em hipoteca ou em objeto

de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada.

IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;

VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.

Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

ANTONIO MARTIN

276. Ineficácia e revogabilidade

No tocante aos arts. 129 e ss. da Lei 11.101/2005, manteve-se a denominação de atos ineficazes (art. 129) e de atos revogáveis (art. 130). A ineficácia ou a revogabilidade de determinados atos, que envolvam alienação patrimonial do falido presume-se que tenham como causa a pretensão do falido em afastar bens do seu patrimônio, para que os mesmos não sejam alcançados numa situação de insolvência, que já seria de se prever. Por isso, o legislador presumiu a ineficácia desses atos, em relação à massa falida.

Essa presunção, de que os atos de alienação são objetivamente ineficazes, ajusta-se à disposição do art. 129 da Lei 11.101/2005.

Os arts. 129 e 130 da Lei 11.101/2005 cuidam, em seu título, da ineficácia e da revogação dos atos praticados pelo falido antes da falência, atos estes presumivelmente lesivos à massa.

Os dispositivos aqui mencionados guardam extrema semelhança com o que dispunha o Dec.-lei 7.661/1945 em seus arts. 52 e 53. Há, na verdade, mudanças no tocante às hipóteses do art. 129, mudanças estas de ordem processual, que serão adiante nomeadas.

O capítulo, em si, tem por finalidade coibir comportamentos de desvio de conduta do falido, alienando ou deixando de aumentar o seu patrimônio, em detrimento de seus credores, conhecendo, presumivelmente, a dificuldade econômica por que passava e conhecendo também seu estado pré-falimentar.

O remédio jurídico adotado no art. 129 foi o da declaração de ineficácia desses atos, alinhavando a Lei nos incs. I a VII, as disposições de atividade do falido, que o sujeitam, assim como seu co-contratante aos efeitos da declaração de ineficácia.

Exceção feita aos incs. IV e V do mesmo artigo, entende-se que os atos ineficazes em relação à massa, devem ter sido praticados durante o termo legal fixado na sentença que decreta a quebra (art. 99, II, da Lei 11.101/2005). No tocante aos incisos acima mencionados, o prazo é de dois anos, como consta da Lei. Este prazo é conhecido também

como *período suspeito*, pois nele o falido poderia ter conhecimento ou indícios de seu futuro inglório.

A declaração da ineficácia, que se dará, ou nos próprios autos do processo falimentar, ou através de ação competente, tem por objetivo apenas alcançar a massa falida. Se, por exemplo, declarada a ineficácia da alienação pelo falido, de um bem, e não sendo tal bem alienado pela massa, não volta ele ao patrimônio do falido, e sim volta ao patrimônio do alienatário, pois a ineficácia opera somente em relação à massa. Como se vê, a declaração de ineficácia obedece a regras semelhantes às que estão previstas nos incs. I e II do art. 593 do CPC, quando cuida da fraude à execução.

Por isso se diz que a relação jurídica criada entre as partes contratantes não se anula, perdendo apenas a eficácia em relação aos credores do falido, sejam eles anteriores ou posteriores ao ato dito ineficaz. A providência ativa de qualquer credor para essa declaração de ineficácia não trará benefício imediato ao credor, individualmente considerado, posto que o ato declarado ineficaz fará crescer a massa falida objetiva, beneficiando, portanto, todos os credores do falido.

No dizer da Doutrina, tem-se que: “Ineficácia, *stricto sensu*, é a recusa de efeitos quando, observados embora os requisitos legais, intercorre obstáculo extrínseco, que impede se complete o ciclo de perfeição do ato. Pode ser originária ou superveniente, conforme o fato impeditivo de produção de efeitos, seja simultâneo à constituição do ato ou ocorra posteriormente, operando contudo retroativamente”.⁴⁹⁸

A medida judicial pela qual se pleiteia a declaração da ineficácia dos atos que tenham prejudicado a massa falida é a *ação revocatória*, com a qual se pretende, tradicionalmente, chamar novamente para a massa, o bem que fora retirado do patrimônio do falido.

No parágrafo único do art. 129 da Lei 11.101/2005, cogita-se da hipótese de ser a ineficácia decretada de ofício pelo Juízo da Falência, alegada em defesa, ou definida em processo incidental à falência, além de ser pleiteada, como acima se disse, em ação revocatória apropriada.

A regra em apreço representa inovação em relação à Lei anterior (Dec.-lei 7.661/1945), possibilitando a declaração de ineficácia independentemente do ajuizamento da ação revocatória.

O legislador, que foi cuidadoso ao exigir ação própria para a desconstituição da personalidade jurídica (art. 82, da Lei 11.101/2005), não tomou o mesmo cuidado quando permitiu que a declaração de ineficácia pudesse ocorrer de ofício ou motivada por simples requerimento nos próprios autos da falência. A declaração de ineficácia, consoante disposição dos atos previstos no art. 129 da Lei 11.101/2005, deveria ser precedida do devido processo legal, com a intimação do terceiro que contratou com o falido, para que expusesse razões de defesa, acompanhando, assim, o mandamento constitucional, inserido no art. 5.º, LIV, da CF. Evidentemente, a desobediência ao devido processo legal, poderá criar situações contenciosas que ensejarão recursos retardatórios do feito falimentar.

A Lei 11.101/2005 menciona que a ação revocatória só é indispensável nos casos do art. 130, direcionando as hipóteses em que haja a intenção de prejudicar credores e o conluio

⁴⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 404.

fraudulento, entre o falido e o terceiro que com ele contratou. Nos casos do art. 129, como já se disse, a ação poderá até ser dispensada.

As situações cogitadas nos arts. 129 e 130 da Lei 11.101/2005 indicam que o legislador continuou a seguir o intento de separar os atos ineficazes dos atos revogáveis, que podem aqui ser chamados de subjetivamente ineficazes. Os casos do art. 129 envolvem os atos chamados de objetivamente ineficazes, tenham ou não os contratantes agido em fraude, conluio etc. Para a declaração da ineficácia, não se cogita nem da vontade das partes, nem da causa dos negócios jurídicos descritos na lei. Já, no tocante aos atos revogáveis (art. 130), a ineficácia que os acomete depende de um elemento objetivo, o prejuízo, e, também, de um elemento subjetivo, a fraude. O *eventus damni* e o *consilium fraudis* são características milenares da ação revocatória, tipificada agora no art. 130 da Lei 11.101/2005.

Vê-se, desta forma, que os negócios que se enquadram no rol do art. 129 da Lei 11.101/2005 poderão ser declarados ineficazes sem a exigência do *consilium fraudis* e sem a exigência da intenção de fraudar os credores. A Lei, aqui, através de presunção *iuris et de iure*, configura a existência dos elementos que autorizam a declaração de ineficácia do negócio jurídico. O evento danoso, todavia, será cogitado na hipótese de o dano ocorrer contra a massa. Com efeito, se do negócio entabulado pelo falido durante o termo legal resultou lucro para a massa, não há porque ajuizar-se a revocatória ou pleitear-se a declaração da ineficácia do negócio. Não se pode deixar de considerar que o interesse jurídico a ser protegido, em caso de falência, é o interesse que os credores têm em receber os valores representativos de seus créditos.

277. Da ação revocatória

Segundo a Doutrina, a ação revocatória tem por finalidade declarar a ineficácia ou a revogação de ato jurídico do devedor, praticado antes da falência, para que entrem para massa os bens indevidamente retirados do seu patrimônio; objetiva-se aqui, a indenização de prejuízos causados aos credores.⁵⁰⁹ Os atos praticados pelo falido são suspeitos, como já se disse, se a prática ocorrer no termo legal e esta suspeição decorre de presunção expressamente mencionada na Lei.

Salienta-se na doutrina moderna a importância da fixação do termo legal de forma mais ampla. De fato, em legislações passadas, chegou-se a falar em 40 (quarenta) dias e no Dec.-lei 7.661/1945 deixou-se esta fixação a critério do Juízo, que poderia fixá-lo em até 60 (sessenta) dias. Agora, na Lei 11.101/2005, o termo legal é de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, ou do pedido de recuperação judicial, ou do primeiro protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados.⁵⁰⁰

Como se vê do texto da Lei, a fixação do termo legal tem importância decisiva para a declaração de ineficácia dos atos nela mencionados.

⁵⁰⁹ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, p. 557.

⁵⁰⁰ Cf. art. 99, II, da Lei 11.101/2005.

É a revocatória, ação de natureza pessoal⁵⁰¹ que objetiva não a nulidade do ato que ataca, mas o ressarcimento de danos aos credores, podendo se dizer que é uma ação de restituição, com a qual as partes voltam ao estado anterior do ato impugnado, ou, como se diz, é a restauração do estado jurídico anterior ao ato. Seu fundamento essencial é a fraude e não um vício de consentimento.

Pontes de Miranda distinguiu a revocatória por fraude, que no seu sentir é uma "ação constitutiva negativa",⁵⁰² da ação revocatória por ineficácia, que para ele, é a espécie que tem finalidade restitutória. Por isso, no seu entender, a revocatória por fraude pressupõe anterioridade do crédito do autor (*consilium fraudis*), e o prejuízo (*eventus damni*); enquanto que a revocatória por ineficácia tem previsão expressa na Lei, que presume de maneira irrefragável que os atos tenham sido praticados para prejudicar os credores.

As lembranças acima justificam, mais uma vez, a divisão que já se tornou tradicional em nosso direito falimentar e que, no caso da Lei de Falências vigente, se definiu nos arts. 129 – revocatória por ineficácia; e 130 – revocatória por fraude.

278. Os atos ineficazes

Os atos definidos como ineficazes, no art. 129 da Lei 11.101/2005, não produzem efeitos perante a massa falida, independentemente de ter o falido agido com má-fé, ou com intuito de fraudar, ou de causar dano aos credores. A Lei dispensou, no tocante aos elementos subjetivos, a apuração do *animus nocendi*, a comprovação do *consilium fraudis*, ou a existência de vício de vontade de qualquer dos participantes do ato. Porém, a declaração de ineficácia deve dar-se desde que o ato tenha sido prejudicial à massa.

É evidente que a declaração de ineficácia de atos jurídicos que, praticados de acordo com o que descreve a Lei, mas sem causar prejuízo à massa, atenderia ao interesse ou do falido ou de seu co-contratante, e não ao interesse dos credores, fugindo ao intuito previsto na Lei de Falências, como processo de execução coletiva.

As hipóteses mencionadas no art. 129 da Lei 11.101/2005 são exaustivas, não se admitindo que, por via jurisprudencial ou administrativa venham a ser acrescidas ou aditadas:

1) o pagamento de dívidas não vencidas

A matéria é de construção conhecida em nosso Direito Privado, tendo sido regulada no art. 110 do CC/1916, e encontrando-se hoje no art. 162 do novo CC (Lei 10.406/2002).

A atribuição de ineficácia objetiva ao pagamento antecipado, realizado no termo legal, funda-se na flagrante injustiça, praticada em detrimento do acervo, e em favor de um ou de alguns credores. É a ofensa ao princípio do tratamento equalitário, a ser dado aos credores da falência, ficando claro que não pode o falido privilegiar qualquer credor que seja.

A declaração da ineficácia dar-se-á ainda que o pagamento tenha sido efetuado por qualquer uma das espécies previstas na legislação civil como forma de extinção da dívida.

⁵⁰¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, v. 1, p. 373.

⁵⁰² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, 2. ed., v. 38, Borsoi, Rio de Janeiro, 1960, p. 359.

É necessário, contudo, examinar se a hipótese legal trouxe ou não benefício para a massa. Não se pode esquecer que o art. 117 da Lei 11.101/2005 regulou o alcance da sentença falimentar sobre os contratos bilaterais. É claro que se um pagamento parcial, na compra de um valioso bem, vier a privar a massa desse bem, com a devolução do valor que foi pago e a situação for favorável à massa falida com a manutenção do bem no acervo, não se deve pleitear a declaração de ineficácia do ato porque esta declaração em vez de lucro trará prejuízos à massa falida.

O desconto de título feito no termo legal, também deve ser declarada ineficaz, pois, como ensina a doutrina, traz para a massa falida uma falsa vantagem ferindo o princípio do tratamento igualitário dos credores.⁵⁰³

II) pagamento de dívidas vencíveis e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato

A intenção do dispositivo supra é, justamente, a da manutenção do tratamento equitativo aos credores, à época da quebra. Evidentemente, se o pagamento foi feito de modo extintivo da obrigação, sem oneração patrimonial, não há de se falar de ineficácia. É o que ocorre, por exemplo, quando o falido, no lapso do termo legal, quita a obrigação através de prestação de serviço. Se havia mão-de-obra ociosa, por parte do falido, e se considerarmos que os serviços não vão integrar a massa falida, é evidente que houve benefício para a massa e não prejuízo.

A análise do caso concreto é o melhor critério para avaliar-se se, do pagamento atípico, resultou prejuízo para a massa de credores. A prática tem revelado que, geralmente, nos casos de dação em pagamento, o prejuízo fica palpável, pois, o falido se desfaz de um bem, que poderia integrar a massa, para pagamento aos credores, enquanto que o donatário restou beneficiado pela operação. Ferido o princípio do tratamento paritário, a ineficácia deve ser decretada.

III) a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal

A constituição de direito real, durante o lapso do termo legal, viabiliza forma de dar preferência a um credor, em relação aos demais componentes da massa. Evitar tal hipótese, como já se disse, constitui o verdadeiro espírito do art. 129 da Lei 11.101/2005. O preceito é assemelhado às disposições dos arts. 163 e 164 do CC, e alcança, também, hipóteses de reforço de garantia.

A menção da Lei alcança as hipotecas e penhores cedulares e mesmo a caução de cambiais ou recebíveis, desde que efetivada no período do termo legal, para garantir débitos anteriores.

Importante notar que a declaração de ineficácia não desconstitui o débito do falido, mas apenas a garantia prestada.

Segundo Carvalho de Mendonça, a ineficácia não vicia as garantias reais que são constituídas simultaneamente com a dívida assumida pelo devedor, chamadas de “gêmeas da dívida”, nem as garantias anteriores à dívida.⁵⁰⁴

⁵⁰³ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, 1ª Parte, p. 518.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 524.

IV) a prática de atos a título gratuito

A primeira observação, que se pode fazer a respeito dos atos gratuitos, é a de que a Lei se preocupa aqui com o ato gratuito, normalmente isolado da atividade empresarial. A doação, por exemplo, é um ato pelo qual um sujeito proporciona a outro um enriquecimento sem a contraprestação dada pelo donatário. É evidente que as doações acessórias ou de brindes, ligadas à atividade empresarial do falido não são alcançadas pelo dispositivo ora analisado. Por exemplo, uma construtora que, ao alienar um imóvel doa ao adquirente do imóvel o mobiliário, não está, por cento, praticando um ato gratuito como define a Lei. Também não são alcançados os benefícios indiretos propiciados pelo falido a seus empregados, salvo a hipótese de exagero ou má-fé.

Tais considerações são postas porque, nos dias atuais, o empresário, em sua atuação, patrocina eventos, mantém atividades esportivas, clubes, patrocina atividades culturais etc. Nestes casos, não se há de falar, também, na ineficácia, posto que se trata de atividade social do empresário, exercida sem que se pudesse aplicar a presunção de prejuízo aos credores. É claro que todos os casos deverão ser sopesados pelo Juízo, antes da declaração da ineficácia.

São alcançados pela regra do art. 129, IV, da Lei 11.101/2005, também a constituição de direitos reais ou de uso, o usufruto, o uso etc., pois aqui o empresário não abdicou do bem, mas frustrou a massa com a falta do rendimento que esse bem poderia trazer. Deve-se considerar, nesta hipótese, que o bem onerado com o comodato, ou com o mútuo, ou com o usufruto sofre depreciação no mercado, e por isso caracteriza-se a existência do prejuízo à massa de credores, justificando a decretação da ineficácia.

V) a renúncia à herança ou a legado

O dispositivo refere-se ao falido, pessoa física. Por isso, acredita-se que sua aplicação seja diminuta, de vez que o registro de empresas acusa a recorrência comum à constituição de pessoas jurídicas para o exercício da atividade empresarial. Neste particular, a atual Lei repetiu a antiga e manteve o empresário individual como figura central da quebra. Pode-se dizer que o dispositivo em apreço aplica-se somente ao empresário individual.

VI) a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores

Tem-se que o estabelecimento comercial é o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade empresarial.⁵⁰⁵ Sua natureza jurídica é o de uma coisa coletiva (universalidade de fato), que é agrupada por ele para a destinação específica do exercício da atividade.

O CC, nos arts. 1.142 a 1.149, dispõe regras sobre a existência, alienação ou transferência do estabelecimento, de vez que, como uma universalidade pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam incompatíveis com a sua natureza jurídica.⁵⁰⁶ O art. 1.145 do CC estabelece que, se ao alienante do estabelecimento comercial não restarem bens suficientes para o pagamento de seu passivo, a

⁵⁰⁵ Cf. art. 1.142 do CC.

⁵⁰⁶ Cf. art. 1.143 do CC.

eficácia da alienação depende do pagamento de todos os credores ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em 30 dias a partir da sua notificação. Como se vê, a medida inserida na Lei 11.101/2005 coincide com a disposição constante do Código Civil, demonstrando que o legislador, modernamente, tem buscado proteger o interesse dos credores do empresário.

A proteção aos credores foi mais ampla no CC (art. 1.146), pois responsabilizou o adquirente do estabelecimento pelo pagamento de débitos anteriores à transferência, que tenham sido regularmente contabilizados. Esta responsabilização, todavia, ocorre na hipótese de não ter sido decretada a falência do alienante. Interessante será notar se, em caso de falência de empresário que tenha um só estabelecimento, não seria mais conveniente para os credores a aplicação do art. 1.146 do CC, ao invés da quebra. De certa maneira, a responsabilização do adquirente do estabelecimento do devedor, que veio a ser declarado falido, é uma forma de manutenção da atividade empresarial consentânea com o espírito da Lei 11.101/2005, que é também chamada de Lei de Recuperação de Empresas.

Também será interessante examinar se, no caso da falência de um empresário que tenha mais de um estabelecimento e que tenha alienado um deles, não seria mais consentâneo com o espírito da lei o tratamento desse estabelecimento, que houvera sido alienado, como verdadeiro “patrimônio de afetação” permitindo que o adquirente assumira o pagamento daqueles credores vinculados ao estabelecimento alienado.

A questão que se tem debatido, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é a da alienação de bens relevantes do estabelecimento, feita por atos em separado. Assim, por exemplo, o direito de lavra, em uma empresa que explora engarrafamento de água mineral, pode não representar, formalmente, a alienação do estabelecimento, mas inviabiliza o exercício da atividade empresarial do falido. Desta maneira, pode-se dizer que, mesmo quando não haja trespasse do estabelecimento, mas ocorra alienação de bens relevantes para o exercício da atividade empresarial, diminuindo significativamente o aviamento do estabelecimento, pode-se aplicar o inc. VI, do art. 129 da Lei 11.101/2005, como suporte da decretação de ineficácia.

Relevante notar, ainda, que os bens, que podem ser alcançados pela decretação da ineficácia, envolvem aqueles que pertençam ao ativo fixo ou permanente do empresário, e não os bens que pertençam a seu ativo circulante, que são bens por ele colocados no mercado. Assim, a alienação de imóveis feita por uma construtora, ainda que no termo legal, não pode ser alcançada pela regra do art. 129 acima.

VII) os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior

De acordo com o disposto no CC (art. 1.245), a transferência da propriedade imobiliária se dá com o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis, quando realizada tal transferência por atos intervivos. Confirma-se, desta forma, que antes de o ato ser registrado não ocorre a transferência da propriedade sobre o bem. Tal transferência será tida como ineficaz, se ocorrer depois da declaração da falência, mesmo que o documento tenha sido elaborado antes dessa declaração.

O Prof. Waldírio Bulgarelli⁵⁰⁷ considerou, em estudo realizado, que o dispositivo agora agregado pela Lei 11.101/2005 pode conviver com o disposto no art. 215 da Lei 6.015/1973. Tal dispositivo da Lei de Registros Públicos, comina de nulidade a transcrição que seja feita após a decretação da quebra ensejando o raciocínio de que tal dispositivo só se encontra na Lei de Registros Públicos para dar instrumentalidade ao art. 52 da antiga Lei Falimentar (Dec.-lei 7.661/1945) nas hipóteses que esta contemplava. Com o advento da nova Lei, o dispositivo do art. 129, VII (da Lei 11.101/2005) é idêntico àquele já citado.

Cumpra, finalmente, considerar que a ineficácia, nos casos do art. 129 da Lei 11.101/2005 pode ser declarada nos próprios autos da falência, até de ofício, alcançando, portanto, terceiros que não integram a relação falimentar. No regime do Dec.-lei 7.661/1945, exigia-se a ação revocatória para tanto, embora prática muitas vezes condenada já viesse ensejando a declaração de ineficácia sem observação do devido processo legal. Agora, o disposto no parágrafo único do art. 129 da Lei 11.101/2005, especialmente nos casos de registro terão de enfrentar a norma do Código Civil que, em seu art. 1.245, § 2.º, dispõe que: “enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”.

A interpretação do conflito entre o Código Civil e a Lei 11.101/2005, será ajustada pela jurisprudência, especialmente porque tal conflito ensejará, com certeza, medidas judiciais propostas pelos adquirentes dos bens em defesa de seus eventuais direitos. Por ora, pode-se dizer que se a massa falida lançar mão do pedido de declaração de ineficácia, nos próprios autos, e for atendida pelo Juízo, cumprirá ao terceiro, adquirente do bem, defender-se através dos embargos de terceiro. Se for proposta a ação revocatória, esse adquirente defenderá sua posição nos autos da própria ação.

279. O direito societário

Saliente-se, também, que o art. 45, § 8.º, da Lei 6.404/1976, prevê uma hipótese de ineficácia no caso do pagamento referente ao reembolso a ex-acionistas que tenham exercido o direito de recesso e que não tenham sido substituídos no contrato social, configurando-se, também, a situação de a massa falida objetiva não bastar para o pagamento de créditos mais antigos.

A Lei 11.101/2005 prevê, então, que, por via da declaração de ineficácia, esses acionistas venham a restituir à massa, os valores que haviam recebido. Trata-se aqui, do princípio de que os credores do falido devem receber antes que os acionistas, longamente consagrado em nossas leis falimentares, na elaboração dos quadros de credores.

Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

ANTONIO MARTIN

O art. 130 da Lei 11.101/2005 tem conteúdo igual ao do art. 53 do Dec.-lei 7.661/1945. Pode-se dizer, com apoio na melhor doutrina que, enquanto o art. 129 da Lei 11.101/2005

⁵⁰⁷ BULGARELLI, Waldírio. *Problemas de direito empresarial moderno*, p. 82.

cuida de atos que podem ser chamados de atos de ineficácia objetiva, no art. 130 da mesma Lei, exige-se o *animus nocendi* e *consilium fraudis*, isto é, examinam-se atos de ineficácia subjetiva. Por isso estes atos devem ser objeto de apreciação em ação revocatória.⁵⁰⁸

Estes atos de ineficácia subjetiva, diferentemente do que ocorre com os atos de ineficácia objetiva, não são elencados na Lei; esta delinea os elementos caracterizadores da ação a ser proposta, que são os elementos clássicos da revocatória: elemento subjetivo (*consilium fraudis*) e o elemento objetivo (*eventus damni*).

O dano deve ocorrer em relação à massa de credores, cujo interesse será examinado na ação revocatória. O interesse a ser protegido na revocatória é o da massa e não o do falido. Assim, o ato impugnado pode ser benéfico ao falido, ou a terceiro, mas prejudicial à massa e é nesta hipótese que se ajuíza a revocatória. Se for benéfico à massa, ainda que prejudicial ao falido, não haverá o evento danoso a ser justificador da propositura da ação.

Normalmente os atos impugnados, com fundamento no art. 130 da Lei 11.101/2005, são produto de fraude ou simulação e neste particular, as hipóteses são as mais variadas possíveis, podendo ir desde a criação de uma empresa *holding* no exterior até a simulação de uma separação judicial.

Art. 131. Nenhum dos atos referidos nos incisos I a III e VI do art. 129 desta Lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial será declarado ineficaz ou revogado.

ANTONIO MARTIN

Cuida-se aqui de impedir que atos praticados sob a inteira fiscalização do administrador judicial, e, portanto, de acordo com o interesse dos credores, que, efetivamente, concordaram com o processo de recuperação judicial, sejam desconstituídos em face da decretação da falência.

É que a ineficácia de que fala o art. 129, nos incs. I a III e VI, decorre da presunção de que os atos ali elencados foram praticados contrariamente aos interesses dos credores, presunção esta que, como já se viu, é *iuris et de iure*. Porém, se tais atos foram praticados no período da recuperação judicial, sob fiscalização do administrador judicial, dos próprios credores e do Ministério Público, não se pode dizer que tenham afrontado o interesse dos credores, pois estes atuavam no processo de recuperação judicial, tanto por si, como representados pelo administrador judicial.

Art. 132. A ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência.

ANTONIO MARTIN

Na vigência do Dec.-lei 7.661/1945 (art. 55 e 56, § 1.º), a ação revocatória deveria ser proposta em até 1 (um) ano a contar do início da liquidação, isto é, após a arrecadação

⁵⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 3, 2. ed., p. 298 e ss.

de todos os bens e a identificação de todos os credores. A Lei 11.101/2005 fixou o prazo a ser contado a partir da decretação da quebra.

Nos grandes centros, com os cartórios repletos de processos, pode-se dizer que, no prazo de 3 (três) anos, não se alcançará o estágio liquidatório da massa, ficando claro que, em se pensando assim, o dispositivo do art. 132 da Lei 11.101/2005 vigora em desfavor dos credores.

Melhor seria que se houvesse pensado em termo inicial fixado em situação processual mais avançada, ou que o prazo fosse maior, pois há, tanto na doutrina, como na jurisprudência, o entendimento uníssono de que tal prazo é decadencial.

Mais adiante se analisa a questão da legitimidade que agora é concorrente.

Art. 133. A ação revocatória pode ser promovida:

I - contra todos os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados;

II - contra os terceiros adquirentes, se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores;

III - contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas nos incisos I e II do *caput* deste artigo.

ANTONIO MARTIN

Indica-se aqui aqueles que tem legitimação ativa para figurar no pólo passivo da demanda. Deve ficar claro que a ação não se direciona contra o falido, pois este não tem mais legitimação processual para ações que versem sobre o patrimônio que era seu e que, com a decretação da quebra, passou para a gestão da massa falida subjetiva.

Se a ação for proposta com fundamento do art. 129 da Lei 11.101/2005, como já se disse, não será necessário alegar ou provar má-fé dos terceiros que, em cadeia, contrataram com o falido; porém, nos casos do art. 130, esta fraude do terceiro adquirente, em relação à massa e ao empresário falido, necessita ser alegada e provada.

A exigibilidade que se configure nos autos para a discussão desta má-fé de terceiro, enseja ocasião a que fraudes bem engendradas fiquem desprovidas da sanção judicial, pois transações posteriores ao negócio feito entre o falido e o terceiro dificultarão a caracterização da má-fé destes outros que negociaram com o adquirente.

Art. 134. A ação revocatória correrá perante o juízo da falência e obedecerá ao procedimento ordinário previsto na Lei 5.369, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

ANTONIO MARTIN

280. O rito da ação revocatória

A ação revocatória será distribuída ao Juízo da falência e seguirá o procedimento ordinário (arts. 282 e ss. do CPC). Poderá ser proposta a qualquer tempo, antes da ocorrência do prazo de decadência, aconselhando a doutrina que seja proposta o mais cedo possí-

vel. O prazo decadencial, como se menciona na Lei, é de 3 (três) anos, a contar a decretação da falência.

A legitimidade para a propositura da ação é da massa falida, representada pelo administrador judicial, ou de qualquer credor ou do Ministério Público. A legitimação agora é concorrente, contrariamente ao que dispunha o art. 55 do Dec.-lei 7.661/1945, que só permitia aos credores a propositura do feito caso o síndico não o fizesse, e que omitia a legitimação do Ministério Público.

Será, contudo, de todo aconselhável que a massa falida, na pessoa do administrador judicial, seja intimada da propositura de revocatória por qualquer credor ou mesmo pelo Ministério Público, para que venha atuar no pólo ativo como litiseconsorte facultativo, frustrando-se, desta maneira, eventual composição entre o síndico e algum dos credores. Não se pode esquecer que a execução coletiva é intentada no interesse dos credores e que o administrador judicial deve zelar pelo interesse desses credores.

Como diz a Lei, a ação poderá ser promovida contra todos os que figurarem no ato, contra aqueles que por força do ato impugnado foram beneficiados, contra terceiros adquirentes que tinham conhecimento da intenção do falido, em prejudicar os credores e contra os herdeiros ou legatários dessas pessoas. Efetivamente, exige-se que esses Réus tenham participação no *consilium fraudis*, isto é, tenham agido com o intuito de prejudicar a massa de credores do falido. A exigência do *consilium fraudis* como elemento caracterizador da ação revocatória, permite afirmar que o terceiro de boa-fé não será parte legítima para o pólo passivo dessa ação, desde que alegue e demonstre inequivocamente essa boa-fé.

Finalmente, cumpre aduzir que a competência para a ação revocatória é do Juízo falimentar, que a legitimidade acima mencionada e que os requisitos da revocatória também examinados, estendem-se na propositura de eventuais medidas cautelares, preparatórias ou incidentes dessa ação.

Art. 135. A sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos das perdas e danos.

Parágrafo único. Da sentença cabe apelação.

ANTONIO MARTIN

Como se vê, a ação revocatória tem um caráter desconstitutivo remetendo as partes ao *statu quo ante*, isto é, fazendo com que os bens sejam restituídos ao patrimônio, agora, da massa falida. Na impossibilidade da restituição dos próprios bens que foram objeto do ato declarado ineficaz, o terceiro prejudicado, se era credor da massa, retomarará este lugar com a desconstituição do negócio feito.

No tocante à apelação, será a mesma recebida no efeito devolutivo.⁵⁰⁹

Art. 136. Reconhecida a ineficácia ou julgada procedente a ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior, e o contratante de boa-fé terá direito à restituição dos bens ou valores entregues ao devedor.

⁵⁰⁹ Cf. art. 520 do CPC.

§ 1º Na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador.

§ 2º É garantido ao terceiro de boa-fé, a qualquer tempo, proporcional indenização por perdas e danos contra o devedor ou seus garantidos.

ANTONIO MARTIN

Ensina a Doutrina que a securitização de recebíveis é o processo por meio do qual se agrupam determinadas formas de crédito, a partir dos quais são emitidos valores mobiliários no mercado de capitais, repassando (e pulverizando) o risco para terceiros, que são investidores adquirentes dos valores mobiliários.⁵¹⁰

Com a securitização tem-se um processo pelo qual as empresas podem captar recursos no mercado mediante antecipação no recebimento de créditos vincendos sem afetar o nível de endividamento do seu balanço. Surgiu, assim, interesse de investidores de mercado, que podem conflitar com interesse dos credores do falido. O legislador ao incorporar o dispositivo do § 1.º do art. 136, protegeu os portadores de valores mobiliários que adquiriram os recebíveis, pois estes participam do importante papel de financiar as atividades empresariais, obtendo como garantia indireta a obrigação ativa de que é credora a empresa beneficiada pela compra dos *securities* e como garantia direta o patrimônio do securitizador.⁵¹¹

Como se vê, na operação de securitização o empresário transfere seus créditos para uma outra empresa, denominada securitizadora e esta, com lastro nos créditos recebidos emite títulos e valores mobiliários que serão colocados, através de oferta pública, no mercado de capitais. Com os meios obtidos nesta securitização, a securitizadora paga ao empresário o valor dos créditos que por ele lhe foram transferidos.

Tratando-se de processo moderno para a captação de recursos no mercado, a fim de agilizar a atividade empresarial, é evidente que as soluções aventadas na Resolução n. 2493 do Conselho Monetário Nacional, estão de acordo com o legislador que editou a Lei 11.101/2005, especialmente na necessidade de se promover a recuperação de empresas viáveis. A securitização é, na verdade, um dos processos de viabilização para a recuperação da atividade empresarial e não poderia, portanto, ser desprestigiada num diploma legal que tem como seu ponto forte, justamente, o incentivo à recuperação das empresas.

Art. 137. O juiz poderá, a requerimento do autor da ação revocatória, ordenar, como medida preventiva, na forma da lei processual civil, o seqüestro dos bens retirados do patrimônio do devedor que estejam em poder de terceiros.

ANTONIO MARTIN

Como já se disse acima, a competência para os procedimentos cautelares, em face da ação revocatória é do Juízo falimentar e fica estendida para as medidas cautelares

⁵¹⁰ GAGGINI, Fernando Schwarz. *Securitização de recebíveis*, p. 21.

⁵¹¹ Cf. Resolução CMN 2.493/98 e PENTEADO JÚNIOR, Cássio Martins. *A securitização de recebíveis de créditos gerados em operações de bancos*, p. 120.

incidentais. Poder-se-ia entender que a redação do art. 137 da Lei 11.101/2005 enseja que o seqüestro ou outras medidas de proteção patrimonial sejam tomados nos próprios autos da ação. Todavia, se os bens estiverem em poder de terceiros que não sejam partes na ação revocatória, é de todo recomendável que o mandado de seqüestro ou de arrolamento de bens ou de outras cautelares, típicas ou atípicas sejam tomados em procedimento cautelar em separado.

Art. 138. O ato pode ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial, observado o disposto no art. 131 desta Lei.

Parágrafo único. Revogado o ato ou declarada sua ineficácia, ficará rescindida a sentença que o motivou.

ANTONIO MARTIN

O dispositivo em apreço demonstra que o legislador cogitou de definir a competência exclusiva do Juízo falimentar para a proteção do patrimônio dos credores do falido.

Seção X

Da realização do ativo

Art. 139. Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo.

RICARDO BERNARDI

Por meio do processo falimentar executa-se concursalmente o patrimônio do devedor empresário insolvente. Essa execução concursal envolve, entre outros procedimentos, a realização do ativo, ou seja, a venda dos bens e direitos arrecadados e o pagamento do passivo, vale dizer, o pagamento em favor dos credores. Nas palavras de Miranda Valverde⁵¹² a realização do ativo consiste na “conversão em dinheiro dos bens arrecadados para pagamento do passivo”.

As probabilidades dos credores receberem seus créditos aumentam ou diminuem, em grande medida, em função dos resultados da realização do ativo, o que revela a importância desse procedimento. Da mesma forma, o sucesso da realização do ativo interessa ao falido, tendo em vista que a maior disponibilidade de recursos aumentará as chances para que este requeira a extinção de suas obrigações e a conseqüente reabilitação para o exercício da atividade empresarial. Além das vantagens que a maximização da realização do ativo traz aos credores e ao falido, também constitui fator relevante para a proteção ao crédito público,⁵¹³ uma vez que permite maior segurança ao mercado, contribuindo para a redução dos riscos e representando fator de redução dos juros – o que é um dos principais objetivos da nova legislação.

Por todos esses motivos, a maximização do ativo esteve entre as grandes preocupações do legislador, o que se evidencia a partir do relatório apresentado pelo Senador Ramez Tebet na ocasião da análise do então Projeto de Lei da Câmara n. 71 de 2003. Referido relatório coloca esse objetivo como um dos doze mais importantes princípios a serem adotados na legislação falimentar. Conforme destacou o Senador, “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

⁵¹² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência* (Dec.-lei 7.661, de 21 de setembro de 1945), 4. ed., p. 166.

⁵¹³ O termo crédito público é aqui utilizado na acepção dada por Walter T. Álvares, e equivale ao meio ou ao ambiente em que se praticam inter-relacionamentos de créditos privados. Protegido o crédito público, cria-se um ambiente mais seguro para a concessão do crédito privado, isto é, entre os agentes econômicos considerados em sua individualidade. Em outras palavras, assegurando-se instrumentos eficazes de recuperação de crédito, protege-se o crédito público, o que propicia a criação e a manutenção de um sistema saudável de concessão de créditos privados aos empresários, e, portanto, a custos reduzidos. ALVARES, Walter T. *Curso de direito falimentar*, p. 27.

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 insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral”.⁵¹⁴

Nesse sentido, logo no art. 139 percebe-se que a atual Lei inova em comparação com a legislação falimentar revogada, de forma a atender o princípio acima mencionado. Esse dispositivo permite o início dos procedimentos relativos à realização do ativo logo após a arrecadação dos bens, independentemente do andamento do procedimento de verificação de créditos.⁵¹⁵ A título de comparação, vale mencionar que a lei revogada apenas permitia a realização do ativo depois de concluída a etapa cognitiva, e portanto, após o término do procedimento de verificação de créditos e do inquérito judicial, quando se verificava o momento processual oportuno para o pedido de concordata suspensiva. Todos esses procedimentos, que necessariamente antecediam a realização do ativo, demandavam muito tempo e isso fazia que a realização do ativo fosse diferida no tempo por vários anos após a declaração da falência do devedor. À exceção dos bens cuja venda era urgente, o que incluía os de fácil deterioração ou os que não podiam ser guardados sem risco ou grande despesa, os bens arrecadados não podiam ser vendidos, e permaneciam sob a guarda do síndico, ou pessoa por ele designada. Esse sistema, além de dificultar a administração da massa, causava prejuízos a todos os interessados em razão da evidente desvalorização causada ao ativo arrecadado, que permanecia inutilizado durante todo esse período.

Ao permitir a alienação dos bens logo de início, a nova Lei viabiliza maior celeridade ao processo falimentar e evita desvalorização dos bens que compõe a massa falida, assim como as despesas inerentes à sua guarda.⁵¹⁶

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

- I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;
- II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;
- III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;
- IV – alienação dos bens individualmente considerados.

§ 1º Se convier à realização do ativo, ou em razão de oportunidade, podem ser adotadas mais de uma forma de alienação.

⁵¹⁴ Relatório apresentado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal por ocasião da análise do PLC 71 de 2003.

⁵¹⁵ A independência da realização do ativo em relação ao procedimento de verificação de créditos evidencia-se pelo disposto no § 2º do art. 140 da Lei 11.101/2005 que dispõe: “a realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro geral de credores”.

⁵¹⁶ De qualquer forma, a venda antecipada dos bens, mesmo antes da implementação das modalidades de realização do ativo a serem abordadas no art. 142, continua viável em vista do disposto no art. 113 da Lei 11.101/2005 que dispõe: “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”.

§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro geral de credores.

§ 3º A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos.

§ 4º Nas transmissões de bens alienados na forma deste artigo que dependam de registro público, a este servirá como título aquisitivo suficiente o mandado judicial respectivo.

RICARDO BERNARDI

281. Ordem de preferência na escolha quanto à forma de realização do ativo

O art. 140 da Lei 11.101/2005 estabelece quatro formas de alienação de bens na falência, assim como uma ordem de preferência a ser observada para tanto: (i) alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco, (ii) alienação da empresa, com venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente, (iii) alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; e (iv) alienação dos bens individualmente considerados. Por se tratar de ordem de preferência, a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladamente apenas será lícita caso não seja possível a venda da empresa em bloco, por absoluta ausência de interessados. Da mesma forma, apenas não sendo possíveis estas opções é que será admitida a venda em bloco dos bens que integram o estabelecimento do devedor, e apenas se esta opção não for possível é que poderão ser vendidos os bens isoladamente. Todavia, nada impede o uso concomitante de mais de uma forma de realização do ativo, caso conveniente, conforme autoriza o parágrafo primeiro do art. 140 da Lei 11.101/2005, desde que essa opção atenda o princípio da maximização do ativo.

282. Conceito atribuído à empresa para fins falimentares

As duas primeiras hipóteses tratam da alienação de empresa. A primeira trata da alienação de empresa com venda do estabelecimento em bloco e a segunda de alienação de empresa com venda de filiais ou unidades produtivas.

Cabe, no entanto, uma observação cujo objetivo é o de evitar confusões terminológicas, principalmente à luz do sentido atribuído pelo Código Civil à empresa, ao empresário e ao estabelecimento. Sem entrar em detalhes acerca dos debates doutrinários em torno do conceito jurídico da empresa, a citação do raciocínio de Asquini é obrigatória. O autor identificou a empresa como fenômeno poliédrico, que pode ser enxergado de acordo com quatro perfis distintos. O primeiro perfil foi designado objetivo, em que a empresa pode ser vista como objeto de direito, ou seja, o estabelecimento ou azienda – um conjunto de bens organizado pelo empresário para o desenvolvimento de uma atividade econômica. O segundo perfil foi designado funcional, em que a empresa é considerada atividade econômica, desenvolvida pelo empresário através de seu estabelecimento. O terceiro perfil foi designado subjetivo, no qual a empresa é considerada sujeito de direito, ou seja, o empresário, que organiza o estabelecimento para o desenvolvimento de uma atividade econômica. Finalmente Asquini enxergou um quarto perfil, designado corporativo, em que a empresa poderia ser vista como instituição,

ou seja, uma organização de pessoas para atingir um fim comum de forma organizada. Há um consenso na doutrina de que empresa deva ser conceituada, para efeitos jurídicos, de acordo com o perfil funcional. O Código Civil seguiu esta orientação.

Diante do exposto, em respeito à terminologia constante do Código Civil, melhor teria sido utilizar apenas o termo estabelecimento e não empresa. Isso porque o termo empresa é usado juridicamente com o sentido de atividade econômica, e, portanto, trata-se de um fato jurídico. O que se aliena é o estabelecimento. Conforme dispõe o art. 1.142 do CC, estabelecimento⁵¹⁷ é o complexo de bens organizado para o exercício da empresa, pelo empresário ou pela sociedade empresária, ao qual devem se acrescentar os direitos que o empresário adquire no exercício da empresa, a partir das relações que estabelece com clientes e fornecedores e que, juntamente com os bens, constitui a base para a condução de sua atividade econômica. Tanto são integrantes do estabelecimento, que o art. 1.148 do CC prevê uma sub-rogação automática do adquirente nos contratos antes firmados pelo alienante. Esse conjunto de bens e direitos pode ser objeto de negócios jurídicos e possui a natureza de uma universalidade de fato, razão pela qual pode ser objeto de alienação.

Todavia, distanciando-se da orientação conceitual do Código Civil, a Lei 11.101/2005 utiliza a expressão *empresa* em lugar de *estabelecimento*. O § 3.º do art. 140 esclarece que a alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos. Dessa forma, para os efeitos da legislação falimentar, a alienação de estabelecimento deve ser entendida como alienação de empresa, seja em bloco, seja de unidade produtiva de forma desmembrada. Assim, doravante utilizaremos o termo empresa conforme preferiu o legislador falimentar, sempre que nos referirmos ao conjunto de bens e direitos reunidos para o desenvolvimento de atividade econômica, e não o termo estabelecimento.

Feitas tais considerações, analisaremos cada uma das hipóteses separadamente:

283. Alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco

A lei determina que, em primeiro lugar, deve-se almejar a venda da empresa com a venda de seus estabelecimentos em bloco. Na realidade, esta hipótese deve ser entendida como a alienação da empresa de forma integral, abrangendo todos os bens corpóreos e incorpóreos, assim como os direitos correlatos.

283.1 Vantagens

Neste ponto, cabe esclarecer que por qual motivo a empresa deve ser vendida de forma integral como primeira opção. O primeiro motivo reside na manutenção da atividade econômica, em atendimento ao princípio da preservação da empresa. Ao admitir a alienação da empresa, a nova lei falimentar permite que o adquirente continue a desenvolvê-la ao invés de liquidá-la, mantendo-se com isso os empregos, além de evitar a extinção de fonte geradora de tributos e produtora de bens e serviços. Dissociando-se a empresa saudável,

⁵¹⁷ Observe-se que o termo estabelecimento foi adotado pelo legislador do Código Civil a designar este conjunto de bens, o que no passado já se denominou fundo de comércio, seguindo a locução francesa *fonds de commerce* ou mesmo *azienda*, conforme designado na Itália.

acompanhada de seus intangíveis, do empresário ou da sociedade empresária insolvente, cria-se a possibilidade de auferir valores com a sua alienação que seriam impossíveis de outra forma. Nesse aspecto detecta-se o segundo motivo para a alienação da empresa em bloco, qual seja, o preço.

Muito embora abranja um conjunto de bens e direitos, o valor da empresa não equivale, necessariamente, ao valor resultante da soma dos bens que isoladamente a compõe, podendo ser superior ou inferior. Nesse sentido, caso esse conjunto de bens e direitos seja organizado de uma forma que permita o desenvolvimento de uma atividade econômica de forma profícua, espera-se que a empresa, enquanto conjunto de bens, adquira um valor superior, quando em comparação com a mera soma dos bens que isoladamente a compõe. É lógico que a empresa bem organizada pelo empresário, e capaz de gerar riquezas, adquire um valor superior. Uma coisa é considerar bens isoladamente. Obviamente cada um tem o seu valor pelo que representa; coisa distinta é organizar vários bens de forma a permitir o desenvolvimento de uma atividade econômica geradora de riquezas. A partir desse momento, os bens serão avaliados não pelo que representam separadamente, mas pelo que representam coletivamente. Se o conjunto permitir a consecução de uma atividade econômica lucrativa, com perspectivas de crescimento e de ganhos, esse conjunto assume um valor que pode ser muito superior à mera soma dos bens que isoladamente o compõe. Esse *plus*, decorrente da boa organização impressa pelo empresário, é o que se conhece por aviamento. Caso contrário, se houver organização deficiente, o valor do conjunto poderá ser inferior ao valor dos bens isoladamente considerados.

Voltando ao foco do que nos interessa nesse momento, em caso de falência do empresário ou sociedade empresária titular da empresa, a primeira opção deve ser pela venda do estabelecimento em bloco, uma vez que representa maior benefício econômico em favor dos credores. Em linhas gerais, a alienação da empresa atende ao princípio da maximização do ativo, notadamente, na medida em que evita a perda dos intangíveis.

É importante destacar que em caso de venda de empresa, é altamente recomendável especificar, nos editais, os bens que a compõe, assim como os direitos, como bem destaca Miranda Valverde.⁵¹⁸ "a fim de evitar possíveis e talvez fundadas reclamações." Tendo em vista que a venda de empresa envolve todo o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos reunidos pelo falido para desenvolver sua atividade, não há como precisar o objeto da alienação a não ser pela precisa descrição.

283.2 Anuência expressa ou tácita dos credores

Conforme dispõe o art. 1.145 do CC, se ao alienante do estabelecimento (como visto, o estabelecimento deve ser entendido como *empresa*, no que se refere à alienação do ativo na falência) não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação dependerá do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação. Considerando que a alienação de empresa, no caso presente, se dá como forma de realização do ativo na falência, há necessariamente uma autorização expressa ou tácita dos credores, esta última verificando-se

⁵¹⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, 4. ed., p. 269.

quando os credores deixam de optar por outra forma de realização do ativo, conforme faculta o art. 145 da LRF e aceitam o determinado pelo juiz.

283.3 *Transferência do ponto comercial*

Outro fator a ser considerado quanto da venda da empresa é a transferência do ponto comercial. Caso o ponto seja elemento relevante na empresa, e o falido o detenha com base em contrato de locação, a alienação deverá também envolver a cessão desse contrato. Todavia, neste caso será necessária a obtenção da anuência do proprietário do imóvel, nos termos do disposto no art. 13 da Lei 8.245/1991, caso o contrato não contenha cláusula autorizadora da cessão. A lei deixou de excepcionar a necessidade da anuência para a cessão da locação em caso de alienação de empresa como forma de realização do ativo, o que eria um possível empecilho caso o proprietário do imóvel se recuse a autorizar a cessão.

A princípio, entendemos que a anuência do locador com a cessão do contrato de locação é sempre necessária e não poderia ser suprida por ordem judicial, a não ser que o locador, abusivamente, condicione a autorização à obtenção de vantagem não prevista no contrato de locação. Nessa hipótese, considerando as vantagens possivelmente decorrentes da alienação do estabelecimento juntamente com o ponto, consubstanciadas na continuidade da empresa, a dispensa da autorização do credor se justificaria.⁵¹⁹

284. **Alienação da empresa, com venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente**

Caso não seja possível a venda do estabelecimento em bloco, a lei determina, como segunda opção, que sejam vendidas isoladamente suas unidades produtivas. Esta opção seria mais adequada se parte da empresa for atrativa a potenciais compradores, mas outra parte não. A aquisição da empresa pode inviabilizar-se caso seja imposta a sua venda em bloco, razão pela qual a lei faculta, como opção alternativa, a venda em unidades isoladas.

Suponhamos o cenário em que o estabelecimento encontra-se descentralizado, organizado em matriz e filiais, cada uma constituindo uma unidade produtiva separada. Exemplificando, podemos citar uma sociedade empresária que tem como objeto social a fabricação de tecidos. Essa sociedade pode ter uma sede administrativa na cidade de São Paulo, uma fábrica no interior do Estado (filial) e outra no interior do estado de Pernambuco. Suponhamos agora que a filial no interior do Estado de São Paulo conte com maquinário antiquado que apresenta um custo de produção muito alto e com baixa produção e que a filial de Pernambuco seja mais moderna, apresentando maquinário de última geração, sistema informatizado para controle de qualidade da produção, empregados altamente especializados, além de outras características. É lógico que na hipótese de venda, a unidade de Pernambuco seria muito mais atrativa a potenciais interessados do que a unidade de São Paulo. Forçar algum potencial comprador a adquirir o estabelecimento como um todo inviabilizaria o negócio, razão pela qual a lei autoriza o desmembramento do estabeleci-

⁵¹⁹ Sobre os efeitos da cessão do contrato de locação sem a anuência do locador, ver SALLES, José Carlos de Moraes. *Ação renovatória de locação empresarial*, p. 88-89. Também, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - AI 228.847-4/2, em 2002.

mento nestas circunstâncias, para que as unidades bem organizadas sejam alienadas de forma dissociada daquelas que não o são.

Não há a menor dúvida de que essa solução legal beneficia os credores na falência, pois, com a venda da unidade isolada e bem organizada, auferir-se-ia mais valor com a venda. As unidades mal organizadas não encontram mercado, razão pela qual não são vendáveis como empresa, reclamando solução distinta, como analisaremos a seguir.

Note-se que tanto na primeira hipótese acima analisada, como também na segunda, caracteriza-se a possibilidade do comprador do estabelecimento de continuar a desenvolver a empresa que antes era desenvolvida pelo alienante, seja de forma integral, seja de forma parcial, por meio de uma ou mais de uma unidade produtiva, alienada de forma dissociada do estabelecimento como um todo.

285. **Alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor**

Caso não seja possível a venda da empresa em bloco ou desmembrada em unidades produtivas, por absoluta falta de mercado, como terceira opção a lei determina que os bens que integram cada um dos estabelecimentos deverão ser alienados em bloco, separando-se aqueles que possam interessar a algum comprador daqueles que não tem qualquer destinação específica.

Nessa hipótese não se está mais falando em venda de empresa como conjunto de bens e direitos e sim na mera venda de bens, sem que se permita ao adquirente a continuidade da atividade econômica do falido, o que é característica essencial nas duas hipóteses anteriores.

286. **Alienação dos bens individualmente considerados**

Finalmente, se o estabelecimento já se encontrar totalmente desmantelado, desprovido de bens que possam sequer interessar aos concorrentes para integração aos seus respectivos ativos, deverão ser vendidos individualmente a quem quer que se interesse em adquiri-los.

287. **Transferência dos bens**

Note-se que a transferência dos bens alienados de acordo com qualquer das formas previstas no art. 140, prescindirá de escritura pública. Os bens cuja transferência requeira registro público poderão ser transferidos para o adquirente apenas com base no mandado judicial respectivo expedido pelo juiz da falência.

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I - todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;

II - o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

§ 1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

- I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;
- II – parentes, em linha reta ou colateral até o 3.º grau, ou cônjuge ou uniu(m) do falido ou de sócio da sociedade falida, ou
- III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

§ 2.º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

RICARDO BERNARDI

Este artigo trata da sub-rogação dos credores no produto da realização do ativo e também da questão da não sucessão do adquirente nas obrigações do falido. Para uma melhor organização lógica, primeiramente destacaremos o aspecto da sucessão e em seguida abordaremos o tema da sub-rogação.

288. Regra geral da sucessão

O aspecto da sucessão é relevante, principalmente no que se refere à alienação da empresa.

Dispõe o art. 1.146 do CC que o adquirente do estabelecimento (ou da empresa, conforme terminologia da LRF) responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano. Muito embora o art. 1.146 tenha criado uma regra geral acerca da transferência do passivo, existem regras especiais contidas na CLT e no CTN, que são válidas e aplicáveis às relações específicas que regulam.⁵²⁰ O art. 10 da CLT estabelece que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. O art. 448, também da CLT, prescreve que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Tanto os contratos de trabalho como também os direitos adquiridos dos empregados do alienante não serão afetados pela venda do estabelecimento, o que equivale a dizer que passarão a ser considerados empregados do adquirente, que responderá pelas verbas trabalhistas a eles devidas. Nos termos do art. 133 do CTN⁵²¹ o adquirente do estabelecimento responderá pelos tributos devidos até a data da aquisição, de forma integral, caso o alienante cesse a exploração da atividade econômica, ou subsidiariamente ao alienante, caso este prossiga em suas atividades ou inicie, dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade, seja no mesmo ou em outro ramo. Como bem pondera

⁵²⁰ Neste sentido entende Modesto Carvalhosa: “Essas regras especiais de sucessão na responsabilidade tributária e trabalhista continuam válidas e aplicáveis, mesmo com o advento do novo Código Civil, que fixa regras gerais de sucessão nos débitos na transferência do estabelecimento”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)*, p. 646.

⁵²¹ Como se explicitará a seguir, o Código Tributário Nacional foi alterado pela LC 118/2005 que, entre outros aspectos relevantes, acrescentou o parágrafo único ao art. 133 para dispor que a sucessão não será aplicável em processos de falência, além da hipótese de alienação de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

Modesto Carvalhosa⁵²² “tal dispositivo legal visa coibir transferências de patrimônio em fraude ao Fisco, que poderia ocorrer por meios do trespasse do estabelecimento”.

289. Ausência de sucessão na realização do ativo em falência

Por outro lado, a Lei 11.101/2005 excepcionou por completo a regra da sucessão em caso de alienação de estabelecimento realizada através de arrematação em realização de ativo na falência. Dispõe o inc. II do art. 141 da Lei 11.101/2005 que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus, e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. Dessa forma, a regra geral prevista no art. 1.146 do CC, assim como as regras específicas que constam da CLT são inaplicáveis em caso de venda de bens em processo de falência.

Considerando que o arrematante do estabelecimento ou de unidade produtiva continuará a desenvolver a empresa do falido a partir desse complexo de bens e direitos, necessitará de empregados. Em razão das habilidades, conhecimento e treinamento que possuem, o mais adequado pode ser a contratação dos mesmos empregados que já prestavam serviços ao falido. Todavia, essa contratação também poderia acarretar o risco de sucessão pela continuidade do vínculo trabalhista. Com o intuito de incentivar o arrematante a contratar os empregados do falido, o que representa uma vantagem em favor deles, o § 2.º do art. 141 determina que os empregados do falido contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

No que se refere às obrigações de natureza tributária houve alteração do CTN pela Lei Complementar 118/2005 que acrescentou o parágrafo único ao art. 133 para dispor que a sucessão não será aplicável em processos de falência.⁵²³

290. Fundamento para a regra da ausência de sucessão

A regra conforme consta da Lei 11.101/2005, é de fato indispensável para que haja interessados na aquisição da empresa. Interessa aos credores a alienação, ainda que não possam responsabilizar o adquirente, uma vez que significa maior entrada de recursos na falência, os quais serão utilizados justamente para pagamento de seus créditos. A possibilidade de maiores ganhos, quando da alienação da empresa, foi percebida pelo Senador Ramez Tebet em seu bem fundamentado relatório que, pela precisão e clareza, merece transcrição: “Ao estabelecer a oferta para a compra da empresa, os interessados evidentemente levam em consideração todos os fatores que possam diminuir o valor do negócio. Se a empresa oferecida leva consigo a carga das obrigações tributárias anteriores à venda, não pode haver dúvidas de que o mercado não negligenciará essa informação e o valor oferecido naturalmente sofrerá a redução correspondente às obrigações transferidas ao arrematante. No entanto, como essas obrigações estão cercadas de

⁵²² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)*, p. 646.

⁵²³ Além da hipótese de alienação de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

incertezas quanto ao seu valor, é bastante comum que a estimativa dessa dívida potencial seja superestimada. Com isso os valores de venda podem ser sistematicamente baixados. Como é a venda dos ativos, em conjunto ou em separado, que garante os créditos trabalhistas e tributários, é do interesse do fisco e dos trabalhadores que o valor da venda seja maximizado. Assim, embora pareça contrário à instituição, a sucessão não traz vantagens aos cofres públicos ou aos trabalhadores”.⁵²⁴

291. Exceção à regra da não sucessão

Todavia, deve-se levar em conta que regra deste jaez pode levar à prática das mais diversas fraudes, possibilitando desvio de patrimônio do falido. Com o objetivo de coibir conduta fraudulenta, o § 1.º do art. 141 prescreve que a regra da não sucessão será inaplicável quando o arrematante for: a) sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; b) parente, em linha reta ou colateral até o 4.º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou c) identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão. No mesmo sentido dispõe o § 2.º do art. 133 do CTN, com redação determinada pela LC 118/2005.

292. Sub-rogação dos credores no produto da realização do ativo

O inc. I do art. 141 da Lei 11.101/2005 dispõe que todos os credores se sub-rogam no produto da realização do ativo, observada a ordem de preferência prevista no art. 83 da Lei. Como visto acima, a ausência de sucessão permite que se obtenha preço mais elevado pelo ativo do falido. Essa vantagem econômica é diretamente transferida aos credores por sub-rogação.

Considerando que o art. 83 limita a preferência do credor trabalhista a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e dá preferência aos credores com garantia real em relação ao credor fiscal, pode-se questionar se toda essa vantagem econômica resultante da maior valorização do ativo decorrente da ausência de sucessão não acabaria por beneficiar apenas os credores com garantia real, prejudicando os credores trabalhistas e o Fisco. Essa situação poderia ser vislumbrada se o passivo representado pelos créditos com garantia real alcançasse valores significativos frente ao ativo arrecadado. Não há dúvida de que essa é uma hipótese concreta e previsível. Resta-nos aguardar e averiguar se, de fato, essa vantagem em favor dos credores com garantia real realmente acartetará o esperado incremento na proteção do mercado e a conseqüente redução dos juros, e se essa redução, numa visão macroeconômica, será capaz de promover crescimento na economia de forma a gerar empregos e riquezas para compensar as possíveis perdas a serem impostas aos credores trabalhistas e ao Fisco.

Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda a alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

- I - leilão, por lances orais;
- II - propostas fechadas;

⁵²⁴ Relatório apresentado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal por ocasião da análise do PLC n. 71 de 2003

III - pregão.

§ 1.º A realização da alienação em quaisquer das modalidades de que trata este artigo será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 (quinze) dias de antecedência, em se tratando de bens móveis, e com 30 (trinta) dias na alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda.

§ 2.º A alienação dar-se-á pelo maior valor oferecido, ainda que seja inferior ao valor de avaliação.

§ 3.º No leilão por lances orais, aplicam-se, no que couber, as regras da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

§ 4.º A alienação por propostas fechadas ocorrerá mediante a entrega, em cartório e sob recibo, de envelopes lacrados, a serem abertos pelo juiz, no dia, hora e local designados no edital, lavrando o escrivão o auto respectivo, assinado pelos presentes, e juntando as propostas aos autos da falência.

§ 5.º A venda por pregão constitui modalidade híbrida das anteriores, comportando 2 (duas) fases:

I - recebimento de propostas, na forma do § 3.º deste artigo;

II - leilão por lances orais, de que participarão somente aqueles que apresentarem propostas não inferiores a 90% (noventa por cento) da maior proposta ofertada, na forma do § 2.º deste artigo.

§ 6.º A venda por pregão respeitará as seguintes regras:

I - recebidas e abertas as propostas na forma do § 5.º deste artigo, o juiz ordenará a notificação dos ofertantes, cujas propostas atendam ao requisito de seu inciso II, para comparecer ao leilão;

II - o valor de abertura do leilão será o da proposta recebida do maior ofertante presente, considerando-se esse valor como lance, ao qual ele fica obrigado;

III - caso não compareça ao leilão o ofertante da maior proposta e não seja dado lance igual ou superior ao valor por ele ofertado, fica obrigado a prestar a diferença verificada, constituindo a respectiva certidão do juízo título executivo para a cobrança dos valores pelo administrador judicial.

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

RICARDO BERNARDI

293. As distintas modalidades de realização do ativo

Nos termos da revogada LF, a decisão quanto à modalidade de realização do ativo cabia ao síndico, figura que antecedeu o administrador judicial e que também funcionava como liquidante na falência. Cabia ao síndico decidir o modo de realização do ativo podendo optar entre o sistema de leilão ou de propostas, para a venda dos bens conjunta ou separadamente. Todavia, os credores podiam tomar para si o poder de decisão caso assim requerido por no mínimo 1/4 dos créditos. Credores que representassem essa proporção do passivo estavam autorizados a requerer ao juiz a convocação de uma assembléia de credores para decidir sobre a venda dos bens arrecadados, e optar entre os dois referidos modos de realização do ativo: leilão ou propostas. Todavia, caso houvesse consenso de no míni-

mo 2/3 dos créditos, poderiam os credores optar por qualquer outra forma de realização do ativo, incluindo outras opções além do leilão ou do sistema de propostas, independentemente de assembléia de credores. Nesse sentido, o art. 123 da revogada LF chegava a admitir a organização de sociedade pelos credores para dar continuidade aos negócios do falido ou a venda do ativo em bloco a um terceiro interessado.

A nova legislação alterou profundamente este sistema decisório, já que concede ao juiz o poder de decisão acerca da forma de realização do ativo, com prévia oitiva do administrador judicial e do Comitê de Credores, se houver. Muito embora caiba ao juiz decidir, o administrador judicial terá o dever de praticar todos os atos necessários para que o ativo seja realizado, conforme dispõe o art. 22, III, *i* da Lei 11.101/2005. Os credores continuam com poder decisório, conforme será analisado nos comentários ao art. 145.

O art. 142 da Lei 11.101/2005 prevê três modos de realização do ativo na falência: (i) o sistema do leilão; (ii) o sistema de propostas; e (iii) o pregão. O sistema do leilão e o de propostas já estavam previstos na legislação revogada. Portanto, a novidade consiste na criação do sistema do pregão, muito embora o leilão e o regime de propostas tenham sido bastante simplificados em comparação com a legislação anterior. Analisaremos a seguir algumas particularidades acerca de cada uma das modalidades de realização do ativo mencionadas.

293.1 Leilão

Em linhas gerais, o leilão é regido pela lei processual, conforme dispõe expressamente o § 3.º do art. 142 da Lei 11.101/2005. Todavia, a legislação falimentar dispõe sobre certas particularidades de forma diversa do previsto no Código de Processo Civil. Nesse sentido, destaca-se que o leilão na falência admite tanto a venda de bens móveis como também de bens imóveis, não havendo no processo falimentar a designação de praça para o segundo caso, conforme prevê a lei processual. Outra particularidade relevante é a possibilidade da venda dos bens pelo maior lance independentemente de re-designação, ainda que não alcance o valor da avaliação do bem, vedada, obviamente, a arrematação por preço vil.

Observe-se que a possibilidade de venda dos bens por valor inferior à avaliação também se aplica às demais modalidades de realização do ativo e não apenas ao leilão.

A Lei revogada dispunha que a escolha do leiloeiro cabia ao síndico. A Lei 11.101/2005 silencia a respeito, como visto, prevendo apenas a aplicação subsidiária da Lei processual. O Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que o leiloeiro será livremente escolhido pelo credor, o que acaba por colocar dois questionamentos relevantes: a) deveriam os credores na falência escolher o leiloeiro? b) se for o caso, devem eles deliberar nesse sentido em Assembléia de Credores? Entendemos que as duas questões devem ser respondidas de forma negativa. Muito embora essa decisão possa ser tomada pelos credores do falido, reunidos em assembléia, já que o art. 35 II da Lei 11.101/2005 prevê a possibilidade de convocação desse órgão para deliberar sobre qualquer matéria que possa afetar os interesses dos credores, é evidente que essa não foi a intenção do legislador. Se assim fosse, restaria ferido um dos princípios com base no qual a legislação foi concebida, qual

seja, o princípio da celeridade e eficiência do processo.⁵² Se a escolha do leiloeiro na falência não cabe aos credores, em nosso sentir deve competir ao administrador judicial, por conta do dever a ele imposto de praticar os atos necessários à realização do ativo, conforme dispõe o art. 22 III, *i* da Lei 11.101/2005.

A arrematação será realizada mediante pagamento à vista, ou no prazo máximo de 03 (três) dias, nesse caso sendo necessária a prestação de caução. De acordo com o art. 694 do Código de Processo Civil, para que a arrematação seja considerada perfeita e acabada, o auto de arrematação deverá ser assinado pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo leiloeiro, ou porteiro. Considerando que o administrador judicial tem o dever de executar atos para que se proceda à realização do ativo, e, portanto, deve cuidar para que todos os atos relacionados ao leilão sejam praticados, é aconselhável que também assine o auto de arrematação.

293.2 Propostas

O sistema de venda por propostas já era o mais utilizado à luz da legislação anterior, uma vez que é mais simples que o leilão e menos custosa, muito embora, para alguns, não seja o ideal.

Devidamente anunciada de acordo com os atos de publicidade acima indicados, a alienação por propostas ocorrerá através da entrega em cartório de envelopes lacrados contendo as ofertas dos licitantes, que serão abertos pelo juiz em audiência no dia, hora e local indicados no edital. Ganha aquela que apresentar melhor preço e melhores condições de pagamento.

293.3 Pregão

O sistema do pregão foi introduzido pela nova legislação. Trata-se de modalidade híbrida do sistema de leilão e do sistema de propostas.

A lei organiza o regime do pregão em duas fases distintas: Numa primeira fase são entregues ofertas em envelopes lacrados da mesma forma como ocorre no sistema de propostas, e que serão abertas pelo juiz em data, local e hora designados no edital. Abertos os envelopes, o juiz ordenará a notificação daquele que apresentou a maior oferta, assim como de todos aqueles cujas propostas apresentarem valor igual ou superior a 90% (noventa por cento) da maior oferta, para que compareçam ao leilão designado. Na segunda fase realiza-se o leilão entre aqueles que enviaram as maiores propostas que, através de lances orais, concorrerão para a aquisição do bem.

O valor de abertura do leilão equivalerá ao valor da maior proposta recebida, que será considerado como o valor do lance inicial do ofertante. Caso não haja lance superior, o autor da maior proposta fica obrigado a adquirir o bem na forma de sua oferta inicial, uma vez que estará vinculado a ela. Nesta situação, se este não comparecer ao leilão, o bem será arrematado por aquele que tiver dado lance em valor imediatamente inferior, neste caso devendo o licitante faltoso prestar a diferença verificada entre a sua proposta e a proposta do arrematante, em vista da obrigação assumida a partir do envio de propos-

⁵² Esse é um dos doze princípios adotados na análise do PLC n. 71 de 2003 no Senado.

ta devidamente subscrita. Esta diferença constará de certidão do Juízo que servirá como título executivo.

Considerando o princípio da maximização do ativo, é possível entender que o regime do pregão será obrigatório sempre que houver proposta com valor não inferior a 90% da maior proposta ofertada. A falta de opção pelo pregão nestas circunstâncias poderá ser considerada ilícita e macular a realização do ativo de nulidade. Todavia, neste caso, deverá o credor interessado, o devedor ou o representante do Ministério Público apresentar a necessária impugnação na forma e no prazo mencionados no art. 143 da Lei 11.101/2005, a seguir analisado. Nesse sentido entendeu Fábio Ulhoa Coelho.⁵²⁶

294. Publicidade acerca da realização do ativo

Seja qual for a modalidade a ser escolhida para a realização do ativo, a alienação deverá ser amplamente divulgada por meio da publicação de anúncio em jornal local de ampla circulação. O anúncio deverá ser publicado com no mínimo 15 (quinze) dias de antecedência, na hipótese de alienação de bens móveis e com 30 (trinta) dias de antecedência no caso de alienação de bens imóveis ou de empresa. Outros meios de divulgação considerados convenientes poderão ser adotados.

295. Atuação do Ministério Público

O parágrafo sétimo do art. 142 dispõe que o Ministério Público deve ser intimado pessoalmente em qualquer das modalidades de realização do ativo, seja o leilão, propostas ou pregão, sob pena de nulidade. Obviamente, a intimação é enviada para que se tome alguma medida, mas a Lei 11.101/2005 não esclarece qual a finalidade da intimação do MP nesta hipótese. O art. 117 da lei revogada previa a necessidade da presença do MP no leilão sob pena de nulidade, o que não é caso à luz da nova legislação. A intimação tem por objetivo a cientificação do referido órgão para apresentação de impugnação nos termos do art. 143, se for o caso. De qualquer forma, nada impede que o representante do MP esteja presente ao certame, se considerar necessário, mas não em caráter obrigatório.

296. Controle da legalidade da decisão acerca do modo de realização do ativo

Questiona-se o cabimento de algum recurso ou medida contra a decisão do juiz acerca da forma de realização do ativo a ser adotada na falência. Conforme decidiu o Ministro Gueiros Leite, citado por Ricardo Negrão⁵²⁷ essa decisão não comporta recurso uma vez que “as deliberações sobre a realização do ativo da massa foram deixadas pelo legislador ao prudente critério do magistrado, sem o rigor do sistema de legalidade estrita, coadjuvada a atuação jurisdicional pela assessoria do síndico e pela fiscalização da Curadoria Fiscal, sempre em atenção ao conhecimento direto da administração da sociedade falida e à tutela dos direitos dos credores, com prevalência do requisito da conveniência nessa matéria.” Muito embora esta análise tenha sido feita à luz da legislação anterior, continua atual.

⁵²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 354.

⁵²⁷ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, p. 541.

Na medida em que a escolha da modalidade de realização do ativo insere-se entre os atos de administração praticados pelo juiz, existe certa margem de discricionariedade para decisão acerca do modo mais conveniente para que se atinja essa finalidade com eficiência, o que poderia sugerir o não cabimento de recurso contra essa decisão. Todavia, é certo que existe a possibilidade do magistrado extrapolar os limites da discricionariedade que a lei lhe faculta e esbarrar na ilegalidade, o que reclama interposição de recurso ou qualquer outra medida cabível pelos credores, pelo falido ou pelo Ministério Público.

Ainda que no âmbito do poder discricionário conferido pela lei, para que a escolha do juiz seja válida, deverá atender aos princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, conforme definidos pela doutrina que se ocupa do direito administrativo. Conforme raciocina Bandeira de Mello,⁵²⁸ nas hipóteses onde há espaço para atuação discricionária do Administrador, deve sempre ser observada a finalidade da lei. Como a escolha do modo de realização do ativo insere-se no âmbito dos atos de administração praticados pelo juiz, nesse aspecto ele age como Administrador. Nesta situação, inexistindo lei que prescreva especificamente a conduta a ser adotada, o conteúdo do ato administrativo (conteúdo) deve guardar uma relação com a situação jurídica que autoriza ou exige a prática do referido ato (motivo), sendo que o liame lógico entre o conteúdo e o motivo é justamente a causa da prática do ato. No âmbito da causa para a prática do ato é que se examina a presença da razoabilidade e proporcionalidade, princípios estes que, se ausentes, implicam forçosamente na conclusão de que houve desvio da finalidade de atendimento ao interesse público, o que, como última consequência, fere o princípio da legalidade, assegurado constitucionalmente. Nas palavras de Bandeira de Mello,⁵²⁹ o princípio da finalidade “é uma inerência” do princípio da legalidade, estando “nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada”. Neste sentido, ausente qualquer dos referidos princípios (razoabilidade e proporcionalidade) restará afetada a causa para a prática do ato administrativo, o que acarreta sua invalidade pela falta de congruência entre os motivos que levaram à sua prática e seu conteúdo, o que, em última análise, fere o princípio da legalidade. Como preconiza o mencionado autor, onde há espaço para atuação discricionária, o administrador não poderá agir de acordo com suas paixões, mas deve sempre observar a finalidade da lei. A discricção evita solução única e rígida da lei, incapaz de servir adequadamente para satisfazer em todos os casos o interesse público, mas é importante nestas hipóteses criar mecanismos de forma a atender, de modo perfeito, à finalidade da lei.

De acordo com o raciocínio desenvolvido pelo mencionado autor, acima sumarizado, se o juiz agir sem razoabilidade ao definir o modo de realização do ativo, não pode agir conforme a finalidade da norma, o que autoriza a revisão do ato pelo judiciário. No caso em análise, nessa hipótese caberia o recurso de agravo. Isso não quer dizer que se estaria invadindo o mérito do ato administrativo, isto é, o campo de liberdade conferido pela lei ao juiz da falência para que este decida de acordo com a análise da situação e critérios de conveniência e oportunidade. O magistrado tem liberdade para escolher a modalidade de realiza-

⁵²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 79-81

⁵²⁹ Idem, *ibidem*.

ção do ativo dentro da lei. Se a modalidade escolhida não for razoável e acarretar evidentes prejuízos em desfavor dos credores, o ato do juiz não estará comportado dentro da lei. Logo, é ilegal e atacável pela via do agravo.⁵³⁰ Anote-se que o art. 189 da Lei 11.101/2005 admite a aplicação do CPC aos procedimentos previstos na lei falimentar, inclusive no que se refere a recursos, o que justifica o cabimento do agravo por ser tratar de decisão interlocutória.

Art. 143. Em qualquer das modalidades de alienação referidas no art. 142 desta Lei, poderão ser apresentadas impugnações por quaisquer credores, pelo devedor ou pelo Ministério Público, no prazo de 18 (dezoito) horas da arrematação, hipótese em que os autos serão conclusos ao juiz, que, no prazo de 5 (cinco) dias, decidirá sobre as impugnações e, julgando-as improcedentes, ordenará a entrega dos bens ao arrematante, respeitadas as condições estabelecidas no edital.

RICARDO BERNARDI

O art. 143 da Lei 11.101/2005 dispõe que os credores, o devedor ou o Ministério Público poderão impugnar a venda do ativo após a ocorrência da arrematação, independentemente da modalidade implementada para tanto. O prazo de 48 (quarenta e oito) horas é contado após a arrematação, o que sugere que a impugnação deve contestar ilegalidades verificadas na condução do certame. Havendo impugnação, os autos serão conclusos ao juiz, que, no prazo de 5 (cinco) dias, decidirá. Caso o juiz julgue a impugnação improcedente, ordenará a entrega dos bens ao arrematante.

Consigne-se que impugnação se presta a contestar eventuais irregularidades verificadas na venda dos bens. Caso seja necessário questionar a decisão quanto ao modo de realização do ativo determinado, deverá ser interposto o agravo, como analisado nos comentários ao item anterior.

Art. 144. Havendo motivos justificados, o juiz poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação judicial diversas das previstas no art. 142 desta Lei.

RICARDO BERNARDI

Como se analisará em maiores detalhes nos comentários ao art. 145, outras formas de realização do ativo distintas do leilão, propostas e pregão são possíveis. Este artigo permite que o administrador judicial ou o comitê de credores, se houver, sugiram modalidades alternativas, desde que apresentem justificativa. Tais justificativas apenas podem consubstanciar-se em razões de natureza econômica ou mercadológica. Caso autorizado pelo juiz, poderão ser implementadas formas alternativas para realização do ativo independentemente da realização de assembleia de credores.

Exemplificativamente, imagine-se que antes da designação do leilão pelo juiz, o administrador judicial receba de um terceiro uma proposta para aquisição da empresa do falido,

⁵³⁰ Em vista dos limites desse texto, deixamos de analisar o cabimento de outras medidas judiciais nessa hipótese.

do, por um valor razoável, dificilmente alcançável em um certame. Poderá nesse caso requerer ao juiz que autorize a alienação direta a este terceiro. A decisão do juiz autorizadora ou não da alienação nos termos desse artigo, será atacável pela via do agravo, pelas razões expostas no comentário ao item anterior.

Art. 145. O juiz homologará qualquer outra modalidade de realização do ativo, desde que aprovada pela assembleia-geral de credores, inclusive com a constituição de sociedade de credores ou dos empregados do próprio devedor, com a participação, se necessária, dos atuais sócios ou de terceiros.

§ 1º Aplica-se à sociedade mencionada neste artigo o disposto no art. 141 desta Lei.

§ 2º No caso de constituição de sociedade formada por empregados do próprio devedor, estes poderão utilizar créditos derivados da legislação do trabalho para a aquisição ou arrendamento da empresa.

§ 3º Não sendo aprovada pela assembleia-geral a proposta alternativa para a realização do ativo, caberá ao juiz decidir a forma que será adotada, levando em conta a manifestação do administrador judicial e do Comitê.

RICARDO BERNARDI

297. *Quorum* para aprovação de forma alternativa para realização do ativo

Assim como a lei anterior, os credores também poderão tomar para si o poder de decisão quanto ao modo de realização do ativo, desde que reunidos em assembleia de credores para deliberar nesse sentido.⁵³¹ A Lei 11.101/2005 não limita os poderes dos credores, desde que haja consenso entre eles, acerca de formas alternativas para realização do ativo na falência. Ao invés de optarem pela alienação de bens por leilão, propostas ou pregão, poderão deliberar a venda do ativo em bloco a um terceiro pré-determinado, a exemplo do que previa a lei revogada, ou mesmo a constituição de sociedade entre eles para dar continuidade aos negócios do falido, seja mediante a aquisição da empresa ou mesmo através de arrendamento.

A aprovação de formas alternativas dependerá de aprovação de credores que representem no mínimo 2/3 dos créditos presentes na assembleia. Note-se que esse *quorum* de deliberação tem como base o total de presentes na assembleia e não do total do passivo, como previa a lei anterior. Dessa forma, se na assembleia estiver presente uma parcela diminuta do total do passivo, nada impedirá a aprovação de formas alternativas para realização do passivo, desde que na assembleia haja anuência de mais de 2/3 do passivo presente.

298. Recurso contra a homologação do juiz

Atendido o *quorum* deliberativo, o juiz deverá homologar a forma alternativa de realização do ativo conforme decidido pelos credores em assembleia. Pergunta-se nesse pon-

⁵³¹ O § 2º do art. 36 da Lei 11.101/2005 atribui aos credores que representem no mínimo 25 % do valor dos créditos de uma determinada classe a prerrogativa de requerer ao juiz a convocação de uma Assembleia-Geral. A Assembleia também poderá ser convocada por iniciativa do administrador judicial, do comitê de credores, se houver.

to se caberá alguma medida dos credores dissidentes em assembléia contra a homologação da decisão. A lei não prevê expressamente o cabimento de recurso contra essa decisão, ao contrário da lei revogada que previa o cabimento do recurso de agravo. Entendemos que não obstante a falta de previsão específica, a homologação da forma alternativa para realização do ativo é atacável pela via do agravo.

A legislação falimentar revogada dispunha que na pendência do recurso, os bens não podiam ser vendidos, salvo em caso de urgência.⁵³² Muito embora a Lei 11.101/2005 não contenha dispositivo similar, o agravo poderá ser recebido pelo relator no tribunal com efeito suspensivo, conforme autoriza o art. 527, III do CPC, o que impedirá, enquanto pendente a decisão, a venda dos bens na forma homologada pelo juiz da falência.

299. Direitos dos credores dissidentes em caso de organização de sociedade para dar continuidade aos negócios do falido

O art. 145 admite que os credores do falido, inclusive trabalhistas, organizem sociedade para dar continuidade aos negócios do falido, que poderá contar com a participação dos sócios originais ou terceiros. Pode-se argüir quais seriam os direitos dos credores dissidentes, ou mesmo daqueles que não participaram da votação na assembléia que delibrou pela constituição da sociedade, caso aprovada a sua constituição pela maioria e homologada essa decisão pelo juiz. De plano, não se poderia obrigá-los a tomar parte na empresa. Como ensina Miranda Valverde,⁵³³ os credores não poderão ser compelidos a receber em pagamento de seus créditos coisa diversa de dinheiro.

Para responder a essa questão faz-se necessária uma remissão à lei revogada que em seu art. 123, § 5.º dispunha que nessa hipótese, os credores dissidentes deveriam ser pagos pela maioria, em dinheiro, na base da avaliação dos bens, deduzidas as importâncias correspondentes aos encargos e dívidas da massa. Não há motivo para tratar o problema de forma distinta à luz da nova legislação. O credor dissidente terá direito a receber seu crédito de acordo com a capacidade patrimonial da massa, medida a partir da avaliação do patrimônio arrecadado a ser procedida pelo administrador judicial ou profissional por este nomeado, descontados os valores devidos aos credores extraconcursais, mencionados no art. 84 e 67 da Lei 11.101/2005. Dessa forma, se o dissidente é credor trabalhista, receberá seu crédito logo após pagos os credores extraconcursais, observado o limite de 150 salários mínimos. Se o dissidente for credor quirografário, receberá o equivalente ao saldo, se houver, após calculados os valores que seriam pagos a todos os credores preferenciais e demais quirografários, em rateio. O mesmo direito caberá àqueles que simplesmente não compareceram à assembléia e, portanto, não se caracterizam como dissidentes. Aproveitando as bem colocadas palavras de Miranda Valverde⁵³⁴ “não somente os credores dissidentes, isto é, aqueles que se opuseram à constituição da sociedade, mas igualmente aqueles que não votaram ou não se manifestaram, têm o direito de ser pagos em dinheiro”.

⁵³² Deviam ser vendidos desde logo os bens percebíveis ou aqueles cuja guarda envolvesse riscos ou altas despesas.

⁵³³ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, p. 190.

⁵³⁴ Idem, *ibidem*.

300. Formas alternativas para realização do ativo e questão da sucessão

Não existe regra expressa dispondo sobre a ausência de sucessão caso o ativo seja realizado por outros modos que não o leilão, propostas ou pregão, salvo no caso de constituição de sociedade para dar continuidade aos negócios do falido. Nesse caso, a sociedade formada pelos credores não seria considerada sucessora do falido em vista do disposto no § 1.º do art. 145 da Lei 11.101/2005 que determina a aplicação da regra prevista no art. 141, acima estudada.

Em vista da ausência de norma isentiva da sucessão no que se refere às modalidades alternativas para realização do ativo, que não envolvam o leilão, propostas, pregão ou constituição de sociedade de credores, é possível entender que fora esses casos haverá sucessão do comprador no passivo do falido, o que certamente constituiria desestímulo para a adoção destas alternativas. Essa questão certamente comportará outros entendimentos, como o já manifestado por Fábio Ulhoa Coelho,⁵³⁵ para quem a regra da não sucessão deve ser aplicada de forma ampla, inclusive para outros modos de venda de bens na falência, ainda que distintas das acima referidas.

Art. 146. Em qualquer modalidade de realização do ativo adotada, fica a massa falida dispensada da apresentação de certidões negativas.

RICARDO BERNARDI

A dispensa de certidões é lógica, uma vez que sua exigência poderia impedir a transferência de certos bens que compõe o ativo alienado ao adquirente, e portanto, frustrar todo o procedimento.

Art. 147. As quantias recebidas a qualquer título serão imediatamente depositadas em conta remunerada de instituição financeira, atendidos os requisitos da lei ou das normas de organização judiciária.

RICARDO BERNARDI

Uma vez que os bens são vendidos, deverá o administrador judicial cuidar para que as quantias recebidas sejam depositadas junto à instituição financeira, em conta remunerada, de forma a assegurar o acréscimo de juros enquanto remanescer depositada. Nota-se aqui outra diferença relevante comparando-se à legislação revogada que previa o depósito desses valores junto ao Banco do Brasil ou à Caixa Econômica Federal, sendo que na sua ausência deveriam ser entregues ao síndico. A Lei anterior nada dispunha acerca de depósito em conta remunerada.

Conforme determina o § 3.º do art. 133 do CTN [acrescentado pela LC 118/2005], o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada em processo de falência deverá permanecer em conta de depósito à disposição do juiz da falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o

⁵³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 378.

pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. Dessa forma, com o produto da venda dos bens apenas poderão ser pagos antes dos créditos fiscais, os créditos relacionados nos arts. 67 e 84 da Lei 11.101/2005 (extraconcursais), os créditos trabalhistas, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, os créditos decorrentes de acidentes de trabalho e os créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado.

Art. 148. O administrador judicial fará constar do relatório de que trata a alínea p do inciso III do art. 22 os valores eventualmente recebidos no mês vencido, explicitando a forma de distribuição dos recursos entre os credores, observado o disposto no art. 149 desta Lei.

RICARDO BERNARDI

Nos termos da alínea p do inc. III do art. 22, o administrador judicial deve apresentar ao juiz, até o 10.º (décimo) dia do mês seguinte ao vencido, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa. Referida conta deve ser juntada aos autos da falência. Caso exista entrada de recursos em determinado mês, seja por conta da alienação de bens, seja em decorrência de eventuais créditos de titularidade do falido e recebidos pelo administrador judicial, ou mesmo saídas para pagamento aos credores, tais valores também deverão constar do relatório. O objetivo dessa norma é dar transparência à movimentação financeira realizada no curso do processo falimentar.

Seção XI

Do pagamento aos credores

Art. 149. Realizadas as constituições, pagos os créditos extraconcursais, na forma do art. 84 desta Lei, e consolidado o quadro-geral de credores, as importâncias recebidas com a realização do ativo serão destinadas ao pagamento dos credores, atendendo a classificação prevista no art. 83 desta Lei, respeitados os demais dispositivos desta Lei e as decisões judiciais que determinam reserva de importâncias.

§ 1º Havendo reserva de importâncias, os valores a ela relativos ficarão depositados até o julgamento definitivo do crédito e, no caso de não ser este finalmente reconhecido, no todo ou em parte, os recursos depositados serão objeto de rateio suplementar entre os credores remanescentes.

§ 2º Os credores que não procederem, no prazo fixado pelo juiz, ao levantamento dos valores que lhes caberem em rateio serão intimados a fazê-lo no prazo de 60 (sessenta) dias, após o qual os recursos serão objeto de rateio suplementar entre os credores remanescentes.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

301. Dos pagamentos aos credores concursais

O art. 149, que vem na seqüência dos dispositivos relativos à realização do ativo, abre a seção referente ao pagamento dos credores concursais. De sua redação resta claro que este só se dará após satisfeitos os credores extraconcursais (art. 84) e as restituições em dinheiro (art. 86), bem como depois de consolidado o Quadro-Geral de Credores (art. 18).

Podem ser realizados tantos rateios quantos forem convenientes e economicamente viáveis. É possível, por exemplo, que sejam colocados à venda três bens da massa de grande valor e que o administrador, a cada alienação realizada, decida imediatamente promover o rateio dos valores arrecadados entre os credores. A Lei 11.101/2005, diferentemente da anterior, não definiu um percentual mínimo a partir do qual pode o administrador judicial iniciar o rateio (o Dec.-lei 7.661/1945 - art. 127, *caput*- exigia que o rateio representasse no mínimo 5% do crédito), o que portanto fica a critério do administrador judicial.

O que importa é que os pagamentos dos créditos concursais deverão ser feitos respeitando-se a prioridade das classes previstas no art. 83. Só se pode cogitar do pagamento de uma certa classe se todos os credores habilitados das classes superiores já tiverem sido plenamente satisfeitos. Mesmo o surgimento de um novo credor privilegiado em decorrência, por exemplo, de uma habilitação retardatária, não muda a regra: apesar de não ter participado dos rateios anteriores e sobre eles não ter qualquer direito, após a inclusão de seu crédito no Quadro-Geral de Credores por retificação judicial nos termos do art. 10, § 6.º, o credor deverá ser satisfeito antes dos demais menos privilegiados, mesmo na ausência de reservas.

302. Reservas

As reservas têm por finalidade preservar, para um credor cujo crédito ainda não pôde ser habilitado, o direito de participar dos próximos rateios aplicáveis à classe na qual pretende ver-se incluído. Trata-se de garantia da *par conditio creditorum*, segundo a qual é necessário que se assegure que credores da mesma classe tenham iguais direitos sobre os ativos da massa, especialmente no momento do pagamento. Ora, enquanto sobre o crédito pairar alguma incerteza quanto à sua liquidez ou exigibilidade que demande decisão judicial, o credor não estará relacionado no Quadro-Geral de Credores.⁵³⁶ Não estando seu crédito arrolado no Quadro-Geral de Credores, ficará o credor – mesmo que privilegiado – impedido de participar dos rateios que ocorrerem e que se aplicarem à sua classe. Como devem os credores, em cada rateio, ser pagos na ordem de classificação representada formalmente no Quadro-Geral de Credores consolidado, a demora na habilitação de seu crédito pode levar um credor a ser preterido em benefício de outros menos privilegiados, mas com crédito já habilitado.⁵³⁷

Para evitar o prejuízo decorrente da não participação nos futuros rateios enquanto seu crédito encontra-se em discussão ou seu pagamento suspenso, pode o pretense credor, a fim de proteger seus interesses, solicitar reserva do valor declarado e que pretende ver habilitado. Uma vez constituída a reserva, garante-se ao pretense credor que o valor que proporcionalmente lhe caberia no rateio a ser efetuado não deixará a massa enquanto não ocorrer a solução de existência, validade, liquidez ou exigibilidade de seu crédito. Como o fundamento da constituição de reserva é a preservação da *par conditio creditorum* e do interesse legítimo do credor de receber seu crédito juntamente com os demais de sua classe, a reserva só se justifica se houver fundados indícios de que o crédito será habilitado na classe apontada e que os recursos da massa serão suficientes para pagar, no rateio, pelo menos parte dos créditos daquela classe. Assim, alguém que apresente documento claramente inepto a sustentar sua pretensão não deverá ter constituída reserva a seu favor. Da mesma forma, se resta inequívoco que a massa não terá recursos para pagamento da classe na qual o credor pleiteia sua inclusão, também neste caso não se justifica o uso do instituto. Se o objetivo da reserva é preservar o interesse do pretense credor de participação nos futuros rateios, esse interesse deve ser legítimo, verdadeiro e atual.

Não há na Lei 11.101/2005 qualquer restrição do uso das reservas somente aos credores concursais. Nada impede, portanto, que a reserva venha a beneficiar um credor extraconcursal ou mesmo um credor de restituição em dinheiro os quais, ainda que não sujeitos à habilitação de seus créditos, poderão ter discutidos pelos meios cabíveis aspectos de seus créditos que lhes tirem a imediata exigibilidade.

A Lei 11.101/2005 não estabelece um procedimento para a constituição de reservas. Na verdade, somente menciona a reserva em artigos esparsos (arts. 6.º, § 3.º, 10, § 4.º, 16, *caput*, 24, § 2.º, e 39, *caput*). De sua interpretação sistemática é possível concluir que a reserva será determinada: (i) pelo juiz trabalhista a pedido daqueles que naquele juízo

⁵³⁶ Exceção feita ao caso dos administradores judiciais, cujo recebimento fica condicionado à prestação de contas posterior ao rateio.

⁵³⁷ Que, como visto, não significa nem perda do direito de exigir seu pagamento, nem impossibilidade de participar de possíveis futuros rateios.

pleitearem seus créditos (art. 6.º, §§ 2.º e 3.º); (ii) pelo juiz competente para julgar as ações de demanda por quantias ilíquidas (art. 6.º, §§ 1.º e 3.º); (iii) pelo juiz da falência/recuperação judicial a pedido do credor retardatário (art. 10, § 4.º); ou (iv) pelo juiz da falência/recuperação judicial, de ofício, do valor contestado em caso de impugnação de crédito (art. 16) e de 40% da remuneração do administrador judicial para pagamento após a aprovação das suas contas e da apresentação do relatório final (arts. 24, § 2.º, 154 e 155). Apesar da inexistência de expressa previsão nesse sentido, nada impede que o interessado requeira diretamente ao juízo da falência a reserva apropriada, fundamentando e documentando seu pedido.⁵³⁸ Salvo nos casos de créditos impugnados e honorários do administrador, em que se dará de ofício, a reserva sempre decorrerá da iniciativa do interessado (pretense credor), não cabendo ao juiz determiná-la de ofício, ou mesmo ao administrador judicial pleitear sua constituição em favor de alguém.

Note-se que em qualquer caso, o juízo competente para a constituição da reserva será o falimentar. Mesmo no caso das ações em trâmite perante a justiça do trabalho ou outro juízo em função de dívida ilíquida, a reserva será constituída pelo juízo universal, mediante ofício. É o juiz da falência ou da recuperação judicial que tem condições de, com o auxílio do administrador, verificar a viabilidade da massa para a constituição da reserva pleiteada. O recurso contra a decisão que determinar ou negar constituição de reserva será o agravo.⁵³⁹

As reservas só devem ser mantidas enquanto houver expectativas de que sejam úteis ao pagamento do credor beneficiário. Devem, portanto, ser desconstituídas em caso de trânsito em julgado de decisão contrária ao pretense credor (art. 149, § 1.º), ou, independentemente do resultado da ação, quando, ao se realizar o rateio, ficar inequívoco que o resultado da liquidação do ativo da massa somado ao valor da reserva não será suficiente para pagar a classe dos credores mais privilegiados que aqueles da classe a que pertence o beneficiário. Neste caso, a manutenção da reserva não beneficiará o interessado (que não receberá de qualquer forma) e prejudicará os demais credores legitimados a receber. Uma vez desconstituída a reserva, seu valor deverá ser objeto de rateio.

303. Recebimento pelos credores

Uma vez iniciados os pagamentos, os credores, respeitada a ordem de prioridades, serão intimados coletivamente a comparecerem para receber seus créditos (respeitados os preceitos do art. 191). O juiz fixará para tanto o prazo que julgar necessário. Terminado o prazo, aqueles que não tiverem comparecido para receber serão intimados individualmente (a intimação não precisa ser pessoal)⁵⁴⁰ dando-lhes prazo decadencial de 60 dias para providenciarem o recebimento, após o qual o valor que lhes cabia será objeto de rateio suplementar entre os remanescentes. É de se destacar que o fato de um credor não diligenciar para receber sua parcela no rateio não significa extinção do seu crédito. Este permanece, bem como seu direito de receber tão logo existam novos valores a serem rateados. O não exercício da prerrogativa de recebimento prioritário não extingue o crédito

⁵³⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falência comentada*, p. 62.

⁵³⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentário à Lei de Falência*, v. 2, p. 213.

⁵⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 382.

nem tampouco o próprio privilégio, o qual poderá ser exercido, a pedido de interessado, em eventual novo rateio. O que decai após o decurso dos 60 dias é o seu direito prioritário de participar *daquele* rateio.

Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do caput do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

304. Despesas com pagamento antecipado

A gestão dos interesses da massa pode exigir certos pagamentos imediatos. Imagine-se, por exemplo, que uma tempestade danifique gravemente o telhado do galpão da fábrica onde se encontram os bens do falido, o que exigirá reparos urgentes: que durante a arrecadação encontrem-se bens do falido em outras cidades, demandando transporte à comarca da falência; ou mesmo que haja premência em se contratar um vigia que permaneça no imóvel onde se encontram os bens arrecadados a fim de evitar depreciação ou furto. Nesses casos, bem como naqueles relativos a despesas ordinárias da atividade empresarial em caso de sua continuação provisória (art. 99, XI), a par de serem os gastos imprescindíveis à manutenção dos interesses envolvidos na falência, os fornecedores de serviços ou produtos ou não se disporão a fornecê-los salvo com pagamento imediato, ou aumentarão seus preços com o ágio pelo custo do risco de inadimplimento ou recebimento parcial incorrido. Isso porque, como visto, mesmo as despesas extraconcursais – entre as quais se incluem aquelas com os credores da massa (*Massegläubiger*) – podem, em caso de insuficiência, sujeitar-se a concurso.⁵⁴¹ Há, portanto, interesse em permitir-se que possam ser pagas imediatamente despesas consideradas necessárias à administração da falência, se de outra forma não for possível ou conveniente o pagamento. Daí porque, não obstante o texto do artigo qualificar como “indispensável” o “pagamento antecipado”, não a “despesa”, por tratar-se de exceção ao princípio geral da *pars conditio creditorum*, somente em casos de gastos justificadamente necessários pode-se admitir o uso da prerrogativa desta norma.

305. Comparação com o regime anterior

O dispositivo não tinha correspondente no Decreto-lei 7.661/1945. Entretanto, considerando que à época vigorava interpretação de que dívidas e encargos da massa deveriam ser pagos após a satisfação dos credores trabalhistas e eventualmente, inclusive acidentários e fiscais,⁵⁴² a inviabilização de realização de despesas necessárias à preser-

⁵⁴¹ Ver comentários ao art. 84.

⁵⁴² REQUILÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 280 e 326; BEZERRA FILHO, 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.

vação dos interesses da comunhão de credores levou os juízes a permitirem a utilização de recursos da massa para pagamento imediato de despesas necessárias.⁵⁴³

306. Qualificação da despesa para pagamento antecipado

Com a nova redação, o art. 150 cuidou de possibilitar o pagamento de quaisquer despesas que satisfaçam a dois requisitos: (i) sejam necessárias à preservação dos interesses da massa ou à continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial, nos termos do art. 99, inc. XI; e (ii) devam ser pagas antecipadamente, em função de sua natureza ou da disponibilidade das contrapartes.⁵⁴⁴ A par disso, é necessário que haja recursos disponíveis para seu pagamento.

307. O pagamento antecipado

A expressão “antecipado” refere-se ao fato do pagamento dar-se “antes” do pagamento concursal tanto dos créditos falenciais (concurtais) como dos extraconcursais (credores da massa e restituições). É antecipado não porque dá-se necessariamente antes da entrega da contrapartida, mas porque ocorre antes e independentemente da apuração de eventual concurso, seja das despesas concursais, seja das extraconcursais.⁵⁴⁵ Deve, portanto, ocorrer em regra na data de seu vencimento.

O pagamento só deve vir antes da contrapartida em caso de inequívoco interesse da massa, seja em função da natureza do negócio, seja graças a compensador desconto ou vantagem similar.⁵⁴⁶ Mas esclareça-se que mesmo neste caso, só se permite o uso do presente permissivo se satisfeitos os preceitos de necessidade das despesas e impossibilidade do deferimento do seu pagamento até a apuração da necessidade de eventual concurso dos créditos extraconcursais.

Pelo bom e regular uso das prerrogativas previstas neste art. 150 responsabiliza-se o administrador judicial, nos termos do art. 32 da Lei 11.101/2005.

308. Disponibilidade de caixa

Por fim, entenda-se por recursos disponíveis em caixa as quantias pecuniárias passíveis de utilização imediata e que não estejam vinculadas a despesas futuras indispensáveis. Nada impede, entretanto, que o administrador judicial, respeitando as demais dispo-

⁵⁴³ “Por isso, os juízes têm ignorado esta regra [pagamento prioritário dos trabalhadores] pois continuam permitindo a realização de determinadas despesas antes do pagamento do passivo trabalhista, como ocorre com aquelas feitas na fase de arrecadação, ou até mesmo na continuação do negócio” Comentários de J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos, VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 201.

⁵⁴⁴ Contra, restringindo a aplicação do dispositivo na falência somente ao caso de continuação da atividade, cf. SZTAJN, Rachel, comentário ao art. 150, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 404.

⁵⁴⁵ Sobre concurso das despesas extraconcursais, ver comentários ao art. 84.

⁵⁴⁶ No mesmo sentido, ver posição do legislador espanhol que assim previu no art. 154, 2.º parágrafo da Lei 22/2003.

sições desta Lei, proceda à liquidação de ativos a fim de obter disponibilidade de recursos e assim fazer frente às despesas necessárias surgidas.

Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

309. O tratamento excepcional do crédito trabalhista

Em que pesem os argumentos do Senador Ramez Tebet, relator do projeto de lei que se transformou na norma em análise, de que a limitação do caráter privilegiado dos créditos trabalhistas a 150 salários mínimos (art. 83, inc. I da Lei 11.101/2005) visa a beneficiar os trabalhadores,⁵⁴⁷ a medida foi vista como um retrocesso na defesa de seus interesses. A mais inequívoca prova disso vem do fato de que se procurou oferecer uma contrapartida, espécie de medida compensatória que visava a diminuir os impactos negativos da nova Lei na seara de direitos dos trabalhadores. Assim determinou o legislador que os trabalhadores recebessem, tão logo houvesse disponibilidade em caixa, um valor total equivalente a até 5 salários mínimos,⁵⁴⁸ correspondente a créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência. Coerentemente, a mesma determinação encontra-se no parágrafo único do art. 54 que exige que o plano de recuperação judicial preveja o pagamento das mesmas verbas (até 5 salários mínimos correspondentes às verbas estritamente salariais não pagas nos 3 meses anteriores ao pedido) no prazo máximo de 30 dias.

310. Classificação do crédito

Os créditos dos trabalhadores constituídos antes da decretação da falência são integralmente considerados concursais e classificados nos termos do art. 83, inc. I, até o montante de 150 salários mínimos, e como quirografários (art. 83, VI, c) no saldo que ultrapassar esse valor.

A questão a ser respondida é: o montante de até 5 salários previsto no art. 151 trata-se de simples antecipação necessária do pagamento dos créditos privilegiados trabalhistas, ou de nova classificação, o que faria seus titulares, dentro desse montante, credores "superprivilegiados"? Não se trata de uma dúvida meramente acadêmica, como veremos, e decorre da inépcia do legislador em talhar um sistema normativo coerente.

E se, no curso do processo falimentar, o administrador judicial notar que os valores da massa serão suficientes ao pagamento dos créditos extraconcursais, mas não dos concursais (entre os quais incluem-se os trabalhistas), deverá realizar o pagamento a que se refere o art. 151?

⁵⁴⁷ Cf. Parecer ao PLC 71/2003 aprovado no Plenário do Senado Federal em 17 de julho de 2004, p. 24-25, bem como comentários ao art. 83, inc. I.

⁵⁴⁸ O valor máximo envolvido pelo dispositivo em questão são 5 salários mínimos por trabalhador.

A doutrina se divide, havendo quem defenda a primazia absoluta dos pagamentos previstos no art. 151,⁵⁴⁹ o que em concreto significaria a criação de uma nova classe de credores "superprivilegiados"⁵⁵⁰ e quem os considere mera antecipação dos créditos concursais, a ocorrer somente em caso de certeza de suficiência de recursos.⁵⁵¹ A divergência é compreensível. Não há no art. 151 nenhuma referência à alteração do *status* dos créditos trabalhistas, que por expressa previsão do art. 83 são concursais. Nem faria sentido imaginar-se que o legislador deixaria na Seção XI do Capítulo V (pagamentos na falência) uma nova e importantíssima hipótese de classificação de créditos, mesmo tendo criado uma seção especial para tanto (Seção II do Capítulo V). De acordo com o art. 149, créditos concursais só serão satisfeitos após pagos os créditos extraconcursais (art. 84) e as restituições, especialmente aquelas em dinheiro (art. 86), e se restar saldo para tanto. Em se mantendo concursal o crédito trabalhista — ainda que parte dele seja pago antecipadamente — só poderia o administrador realizar seu pagamento se tivesse certeza de que haveria recursos suficientes para satisfazer todos os credores extraconcursais e as restituições em dinheiro, sob pena de responder pelos prejuízos causados aos eventuais prejudicados pela pretensa inversão de ordem. Em vista de tudo isso seria de concluir-se facilmente que, por coerência, o art. 151, assim como o art. 150, deve referir-se à antecipação de pagamento a ocorrer só no caso de suficiência de recursos. Não se admitiria, neste caso, qualquer espécie de inversão na ordem de classificação dos créditos, não se cogitando de "superprivilégio" ou título que o valha.

Ocorre que, como elemento de confusão, há expressa determinação para que as restituições em dinheiro, inclusive de créditos de Adiantamento de Contrato de Câmbio — ACC (art. 86, II), só sejam realizadas após o pagamento dos valores previstos neste art. 151 (art. 86, parágrafo único). A exceção gerou preocupação do Senador Ramez Tebet em limitar os valores pagos aos trabalhadores antes do pagamento dos ACC.⁵⁵² É ela que fundamenta a confusão que tende a levar à defesa da prioridade absoluta dos créditos trabalhistas até 5 salários mínimos, numa espécie de "superprivilégio".

Com ela, entretanto, não se pode concordar. O simples fato de determinar-se o pagamento das restituições após a satisfação do quanto previsto no art. 151 não autoriza a conclusão de que teria sido alterada a classificação dos créditos concursais trabalhistas, expressamente consignada no art. 83.⁵⁵³ Da mesma forma, o art. 149 simplesmente

⁵⁴⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falência comentada*, p. 332.

⁵⁵⁰ Haja vista que nem todo credor trabalhista estaria legitimado a receber os 5 salários mínimos a que se refere este art. 151, mas só aqueles com créditos salariais gerados nos últimos três meses anteriores à decretação da quebra.

⁵⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 2 ed., p. 385.

⁵⁵² "A alternativa que encontramos foi definir um valor até o qual os trabalhadores terão prioridade absoluta de recebimento, inclusive sobre as restituições em dinheiro. Esse valor deve satisfazer às necessidades imediatas dos trabalhadores sem comprometer a eficiência dos ACCs", cf. Parecer ao PLC 71/2003 aprovado no Plenário do Senado Federal em 17 de julho de 2004, p. 26.

⁵⁵³ Não cabe interpretação ampliadora, recomendando Carlos Maximiliano o uso de exegese rigorosa "quando o texto, entendido nos termos fatos em que foi redigido, contradiria outro preceito de lei ou do ato ajuizado". MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 205.

não faz qualquer menção às despesas previstas no art. 151 quando esclarece a ordem dos pagamentos na falência.

A preferência a que se refere o art. 86, parágrafo único, só se dá “se” e “quando” houver garantia da sobra de recursos para pagamento dos credores concursais, e na exata medida dessas sobras. E lembre-se que as restituições em dinheiro dão-se em algum momento após a decretação da falência e antes do pagamento dos credores. O art. 151 determina assim que, em havendo certeza da suficiência de recursos para pagamento de todos os credores extraconcursais (indispensáveis à solução da falência) e restituições em dinheiro, deverão ser antecipados os pagamentos dos créditos trabalhistas privilegiados até o montante de 5 salários mínimos por trabalhador a quem sejam devidas verbas estritamente salariais vencidas nos três meses anteriores à decretação da falência. Neste caso, e somente nele, as restituições em dinheiro só poderão ocorrer após antecipados os valores devidos em virtude do previsto no art. 151.

311. Momento do pagamento

Segundo o artigo, o pagamento deverá dar-se tão logo haja disponibilidade de recursos em caixa. De acordo com o acima exposto, há que se concluir que o pagamento a que se refere o art. 151 pressupõe a verificação de dois requisitos: a) existência de recursos disponíveis em caixa; e b) certeza de que o montante da massa será suficiente para pagar todos os credores extraconcursais e as restituições em dinheiro. Quanto ao primeiro, a disponibilidade há que se referir a valores em dinheiro depositados em conta corrente bancária, nada impedindo que sejam obtidos através da liquidação de ativos da massa de acordo com os meios previstos na Lei 11.101/2005, e que só serão considerados disponíveis se, com segurança, puder o administrador judicial concluir que não serão necessários ao pagamento de despesas extraconcursais, especialmente aquelas que requerem pagamento imediato nos termos do art. 150. Isso porque não há, como visto, prioridade de pagamento das despesas concursais sobre as extraconcursais previstas no art. 84.

Nada impede ainda que o pagamento referido no art. 151 seja feito parcialmente, na medida da capacidade da massa, hipótese em que se deverá verificar o rateio entre os credores trabalhistas de acordo com seu crédito enquadrável nos termos deste artigo.

Art. 152. Os credores restituirão em dobro as quantias recebidas, acrescidas dos juros legais, se ficar evidenciado dolo ou má-fé na constituição do crédito ou da garantia.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

O dispositivo busca coibir a constituição fraudulenta de créditos e/ou garantias, a fim de preservar a integridade da massa e o interesse dos credores. Tal conduta é concomitantemente caracterizadora do crime a que se refere o art. 175.

Note-se, porém, que a situação coberta pela hipótese do art. 152 é mais restrita: somente haverá o dever de restituição em dobro dos valores que tenham sido indevidamente recebidos. Diferentemente do que ocorre na tipificação penal, a responsabilidade aqui não decorre da simples constituição fraudulenta de crédito ou garantia, mas do efetivo recebimento de valores em função de tais atos. O que se coíbe – e justifica a reparação do dano

– é o prejuízo imposto à massa em razão da fraude, não a fraude em si. Enquanto o agente não participar, ainda que parcialmente, do rateio, não há que se falar na responsabilização a que se refere o presente artigo.

O fato tem aumentada sua importância quando se tem claro que, pelo poder de decisão de certos credores na Assembléia, e por suas repercussões no desenvolvimento da falência e no destino da recuperação judicial, a constituição fraudulenta de crédito ou garantias pode não visar exclusivamente o recebimento de qualquer quantia, ou mesmo pode a fraude atingir seus objetivos antes mesmo de qualquer pagamento aos credores. Neste caso, não fica o agente livre do ressarcimento dos danos, que serão tutelados pela responsabilidade extracontratual comum (arts. 186 e 927 do Código Civil).

O prazo prescricional, em ambos os casos, será de 3 (três) anos, nos termos, respectivamente, dos incs. IV e V do § 3.º do art. 206 do Código Civil. Quanto aos juros legais, faça-se referência ao disposto no art. 406 do Código Civil.

Art. 153. Pagos todos os credores, o saldo, se houver, será entregue ao falido.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

312. Partilha do acervo

A falência, como já dito anteriormente, não demanda insolvência real do devedor, mas simplesmente a ocorrência de uma das hipóteses previstas em lei (impontualidade, execução frustrada e prática de atos falimentares). Por outro lado, mesmo em caso de efetiva insolvência, pode ocorrer que certos credores desistam de habilitar seus créditos, na maioria das vezes levados pelo custo de manter-se acompanhando o processo falimentar sem uma real perspectiva de recebimento. Desses fatores, entre outros, decorre que, apesar de incomum, é possível que após o pagamento dos credores e da realização das restituições cabíveis, haja ainda saldo de bens e/ou recursos na massa. É esse o saldo que deve ser devolvido ao falido, que pode ter perdido a administração e disposição de seus bens em prol dos credores durante a falência, mas não perdeu a propriedade.⁵⁵⁴

A falência constitui causa de dissolução das sociedades (CC, art. 1.044 e Lei das S/A, 206, II, c). Assim, ao final do processo de liquidação, para garantia do direito da participação no acervo da sociedade (Lei das S/A, art. 109), o saldo deve ser partilhado entre os sócios, respeitando-se suas deliberações, bem como as disposições legais e as estatutárias.

Há que se esclarecer ainda que é sempre possível que sócio de responsabilidade ilimitada tenha tido seu patrimônio executado para satisfação dos credores da sociedade falida. Cuida-se, no caso, de concretização da responsabilidade solidária ou subsidiária do sócio, conforme a espécie. Na hipótese, o saldo não pertence à sociedade, mas ao sócio, razão pela qual a ele deve ser entregue.⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ Cf. FASSI, Santiago e GEBHARDT, Marcelo. *Concursos y quiebras*, p. 523

⁵⁵⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 211.

313. Credores não habilitados

Credores que não tenham se habilitado na falência, e que, portanto, não tenham sido pagos, enquanto não tiverem seus créditos prescritos, somente poderão cobrar dos sócios individualmente até o limite da soma por eles recebida em partilha (CC, art. 1.110 e Lei das S/A, art. 218). A seu critério, poderão ainda propor ação de perdas e danos contra o administrador judicial, baseado na sua eventual responsabilidade pelos prejuízos incorridos, nos termos do art. 32 desta Lei.

Seção XII

Do encerramento da falência e da extinção das obrigações do falido

LUIZ AUGUSTO ROUX AZEVEDO

Esta seção cuida do encerramento da falência e da extinção das obrigações do falido, sem trazer grandes novidades em comparação com a sistemática adotada pelo decreto-lei revogado. Com o desaparecimento do instituto da concordata suspensiva, a matéria foi simplificada, não havendo mais referências à cessação da falência, como se discutia sob o antigo sistema. Revogou-se, também, a expectativa de encerramento do processo falimentar dentro do prazo de dois anos, cuja aplicação prática era apenas a de limitar a prescrição dos crimes falimentares, sem que isso levasse à efetiva conclusão dos processos dentro do exíguo prazo legal.

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

§ 1º As contas, acompanhadas dos documentos comprobatórios, serão prestadas em autos apartados que, ao final, serão apensados aos autos da falência.

§ 2º O juiz ordenará a publicação de aviso de que as contas foram entregues e se encontram à disposição dos interessados, que poderão impugná-las no prazo de 10 (dez) dias.

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

§ 4º Cumpridas as providências previstas nos §§ 2º e 3º deste artigo, o juiz julgará as contas por sentença.

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

LUIZ AUGUSTO ROUX AZEVEDO

O art. 154 da Lei 11.101/2005 atualiza as disposições do art. 69 do Dec.-lei 7.661/1945, sem, contudo, trazer grandes inovações. De fato, cuidava o revogado dispositivo da obrigação do síndico de promover a prestação de suas contas, quando houvesse renúncia, substituição ou destituição do cargo, bem como na hipótese de encerramento ou suspensão da falência. O artigo em comento regula a prestação de contas ao final do processo falimentar, tendo sido mantido o dever geral de prestação de contas nas outras hipóteses anteriormente estabelecidas, consoante o disposto no art. 22, III, r, da nova Lei. Caso o administrador deixe de apresentar suas contas no prazo legal, será intimado pessoalmente a fazê-lo, sob pena de destituição (art. 23 da Lei 11.101/2005).

Uma vez encerrada a fase de realização do ativo e rateio do produto entre os credores, surge a obrigação de o administrador judicial prestar contas de sua gestão. O administrador deve promover sua prestação em autos apartados, mediante requerimento específico para tanto. Prestadas as contas, o juiz deve ordenar a publicação de aviso para que todos os interessados se manifestem no prazo de 10 (dez) dias. Acaso tenha havido impugnação, caberá ao juiz determinar a realização das providências necessárias para a investigação das contas impugnadas, observando o direito de defesa do administrador judicial, após o que se abrirá vista ao Ministério Público. Este é um momento de intervenção obrigatória do Ministério Público.

Em caso de impugnação ou parecer contrário do Ministério Público, o juiz deve ainda ouvir o administrador judicial, após o que julgará as contas por sentença. Desta sentença cabe apelação, a ser recebida no duplo efeito, a teor do disposto no art. 520 do CPC, cuja aplicação é ressalvada pelo art. 189 da Lei 11.101/2005.

Em caso de rejeição, o juiz deve determinar na sentença as responsabilidades do administrador, incluindo medidas de seqüestro ou indisponibilidade de seus bens, para que a massa falida possa ser futuramente ressarcida, valendo a decisão como título executivo judicial.

Art. 155. Julgadas as contas do administrador judicial, ele apresentará o relatório final da falência no prazo de 10 (dez) dias, indicando o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido.

LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

Este artigo corresponde ao revogado art. 131 do Decreto de 1945. Alterou-se o prazo concedido ao administrador para a apresentação do relatório, reduzido de 20 (vinte) para 10 (dez) dias.

Integrando o conjunto de atos que visam ao encerramento da falência, o administrador judicial, uma vez julgadas e aprovadas as suas contas, deverá apresentar o relatório final da falência. Neste documento, o administrador indica o valor do ativo e o produto obtido com sua arrecadação, bem como a destinação do ativo nos pagamentos efetuados aos credores, devendo também indicar a composição do passivo. Ao final, deverá indicar quais os créditos permanecem em aberto, isto é, as responsabilidades que permanecem a cargo do falido.

De maneira análoga ao que ocorre com o dever de prestar suas contas, o descumprimento do dever de apresentar o relatório final leva à intimação pessoal do administrador judicial para que o faça no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de destituição, a teor do art. 23 da Lei de Falências.

Art. 156. Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença.

Parágrafo único. A sentença de encerramento será publicada por edital e dela caberá apelação.

LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

O próximo passo, após a apresentação do relatório final, é o encerramento da falência, por sentença. Evidentemente, a sentença será dada na ausência de questões pendentes a serem dirimidas pelo juízo. A natureza dessa decisão é meramente terminativa do processo, sem que signifique a extinção das obrigações do falido (o que será objeto dos artigos seguintes). Da sentença cabe apelação, que poderá ser interposta por qualquer interessado em manter a discussão sobre aspectos diversos do processo de falência que entender não resolvidos de maneira adequada (v.g., uma avaliação impugnada que não tenha sido solucionada pelo juízo falimentar).

O art. 156, cujo correspondente na revogada lei é o art. 132, deixou de reproduzir questão que foi objeto de grande polêmica, até resultar em edição de Súmula do Supremo Tribunal Federal.

De fato, a lei anterior trazia uma estimativa para o encerramento da falência, dentro de 2 (dois) anos, contados de sua declaração. Essa previsão influenciou a determinação do prazo prescricional para os crimes falimentares, levando à aprovação da Súmula de n. 147, a qual enuncia que “*A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata.*” Note-se que a referida Súmula não afasta os casos de interrupção da prescrição aos crimes falimentares, uma vez que o art. 117 do Código Penal aplica-se à hipótese, conforme o entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal em sua Súmula de n. 592.

Com a retirada dessa expectativa legal de conclusão do processo falimentar (cuja verificação prática era absolutamente reduzida), a questão atinente à prescrição dos crimes falimentares deverá reger-se pelas disposições específicas trazidas com a nova Lei.

Art. 157. O prazo prescricional relativo às obrigações do falido recomeça a correr a partir do dia em que transitar em julgado a sentença de encerramento da falência.

LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

Este dispositivo reproduz o teor do revogado art. 134, não devendo gerar problemas de ordem prática. O art. 6.º da Lei de Falências prevê que a decretação da falência suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

O art. 157 marca o prazo em que o prazo prescricional quanto às obrigações do falido recomeça a correr, indicando que tal marco é o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência (e não da sentença de encerramento das obrigações do falido, salvo se se tratar da hipótese prevista no § 3.º do art. 159). Dúvida alguma deve surgir a respeito da suspensão da prescrição – e não da interrupção – à luz da expressa previsão do art. 6.º, *caput* da Lei de Falências, a despeito da manutenção do vocábulo *recomeça*. Assim, com o trânsito em julgado da sentença de encerramento o prazo individual de prescrição de cada uma das ações retoma o seu curso pelo tempo faltante.

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

O art. 158 regula a extinção das obrigações do falido e, com poucas diferenças, mantém a sistemática da lei anterior, em seu art. 135. As diferenças essenciais são: a supressão à permissão da novação dos créditos com garantia real, na modalidade pagamento; o aumento do percentual de 40% (quarenta por cento) para 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, contido no inc. II; e a retirada da distinção entre os crimes apenados com reclusão e detenção, para os fins de aplicação do inc. IV.

Ao lado do encerramento da falência, a extinção das obrigações é ponto que interessa sobremaneira ao falido, especialmente se for empresário individual ou administrador que vier a ser condenado por crime falimentar. As hipóteses estabelecidas pelo art. 158 são quatro, às quais deve ser acrescentada também a ocorrência de prescrição.

O inc. I estabelece o pagamento de todos os credores como causa primeira da extinção das obrigações do falido, como não poderia deixar de ser. O pagamento é a modalidade extintiva das obrigações por natureza e não se distingue no texto legal se o pagamento é feito pelo próprio falido ou por terceiros, podendo inclusive ser objeto de cessão de créditos, como costuma ser habitual. Como o pagamento a todos os credores pode ser verificado antes ou depois do encerramento da falência, a sentença que declara este último poderá compreender a extinção das obrigações do falido, mediante requerimento deste e prova do cumprimento das obrigações a seu cargo.

O inc. II trata da hipótese de pagamento, depois de realizado todo o ativo, de quantia igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do passivo quirografário, sendo permitido o depósito, pelo falido, de quantia suficiente para atingir esta porcentagem, caso o ativo tenha sido insuficiente para tanto. De se destacar neste particular que não se trata da satisfação de metade do passivo, mas de metade do passivo quirografário, fazendo pressupor a integral satisfação das categorias precedentes de credores, conforme a ordem estabelecida no art. 83 da Lei 11.101/2005.

Os incs. III e IV tratam da extinção das obrigações pelo decurso do prazo de cinco e dez anos, contados do encerramento da falência, acaso não tenha ou tenha havido condenação por crime falimentar, respectivamente. Como se disse acima, a Lei 11.101/2005 não traz a antiga distinção entre as penas de detenção e reclusão para a aplicação do decurso de prazo de dez anos como modalidade de extinção das obrigações do falido.

A Lei 11.101/2005 não é expressa a respeito do início de contagem deste prazo (se da sentença de encerramento da falência ou de seu trânsito em julgado). José da Silva Pacheco entende que o prazo começa a contar da publicação da sentença de encerramento da falência.⁵⁵⁶ O Superior Tribunal de Justiça adotou posição semelhante, no julgamento do Recurso Especial 217.784/SP.⁵⁵⁷ Contudo, como decorrência de uma interpretação sistemática da Lei, em especial com referência ao disposto no art. 157, a contagem dos prazos referidos nos incs. III e IV do art. 158 deverá se dar a partir do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

Art. 159. Configurada qualquer das hipóteses do art. 158 desta Lei, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença.

§ 1º O requerimento será autuado em apartado com os respectivos documentos e publicado por edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação.

§ 2º No prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação do edital, qualquer credor pode opor-se ao pedido do falido.

§ 3º Findo o prazo, o juiz, em 5 (cinco) dias, proferirá sentença e, se o requerimento for anterior ao encerramento da falência, declarará extintas as obrigações na sentença de encerramento.

§ 4º A sentença que declarar extintas as obrigações será comunicada a todas as pessoas e entidades informadas da decretação da falência.

§ 5º Da sentença cabe apelação.

§ 6º Após o trânsito em julgado, os autos serão apensados aos da falência.

LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

O art. 159 regula o processamento do pedido de extinção das obrigações a cargo do falido, uma vez verificada qualquer das condições do artigo precedente ou ainda a prescrição de suas obrigações. O falido deve promover, em procedimento apartado, a exposição da modalidade de extinção a que entende fazer jus, demonstrando através das provas pertinentes o seu direito. No que diz respeito às obrigações tributárias, deve-se observar a regra do art. 191 do CTN, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar 118/2005, que requer que o falido apresente em juízo a prova da quitação de suas obrigações tributárias como pré-requisito à obtenção de uma sentença favorável a respeito do encerramento de suas obrigações. Há decisões judiciais sob o antigo regime, contudo, favoráveis ao acolhimento do pedido de extinção, na hipótese de o crédito tributário encontrar-se prescrito.

O procedimento mantém a sistemática do decreto revogado, exigindo a publicação de edital no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, para que todos os interessados possam se opor, no prazo de trinta dias, contado da publicação do edital. Caso não haja oposição, o juiz deverá sentenciar a respeito do pedido formulado pelo falido. Contudo, em caso de oposição, o falido será intimado a se manifestar, no prazo de cinco dias,

⁵⁵⁶ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 582.

⁵⁵⁷ “Falência. Extinção das obrigações. Termo inicial do prazo de cinco anos (art. 135, III, da Lei Falimentar). Sem o encerramento da falência, por sentença, não flui o prazo extintivo das obrigações do falido. Precedentes do STF e do STJ. Recurso especial não conhecido”.

para que então o juiz possa decidir a questão (podendo inclusive determinar a realização de eventuais providências necessárias antes de decidir o mérito do pedido do falido).

Em caso de aceitação do pedido de extinção das obrigações do falido, todas as pessoas e entidades que haviam sido comunicadas sobre a falência deverão ser também informadas, para as providências de estilo, dentre os quais o Registro Público de Empresas, o qual é sempre informado sobre a quebra, na forma do art. 99, VIII, da Lei 11.101/2005.

De se destacar, ainda, que a extinção das obrigações do falido levanta as limitações a que se encontrava subordinado por conta da falência, no âmbito empresarial. Contudo, caso o falido esteja sendo processado por crime falimentar, há que se aguardar o desfecho deste processo para se verificar a imposição de qualquer penalidade que o impeça para a prática de atividades empresariais.

De fato, o art. 181 da Lei 11.101/2005 determina que a condenação por crime falimentar tem por efeitos: (i) a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; (ii) o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas à Lei 11.101/2005; (iii) a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou gestão de negócio. Os efeitos devem ser declarados na sentença condenatória e perduram por cinco anos após a extinção da punibilidade do agente, podendo, contudo, cessar antes, na forma da reabilitação penal, processada de acordo com o Código Penal.

Art. 160. Verificada a prescrição ou extintas as obrigações nos termos desta Lei, o sócio de responsabilidade ilimitada também poderá requerer que seja declarada por sentença a extinção de suas obrigações na falência.

LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

Este artigo apenas complementa as disposições anteriores a respeito da legitimidade para o pedido de extinção das obrigações. Contudo, a disposição parece ser desnecessária, à luz do disposto no art. 190 da Lei 11.101/2005, o qual esclarece que, toda vez que a Lei refere-se a falido ou devedor, deve-se considerar a aplicação extensiva do dispositivo aos sócios ilimitadamente responsáveis.

Capítulo VI DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.

§ 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como aqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do *caput*, desta Lei.

§ 2º O plano não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos.

§ 3º O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos.

§ 4º O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

§ 5º Após a distribuição do pedido de homologação, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência expressa dos demais signatários.

§ 6º A sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III do *caput*, da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

314. Introdução

O legislador brasileiro, a partir da Lei 11.101/2005, passou a oferecer três soluções típicas para o caso das empresas em crise econômico-financeira: a falência, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. Seu objetivo era de que a Lei possibilitasse a rápida liquidação das empresas inviáveis (falência), ou a construção, entre os detentores de interesse, de uma solução de mercado que garantisse a continuidade do negócio no caso de sua viabilidade e maior eficiência como *going concern* (recuperação judicial e extrajudicial). A recuperação extrajudicial é, basicamente, uma meio formal de acordo especial com certos credores, que pode eventualmente ser imposto a uma minoria resistente. A par de certos efeitos específicos, diferencia-se de um simples acordo do devedor com credores em razão da sua *causa*,⁵⁵⁸ qual seja, a preservação da empresa e dos diversos interesses a ela relacionados. É justamente a priorização do interesse social sobre os individuais do devedor e de cada credor que justifica a imposição do plano a certos credores resistentes, desde que garantida a adesão de um mínimo de 60% dos demais da mesma espécie ou grupo.

⁵⁵⁸ HEREDIA, Pablo D. *Tratado exegético de derecho concursal*, t. 2, p. 525.